

ENRIQUE R. ÁFTALION (\*)

## EL SABER DE LOS JURISTAS COMO CONOCIMIENTO POR COMPRESION

SUMARIO: *Capítulo preliminar*: Planteamiento del asunto. *Capítulo I*: 1. Los métodos; su dependencia de los objetos y su clasificación. Naturaleza de los actos gnoseológicos que se corresponden con los distintos métodos. Intelección, explicación y comprensión. 2. La comprensión de la conducta propia y la de la ajena. Comprensión y teleología. *Capítulo II*: 1. La comprensión en el ámbito del Derecho. 2. Comprensión jurídica y psicología. La "voluntad" en el Derecho". 3. Comprensión, estructura y personalidad. La comprensión jurídica como comprensión conceptual. 4. Distinción entre el conocimiento causal explicativo de los motivos y fines de una conducta, y la comprensión del sentido jurídico de la misma. 5. Comprensión jurídica y dialéctica estimativa. 6. Nuestra tesis, de que los juristas ejercen un conocimiento por comprensión conceptual, ni quita ni pone rey a las facultades judiciales, ni vulnera la separación de los poderes, ni altera la manera tradicional de aplicar las leyes. 7. Una instructiva excursión entre los juristas y magistrados yanquis. Moraleja.

Al iniciar el presente ensayo adoptamos como punto de partida el hecho de que la cientificidad del Derecho ha sido y es un valor en-

---

(\*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Plata. Miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social (Vice-Presidente de la C. D.). Miembro del Institut International de Philosophie du Droit (París). etc.

tendido, al menos para la cultura occidental. No es de extrañar que haya alcanzado para el común de las gentes esa dignidad, si se repara que, desde tiempo atrás, ha tenido cultores que lo han hecho el término intencional de una actividad a la que asignaban el carácter de científica. Con independencia de sus aciertos y de sus errores, nos han dejado ringleras de libros que, desde lo alto de sus anaqueles, nos testimonian de un ingente esfuerzo, metódico y sistemático, desplegado teniendo como norte la consecución de la verdad.

Pero nuestro objeto no es la comprobación del dato histórico de que el Derecho ha ocasionado una actividad intelectual que pretende ser científica y que circula como tal, sino contrastar esa pretensión y ese convencimiento con una rigurosa crítica filosófica que nos haga ver sus fundamentos. Para ello, se hace inexcusable una tarea previa: la de esclarecer en lo posible la índole de los *actos de conocimiento* que ejercitan los juristas, así como el mecanismo del *método* que les corresponde. La tarea es de precípua importancia ya que justamente la primera diferencia que existe entre el saber vulgar y el saber científico consiste en que este último es un saber "buscado de intento, con clara conciencia de los fines y de los medios adecuados para llegar a ellos". (1).

¿Existe actualmente entre los juristas esa "clara conciencia" acerca de la índole de los actos de conocimiento que despliegan? ¿Es pacífica entre ellos la teoría del método propio de la ciencia del Derecho? Creemos que ni el más optimista se animaría a contestar afirmativamente estos interrogantes. De ahí la importancia que asignamos a la tarea de desmontar filosóficamente el conocimiento que ejercitan los juristas hasta averiguar cómo funciona. No en vano ha sido alguna vez citada como cifra de la actitud filosófica la del niño, empeñado permanentemente en desarmar sus juguetes para ver como son "por dentro".

Admitido que el saber de los juristas es de índole científica, la primera dificultad que nos plantea surge del hecho que el saber científico se nos ofrece en una gran variedad de manifestaciones. Entre la tarea del físico o del químico que nos explican la unión del hidrógeno y del oxígeno cuando dan origen al agua, y la del jurista que nos da cuenta del nacimiento de un *holding* por la unión de varias sociedades, media una gran distancia. Pero mientras en el ámbito de las ciencias físicas hace ya tiempo que existía un conocimiento bastante discreto acerca de los pertinentes *actos de conocimiento* y *métodos*, no puede decirse lo mismo en el punto del Derecho. Aunque desde fines del siglo pasado los progresos de la filosofía de la cultura habían roturado

el campo, recién ahora se procura recoger los frutos de esa tarea en el sector jurídico. Pese a que casi todos los juristas contemporáneos están de acuerdo en que el Derecho tiene “algo que ver” con los valores y la cultura, la verdad es que son todavía pocas y magras las consecuencias extraídas de ello. Por lo mismo, la consolidación de la epistemología jurídica hace urgente poner el conocimiento del Derecho a la altitud filosófica alcanzada en otras esferas del conocimiento de la cultura. Tal es la tarea que se ensaya en el presente estudio, dedicado a proyectar en el sector de lo jurídico todo cuanto sepamos acerca de la *comprensión* y del *método empírico dialéctico*, atento que —según veremos— estas son las actitudes gnoseológicas y metodológicas que rigen en lo cultural.

Pero antes de entrar en el terreno específicamente jurídico, conviene resumir, en una suerte de sumaria introducción, la teoría general de los distintos métodos que ha de emplear el científico según sea la índole de los objetos o datos con que tiene que tratar. Esta reseña propedéutica se completará con una breve consideración de las características que asume la conciencia cognoscente según sea el método que ejercita. La tarea es fundamental ya que, como bien lo destacó Dilthey, la individualización y el progreso de una disciplina científica dependen de la adopción de los métodos impuestos por la naturaleza del objeto a conocer.

Huelga destacar —porque ello no es el tema capital del presente ensayo— que el telón de fondo, sobre el cual vamos a ensayar el análisis del saber que ejercitan los juristas, está constituido por la tesis, oriunda de la Teoría egológica del Derecho, según la cual el Derecho, en tanto que objeto, no se reduce a un complejo de normas —según sostiene el racionalismo jurídico— ni es asimilable a los objetos de la Naturaleza —como resultaría de las concepciones causal-explicativas del positivismo jurídico— sino que consiste en conducta humana en interacción intersubjetiva, esto es, en un objeto que pertenece al orbe de la cultura, en un *objeto cultural*. El Derecho no es, pues, un *objeto ideal*, como los números, ni un *objeto de la naturaleza*, como el agua y, por tanto, parece obvio que no pueda ser matematizado ni fisicalizado, como lo han pretendido infructuosamente algunas difundidas corrientes del pensamiento jurídico.

## CAPITULO I

1. *Los métodos; su dependencia de los objetos y su clasificación. Naturaleza de los actos gnoseológicos que se corresponden con los distintos métodos. Intelección, explicación y comprensión.*

La razón de la tesis diltheyana según la cual el cultor de una cierta rama del saber debe excogitar un método adecuado a las peculiaridades del objeto propio de su ciencia, finca en que si ese científico aplica métodos que corresponden a otros objetos comete error metodológico y se expone consiguientemente a errar en sus conclusiones. De ahí que, antes de despacharnos sin más ni más acerca del método jurídico, es oportuno que efectuemos una revisión panorámica de los varios métodos que utilizan los científicos según sean los objetos de que se ocupan y que analicemos, asimismo, las características que asume la conciencia cognoscente al ejercitar cada uno de esos métodos.

Por lo que hace a las disciplinas que, como la lógica o la matemática, tratan de *objetos ideales*, es cosa sabida que el método que requieren es de índole *racional* y *deductivo*, y le sirve de soporte una peculiar modalidad de la conciencia cognoscente: la *intuición intelectual* (o *intelección*), acto gnoseológico o vivencia en que el sujeto conociente recibe y aprehende al objeto que tiene por delante de un modo absolutamente pasivo y neutral (2).

En cuanto a los *objetos de la Naturaleza*, hay acuerdo entre los filósofos acerca de que piden un método *empírico* e *inductivo*, cuyo empleo constituye el acto de conocimiento denominado *explicación*. La explicación consiste en referir un hecho a algo extraño a él, ya sea a una instancia temporalmente anterior —explicación causal— ya sea a los elementos o partes de que se compone —reducción analítica— (3). Cuando por ejemplo, decimos que el aumento de la presión en las paredes de un recipiente ha sido causado por el recalentamiento del gas que contenía, hemos dado una explicación de un fenómeno de orden físico. A semejanza de lo que ocurría con la intuición intelectual, en el acto de explicación el sujeto conociente se coloca frente al objeto a conocer en la situación de un espectador externo y pasivo, que aprehende y retrata neutralmente un dato.

Finalmente, el conocimiento de los *objetos culturales* exige un método al que corresponde calificar de *empírico-dogmático* (Cossio)

o *empírico-valorativo* (Mezger) (4), que se constituye en base a un acto de *comprensión*. Calificase de empírico el método a adoptar, teniendo en cuenta el carácter real que tienen todos los objetos de cultura. En cuanto a lo de dialéctico, para hacerse cargo de lo que con ello se significa, es menester recordar esa particularidad propia de los objetos de cultura, a tenor de la cual el ser de los mismos no se agota en el *substrato* material que puedan tener, sino que depende del *sentido* espiritual que en este substrato tiene su apoyo, sentido que tiene que ser vivenciado por alguien para cobrar existencia. Justamente, el acto gnoseológico en que se da la vivencia de un sentido es lo que hemos llamado *comprensión*, que consiste en ver en algo su sentido, pero poniéndolo al mismo tiempo que se lo ve. Ya no se trata, como en el caso de la intelección (Lógica, Matemática), y de la explicación (Ciencias de la Naturaleza), de una mera aprehensión neutral realizada por un espectador colocado fuera del objeto, sino que el acto de conocimiento es una verdadera *toma de posición* de alguien que penetra en el objeto a conocer y lo ve desde dentro. Por ejemplo si, refiriéndose a las instituciones jurídicas de un país, decimos que son justas, ello significa que, con motivo del pertinente acto de conocimiento, las hemos comprendido como tales. Pero bueno es notar que esa justicia, aunque la consideremos como una cualidad valiosa que da un peculiar sentido al Derecho de ese país, es algo que sólo existe en función de un sujeto apremiante que la vivencia y la pone en el objeto (5).

Con lo dicho acerca de la comprensión, estamos en condiciones de aclarar aún más por qué se ha calificado de *dialéctico* el método adecuado a los objetos de cultura. Ello se debe a que el acto de conocimiento no consiste en inducciones o deducciones —esto es, en ir simplemente de lo singular a lo general, o viceversa— sino en ir del substrato del objeto hacia su sentido, y luego viceversa, y así sucesivamente hasta que quepa considerar lograda la comprensión. En modo alguno puede afirmarse que con un primer trayecto del substrato hacia el sentido queda perfeccionado el conocimiento de un objeto cultural, pues este conocimiento ofrece la particularidad de que nunca puede considerarse definitivamente cerrado. Sabido es que quien ha solucionado correctamente un problema matemático no hallará nada nuevo, por más veces que repita la operación. En cambio, no es menos notorio que al releer un libro, al volver a contemplar una obra de arte, o al escuchar de nuevo una melodía ya oída, encontramos cada vez matices que se nos habían escapado (6). Por esto, se nos ocurre que la comparación que mejor puede dar una idea fiel de lo que es el acto

de conocimiento por comprensión la suministra el movimiento de la lanzadera, que en su dinámica va y vuelve de un extremo a otro, sin reposo.

Para hacerse cargo, cabalmente, de lo que es la comprensión como acto gnoseológico, conviene exaltar su contraposición con el acto de explicación, propio del conocimiento de la experiencia natural. Cuando decimos que el aumento de la presión de las paredes de un recipiente es causado por el recalentamiento del gas que contiene, suministramos una típica explicación de un fenómeno, que desplaza nuestra atención fuera del objeto mismo, refiriéndolo a otra instancia llamada 'causa'. Además, esta explicación se caracteriza por ser un acto que aprehende su dato neutralmente, sin introducirse en él ni tomar una posición. El mundo de la naturaleza permanece en cierto sentido como algo mudo y extraño frente al que lo conoce.

Bien distinto es lo que ocurre en el orbe de la cultura: *la naturaleza se explica, la vida del espíritu se comprende* (Dilthey). En el acto de comprensión, aunque no puede decirse que la atención se desplaza fuera del objeto mismo —como en el caso de la explicación causal— tiene que transitar en forma circular, dialéctica, entre las dos instancias de que consta el objeto cultural: su substrato material y su sentido espiritual. El comprender es un proceso que va del signo a lo significado, de la expresión a lo expresado. Nos hace conocer algo interno partiendo de símbolos exteriores cuya interpretación —“hermenéutica”, decía Dilthey— nos devela su sentido espiritual (6<sup>1</sup>). Por otra parte, el acto de conocimiento no es aquí un simple retratar, ya que el sujeto conociente, para llegar a comprender, tiene que penetrar en el objeto y verlo desde dentro, porque sólo así podrá ver su sentido, poniéndolo al propio tiempo, en una verdadera toma de posición.

