

Teoría pura y teoría egológica del Derecho

Por LUIS MARTINEZ ROLDAN

Oviedo

Durante el verano de 1949 Kelsen fue invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a impartir un ciclo de conferencias, bajo el título general de «Problèmes Choises de la Théorie Pure du Droit» —las pronunció en francés— y en las que abordó tres temas de gran interés:

1. La Ciencia del Derecho como Ciencia Social normativa.
2. El Derecho como objeto de la Ciencia Normativa.
3. El Derecho como orden constructivo.

La presencia del profesor C. Cossio y el auge de su Teoría Egológica en la Universidad bonaerense van a propiciar que este hecho —que en circunstancias normales no hubiera tenido más historia— se convierta en una especie de espoleta que va a provocar un vehemente enfrentamiento entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Egológica, que yo me atrevería a decir que es más un enfrentamiento personal entre Kelsen y Cossio. Todo ello dio lugar a un intercambio de escritos en los que por una y otra parte se hacen auténticas descalificaciones doctrinales y sobre todo personales, al estar ambos autores más pendientes de revatir o de ver una aceptación de sus principios en la tesis del contrario, que de comprender el pensamiento de aquél (1).

(1) C. COSSIO publica un artículo titulado «Teoría Egológica y Teoría Pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina» que apareció en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XII, núm. 45, enero-marzo 1950. Este mismo artículo fue publicado posteriormente en la *Revista Austriaca de Derecho Público Oesterreichische Zeitschrift fuer Oeffentliches Recht*, vol. V, cuadernos 1-2, 1952. Más tarde el mismo COSSIO publica un libro titulado *Kelsen-Cossio: Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura*, U. Kraft, Buenos Aires, 1952, en el que se recoge el artículo anteriormente mencionado del profesor Cossio más la traducción castellana —hecha por él— de las conferencias de Kelsen.

Kelsen se sintió molesto por la aparición de este libro con su nombre unido al del profesor Cossio y en el que aparecía sólo la traducción castellana de sus disertaciones y no el original francés, según él había convenido con la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Por ello pide a la editorial sea retirado dicho libro, y escribe un artículo bajo el título de «Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica. Respuesta al artículo de C. Cossio: Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la

Efectivamente Cossio no desaprovecha esta oportunidad para poner a prueba y medir su Teoría Ecológica frente a la Teoría Pura, adquiriendo un relevante protagonismo. En sus escritos Cossio manifiesta que Kelsen había ido a Buenos Aires a «dialogar con la Teoría Ecológica»; que «en sus conversaciones privadas le había concedido bastante más que en sus disertaciones académicas»; y que la visita de Kelsen le había defraudado al no producirse ninguno de los efectos por él esperados, es decir, la «absorción de la Teoría Pura por la Teoría Ecológica» o incluso «la conversión de Kelsen a la Ecológica», o en caso contrario, la «fulminante refutación de ésta» (2).

Por su parte Kelsen, en su único artículo de contestación (3), y ante la textura que Cossio le sitúa, se inclina abiertamente por esta última opción, desautorizando de forma clara el pensamiento ecológico y manifestando que si esto no lo hizo antes fue por «razones de cortesía que en mi carácter, dice Kelsen, de huésped de la Universidad bonaerense me creí obligado a tener en cuenta» (4). Kelsen termina su artículo diciendo: «De esta manera respondo, de una vez por todas, a la cuestión planteada por el profesor argentino sobre la relación de la Teoría Pura del Derecho con la Teoría Ecológica» (5).

Este enfrentamiento ha hecho que quienes se acercan al estudio de la Teoría Pura y de la Teoría Ecológica se sientan obligados de alguna forma a tomar partido, y a erigirse en jueces de esta controversia dando la razón a una de las dos partes en conflicto. Werner Goldschmidt, por ejemplo, en un trabajo en el que aborda este problema (6) llega a las siguientes conclusiones:

Argentina)» publicado en la *Revista Oesterrichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. V, H. 4, Viena, 1953. Artículo que Kelsen se encarga de divulgar enviándolo a E. García Máynez con el ruego de que lo traduzca y lo publique en México, lo que García Máynez hace en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 10, abril-junio 1953 páginas 169-205. En España también aparece traducido por L. Legaz Lacambra en la *Revista de Estudios políticos*, Madrid, septiembre-octubre 1953. También apareció en la *Revista La Ley*, Buenos Aires, 10 de noviembre de 1953. Finalmente C. Cossio contesta en 1954 con un artículo titulado «La Polémica anti-ecológica» y dedicándole más de 100 páginas en su obra principal *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.ª ed., Abeledo-Perrot, La Argentina, 1964, en concreto las páginas 356 a 456.