Corresponde actualizar en este lugar todo lo que se ha dicho acerca de los *valores* y del *sentido* de los objetos culturales, acerca de la existencia del mismo en la vivencia psicológica de alguien, y acerca de la noción de estructura (5). El concepto de *comprensión* sólo puede ser alcanzado en función de esas nociones, y a ello se debe el detenimiento con que las consideramos. Colocándonos en la línea de Dilthey y Spranger, reiteramos aquí que, para nosotros, el sentido siempre hace referencia a una estructura, y que *el comprender procura, precisamente, hacernos penetrar en la conexión íntima de un complejo valioso*. Aquellas verdaderas categorías de lo cultural —el sentido valioso, la estructura, el tiempo existencial— hacen que la comprensión sea algo más que una apropiación simpática y arbitraria del objeto cono-

cido, pues al enmarcarlo en forma necesaria, con independencia de toda particularidad individual del sujeto conociente, le confieren un grado de validez objetiva.

El comprender es la manera de acceder a toda clase de objetos de cultura, tanto los mundanales como los egológicos. Piénsese, por ejemplo, en una obra de arte. Es obvio que no nos haremos cargo de su ser por una explicación causal, sino que el problema que plantea es el de la comprensión de su sentido estético, de la belleza a que sirve de substrato. En cuanto a los objetos egológicos —esto es, a la vida humana viviente— también deben ser captados en un acto de comprensión. A este respecto, hay que tener presente que, en principio, la comprensión del espíritu subjetivo se bifurca en dos modalidades: la comprensión de uno mismo y la del prójimo.

## *2. La comprensión de la conducta propia y de la ajena. Comprensión y teleología.*

Si admitimos que la existencia humana es un continuado quehacer, una sucesión de actos de preferencia, de estimación y decisión, pronto advertiremos que ello no tiene significado si no es en función de un hombre racional y libre que sabe lo que quiere y lo que hace, que confiere un sentido a sus acciones y lo vivencia al propio tiempo. Es claro que no son pocas las dificultades que ofrece esta *comprensión de uno mismo*. Por lo pronto, es notorio que todo conocer exige una cierta distancia, espacial o temporal, y este requisito falla en el presente caso. Además, sucede con frecuencia que el sentido que el sujeto agente confirió a su acción no concuerda con la valoración que puede formular al respecto la colectividad. Es la situación, por ejemplo, del que creyó obrar lícitamente y es luego castigado por la autoridad o reprobado por los círculos sociales a que pertenece.

*La comprensión de la vida ajena* se hace posible en base, no sólo a que tenemos la evidencia de la personalidad ajena —la noción de *yo* se origina juntamente con la noción de *tú* (7), sino también en base a la ayuda de las ya mentadas categorías del comprender, que hacen posible una ordenación objetiva de la subjetividad del prójimo, sin que sea necesario revivir su experiencia. Aviados estaríamos si el juez, por ejemplo, para comprender el sentido jurídico de la acción delictuosa que juzga, tuviera que reeditarla.

Pero es bueno tener presente que el hombre no vivencia en forma inmediata más que su propia vida: a la de los demás sólo accede mediante las objetivaciones en que se les hacen manifiestas las vivencias

de esa vida, sin poder penetrar en el seno viviente de las mismas. *Individuum est ineffabile*. Además —y esto es una observación válida para cualquier comprender— el sujeto que comprende, por lo mismo, que no permanece neutral ante el dato, lo ve teñido por el prisma de la propia personalidad. La operación de extraer una raíz cuadrada no varía según sea Einstein o un escolar el operador. En cambio la más o menos adecuada comprensión de un producto cultural, de una vida, o de una acción, dependerá de la formación del sujeto conociente, de sus conocimientos históricos, psicológicos, sociológicos, éticos, etc. La conexión entre el que comprende y lo comprendido se da en circuito: cuando más “historia” contenga una psique, mejor podrá comprender y, recíprocamente, cuando más comprenda, más enriquece su caudal de cultura. No en vano decimos que son “pobres de espíritu” aquellos a quienes cuesta comprender las cosas.

La circunstancia, subrayada en el párrafo precedente, de que el único sentido que se vivencia en forma inmediata y directa es el de la conducta propia, nos lleva a afirmar que, a nuestro juicio, es indispensable poner siempre un grano de relativismo en este conocimiento por comprensión. Para llegar hasta las vivencias ajenas, no hay más remedio que atenerse a la expresión externa de las mismas, a los símbolos que las evocan. Pero ocurre que, según ya lo señaló Dilthey, la expresión no agota la vivencia porque ésta encierra siempre un núcleo irracional. Por más que se haga, en la comprensión de la vida ajena siempre hay una construcción, una fijación arbitraria de la fluente, una racionalización de algo irracional. A esto debe agregarse que, por la causa ya explanada de que hay una toma de posición en todo acto de comprensión, resulta imposible eliminar del mismo —como si fuera una *quantité négligeable*— la ecuación anímica del sujeto conociente, y ello hace que la comprensión de la vida ajena no deja de ser, en alguna medida, comprensión de la conducta propia.

Con estas salvedades, y para terminar con el estudio de la comprensión de la vida ajena, es menester señalar que plantea dos supuestos: el de la *conducta voluntaria* (o *racional*, o *consciente* y el de la *conducta irracional* (o *impulsiva*). Llamamos conducta racional a la vida biográfica de la persona, a las acciones que tienen jerarquía temporal —recuérdese lo dicho acerca del tiempo existencial— e histórica, a los actos decididos “programáticamente”, con libertad y en función de valores. El mecanismo de la conducta racional es, en esquema, el siguiente: valido el yo actuante del ingrediente de futuridad que integra su presente y le permite anticipar lo venidero, da un salto hacia adelante en el tiempo y se representa un *objetivo* o *fin* que quiere rea-

lizar (8). Así, es lícito decir de un jusfilósofo que *quiere* escribir un libro, cuando se lo ha imaginado o representado de alguna manera, y cuando además se encuentra en una disposición dinámica que tiende a la efectiva realización de la finalidad que se propuso. Pero sucede en la práctica que casi todos los fines se dan encadenados entre sí, en la fluente complejidad de la existencia. Para escribir su libro, el jusfilósofo se da cuenta que tiene que acudir a los clásicos de la filosofía y de la lógica general, que tiene también que estudiar lo que han escrito los juristas especializados, y que tiene que revisar las colecciones de jurisprudencia. Hé aquí, pues, que si llamamos fin último a la escritura del libro todas estas otras actividades que a ella conducen, aparecen como fines parciales, o, para emplear la terminología corriente, como *medios*. Esto quiere decir que el yo, después de haberse puesto el fin, retrocede en el tiempo y escogita la cadena de medios que lo ha de llevar, en el curso real de su existencia, al objetivo. Si queremos un fin determinado, debemos querer también los medios que a él conducen. A tal punto es ello ineludible, que a veces nos pasamos la vida en la brega por los medios.

Haciéndose intérprete del pensamiento de Spranger, tal como habría recogido en un curso inédito, Roura Parella ha afirmado recientemente que para la comprensión de la conducta del prójimo es fundamental la consideración del *propósito o finalidad*, junto a la de los motivos (9). Ello lo lleva a marcar una diferencia tajante entre la finalidad u objetivo de un acto, y sus motivos: "Un mismo objetivo puede ser alimentado por motivos muy distintos. Los motivos más diversos pueden llevar, por ejemplo, a un hombre a la tribuna.... Quizás intente enseñar algo a los demás. Quizás da su conferencia por un motivo político; acaso espera conseguir una colocación cualquiera;... quizás hace semejante esfuerzo para hacerse valer ante la mujer amada". (10).

Aunque la exposición de Roura Parella es seductora, no podemos menos que expresar fundadas reservas: a) en cuanto a la sobrevaloración que hace de la importancia que pueda tener la conceptualización teleológica en los actos de comprensión y b) en cuanto a la posibilidad de trazar una línea divisoria entre los motivos y el propósito de una acción, a los efectos de la comprensión de ésta. Veamos la razón de nuestras críticas:

a) La conceptualización teleológica —esto es, por medios y fines— es un modo de conocer la realidad psíquica o biológica que el pensamiento filosófico contemporáneo hace ya tiempo ha reducido a causalidad: todo medio para un fin es, en última instancia, causa para un

efecto. (11). De ahí que por la vía teleológica sólo arribaremos, en el mejor de los casos a una *explicación* psicológica o biológica de ciertos procesos humanos, pero ella no basta para considerar lograda la *comprensión* cultural de una conducta, pues habrá quedado extramuros la noción de valor sin la cual no trascendemos el plano de la realidad natural. Además, la conceptualización causal sólo puede dar cuenta de datos en función del tiempo físico, pues no bien se alude a fines futuros, hay que recurrir a la noción de tiempo existencial, con todas sus implicaciones (libertad metafísica, valores, comprensión, etc.).

b) Aún permaneciendo en el plano teleológico —esto es, causal, natural— habría mucho que discutir acerca de la posibilidad de distinguir en forma absoluta, los motivos, del fin de una acción determinada. En efecto, la psicología enseña que la actividad voluntaria está “determinada” —motivos— por factores complejos, algunos intelectuales, otros afectivos y otros impulsivos (12). Ahora bien, como factor intelectual mencionan los psicólogos la representación del objetivo o fin apetecido. ¿No implica esto una reducción del fin —que es algo futuro, al menos para el tiempo físico— a la categoría de motivo —que es algo que pertenece al pasado—? ¿No se dice acaso, con acierto, que el propósito o fin perseguido por el sujeto agente es lo que lo “mueve” —mueve, móvil, motivo— a actuar? (13).

Se nos ocurre —y proponemos la cuestión al lector— que a las dificultades que surgen no bien se trata de contraponer motivos y fines, derivan de que se hace jugar en un mismo plano temporal a dos nociones, una de las cuales sólo tiene sentido en función del tiempo físico —los motivos— y la otra implica en cambio al tiempo existencial —los fines—. En efecto, cuando se piensa en los motivos de una conducta lo que se busca es una explicación de la misma que la remita a una instancia que le es anterior en el tiempo físico. En cambio, cuando se habla del fin que persigue una conducta, ya no se la piensa en su ser, causalmente, sino que se la comprende en su deber ser, como libertad creadora cuyo presente existencial anticipa ya a un futuro valioso que está por ser, que quiere ser. La posición de un fin no es algo a que podamos llegar teleológicamente, porque es una cuestión que pertenece a la axiología. Además, no se olvide que cuando el acto de conocimiento que tiene por objeto a una conducta es un acto de comprensión, esa conducta no se ofrece al conocimiento como algo que pertenece al pasado, sino como una realidad presente, cuyo sentido es vivido y puesto por el sujeto conociente.

En suma, es necesario insistir en que no se “comprende” el sentido valioso de una conducta en base a una conceptualización puramente

teleológica de sus medios y fines, porque en rigor, colocados en este terreno nos veríamos llevados a admitir que cada acción de la existencia es el medio que conduce a la siguiente, que sería, entonces, el fin de la anterior. Así, tendríamos que decir que el almuerzo del filósofo es el medio que le llevó a la conclusión del ensayo que escribió por la tarde. Es que por la vía teleológica igual se "explica" el acto santo y el profano, la hechura de una obra de arte y la de un adefesio, la comisión de un delito o la realización de un acto merecedor de recompensa. El sentido espiritual de una conducta no se capta y "comprende" sino desde el ángulo de la consideración valorativa.

A este respecto, creemos posible hacer una distinción entre la comprensión de la conducta propia y la de la ajena. En el primer caso, como nuestra vida anímica es un flujo ininterrumpido de vivencias que coexisten en nuestro presente existencial, cabe decir que la comprensión que tenemos de nuestros actos —por lo mismo que es una *comprensión directa* y espontánea— se hace a la luz de varios ángulos de valor, en forma simultánea. Así, el paseo matinal que decidimos hacer se nos aparece —así sea en forma debulosa— como algo útil para la salud, como algo que no puede sernos impedido con justicia, etc. En cambio, cuando nos imponemos la tarea de comprender la vida ajena, —*comprensión reflexiva*— es imposible evitar una artificiosa disección conceptual y axiológica de la misma: cada juicio de valor que se formule, difícilmente podrá abarcar más de una perspectiva axiológica a la vez. Por esto es que el economista, el jurista, etc., en tanto desempeñan su actividad específica, —la comprensión de determinados sectores de la cultura— son paradigmas que remozan las antiguas nociones de *homo oeconomicus*, *homo juridicus*, etc.

Para terminar con la comprensión de la conducta racional, hay que señalar la posibilidad de que discrepe la valoración que de su propia conducta hace el sujeto agente, con la que formule sobre esa misma conducta el sujeto conociente, como portavoz de la colectividad. Casos típicos de esto son los que los juristas llaman de ignorancia del Derecho, los actos del esteta que se aparta de los cánones artísticos vigentes entre sus contemporáneos, etc.

En cuanto a la *comprensión de la conducta irracional o impulsiva*, plantea problemas arduos para la investigación. Por lo pronto, la determinación misma de cuáles son las conductas que merecen esta calificación. Si recordamos haber dicho que conducta racional es la vida biográfica de la persona, sus acciones con jerarquía temporal, sus actos decididos "programáticamente" y en función de valores, podríamos salir del paso diciendo que conducta irracional es la que no reúne esas

condiciones. Pero las dificultades surgen cuando, frente a conductas concretas, se trata de saber cuál es el límite preciso que las separa (14). Por otra parte, cuando hayamos salvado el primer obstáculo y clasificado a una conducta como irracional, nos encontraremos que para su comprensión no nos puede prestar mucha ayuda la investigación del sentido puesto por el agente en sus actos, ya que justamente la actividad impulsiva o tendencial se caracteriza —según los psicólogos— por la falta de conciencia de objetivos valiosos y por la participación puramente periférica del yo. No queda otro remedio que recurrir a una arbitraria racionalización de lo irracional, e interpretarlo a la luz de las mismas categorías válidas para la comprensión de la conducta racional, aunque no se ajusten del todo al curso real de la vida anímica que se quiere conocer.

## CAPITULO II

### 1. *La comprensión en el ámbito del Derecho.*

Si el Derecho es uno de los sectores del mundo de la cultura parece natural que todo cuanto hayan dicho los filósofos de la cultura acerca de la comprensión, como acto de conocimiento peculiar para todos los objetos valiosos, sea aplicable al conocimiento jurídico. Elic no obstante, y pese a que desde Lask y Radbruch casi todos los juristas admiten que el Derecho pertenece a la esfera de lo cultural, lo cierto es que son todavía escasos los frutos obtenidos de esta aproximación. De ahí que sea urgente proyectar en el mundo de lo jurídico todas las conquistas logradas en el orbe de la cultura. En este sentido y por lo pronto, es manifiestamente claro que en el ámbito del saber jurídico se verifica aquello de que a las conductas de los demás, a las vivencias del prójimo no se puede acceder en forma inmediata sino solamente mediata: en la medida en que esas conductas, esas vivencias, se objetivan ante el sujeto conociente. Pero, con esta limitación, no hay duda que los juristas, en su tarea de *comprender el sentido jurídico* de la conducta, no se dan por satisfechos con la consideración del aspecto externo de las acciones, sino que lo interpretan como la *expresión* o índice de un elemento espiritual, al que aspiran a llegar en alguna medida.

En la historia de las ideas jurídicas, hace rato que han quedado relegadas al rincón de los trastos viejos aquellas teorías —Tomasio,

Kant— que pretendían distinguir al Derecho de la Moral en base a una distinción entre el aspecto físico del obrar, o acciones externas (fuero externo: Derecho) y los motivos del obrar, o acciones internas (fuero interno: Moral). Del Vecchio ha efectuado la impugnación de esas teorías con agudeza, diciendo que una acción humana es, siempre, “un hecho de la naturaleza que al mismo tiempo es un hecho de la voluntad” (15). Afinando aún más el concepto expresado por el maestro italiano, podemos afirmar que un cierto fenómeno o dato sólo lo conocemos como conducta en cuanto lo interpretamos como expresión de la libertad de un sujeto, como manifestación de un estado de ánimo, de una intención, de una decisión de un ente que obra bajo el signo de las valoraciones sociales vigentes en su tiempo.

La verdad es que jamás ni los legisladores, ni los jueces, ni los juristas han dejado de tener en cuenta los elementos espirituales de la conducta, que hacen de ella la expresión de una personalidad humana histórica. Si es cierto que la persona sólo existe en sus actos—según afirma con razón la filosofía existencial— no es de extrañar que el conocimiento de los actos nos lleve al de la persona. Aunque el carácter conceptual de la comprensión jurídica —al que nos referiremos más abajo— hace que se reduzca en mucho la medida del diafragma a través del cual la comprensión jurídica contempla la personalidad humana, jamás llega a eliminarla del todo, pues desaparecería el objeto a conocer: en el mundo de las cosas reales no hay acciones flotantes, despersonalizadas, sino acciones que son acciones de alguien (16).

Es claro que cuanto más formalista sea un Derecho (por ej.: el Derecho romano en sus primeros tiempos), o una rama del Derecho (por ej.: el Derecho cambiario), menor es el contacto que toma con la personalidad humana. Es el caso de todos los Derechos primitivos cuyo materialismo se curaba más de las formas y ritos de las acciones, que de su íntimo sentido espiritual, único que devela la personalidad que está detrás (17). Pero así como es cierto que, por ejemplo, el Derecho penal romano establecía una distinción fundamental, a los efectos de la penalidad, entre el ladrón que era sorprendido durante la perpetración del delito (*fur manifestus*; quedaba como siervo del robado) y el que no lo era (*fur nec manifestus*; se libraba con el pago del *duplum*), también es cierto que en el mismo Derecho había otras disposiciones que abrían a los jueces una ancha franja por la que abrir una picada hacia la personalidad. Tal es lo que ocurría, *verbi gratia*, con el principio general según el cual *In maleficiis voluntas expectanda, non exitus*.

En cuanto a los Derechos modernos, casi ocioso es destacar que

el materialismo de los regímenes primitivos se ha visto desplazado paulatinamente, ya que a cada instante los ordenamientos jurídicos contemporáneos franquean la puerta y conceden relevancia a elementos espirituales. Por ejemplo, ateniéndonos al campo del Derecho penal, bastaría con recordar que los penalistas siempre han dedicado una preferente consideración al estudio de lo que llaman el "elemento psíquico" del delito, llegando a veces a increíbles sutilezas en esta materia, como ocurre, por ejemplo, con la figura denominada delito preterintencional, o con las teorías sobre *dolo eventual* y *culpa con previsión*, o sobre *peligrosidad*. De igual modo, en Derecho civil existe un principio de alcance general según el cual la intención de los contratantes prevalece sobre la letra de los pactos, y la teoría de la posesión se funda sobre la consideración del *animus*. También el Derecho administrativo recurre a la intención para estructurar la importante teoría de la *desviación de poder*. Y podrían multiplicarse los ejemplos. (18).

## 2. *Comprensión jurídica y psicología. La "voluntad" en el Derecho.*

Lo que venimos diciendo acerca de que el conocimiento jurídico de una conducta sólo se perfecciona cuando se trasciende de sus manifestaciones físicas, externas, hacia su integridad espiritual, podría llevar a pensar que el acto cognoscitivo del jurista queda consumado cuando ha conseguido desmontar el proceso psíquico de la acción que se considera. En última instancia, de acuerdo con esto, la mayoría de los problemas de interpretación jurídica se reduciría al establecimiento de cuáles fueron las representaciones que se dieron en el campo de la conciencia de los agentes, y cuáles sus voliciones, cuáles sus motivos, y cuáles sus fines. Pero sería un grave error caer en esta trampa del psicologismo, siempre en acecho frente al saber cultural. Resumiremos nuestra posición en la materia diciendo que *la comprensión jurídica de una conducta, aunque en principio toma en cuenta los procesos psico-volitivos del sujeto agente, se desarrolla en un plano distinto del puramente psíquico: el plano de lo valioso*. La psicología podrá suministrarnos una "explicación" más o menos correcta de un determinado proceso volitivo, conceptuándolo teleológicamente —recuérdese lo dicho acerca de que la teleología se reduce a causalidad— pero la elección y la valoración de un fin en vez de otro, y la valoración de la conducta misma, son cosas acerca de las

cuales la psicología y la teleología tienen que permanecer, forzosamente, mudas.

Además, aún dando por sentado que los procesos psíquicos conscientes constituyen un punto de partida para los actos de comprensión propios del conocimiento jurídico, bueno es subrayar las muchas limitaciones inherentes a los datos que la psicología puede suministrar al jurista. Por lo pronto, la ciencia psicológica no dispone aún de ningún aparato o técnica que permita entrar en contacto inmediato con los procesos psíquicos del prójimo, y tiene que limitarse a inferirlos o presumirlos en base a las manifestaciones externas de la conducta. Supongamos, por vía de hipótesis, el caso de un sujeto que dispara su revolver contra el pecho de otro, esto es, en condiciones objetivas que llevan a afirmar que ese sujeto debía prever que causaría una muerte y, consiguientemente, la quería. Pero —como bien lo han observado los penalistas— “si a pesar de ello ese individuo afirma que no tenía la voluntad de matar, no existen medios externos válidos para demostrar lo contrario. El haber o no querido es un hecho psíquico que solamente la introspección puede alcanzar” (19).

El ejemplo que acabamos de poner viene muy bien para mostrar la independencia que existe entre la consideración psicológica de una acción, y su comprensión jurídica. En efecto, sean cuales fueran las dubitaciones en que pueda dejarnos inmersos el aspecto psicológico del caso planteado, advertiremos que el Derecho se las arregla para zanjar la cuestión en forma definitiva, atribuyendo una cierta “voluntad” o culpabilidad al agente, en base a los elementos de juicio de que disponga el juzgador, por precarios que sean, ¿Cómo se explica esto?

También en esta materia debemos reconocer a Hans Kelsen el mérito de haber puesto bases fundamentales para los desarrollos que ahora ensayamos, en la magistral investigación que ya insertó en sus *Hauptprobleme*, en 1911, en que demostró, en forma irrefutable, que lo que el jurista llama *voluntad*, —intención de las partes en los negocios jurídicos, culpabilidad en los actos ilícitos— es algo distinto de lo que los psicólogos designan con la misma palabra (20). Para llegar a esta conclusión, Kelsen comenzó por hacer el balance de las investigaciones de los psicólogos acerca de lo que es la voluntad. Encontró que, en general, la conciben como un tipo especial de tendencia psíquica, asociada a la representación consciente de un fin, y de medios eficientes para arribar a ese fin, los que también son objeto de la voluntad. En estas condiciones, una cierta descarga de energía volitiva constituye lo que los psicólogos llaman acto voluntario. Corresponde su-

brayar que, en términos psicológicos, para que pueda calificarse a un acto como voluntario, es indispensable que haya sido objeto de una representación consciente por parte del sujeto.

Kelsen señaló que lo que ocurre en el mundo del Derecho se compagina mal con lo que enseñaba la psicología. Por ejemplo, en materia de contratos se dice que los efectos de los mismos serán los que las partes hayan “querido” o, en otros términos, que la “voluntad” de las partes es lo decisivo en este campo. Sin embargo, cualquier psicólogo nos informará, con toda razón, que las partes que intervienen en un contrato no tienen, de hecho, la posibilidad de representarse conscientemente todas las consecuencias, implicancias y efectos de su “declaración de voluntad”. Pese a esto, el jurista dirá que todos los efectos jurídicos del contrato valen como “queridos”.

También en el campo del Derecho penal, Kelsen observó cómo pululan los ejemplos aptos para demostrar que el concepto de voluntad que utilizan los penalistas al tratar de los hechos culpables —dolosos y culposos— no designa lo mismo que cuando lo usan los psicólogos. En efecto, los actos delictivos son susceptibles de ser clasificados en tres clases: a) actos cuyo resultado fue querido —voluntad— por su autor. Por ej.: el que suministra una dosis letal de veneno a su enemigo, causándole la muerte por envenenamiento; b) actos cuyas consecuencias no fueron todas directa y plenamente queridas, pero sí previstas. Por ej.: el que tumba el carruaje en que viaja su enemigo ocasionando así la muerte de un tercero que también ocupaba el vehículo; c) conductas cuyos resultados ni fueron queridos ni previstos, pero que debieron ser previstos y evitados. Es toda la gama que va desde los delitos culposos comunes hasta los llamados “delitos de olvido” —caso del que omite por ej., enrolarse en tiempo, haciéndose pasible de una sanción—, primeros peldaños de acceso al campo de lo ilícito-penal. Ahora bien, en todos estos supuestos, y no obstante las profundas diferencias que ofrecerían para una consideración estrictamente psicológica de los procesos volitivos correspondientes a estos actos, los penalistas hablan de “culpabilidad”, de “responsabilidad”. ¿Qué quiere decir esto? Pues, sencillamente, que la *comprensión del sentido jurídico* de esos actos (esto es, del sentido que tienen para el Derecho), se hace al margen o por encima de los resultados de una investigación estrictamente psicológica sobre los correlativos procesos volitivos. *Ergo*, si se quiere conservar a la culpabilidad como elemento del delito, habrá que asignar a sus ribetes psicologistas el lugar secundario que les corresponde.