(2) Vid. C. COSSIO, *Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*, U. Kraft, Buenos Aires, 1952, págs. 17, 18 y 31.

(3) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de C. Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)*, Trad. de E. García Máynez, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 10, abril-junio 1953.

(4) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 171.

(5) H. KELSEN, *op. cit.*, págs. 171 y 205 respectivamente. C. Cossio por su parte continúa la polémica y critica a Kelsen su negativa a contestar. Al hablar de la distinción kelseniana entre norma y regla dice: «En el primer comentario que de ellas hice ese mismo año, en la respuesta que dio Kelsen al mismo, y en mi respuesta a su respuesta que ha quedado sin contestación»; C. COSSIO *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto jurídico de libertad*, *edi. cit.*, pág. 402.

(6) W. GOLDSCHMIDT, *Cossio contra Kelsen (apostillas a Kelsen-Cossio, problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura)*, en *Justicia y Verdad, La Ley*, Buenos Aires, 1972, págs. 406-436.

1.^a Que «Cossio está en lo cierto con respecto a Kelsen en todos los puntos controvertidos».

2.^a Que «La Escuela Ecológica es en la actualidad el cuerpo de doctrinas iusfilosóficas más importante en el sentido de que ninguna otra corriente comprende con tanta complitud y tanta profundidad los problemas iusfilosóficos y las enseñanzas jurídicas y filosóficas».

En base a todo ello entiende también Goldschmidt que el título correcto de un estudio sobre esta problemática sería «Teoría Ecológica y Teoría Pura» —y no al revés como lo hemos hecho nosotros— ya que «en la controversia planteada, dice, Cossio actúa como actor y Kelsen como demandado» (7).

Dado que el enfrentamiento, a mi juicio y como he indicado, tiene más de personal que de doctrinal no creo positivo entrar en él y menos tomar partido de forma absoluta, ya que correríamos el riesgo de dar un veredicto totalmente parcial y subjetivo como, sin duda alguna, pienso que le ha ocurrido a W. Goldschmidt. Creo mucho más positivo abordar los problemas desde el estudio de la Teoría Pura y de la Teoría Ecológica —al margen de enfrentamientos inútiles—, pues ello nos llevará a resultados más objetivos y, tal vez, a descubrir más coincidencias que discrepancias entre ambas doctrinas, por mucho que le pese a Kelsen y a Cossio.

Esto es precisamente lo que pretendemos en este trabajo, centrándonos casi exclusivamente en dos temas:

1. La Ciencia Jurídica como Ciencia Normativa.
2. La delimitación ontológica del Derecho.

Ante todo hay que reconocer que en la base de ambas concepciones del Derecho (Teoría Pura y Ecológica) late una preocupación común y una intención también común de buscarle una solución. Se pretende hacer desaparecer esa duda que todo jurista alberga acerca de la cientificidad de la ciencia jurídica y, en consecuencia, también del carácter científico de los resultados de la misma. Se pretende «dar al jurista una nueva conciencia de sí mismo a fin de que esa Ciencia Dogmática que sale de sus manos —y sólo de las suyas— pueda ser tenida efectivamente por ciencia. Esa Ciencia Dogmática caída hoy, como ninguna otra, en crisis de fundamentos y en cuya cientificidad nadie cree ya que quien primero la acusa es su propio desenvolvimiento histórico al llegar al presente con tan magros resultados como saber acumulativo después de un siglo y medio de sostenido esfuerzo con esa intención» (8). El lector a simple vista y sin más datos no sabría ni podría atribuir este texto a una de las dos concepciones, pues ambas podrían perfectamente suscribirlo. Si Cossio —autor del párrafo que acabamos de transcribir— nos dice que esa es la pretensión de la Teoría Ecológica; Kelsen, por su parte, no cesa de manifestar —desde 1910

(7) W. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pág. 407.

(8) C. COSSIO, *Teoría Ecológica y el Concepto jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, págs. 30-31.

en que escribe *Autprobleme der Staatsrechtslehre* hasta su obra póstuma *La Teoría General de las Normas*— su gran preocupación por liberar a la Ciencia del Derecho del aislamiento y de las críticas a que venía siendo sometida, e insertarla como un miembro digno en el sistema de las demás ciencias (9).