Hace algún tiempo nosotros también tuvimos oportunidad de se-

ñalar que muchos de los dolores de cabeza que ocasiona a los penalistas la teoría de la culpabilidad radica en que la conciben, casi siempre, como un problema de índole psicológica, versante sobre la manera como se vincula psíquicamente el autor a su hecho ilícito. Consideramos ilustrativo para el tema de este capítulo repetir lo que entonces dijimos: “Cabe reconocer, sin embargo, que entre los mismos penalistas se dibuja actualmente, con perfiles vigorosos, una tendencia que, insatisfecha con las *teorías psicológicas* de la culpabilidad, aspira a reemplazarlas por una *teoría normativa* —Frank, Mezger, Godschmidt, Freudenthal—, que define a esa culpabilidad como “reprochabilidad”, como “un juicio de reproche”, según el cual una determinada conducta, a causa de cierta situación de hecho dada, es reprochable. La culpabilidad ya no es una situación de hecho psicológica, sino una situación de hecho —de ordinario psicológica— valorada normativamente (21). Pero la difusión de esta teoría tropieza con dificultades, pues los psicólogos le replican que no comprenden cómo “la culpa de un hombre pueda estar en la cabeza de los otros” y que la “culpa no es ningún juicio, sino un estado psíquico”. (22).

“Haciendo caso omiso de la complejidad que caracteriza a la concepción normativa de la culpabilidad —confieso que la lectura del libro epónimo de Goldschmidt ha sido para mí una verdadera prueba mental—, hay que reconocerles que han atisbado la intrínseca naturaleza filosófica de ese objeto de experiencia que se llama delito. Eso de que la culpa pueda estar en la cabeza del juez —de lo que se chancean los psicólogos— no es más que una feliz intuición de la modalidad propia de los objetos egológicos consistentes —según ya he dicho— en que se accede a ellos mediante un específico acto de conciencia llamado *comprensión*, que ve en algo su sentido, pero poniéndolo al propio tiempo. Por eso creo yo que así como cabe hablar de la culpabilidad como de algo ínsito en el delincuente tampoco se puede negar que ese algo lo pone el juez. En última instancia, afirmar la culpabilidad de una persona con respecto a cierto acto, no es más que afirmar que es justicia aplicarle —hacerla término de imputación— ciertas normas que configuran al hecho como un ilícito penal. Y, para que sea procedente y justa esta aplicación, no es absolutamente indispensable —ni es posible, por lo demás— la verificación naturalista de que en el caso ocurrente se hallan reunidos los extremos psicólogos del dolo y de la culpa, tal como son postulados por la mayoría de los penalistas”. (23).

### 3. *Comprensión, estructura y personalidad. La comprensión jurídica como comprensión conceptual.*

Con lo dicho más arriba, confiamos haber puesto en claro que aunque el acto de comprensión que ejercitan los juristas tiende a desentrañar el sentido espiritual de ciertas conductas, eso no quiere decir que espiritual sea sinónimo de psíquico. Lo que escinde a la cultura de la naturaleza, no es el psiquismo —que también es reducible a naturaleza— sino el carácter valioso de la primera. Y huelga decir que los valores no se comprenden sino en función de una libertad creadora que se fenomenaliza en el tiempo existencial.

Así, pues, la comprensión jurídica de una conducta, aunque no se desentienda de los procesos psíquicos volitivos de la misma, aunque no prescindamos de la consideración de sus motivos y fines, y del valor subjetivo de esos fines, considera a todos estos elementos como puntos de referencia que integran y ayudan a deslindar una estructura en cuya conexión íntima se trata de penetrar. Si comprender el sentido de algo es, en última instancia, insertarlo en un todo o complejo significativo, es obvio que la perfecta comprensión de una acción, por banal que ésta parezca, no puede considerarse lograda si no es refiriéndola, en lo posible, a ese todo estructural dinámico, a esa “totalidad sucesiva” (Rougés), cuyo común denominador —o principio de fundamentación unitario, diría Husserl, es dado por la personalidad.

Es claro que, en la práctica, para la comprensión del sentido jurídico de una cierta conducta —especialmente de esos actos que no traducen más que aspectos decaídos o funcionarios de la existencia— se efectúa en realidad una eliminación de todos aquellos aspectos y momentos de la personalidad a los que el Derecho no atribuye relevancia con respecto a ciertos actos. Por lo demás, es absolutamente inevitable que la determinación del sentido jurídico de un tramo de conducta no pueda hacerse sin un cierto grado de esquematización, fijación, petrificación o racionalización, ya que la comprensión que ejercitan los juristas es una *comprensión conceptual*.

¿Por qué hemos calificado como *conceptual* a la comprensión propia del saber jurídico? Conviene detenerse en el análisis de esta cuestión, ya que es de superlativa importancia para hacerse cargo de las peculiaridades del conocimiento jurídico. Para esta tarea, hay que tener presente que, fuera del ámbito del Derecho, es común que los actos de comprensión se cumplan de un modo directo, al margen de una conceptualización rígida que los prefigure dentro de ciertos límites.

Es el caso, al que ya hemos recurrido, del infante que aún antes de los primeros balbuceos ya comprende como algo valioso el cariño que le profesa su madre. Y algo análogo sucede en todo el ámbito del conocimiento estético, por ejemplo.

En el campo del Derecho no ocurre precisamente lo mismo. No es posible atribuir un determinado sentido jurídico a una conducta a la luz de un enfoque puramente emocional o sentimental, porque la emoción o el sentimiento, aunque jueguen en la comprensión del Derecho, tienen que discurrir forzosamente por el cauce de ciertos esquemas conceptuales que le están ya dados —al menos en cierta medida— al intérprete. (24).

Cuando se llama Dogmática Jurídica a la Ciencia del Derecho se expresa una gran verdad, en cuanto los juristas, al desarrollar sus actos de comprensión, tienen que recurrir a *conceptos, figuras, tipos, standards, ideales históricos*, que les están dogmáticamente suministrados e impuestos por el ordenamiento jurídico, por la colectividad. Hasta el lenguaje actúa como tamiz en la comprensión jurídica —*Rechtswissenschaft ist Wortwissenschaft* decía Kantorowicz— ya que los juristas han de acudir para comunicarse a expresiones acuñadas que ya son valores entendidos, sancionados por el grupo. Por todo esto, aunque la Ciencia jurídica no es una ciencia formal —ya que su objeto, la conducta, no es ideal o formal sino real— corresponde reconocer que no se equivocan los que afirman que un cierto formalismo es inevitablemente consubstancial al Derecho, aún en sus expresiones más evolucionadas.

Conviene apuntar que ese elemento dogmático, que pone determinados límites a la comprensión jurídica, roza hasta los ingredientes valiosos de la misma. Esto se advierte con claridad cuando se piensa en qué es lo que la ley impone al juez: conceptos dogmáticos que llevan las huellas de una cierta valoración jurídica —la del legislador— con la que se perfila un ideal jurídico positivo. Por esto, el hablar de los elementos de la experiencia jurídica —estructura lógica, contenido empírico, valoración jurídica— dijimos que cuando, por ejemplo, el legislador impone la edad de 22 años para la plena capacidad civil, con ello no sólo expresa un dato conceptual, sino también una cierta valoración de la colectividad. (25).

Con lo expuesto ya podemos advertir que los actos de comprensión jurídica no pueden hacerse al margen de lo que expresen las normas vigentes —leyes y costumbres— lo que implica un cierto condicionamiento conceptual que se efectúa en función de la historia y la geografía. Nos referimos en esta forma por una parte a la diversidad

de regímenes jurídicos que existen en los distintos países, y por otra a los cambios que, aún sin salir de las fronteras de un Estado —y a veces hasta sin modificarse las leyes se producen con el curso de los años. Precisamente, la variabilidad de este ingrediente de la experiencia jurídica —y, por ende, del conocimiento jurídico— fué el factor que llevó a muchos a una posición escéptica en cuanto a la cientificidad del Derecho, posición debida a que se percataron que el conocimiento de lo jurídico no podía asimilarse al conocimiento de la naturaleza, que era para ellos el paradigma de la cientificidad.

Desde otro punto de vista, corresponde destacar que la circunstancia de que la comprensión jurídica sea una comprensión conceptual es auspiciosa, porque precisamente el juego de estos elementos conceptuales es lo que permite caracterizar al saber jurídico como un saber teórico, como un conocimiento que alcanza la dignidad de ciencia, ya que una de las notas que definen a ésta es la de ser un saber conceptual.

4. *Distinción entre el conocimiento causal explicativo de los motivos y fines de una conducta, y la comprensión del sentido jurídico de la misma.*

Más arriba, al tratar de la conducta racional, pusimos de relieve que su mecanismo es de índole teleológica: el yo actuante se representa un fin y va excogitando los medios eficientes para realizarlo. Sabido es, también, que la actividad voluntaria está determinada o causada por factores llamados por los psicólogos *motivos*, entre los que figura la representación del fin apetecido. Ahora bien, si todos estos ingredientes —fines, móviles, motivos— integran eso que llamamos conducta racional y voluntaria, nada tiene de extraño que encontremos continuas referencias a ello en algunos capítulos de la ciencia jurídica. Por ejemplo, en materia de contratos y de delitos. Pero lo que los científicos del Derecho no suelen destacar con suficiente claridad es que una cosa es la investigación psicologista o *explicación* de cuáles son los motivos que han determinado a una persona a obrar, cuáles los fines que perseguía, y otra cosa diferente la *comprensión* valorativa del sentido que esa conducta pueda tener, vista desde el ángulo jurídico social de su interferencia con otras.

Un ejemplo puede aclarar mejor lo que se dice acerca de la independencia que existe entre la operación de analizar una conducta desde el punto de vista de sus motivos y fines, y la operación de comprender el sentido jurídico de la misma. Piénsese en el caso de un deu-

dor que, movido por el profundo odio que profesa por su acreedor, le opone una defensa de prescripción, no obstante hallarse en condiciones de solventar su deuda. El psicólogo encontrará en ese sentimiento de odio, y en la representación del daño o del fastidio que se causará al acreedor, los motivos que explican la acción realizada. Pero este enfoque, por lo mismo que es naturalístico, causal explicativo, es absolutamente neutro a toda valoración: nada nos dice acerca del sentido valioso que pueda tener esa conducta. En cambio, el análisis toma una coloración completamente diferente cuando, teniendo en cuenta los datos que proporcione la investigación psicologista referida, procuremos valorar y comprender el sentido de esa conducta. Además, aún en el terreno axiológico es menester hacer distinciones, ya que no es lo mismo enjuiciar una conducta a la luz de la Moral que a la del Derecho. En resumen, y con independencia de lo que puedan decirnos la psicología o la moral, parece obvio que recién comprendemos el sentido *jurídico* de la conducta en cuestión cuando la valoramos desde el punto de vista de los valores del Derecho, esto es, de la justicia, del orden y de la seguridad, que no son valores de cosas sino valores de conducta, y de conducta bilateral para más datos. Por eso, en el caso de marras el jurista no puede sino bonificar la actitud del deudor, ya que ella importa atenerse a una institución —la prescripción— consagrada por el legislador como necesaria a la estabilidad y seguridad de las transacciones.

En el campo de la ciencia penal también ha dado lugar a no pocas dificultades la cuestión llamada de los motivos del delito (26). No cabe duda alguna que la representación que se haga el sujeto actuante del fin u objetivo que persigue, típica en los delitos dolosos, constituye un ejemplo de eso que la psicología llama motivos de la acción voluntaria. No es de extrañar, pues, que el penalista se interese vivamente por el problema de los motivos. Pero ese penalista correrá un serio peligro de derivar hacia disquisiciones que nada tienen de jurídico si no cae en la cuenta: 1º) que su tarea de jurista no consiste tanto en la determinación de los factores psicológicos que causaron una cierta acción, sino en la valoración del sentido de justicia, orden, seguridad, etc., que corresponde a esa conducta; 2º) que aunque el acto de comprensión que ejercita el jurista, por lo mismo que se dirige a desentrañar la estructura de una conducta considerada como un todo, tiene derecho de tomar en cuenta entre los ingredientes de ese todo, a las motivaciones, no hay que creer que ello ocurre siempre. Hay casos en que la indagación psicologista de los motivos de un acto de poco

o nada sirve al jurista, y hay también casos en que ni siquiera procede esa indagación.

En esta materia de los motivos y fines del delito creemos que Laureano Landaburu (h.) en su excelente estudio sobre "El delito como estructura", da pie para alguna confusión cuando aquilata la relevancia que tienen esos ingredientes en el conocimiento por comprensión. Ahí se dice, en efecto, que el "hacer vital reconoce siempre un motivo o por qué y una finalidad o para qué, que constituyen el sentido o significación de la vida" y que "el sentido o significación de la conducta se halla constituido por el motivo y la finalidad, y aprehender aquél tanto quiere decir como valorar a éstos...", conceptos que se repiten en varias oportunidades (27). Aparte de las objeciones que hemos formulado anteriormente a la distinción entre motivos y fines (28), la tesis de que para la comprensión de una conducta es siempre esencial la valoración de sus motivos y fines, aunque podría, quizás, ser válida para la comprensión que de su propia conducta desarrolla todo ente racional, es excesiva si uno se circunscribe a los actos de comprensión conceptual de la conducta ajena, que son los que desarrollan jueces y juristas.

En efecto, cuando se trata de comprender jurídicamente un acto del prójimo, la referencia de ese acto a la totalidad de su vida del sujeto, en todos sus ingredientes y apreciada en su conjunto, no puede ser —a nuestro juicio— sino una idea orientadora, un desideratum nunca plenamente alcanzable. Es que, según ya lo hemos dicho, la comprensión jurídica no es *libremente emocional*, sino una comprensión *conceptualmente emocional*, lo que quiere decir que el jurista sólo puede otear la personalidad desde el resquicio que le suministran los conceptos y datos dogmáticos que impone el legislador. Esto significa que, la consideración de los motivos sólo tiene relevancia cuando el legislador la impone o la permite —expresa o implícitamente—.

No es difícil señalar ejemplos de situaciones en que, por expresa decisión del legislador, la comprensión de la conducta presuntamente delictuosa deberá tener en cuenta, en forma decisiva, los motivos. Tal es lo que ocurre con aquellas figuras legales que requieren expresamente, eso que los penalistas llaman "dolo específico", esto es, un animus o intención especial dirigida al logro de determinado efecto. Ejemplo: la hipótesis privilegiada de homicidio prevista por el inc. 2º del art. 81 del cód. penal —infanticidio— exige que el hecho haya sido cometido para ocultar la deshonra.

En otros supuestos los penalistas admiten que, aunque el legislador no lo indique de modo expreso, se impone la consideración de

algunos de los móviles de la acción (29). Así por ejemplo, en materia de hurto, pese a que el art. 162 del cód. penal se limita a configurarlo como el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, Ricardo C. Núñez sostiene que requiere la existencia de un *animus lucrandi*, tomada esta expresión en un sentido amplio (30). En cambio, según el mismo autor, cuando se verifique la presencia de ese *animus*, carecerían de fuerza excusante, por falta de asidero en la Ley, otros móviles que pudiera albergar simultáneamente el agente, así sean tan nobles como el de San Crispín que robó cuero para hacer zapatos a los pobres, o el del padre que roba alimentos para sus hijos (excluida, por supuesto, la existencia de un auténtico estado de necesidad).

En todos los casos que acabamos de relatar, por lo mismo que el legislador impone expresamente o permite la consideración de los motivos o móviles de la acción, es perfectamente válida la tesis de Landaburu en cuanto les asigna un papel decisivo para el conocimiento por comprensión de la conducta ajena. Pero es indispensable advertir: 1) que no todos los motivos tienen igual relevancia jurídica, lo que depende de lo que diga la Ley; hay muchos casos en que la motivación psicológica subjetiva es prácticamente irrelevante para el Derecho. Ambas observaciones merecen ser aclaradas.

Por lo que hace a la distinta significación jurídica que tienen los diferentes motivos, según los casos, y que depende de lo que diga la Ley, nos bastará con remitirnos a los ejemplos que citamos acerca de que la nobleza de los móviles no alcanzaba para excusar al robo cometido por San Crispín o por el padre que delinque para alimentar a sus hijos. Es que, como lo hemos dicho muchas veces, la comprensión del jurista no es libremente emocional sino que debe discurrir por los cauces de los conceptos legales, de los tipos y figuras creados por el legislador, y en los casos referidos el único papel que la ley asigna a los motivos nobles está en la cuantificación de la pena (el art. 41. cód. penal que a esta cuantificación se refiere, alude expresamente a la "calidad de los motivos").

En cuanto a nuestra tesis de que hay casos en que la consideración de los motivos subjetivos de la acción delictuosa es prácticamente irrelevante para su comprensión jurídica, no ofrece dificultad su demostración. Piénsese en el siguiente ejemplo, inspirado en Kelsen (31): Un niño jugando a orillas de un estanque, cae al agua y se ahoga debido al descuido de su niñera, que en ese preciso instante se encontraba tan completamente absorta en la lectura de una novela policial que no se hacía cargo de lo que ocurría en torno suyo. No obstante ello, el jurista dirá que la niñera obró culposamente, porque aunque no quería la desgracia ocurrida —recuérdese que el campo de

su conciencia estaba totalmente ocupado por las peripecias de su novela— debió haberla previsto y haber adoptado las necesarias precauciones. En suma, quiere decir que la conducta de la niñera es valorada y comprendida como delictuosa, al margen de una consideración psicologista de la misma, puesto que desde el punto de vista de la psicología no cabe encontrar relación alguna entre la muerte del niño y la conciencia de la niñera.

*Comprensión jurídica y dialéctica estimativa.*

Ya hemos señalado que todo cuanto se ha dicho acerca de la comprensión en general, en cuanto acto gnoseológico típico para el conocimiento de la cultura, es válido para la comprensión que ejercitan los juristas. Interesa, sin embargo, ver un poco más de cerca cómo se realiza en el área jurídica el tránsito dialéctico del substrato del objeto a conocer, —el sentido del mismo y viceversa—, tránsito circular sin el cual no hay conocimiento por comprensión. Para esta tarea, tomamos por ejemplo típico el acto de comprensión que ha de realizar un juez en lo penal, en que la cuestión aparece con particular relieve y dramatismo. Supongamos que se ha traído a conocimiento del magistrado el caso de un hombre que, tras una discusión ha dado muerte a otro. Adviértase que los hechos —el tramo de conductas a enjuiciar— no se ofrecen al magistrado como algo amorfo y como algo absolutamente descarnado de todo sentido, sino que ya se le exhiben configurados y con un sentido inmanente: se trata de la conducta de un matador y de un occiso —esos términos ya anticipan un significado— y éste dato, en tanto que ya exhibe un sentido *prima facie* de valioso, tiene que ver con las normas penales, como lo prueba, por lo pronto, la circunstancia de que sea un juez del crimen el que se avoca a su conocimiento.

El punto de partida para el juez, no puede ser otro que la conducta a enjuiciar, perfilada o configurada —en el sentido en que la “forma” de un fenómeno configura a la “materia” del mismo— por las circunstancias del caso, y que ya exhibe un sentido inmanente, por confuso o borroso que pueda ser. Así, en el caso ya citado, se aprecia de entrada a la conducta del homicida como lesiva del orden, de la seguridad y de la justicia.

Si la comprensión jurídica fuera de índole puramente emocional, bastaría el juego de los ingredientes referidos para que el juez pudiera cumplir su cometido. Pero ya sabemos que la comprensión jurídica es de índole conceptual, lo que complica un poco la dinámica del acto gnoseológico del juez, pues éste ha de transitar dialéctica-

mente del caso a las leyes —esquemas de interpretación— que considere aplicables, y ha de comparar las circunstancias del caso con las que enuncian las leyes, y el sentido inmanente del caso con el que enuncian los conceptos legales. No hay duda que difícilmente bastará con un solo desplazamiento dialéctico del caso hacia la ley para considerar terminado el proceso de conocimiento. Seguramente el juez, después de una primera y provisional elección de las normas legales a las que valora como “aplicables” al caso —por ej., el art. 79 del cód. penal: homicidio— ha de sentir la necesidad de volver a analizar el caso mismo, para ver si no se le había escapado alguna circunstancia o algún matiz del mismo —por ejemplo: que la víctima sea ascendiente del matador, o que sea un caso de legítima defensa— que no se compagine con las circunstancias y con el sentido enunciados por la ley que había elegido.

Obsérvese además que el acto de conocimiento que ejercita el juez no es neutral —como los actos gnoseológicos de intelección o de explicación— ya que, a pesar de que la conducta a conocer se ofrece de entrada con algún sentido inmanente, en definitiva el sentido oficial que cobra es el que le pone al juez en su sentencia. Se trata, en suma, de un típico ejemplo de lo que se ha llamado una toma de posición axiológica, con la particularidad de que el juez, para poder consumir su valoración del caso, debe valorar asimismo las disposiciones legales que aplica, puesto que para aplicarlas ha tenido que elegir las entre otras que también podrían regir.

La afirmación de que el sentido axiológico del caso es puesto por el juez en una toma de posición podría hacer pensar que se confiere en esta forma a los magistrados poderes tremendos, discrecionales. A este respecto, empezaremos por destacar que aquí no se trata de conferir poderes a nadie sino de analizar teóricamente, neutralmente, la índole de los actos que realizan y siempre han realizado los jueces. Además, hecha esta necesaria salvedad, corresponde hacer notar que ese monopolio, por parte del juez, de la facultad de dar el sentido jurídico de la conducta que enjuicia, es más aparente que real. En realidad de verdad, para ser precisos en esta materia, habríamos de decir que el sentido de la conducta que se juzga es co-puesto por cuatro factores: el agente de la conducta, el legislador, la comunidad y el juez. Como de la intervención de este último ya nos hemos ocupado, corresponde que nos detengamos en analizar más de cerca la que incumbe a los otros factores citados.

Por lo que hace a la cierta participación que corresponde al sujeto actuante en la determinación del sentido que en definitiva asignará

el juez a la conducta, parece indiscutible, ya que las personas ponen siempre algún sentido en lo que hacen, al menos en esa especie de conducta a la que hemos calificado como racional (32). Es claro que —como ya lo apuntamos— la apreciación del juez puede discrepar de la del sujeto actuante, y es obvio agregar que quien tiene la última palabra es aquél. Pero es también notorio que la valoración que de su propia conducta efectúe el sujeto actuante es un valioso elemento de juicio para el juez, que hasta puede ser decisivo, como ocurre, por ejemplo, en materia penal, con las situaciones llamadas de legítima defensa putativa, en que las circunstancias de hecho que requiere la legítima defensa, aunque no existen más que en el espíritu del protagonista, son decisivas para la determinación del sentido jurídico del caso.

En cuanto a la coparticipación del legislador y de la colectividad en el acto por el cual el juez determina el sentido jurídico de una cierta conducta; no resulta difícil advertirla si se recuerda, una vez más, que la comprensión jurídica no es libremente emocional, sino “conceptualmente emocional”, ya que ha de discurrir forzosamente por el cauce de ciertos conceptos —tipos, figuras, standards, ideales históricos— que le vienen impuestos al juzgador desde fuera. El legislador es, justamente, en tanto que portavoz de la colectividad, la fuente de la que surgen esos conceptos y el ordenamiento jurídico, en su plenitud hermética, es el repertorio de posibilidades conceptuales que apresa al juez, puesto que de ellas no puede salirse. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la división horizontal de la propiedad. Si el legislador la prohíbe, el juzgador, por benevolente que sea su actitud frente a ciertas convenciones con que los particulares pretenden a veces anticiparse a la consagración legislativa de esa institución, nunca podrá hacer que de esas convenciones surja un auténtico derecho real. Otro ejemplo: piénsese en la figura penal llamada infanticidio. Es manifiesto que si el legislador no la hubiera previsto especialmente, los jueces, frente a los infanticidas, no tendrían más recurso que aplicarles las normas referentes al homicidio —en alguna de sus modalidades— si es que no se decidían a considerarlos como no punibles. Es claro que el juego de la analogía, en los casos en que ella no está vedada, permite a los jueces ampliar los conceptos legales hasta su máxima extensión lógica, pero no debe olvidarse que para que puedan ser extendidos esos conceptos, la primera condición es la de que existan.

Precisamente esta coparticipación del legislador y de la colectividad en el conocimiento por comprensión que ejercitan los jueces es lo

que justifica la calificación de voluntarismo estructurado, con la que Cossio define a la concepción interpretativa propia de la Teoría pura de Kelsen y la diferencia del voluntarismo informe de la Escuela del Derecho libre en base a que el acto de juzgar no consiste en decidir por el azar, o en base al personal arbitrio caprichoso, sino en decidir según principios reguladores —“esquemas de interpretación,” dice Kelsen— perfilados conceptualmente por las leyes. Casi de más está señalar que este condicionamiento conceptual y valorativo a que se encuentra sujeto el juez constituye una preciosa defensa de la seguridad jurídica contra los posibles avances de la arbitrariedad judicial ya que un juez, por “libérrimas” que sean sus sentencias, deberá siempre recurrir para expresarlas a los conceptos y estructuras jurídicas que le suministra su ordenamiento jurídico, sin que de ello pueda salirse si no quiere que sus sentencias sean tachadas de ilegales.