Por otra parte, ni la Teoría Pura ni la Teoría Ecológica han podido prescindir de la categoría de lo «normativo» para distinguir la ciencia jurídica de las demás ciencias sociales; ni para delimitar, como luego veremos, la realidad del Derecho. En cuanto al carácter «normativo» de la ciencia jurídica, es algo que se ve claro en Kelsen, y así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, N. Bobbio (10). Pero también es cierto en el caso de Cossio quien nos llega a decir que «la afirmación de que la ciencia dogmática del Derecho es una ciencia normativa, es una de aquellas que gozan de firme predicamento no sólo entre los juristas, sino también entre los filósofos que se han dedicado con especialidad a caracterizar las distintas modalidades del saber humano» (11). Sin embargo, que «la jurisprudencia sea ciencia normativa quiere decir —siguiendo a N. Bobbio— dos cosas muy diferentes y no necesariamente conectadas: en un sentido débil quiere decir que la jurisprudencia tiene que ver con (o trata de) normas; en un sentido fuerte, que pone o propone o incluso impone normas. El equívoco nace, continua N. Bobbio, del hecho de que la jurisprudencia, a diferencia, por ejemplo, de las demás ciencias sociales, puede ser llamada normativa en ambos sentidos» (12).

Es claro que Kelsen entiende a la jurisprudencia como *ciencia normativa* solamente en *sentido débil*, es decir, *porque conoce normas*; pero nunca porque *crea o imponga* normas —sentido fuerte—. Kelsen parte de un concepto de ciencia puramente descriptivo y avalorativo defendido, entre otros, por Max Weber cuyo propósito, en este sentido es «realizare la distinzione tra il conoscere e il valutare, cioè tra il compimento del dovere scientifico di vedere la verita dei fatti e il compimento del dovere pratico di difendere i propri ideali» (13). No hay nada más ajeno a la ciencia en Kelsen que el *prescribir, valorar* o *crear su propio objeto*. «La ciencia, dice, tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debiera ser o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos» (14). En

(9) Vid. H. KELSEN, *Autprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der lehre von Rechtssatze*, Mohr, 2.^a edi., Tübingen 1911, pág. XXIII. También *La Teoría Pura del Derecho*, Trad. de R. J. Vernengo, 2.^a edi. UNAM. México, 1982, págs. 9 y sigs., y *La Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, sobre todo el prólogo. Y finalmente *la Teoría Generale de le Norme*, trad. Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985, págs. 3 y sigs.

(10) N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, S. A., Valencia, 1980, pág. 202.

(11) C. COSSIO, *Teoría de la Vedad Jurídica*, Edi. Losada, S. A., Buenos Aires, 1954, pág. 19.

(12) N. BOBBIO, *op. cit.*, pág. 202.

(13) MAX WEBER, *Il Metodo delle scienze storico-sociali*, trad. di Pietro Rossi, Einaudi, Torino, pág. 65.

(14) H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, pág. VI.

consecuencia vemos que la ciencia jurídica en Kelsen será normativa *por el objeto* —porque conoce normas—; también *por el método* —imputación frente a explicación—; pero nunca lo será *por la función* que no puede ser nunca normativa (prescriptiva), sino meramente descriptiva.

Para Carlos Cossio en principio, y según él, la ciencia jurídica sería normativa en un sentido aún más débil que el señalado por Kelsen. Cossio comparte plenamente el carácter meramente descriptivo y avalorativo de la ciencia. Para él «la actitud científica es contemplativa y neutral respecto de los objetos que investiga y por tanto la ciencia suministrará conocimientos pero nunca el objeto que conoce» (15). De acuerdo con esto la ciencia jurídica no sería normativa ni por *suministrar normas*, ni siquiera por *conocer normas*; sino por *conocer mediante normas* la realidad del Derecho, que ya veremos en que consiste según Cossio.