Pero, por más estructurado que se encuentre el voluntarismo judicial, es imposible negar que el juez tiene latitud para valorar las leyes, pues elige entre varias, en un acto de decisión valoradora, aquellas que considera aplicables al caso, excluyendo, de paso, a otras que podrían también regirlo. No es discutible, asimismo, que puede ampliar por analogía o restringir la extensión lógica de los conceptos legales, puesto que a veces los hace jugar en toda su extensión, y en otras los limita enunciando circunstancias generales que, aunque no estén enunciadas expresamente por el texto, condicionan su aplicación (33). Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con el concepto de propiedad, tal como lo utiliza nuestra ley penal cuando se refiere a los llamados “delitos contra la propiedad”. Los intérpretes más autorizados concuerdan, en general, en afirmar que en materia penal la expresión no debe ser tomada en el sentido relativamente restringido que tiene para el lenguaje común o para la ley civil, sino en un sentido amplio, comprensivo de todos los derechos patrimoniales. Sobre estas bases se ha sostenido —con acierto a nuestro juicio— que el apoderamiento ilegítimo de la energía eléctrica puede constituir los delitos de hurto, de robo o de defraudación, según las circunstancias (34). Así como en el ejemplo anterior la valoración que hace el juez de la ley conduce a una extensión o ampliación de la misma —no obstante tratarse de una ley penal— en otros supuestos ocurre la situación inversa, en que el intérprete agrega a las circunstancias que el legislador enuncia como condiciones para la aplicación de una determinada ley, otras no enunciadas. Es, por ejemplo, lo que ocurre cuando el Código Penal dice que para que haya hurto debe alguien haberse apoderado de una cosa mueble ajena. No obstante que a esto se limitan las exigencias legales, ocurre que los jueces no condenan a nadie por hurto cuando

la cosa mueble sustraída es de ínfimo valor pecuniario, como pueden serlo mondadientes, tapias de lata y objetos similares. ¿Qué quiere decir esto? Pues, sencillamente, que la jurisprudencia ha restringido, en cierta medida, la extensión de los conceptos legales. Pero aun en todos estos supuestos de ampliación o de restricción de las leyes, en que los jueces parecerían emanciparse del legislador, nunca su emancipación es total, pues no se trata para los jueces de moverse en el vacío, sino que el mismo hecho de que hablen de ampliar o restringir la ley es buena prueba de que siempre ésta estructura en alguna medida sus decisiones. Ni siquiera en los casos en que los jueces, en un máximo alarde de poderío, declaran “inaplicable” alguna disposición legal, consiguen soltarse del todo de las ataduras de la legalidad, porque como cada ordenamiento jurídico es una totalidad plena y hermética, han de recurrir forzosamente a alguna otra de las figuras o esquemas de interpretación que ese ordenamiento les brinde. Si las sentencias judiciales, aun las más revolucionarias, aparecen siempre como fundadas en disposiciones legales no es tanto porque lo exijan los códigos de procedimientos, sino porque no puede ser de otra manera en razón del carácter conceptual que presenta la comprensión en el ámbito del Derecho.

En resumen, se advierte que, pese a todas las apariencias, la posible arbitrariedad judicial se encuentra bloqueada y coartada por los conceptos y datos dogmáticos que impone el legislador, así como por las valoraciones ambientales impuestas por la colectividad. Desde el punto de vista conceptual son rígidos los andariveles que encauzan al juez, ya que si decide saltar por sobre las vallas conceptuales que le son dadas dogmáticamente por la ley, aunque ninguna fuerza física lo detiene se encontrará con que no podrá hacerlo impunemente porque experimentará lo que Cossio llama la “vivencia de una contradicción” (35), la que nosotros definiríamos como una contradicción del hombre racional consigo mismo que es vivida por el juez cuando confiere oficialmente a la conducta que juzga un sentido que no es el que su ciencia y conciencia le enseñan como objetivamente correspondiente a ese substrato. También desde el punto de vista valorativo, el juez —del mismo modo que el legislador, o el constituyente, en sus respectivas esferas— “se sentirá apresado, como por mallas invisibles de acero de las que no podrá escapar, porque él no vive en un trasmundo, sino que participa necesariamente de las valoraciones ambientales. Su existir en un coexistir con los demás en el tiempo (36). Por lo mismo, si al valorar prescinde de la axiología de sus coetáneos, no podrá dejar de experimentar una vivencia para la que desde ya proponemos el nombre de “vivencia del desvalor”.

6. *Nuestra tesis, de que los juristas ejercitan un conocimiento por comprensión conceptual, ni quita ni pone rey a las facultades judiciales, ni vulnera la separación de los poderes, ni altera la "manera tradicional" de aplicar las leyes.*

La tesis de que los juristas ejercitan su conocimiento por comprensión, que resultaba inevitable desde que se empezó a barruntar a fines del siglo pasado que el Derecho mora en el orbe de la cultura, ha cobrado insospechado vigor con la teoría egológica del Derecho, cuyo fundador ha sostenido, en todo momento, que la conducta, en cuanto tal, no puede ser conocida si no es por comprensión. No obstante tratarse de un corolario natural que debieran aceptar todos los que admitan que el Derecho es una disciplina normativa y valorativa, también este punto ha levantado un temporal de críticas entre muchos juristas que no se resignan a aceptar que se les diga que su faena no consiste en interpretar las leyes —según la fórmula tradicional— sino en interpretar o comprender conductas a la luz de las leyes. Entre esas numerosas críticas, merecen ser recogidas especialmente las formuladas recientemente por Ricardo C. Núñez (37), porque su autor se mantiene en un plano rigurosamente científico, y las formula con arreglo a un método expositivo depurado y con meridiana claridad. Estas calidades obligan al respeto, y permiten el diálogo intelectual.

Conviene resumir, para el mejor gobierno del lector, cuáles son los reparos fundamentales formulados por Núñez en el plano de la teoría general del Derecho.

Según Núñez, las "teorías tradicionales" —que son las que merecen su aprobación— concebían al derecho positivo como "un sistema de significaciones o pensamientos normativos", como "un sistema de reglas para resolver los conflictos humanos" (p. 29). La función del juez consistiría en actuar "ese sistema de reglas jurídicas, interpretándolo mediante su inteligencia, y aplicándolo" (p. 29): "la determinación del pensamiento legal o norma con la cual tiene que regularse el caso, representa la labor de positivo argentino se ajustaría a estas concepciones, ya que según "el principio constitucional de la división de poderes" el juez aplica el derecho declarado por el poder legislativo", y según la jurisprudencia de la Corte suprema "al Poder judicial no le compete pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes" (p. 41).

En cambio la "nueva teoría" —alude el penalista cordobés a los escritos de Cossio, Landaburu, Ure, Ramos Mejía y nuestros— en vez de admitir que el juez aplica el derecho "niega que el juez haga esta

aplicación de un derecho positivo considerado como una norma objetiva” y sostiene que “el juez cumple una función de creación del derecho” (P. 32). La tesis de que no se interpreta la ley sino la conducta humana y de que la conducta ha de ser concebida como una estructura (p. 32) tendría como lógica consecuencia que el juez, en vez de orientarse hacia el “respeto y la sumisión a la norma objetiva, la sacrificaría sin asco cuando no le proporcione todas las notas necesarias” para el conocimiento de la conducta (p. 39). Este sacrificio de las normas objetivas, de las figuras legales, sería patente en materia penal, ya que la concepción del delito como estructura impone aprehender la conducta en su conexión con la vida del delincuente valorada en su totalidad, lo que no sería posible sin salirse de los esquemas legales, sin pasar por sobre las limitaciones conceptuales provenientes del legislador penal (p. 32, 43) (38).

No dudamos que la versión objetiva que hemos hecho del pensamiento de Núñez, cotejada con todo lo que hemos dicho antes nosotros acerca del conocimiento de los juristas como saber por comprensión, permitirá al lector formarse su propia composición del lugar y desentrañar dónde está la verdad y dónde el error. Aunque sería casi innecesario agregar más, haremos todavía algunas glosas a lo que afirma el penalista cordobés.

Tiene mucha razón Núñez cuando dice que para las teorías tradicionales la misión y tarea de los jueces consiste en interpretar las normas objetivas mediante su inteligencia, y aplicarlas. En efecto, esa es la mejor síntesis que se puede hacer de la ciencia jurídica de ayer, cuya partida de defunción firmó Kelsen y refrendó Cossio. Kelsen, al enseñar que el juez no desarrolla un mero acto de pensamiento, sino un acto de voluntad y de creación. Cossio, al poner de manifiesto que, pese a lo que diga la terminología corriente, el jurista no interpreta las leyes, sino que las valora —al elegir, entre varias las que estima aplicables— e interpreta o comprende el sentido que tiene la conducta a la luz de esas leyes.

En cuanto a la afirmación de Núñez de que las nuevas teorías preconizan que el juez sacrifique o deje de lado las “normas objetivas” si ellas no le proporcionan todas las notas necesarias para el conocimiento de la conducta, debemos decir, rotundamente, que es una afirmación inexacta intoto. A este respecto, además de todo lo que se dice en el presente estudio acerca del carácter “conceptual” de la comprensión jurídica, debemos remitirnos al extenso ensayo que publicamos en 1945 con el título de “Delito, tipicidad y analogía”, en el que ya decíamos, entre otras cosas que “La función de sentenciar

en cuanto es un acto de “aplicación” del Derecho, supone la preexistencia de una norma de grado más alto, la que suministra al juez “conceptos” o “figuras” que enmarcan, dentro de cierta medida, al aspecto creativo de la sentencia” (art. cit., cap. VII).

Decíamos también ahí, a mayor abundamiento que “La tipicidad” —o sea, esa necesidad de que la ley suministre al juez “figuras”— no es patrimonio del Derecho penal en general, y ni siquiera de los Derechos penales liberales en especial ya que constituye una exigencia racional de la dinámica de la producción jurídica, que rige en todos los ámbitos del Derecho” (art. cit., cap. VII, Conclusión 1.).

Con lo dicho basta, y sobra, para advertir que tampoco resiste al menor análisis la afirmación, reiterada por Núñez, de que las nuevas teorías son incompatibles con el Derecho positivo argentino en razón de que el principio de la división de los poderes exigiría que el juez se limite a conocer con su inteligencia las normas objetivas declaradas por el legislador, y a aplicarlas, sin juzgar de su eficacia y conveniencia. Lo que el principio de la división de los poderes exige, en verdad, es que la facultad de juzgar no esté en manos del Poder Judicial independiente. Del mismo principio resulta, asimismo, que esa facultad conferida a los jueces es para ellos, a la vez, una obligación: los jueces tienen el deber de juzgar. Pero como hemos desmontado el mecanismo de esta tarea, ahora estamos en condiciones de decir que no se puede “juzgar” de un caso concreto sin “comprenderlo”, sin interpretarlo y valorarlo, aunque es claro que esa comprensión deba hacerse a través de las leyes elegidas —también en un acto valorativo— para que den el sentido conceptual adecuado a la conducta sub-examen.

Lo que ocurre, en el fondo, es que estos razonamientos de Núñez implican un lamentable paralogismo. Un análisis teórico del acto de conocimiento que ejercitan los jueces —que es lo que nosotros hacemos— no puede ser impugnado por su presuntiva incongruencia con reglas de derecho positivo o con dudosos precedentes judiciales, sino en todo caso, por su incongruencia con la verdad. El legislador o el administrador pueden dar a ciertas personas la facultad de juzgar, pero, una vez conferida la atribución, no pueden impedir que los jueces realicen actos de valoración y de comprensión conceptual de conductas, porque ello no está en sus manos. Repetimos: por que ello no es ta en sus manos, como no lo está, por ejemplo, establecer por decreto la existencia de un Sér Supremo —como lo hizo una Asamblea revolucionaria de Francia—, o vedar a los jueces toda interpretación —como pretendía Beccaria— o permitirles dejar de fallar en caso

de silencio de las leyes —como lo creía posible Vélez Sársfiel, puesto que redactó un artículo para “impedir” que ello sucediera—. El legislador puede dar leyes a los datos de la realidad, pero no crearlos o suprimirlos.

En ningún momento —repetimos: en nin-gún-mo-men-to— las “nuevas teorías” han preconizado que el juez prescinda de las normas legales y falle contra legem (39). Esto podrá ser la posición de la Escuela del Derecho libre —que admitía que el juez se apartara de la Ley si ello hería su sentimiento del Derecho en un caso concreto—, pero nunca la de la Teoría pura del Derecho o la de la teoría egológica, para las que el juez no sule a la ley, sin perjuicio de que ejerce un acto de voluntad, de valoración y de creación dentro de los marcos que le señala aquella ley. Por lo demás, los jueces no habían esperado la llegada de Kelsen y de Cossio para demostrar, con el factum de su actividad, que las leyes trazan marcos que permiten más de una solución correcta, y nunca se habían privado —cuando lo estimaban valioso— de “ampliar” las leyes de “restringirlas” o de considerarlas “inaplicables”. A este respecto, nos basta con remitirnos a los numerosos ejemplos jurisprudenciales que hemos citado en este trabajo, los que demuestran que —como ya se lo dijimos a Núñez en 1941— “la sentencia no es una mera subsunción lógica, sino una verdadera creación dentro de la subsunción. Dentro de los marcos legales, el juez hace una elección, lo que implica un acto estimativo, presidido por la vivencia que tenga dicho juez de la valoración jurídica que hace a las circunstancias del caso. Pero de esto a la posición de escuela del Derecho libre, media un abismo insalvable. El voluntarismo de la Teoría pura del Derecho está siempre encauzado, estructurado por la ley”. (40).

#### *7. Una instructiva excursión entre los juristas y magistrados yanquis. Moraleja.*

El hecho de que tengamos que recurrir, en defensa de nuestra posición, a los mismos argumentos que ya utilizamos hace más de seis años, es síntoma de que hay un cierto atascamiento y embotellamiento en la polémica que envuelve actualmente a los juristas argentinos en cuanto a la índole de la función judicial y a la relación entre ley, juez y sentencia. Por lo mismo, creemos saludable renovar un poco el clima de lo que ocurre entre los juristas de otras latitudes. Ya que se atribuye a los viajes la virtud de ensanchar la visión, probemos de viajar un poco, así sea por los anaqueles de las bibliotecas.

Para que la renovación de las ideas sea más completa, elegiremos un país lejano, los Estados Unidos de Norte América, que ofrece la ventaja de su Constitución y su pueblo en que alienta un espíritu democrático similar al nuestro, pese a las diferencias de los respectivos sistemas jurídicos. El objetivo de nuestra excursión consistirá, primordialmente, en averiguar si los juristas estadounidenses contemporáneos están con lo que Núñez ensalza como "teorías tradicionales" o sí, más bien, se encuentran próximos de las nefandas y vitandas teoría pura y teoría egológica. Y para que no se diga que utilizamos para el paseo "Baedekers" difíciles de cotejar, nos limitaremos a los datos suministrados por tres libros que circulan en reciente versión castellana: la "*Teoría del Derecho*", de Edgar Bodenheimer; la "*Teoría pura del Derecho*", de William Ebenstein, y "*Una jurisprudencia del bien común*", de Alexander H. Pekelis.

El panorama que describen esos libros ha de parecer sorprendente a muchos. Refiriéndose a lo que piensan los más acreditados juristas y magistrados norteamericanos contemporáneos, Ebenstein señala que "las doctrinas que pretenden que se de a la búsqueda pública del derecho el sentimiento de seguridad, y a los jueces la sensación de que su actividad está restringida, puede ser socialmente útil, e incluso necesaria. Sin embargo, sometidas a un análisis científico son insostenibles. En Inglaterra y en los Estados Unidos el concepto del juez como mero descubridor del derecho es en gran manera cosa del pasado". (41).

Por una curiosa paradoja, pese a que es un ideal del pueblo norteamericano el que "el gobierno de los Estados Unidos sea calificado gobierno de leyes y no de hombres" (42), resulta que los más eminentes juristas yanquis de nuestro siglo han advertido hace rato que "las proposiciones generales no deciden los casos concretos" (43), y que el famoso gobierno de leyes "ha resultado sólo un gobierno de hombres, porque el que interpreta las leyes las controla. . . . La idea de que puede haber un gobierno de leyes y no de hombres es una ilusión". (44).

Las transcripciones efectuadas bastan para demostrar que la tesis oriunda de la Teoría pura del Derecho, de que la interpretación judicial es una actividad creadora, aunque parece "tan revolucionaria a los juristas del continente europeo" —y a los nuestros, agregaremos nosotros— es "cosa común y corriente para los juristas ingleses y norteamericanos" (45). Y no se arguya que ello se explica porque el Derecho anglonorteamericano es, a diferencia del europeo-continental o del nuestro, predominantemente consuetudinario y judicial, ya que es

notorio que es cada vez mayor en ese Derecho la proporción de normas legisladas, idénticas a las nuestras.

Se discute mucho, entre nuestros coetáneos, acerca de la misión de los intelectuales en estos tiempos de crisis (46). (Entre paréntesis: la palabra "crisis" está en franca liquidación: ya no se dan crisis en la Historia, puesto que ésta aparece más bien como una suerte de crisis permanente). La voz de orden parece ser que los hombres de pensamiento deben salir de su "torre de marfil", y tomar también posiciones frente a las urgencias vitales que acosan a sus contemporáneos. Nada tenemos que objetar a esto. Al contrario. Que los intelectuales participen de las angustias del hombre de la calle, y procuren colaborar en la solución de sus problemas, es una tesis a la que no podemos menos que adherir calurosamente. Pero debemos también decir, sin ambages, que a nuestro juicio será siempre un imperativo categórico para esos intelectuales analizar los datos de la realidad con implacable realismo, y desarrollar y expresar todo su pensamiento, cualquiera que sea la circunstancia, con valentía y sin reatos, y sin subordinarlo jamás a las exigencias de las posiciones políticas, por más respetables que estas sean. Si vivimos tiempos de decisiones, también en otros problemas hay que tomar posición y por nuestra parte jamás podríamos concebir que se prohíba, por ejemplo, la prosecución de ciertas investigaciones físicas porque podrían concluir al perfeccionamiento de la bomba atómica. Si el género humano se ha especificado de los demás seres vivos por el divino don de la inteligencia, ¿a título de qué se va a pretender aherrojarla? ¿Por qué hemos de ser tan pesimistas que no creamos en la posibilidad de que el progreso en cuanto al dominio de la naturaleza se vea acompañado de un correlativo perfeccionamiento en el mundo ético? (47).

Es para nosotros un verdadero imperativo categórico la defensa, contra viento y marea, de la tesis que reconoce facultades creadoras a los jueces, en razón de que la filosofía, si quiere realizar su auténtico destino como apetencia de un saber incondicionado, no puede dejarse influir por intereses extrateóricos ni por ideologías de especie alguna. Resulta aplicable a la referida tesis un reciente pensamiento de Pucciarelli: "Aunque la verdad... sea triste, dolorosa, repugnante o desagradable, el imperativo de comprensión ordena ser fiel a ella. Reclama una doble y difícil fidelidad: su acatamiento teórico, y si cabe, su realización práctica. Requiere, por eso, denuedo, coraje, heroísmo" (48).

En conclusión hay que repetir, con Holmes, que son los hombres, y no las leyes por sí solas, el factor que resuelve los casos concretos.

Las leyes no tienen ninguna virtud que les permita “gobernar” a la sociedad —como decían en Estados Unidos— o “normalizar” la vida social —como expresa Núñez (art. cit., p. 39)—, porque carecen de toda fuerza física eficiente, y lo único que pueden hacer es dejar en el ánimo de los órganos estatales que no las respetan eso que Cossio llama una “vivencia de la contradicción”.

Moraleja: Si se quiere defender, en el plano de la teoría, las libertades ciudadanas contra la arbitrariedad estatal en general, y judicial en particular, en vez de fomentar entre los juristas la confortable pero falsa creencia de que los jueces son meros “aplicadores” de la ley, y de denostar a los que se animan a decir lo contrario, sería mejor dedicarse a difundir las tesis de que las exigencias del bien común jamás pueden llevar a los órganos del Estado hasta el sacrificio de la personalidad humana, puesto que ésta es, como bien lo decía Kant, un “fin en sí”. La consigna de la hora no puede reducirse al enlazamiento de la planificación estatal al de la absoluta libertad —posición utópica que olvida que el hombre no se realiza plenamente sino en sociedad, y que la convivencia siempre implica limitaciones— sino que consiste en una síntesis armoniosa de ambos ingredientes. Tal es la posición de uno de los más vigorosos pensadores contemporáneos, el inglés Bertrand Russell, propulsor del lema “Freedom and organization”. Tal es, también, la posición del profesor Harold J. Laski, que ha dicho, con profundo realismo, que ya no cabe plantear el dilema “liberalismo o planificación”, puesto que la alternativa sólo se da entre buena y mala planificación. Tal fué, asimismo, la idea que inspiró la gestión gubernativa de ese titán con cara de niño que fuera en vida Franklin Delano Roosevelt, a la vez creador del *New Deal* y defensor de las tradicionales formas de vida de Occidente.

#### NOTAS

(1) Francisco Romero y Eugenio Pucciarelli, “Lógica”. Bs. Aires, 1938. p. 125.

(2) *Intuición* significa para el lenguaje filosófico una “visión directa de una cosa sin velos discursivos, contemplación inmediata de algo inmediatamente presente” (José Ferrater Mora, “Diccionario de filosofía”, México, 1941, p. 28). El saber intuitivo es admitido por todos los filósofos como un modo primario, personal e intransferible de conocimiento, contrapuesto generalmente al conocimiento discursivo y conceptual, ya que este último no necesita de la presencia del objeto. La intuición suele dividirse fundamentalmente en *sensible* e

*intelectual*. Hay intuición sensible cuando tomamos contacto con objetos reales por intermedio de nuestros sentidos (intuiciones visuales, auditivas, táctiles, etc.). En cambio la intuición intelectual nos revela, no ya la *existencia* sino la *esencia* de los objetos. Veamos cómo ejemplifica Cossio lo que es una intuición intelectual, siguiendo de cerca al pensamiento de Husserl: "Analicemos estas dos sumas distintas:  $1+1 = 2$  y 7458, 9327, 3666, 20.451. En estas dos sumas hay verdades apodícticas; las dos son verdades de razón: el resultado es ese y no puede ser sino ese. Pero a nadie se le oculta que la primera suma se nos ofrece con una evidencia inmediata, instantáneamente. Nosotros vemos no sólo el resultado, sino también su inferioridad; es como si viéramos la suma por dentro. En cambio en la otra hemos tenido que hacer un proceso discursivo para llegar al resultado... De estas dos sumas, es en la primera donde tenemos el caso de una intuición intelectual" (Carlos Cossio, "El Derecho en el Derecho judicial", Bs. Aires. 1945, p. 29).

(3) Puede verse Francisco Romero, "Filosofía contemporánea", Bs. Aires, 1944, p. 77, nota 9; Eugenio Pucciarelli, "La comprensión en Dilthey". En Rev. Humanidades, La Plata, 1938, t. 26, p. 320.

(4) Aceptamos el calificativo de *empírico-dialéctico* para el método adecuado en el orbe de la cultura porque expresa, en forma más depurada, lo que sostuviéramos en 1941 en nuestro ensayo "La escuela penal técnico-jurídica y la teoría pura del derecho" (Rev. LA LEY, t. 23, sec. doct., p. 5). En efecto, en esa oportunidad hicimos girar en torno a la cuestión del método nuestra tentativa de superar tanto el positivismo penal naturalista como el racionalismo de la escuela técnico-jurídica. Ya entonces sostuvimos que el método de los penalistas no podía ser *causal-explicativo* o galileano (como creían los positivistas, al menos los de la primera hora, ni *lógico-abstracto* (como lo sostienen los *técnico-jurídicos* sino que, por ser el Derecho una ciencia real (o de experiencia), el punto de partida metódico no podía ser sino la *observación* de la realidad. Señalamos además que dicha observación difería de la que piden los objetos de la naturaleza en cuanto debía estar presidida por *valoraciones*, por la índole axiológica de la experiencia jurídica.

No es difícil advertir la coincidencia fundamental que anidaba en nuestra observación valoradora con relación al método después calificado de empírico-dialéctico.

En cuanto a Mezger, es justicia reconocer la precisión con que ha planteado la necesidad de que el método jurídico-penal se oriente en un sentido *empírico-valorativo* ("Tratado de Derecho Penal". Madrid, 1935, p. 10). Lástima grande que luego incurriera en cierta confusión entre valoración y teleología (ob. cit., p. 148) y, además, que dejara perturbar su objetividad científica por los embates de la ideología política totalitaria.

(5) Acerca de lo que es una toma de posición en axiología, puede verse el original punto de vista de Muller-Freienfels, expuesto en castellano, entre otros por Francisco Romero ("Filosofía contemporánea", Bs. Aires, 1944, p. 118) y por Alfredo Stern ("La filosofía de los valores", México. 1944. p. 51).

(6) Conf. Eugenio Imaz. "El pensamiento de Dilthey". México, 1946, p. 223.

(6') El pensamiento de Dilthey acerca de la comprensión no es siempre claro y orgánico, pese a que recientes traducciones castellanas han hecho más

fácil la compulsa de su texto original. Puede verse, especialmente, "La esencia de la filosofía", Bs. Aires, 1944, ps. 82 y sigts., y "El mundo histórico", México, 1944, ps. 215 y sigts.

En un estudio reciente, Arturo Enrique Sampay ha señalado cómo se encuentran en la obra diltheyana pasajes que autorizarían a pensar, en contra de lo que se sostiene generalmente, que para el pensador alemán la comprensión se iniciaría partiendo de la interioridad del sujeto al objeto, y no inversamente. La primera etapa sería una *revivencia* (*Nacherleben* o transposición del sujeto conociente en el objeto a comprender, y el segundo momento sería la *interpretación* (*Auslegung*). V.: Arturo Enrique Sampay, "La comprensión del Estado en Dilthey", Bs. Aires-La Plata, 1946, p. 18.

(7) V.: Enrique R. Aftalión, "Crítica del saber de los juristas" (en comparación).

(8) Acerca de cómo la mutua implicancia entre las nociones de *yo* y *tu* es similar a la que existe entre sujeto y objeto, puede verse Edmundo Husserl; "Meditaciones cartesianas", París, 1931, Cap. V; Max Scheler., "Esencia y forma de la simpatía", Bs. Aires. 1942, págs. 237 y sigts.; Carlos Cossio, "La coordinación de las normas jurídicas", LA LEY, de 25 de agosto de 1947, párr. o.).

(9) Puede verse sobre esto Luis Juan Guerrero, "Psicología", 5ª ed., Bs. Aires, 1943, ps. 254 y sigts. V. también, A. Pfander, "Fenomenología de la voluntad", Madrid, 1931; Eduardo García Maynez, "Ética", México, 1944, p. 226.

(10) Juan Roura Parella, "Spranger y las ciencias del espíritu", págs. 22 y 225.

(11) Juan Roura Parella, ob. cit., p. 226.

(12) Puede verse Pablo Natorp, "Pedagogía social", Madrid, p. 55; Benedetto Croce, "Filosofía della pratica", Bari, 1923, p. 220; Hans Kelsen, "La Teoría pura del Derecho", p. 61; id., "La idea del Derecho Natural y otros ensayos", Bs. Aires, 1946, p. 265; Carlos Cossio, "La Teoría egológica del Derecho", p. 378; Eduardo García Maynez, "Ética", México, 1947, p. 22.

La causalidad no se contrapone a la teleología —como creía Stammler— sino en todo caso a la libertad.

(13) Puede verse Luis Juan Guerrero, "Psicología", pgs. 251, 255, 265.

(14) V. por ejemplo, Enrique Ramos Mejía, "El hurto de uso" (D. J. A., junio 7 de 1945), en que se destaca agudamente la importancia que reviste, para la comprensión de ese delito, la valoración del "propósito" que "mueve" al agente.

(15) Ya terminado de redactar este tema, se nos ocurre una duda que optamos por confesar lisa y llanamente al lector. Se trata de lo siguiente: aún en la clasificación de la conducta, a los efectos de su comprensión, en racional e irracional, hay mucho de arbitrario porque si se admite —como parece ser el estado actual de la antropología filosófica— que el hombre no es ni un animal puramente racional ni puramente irracional sino un ente en que se confunden ingredientes racionales e irracionales, hay que admitir que igual confusión ocurre en su conducta, ya que el hombre sólo existe en sus actos.

(16) Giorgio del Vecchio, "Filosofía del Derecho", 2ª ed., Barcelona, 1935. t. I, p. 403.

(17) Cossio llama "Salto Ecológico" a ese ineludible tránsito desde el dato fenoménico de conducta hacia su autor, que caracteriza a los actos de comprensión del jurista (Carlos Cossio, "La coordinación de las normas jurídicas", LA LEY, de 24 de agosto de 1947, e).

(18) Sobre el formalismo de los Derechos primitivos, puede verse Rodolfo von Ihering "El espíritu del Derecho Romano", t. 3. p. 128; Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano, "Introducción el Derecho", 4ª ed., Bs. Aires, 1939, p. 143.

(19) V. Sobre esto Enrique R. Aftalión y Fernando García Olano, ob. cit. p. 206. En la materia de los contratos Schapp ha mostrado, magníficamente, que sólo se hacen inteligibles refiriéndolos al orbe espiritual de las valoraciones de las partes (Willhelm Schapp, "La nueva ciencia del Derecho", Madrid, 1931).

(20) Sebastián Soler, "Derecho penal argentino", Bs. Aires, 1940, t. 2, p. 87. La importancia práctica de la distinción reside en que si el agente tenía "voluntad" de matar, el hecho constituye tentativa de homicidio, más severamente penada que el delito de abuso de armas de fuego.

(21) Hans Kelsen, "Hauptprobleme der Staats-Rechtslehre", Turinga 1911, ps. 97 a 162. Puede verse, en resumen, en Recasens Siches, "Estudio preliminar al compendio de Teoría general del Estado" de Hans Kelsen, Barcelona, 1934, p. 31.

(22) Puede verse Ricardo C. Núñez, "Bosquejo de la culpabilidad". Prefacio a "la concepción normativa de la culpabilidad", de James Goldschmidt, Bs. Aires, 1943, p. 25.

(23) Von Hippel, "Deutsches Strafrecht", t. 2. p. 276, cit. por Sebastián Soler, "Derecho penal argentino", t. 2. p. 15.

(24) Enrique R. Aftalión, "Delito, tipicidad y analogía", Cap. V. (Algunas reflexiones acerca de la culpabilidad y la peligrosidad); Rev. LA LEY, t. 39, p. 985. La importancia de este nuestro punto de vista radica en que implica sustentat, contra las teorías penales dominantes, la tesis de que el ingrediente "pena" —que es puesto por el juez— integra al delito como objeto ecológico. La primera vez que sostuvimos esta tesis fue en un debate académico en que era relator Jiménez de Asua, y cuya versión figura en la Rev. el Colegio de Abogados de Buenos Aires, Bs. Aires, 1944, t. 22, p. 92. Participa de este enfoque, y lo ha desarrollado y fundado excelentemente, Laureano Landaburu (h) en "El Delito como estructura", Rev. de Derecho Penal, núm. 3, Bs. Aires 1945.

(25) Conf. Carlos Cossio, "La coordinación de las normas jurídicas", Cap. q); Enrique R. Aftalión, "delito, tipicidad y analogía", Rev. LA LEY, t. 39, p. 992, Cap. VII.

(26) V.: Enrique R. Aftalión, "Crítica del saber de los juristas", Cap. III.

(27) V., por ej., Eusebio Gómez, "Los motivos determinantes del delito", Rev. de Derecho Penal, Bs. Aires, 1948, núm. 1.

(28) Laureano Landaburu (h), "El delito como estructura", en Rev. de Derecho Penal, Bs. Aires, 1945, núm. 3, 443, 445, 447 y 448.

(29) V. supra "La comprensión de la conducta propia y la de la ajena. Comprensión y teleología".

(30) Conf. Ricardo C. Núñez, "Los elementos subjetivos del tipo penal", Bs. Aires, 1943, ps. 13 y 14; Marcelo Finzi. "El llamado dolo específico en el Derecho penal argentino y comparado", Córdoba, 1943, p. 10.

(31) Ricardo C. Núñez, ob. cit., ps. 59 y sigts. Advertimos que la tesis no es pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, Lorenzo Carnelli, "El hurto de uso en la doctrina y en la legislación" Bs. Aires, 1937, Cap. XVI, carq. crim. y correc. Cap., Fallos, t. 1, p. 528; t. 4, p. 175.

(32) Hans Kelsen, "General theory of law and state", Cambridge, EE. UU., 1945, p. 66.

(33) No sólo lo ponen, sino que a veces hasta lo declaran expresamente, en una especie de autointerpretación del material que luego se ofrece a la comprensión del jurista o del juez. Es el caso, tan frecuente, de los contratantes que suelen iniciar su convenio expresando cuál es el *nomen juris* —locación, compraventa, etc.— de lo que celebran, lo cual no les impide luego, con frecuencia, no ajustarse en el resto de las cláusulas a la figura que mencionaron.

(34) Corresponde recordar en este lugar la distinción que hace Cossio ne cuanto al significado de la difundida expresión "circunstancias del caso", mostrando que comprende tres especies: 1) "*Circunstancias generales enunciadas por la ley*". Por ej., cuando el art. 1113 del cód. civil consagra la responsabilidad del patrón por los daños que causen sus dependientes, es claro que la existencia de un daño, de patrón y de dependiente son "circunstancias", mencionadas por la norma, que condicionan la aplicación de la misma; 2) "*Circunstancias generales no mencionadas por la ley*". Por ej., cuando la jurisprudencia restringe la aplicación del citado artículo a los casos en que el daño sea causado por un dependiente "en el ejercicio de sus funciones"; 3) "*Circunstancias singulares*" del caso que se considera. Puede verse Carlos Cossio, "La teoría egológica del Derecho", p. 68.

(35) Puede verse Alfredo J. Molinario, "Derecho penal (El libro II del Código penal)", La Plata, 1943, ps. 433 y 453, en que se cita la jurisprudencia concordante de la Cámara de apelaciones en lo criminal de la Capital.

(36) Julio Cueto Rua, "¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?", Rev. LA LEY, t. 36, p. 1106. V. también Lon L. Fuller, "Razón y mandato en el case-law", en "Harvard Law Review", Cambridge EE.UU., t. 49, número 3, febrero 1946, p. 376.

(37) Carlos Cossio, "El Derecho en el Derecho judicial". p. 142.

(38) Ricardo C. Núñez, "¿Debemos abandonar la manera tradicional de aplicar la ley penal?", en Rev. Jurídica de Córdoba, núm. 1. p. 27.

(39) Como ejemplo en abono de lo que dice, Núñez trae a colación la cuestión de los motivos y fines del delito. A este respecto, nos remitimos a lo que hemos dicho más arriba.

(40) Sabido es que en los hechos, hay veces ne que los fallos judiciales parecen estar en punja con las normas legales que se tenían como reguladoras del caso. Pero aun en estos supuestos —y salvo el caso de revoluciones individualizadas— el ordenamiento jurídico suministra base jurídica para convalidar la solución. Esa base está en la conocida teoría kelseniana de la "norma de habilitación".

(41) Enrique R. Aftalión, "La escuela penal técnico-jurídica y la teoría pura del Derecho", Rev. LA LEY, Bs. Aires, 1941, t. 23 sec. doct., p. 5, cap. 12. V. también id, "Respuesta a un penalista de la escuela técnico-jurídica", Rev. LA LEY, Bs. Aires, 1943, t. 32, p. 965.

(42) William Ebenstein, "La teoría pura del Derecho", México, 1947, p. 229. En términos prácticamente idénticos se expresan Edgar Bodenheimer, "Teoría del Derecho", México, 1942 y Alexander Pekelis, "Una jurisprudencia del bien común", México, 1945. Por si ello no fuera bastante, destacaremos que hace por lo menos diez años que entre nosotros, viene llamando la atención hacia las contemporáneas escuelas sociológica y realista de los Estados Unidos un profundo conocedor del Derecho angloamericano: Alberto M. Justo (Alberto M. Justo, "Esquema de una teoría sobre el gobierno de los jueces", Rev. LA LEY t. 7, sec. doct., p. 1, Bs. Aires, 1937).

(43) Expresión de Marshall, en I Crauch 137, 163 (1803), cit. por Ebenstein, ob. cit., p. 227. El concepto es el mismo que estampara Alberdi en frase admirable.

(44) Expresión de Holmes, en Lochner v. New York, 198 U. S. 76 (1905), cit. por Ebenstein, ob. cit. p. 227.

(45) Charles Grove Haines, "A Government of law or a Governmente of Men", Los Angeles, 1927, cit. por William Ebenstein, ob. cit., p. 228.

(46) William Ebenstein, ob. cit., p. 230.

(47) Justamente en el mes de noviembre pasado debe haberse celebrado, en México, una conferencia de mesa redonda sobre "El filósofo en la ciudad de los hombres" planeada con mucha oportunidad para coincidir con la Asamblea general de la Unesco (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). V. sobre esto, Francisco Romero, "La restauración de la vida filosófica internacional", en "La Nación", del 30 de noviembre de 1947.

(48) Poco después de haber escrito lo que se expresa en el texto, leemos en Bertrand Russell los siguientes pensamientos, absolutamente concordantes: "Son acaso los impulsos y los deseos del hombre tan bajos, que sólo la ignorancia puede salvarlo? ¿Debemos abandonar la investigación científica y quemar los libros que guardan nuestros descubrimientos? Esa actitud repugnaría no sólo a nuestros anhelos de poder, sino también a nuestra noción sobre el destino humano. Sean cuales fueren las dificultades o los peligros que ello implique, no podemos renunciar a la búsqueda de nuevos conocimientos o abandonarnos cobardemente al miedo ("Hacia el mundo atómico", en Rev. Qué, Bs. Aires, agosto 5 de 1947).

(49) Eugenio Pucciarelli, "La antinomia inicial de la filosofía", "La Nación", Bs. Aires, 14 de abril de 1946.