Para el autor de la Teoría Egológica en un primer momento se entiende que la ciencia jurídica es normativa por *suministrar* normas —postura mantenida desde la antigüedad, recogida y desarrollada posteriormente por Savigny—. En un segundo momento se entiende que es normativa por *conocer* normas —postura de la Escuela francesa de la Exégesis, del positivismo racionalista y que culmina con Kelsen—. En un tercer momento —y ésta es, según él, la aportación de la Teoría Egológica— la ciencia jurídica será normativa *porque conoce mediante normas*. Para Cossio la jurisprudencia no sería normativa ni por el *objeto* —no son normas sino conductas—, ni por el *método* —comprensión frente a explicación—, ni por la *función* —meramente descriptiva—. Sería normativa solamente desde el punto de vista lógico-gnoseológico, es decir, por los medios lógico-gnoseológicos que utiliza para describir fielmente su objeto. En esto —además por supuesto de por el objeto— es en lo único que se diferencia de las demás ciencias, es decir, en las demás ciencias los medios lógico-gnoseológicos son juicios de ser (leyes de las ciencias), y en las ciencias jurídicas son juicios de deber ser (las normas). Pero ambas cumplen idéntica función enunciar y describir fielmente su objeto. La única razón por la que la ciencia jurídica tiene que utilizar para tal cometido juicios de deber ser y no de ser está en las peculiaridades del objeto a conocer que es *conducta en cuanto posibilidad, interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa*. Esta realidad tan compleja no puede ser enunciada en su integridad y reflejada fielmente mediante un juicio de ser, y habrá que acudir a un juicio disyuntivo de deber ser que en sus dos partes —que Cossio denomina Endonorma y Perinorma— miente todas las posibilidades en cuanto tales, en su interferencia alteral y valiosas o disvaliosas. Precisamente la auténtica dificultad de la ciencia jurídica, según C. Cossio, estriba en encontrar unos medios lógicos —conceptos o juicios—, distintos pero paralelos a aquellos con los que trabajan las

(15) C. Cossio, *Teoría de la Verdad Jurídica*, *edi. cit.*, pág. 209. Véase también *La Teoría Egológica y el concepto jurídico de libertad*, *edi. cit.*

ciencias naturales, que sean capaces de captar y reproducir limpiamente y en toda su dimensión el objeto Derecho tal cual es.

En este punto parece que hay una clara diferencia entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica. La primera identifica Derecho con norma —con Ordenamiento normativo—, no puede delimitar el Derecho sin acudir a la categoría de la norma, de lo normativo. La segunda parece no necesitar de dicha categoría para especificar el Derecho en cuanto objeto; sin embargo, tendremos ocasión de analizar más adelante hasta que punto lo consigue.

Otro de los puntos que es común preocupación de ambas teorías, en orden a atribuir auténtica científicidad a la jurisprudencia, es el poder diferenciar en ella los medios lógico-gnoseológicos de los que se sirve para enunciar y conocer su objeto y el objeto de dicho conocimiento. Esto que está perfectamente claro en cualquier otra ciencia —nadie confunde, por ejemplo, las leyes de la Astronomía con los astros—, en la ciencia jurídica está sumamente confuso. No se sabe si las normas son los juicios mediante los cuales se expresa la realidad del Derecho, o si son el Derecho mismo, o si son ambas cosas a la vez. Si la norma es un juicio ¿cuál será el objeto mencionado?, y si la norma es el objeto ¿cuál es el juicio mediante el cual ésta se menciona?

A estos problemas se enfrentan tanto Kelsen como Cossio y aparentemente Cossio ofrece una solución más diáfana, más clara, lo que no quiere decir que sea más correcta.

Vayamos primeramente con Kelsen en cuyo pensamiento advertimos que han sido precisamente los interrogantes que acabamos de reseñar los que le han llevado a que en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado* (16) establezca una distinción, fundamental en su pensamiento, entre *Norma Jurídica* y *Regla de Derecho*. Distinción que se mantiene hasta el final de su obra con la *Teoría General de las Normas* en la que ya no habla tanto de regla como de *proposición jurídica* o de *aserción*. Distinción que antes de la *Teoría General del Derecho y del Estado* no estaba nada clara en el pensamiento de Kelsen; y él mismo lo reconoce en su artículo de contestación al profesor Cossio: «Confieso, sin embargo, como lo reconocí hace ya mucho tiempo, que en un principio no vi con suficiente claridad la distinción entre norma y proposición jurídica» (17).

Posteriormente la distinción parece clara; para Kelsen la norma es la expresión del sentido de un acto de voluntad dirigido al hacer de otro. El *sentido subjetivo* de ese acto de voluntad ha de coincidir con el *sentido objetivo* expresado por un acto de voluntad superior cuyo sentido es también una norma superior. En definitiva se necesita, para que ese *sentido subjetivo* de voluntad sea norma válida, que proceda de la autoridad competente, que es la que crea Derecho prescribiendo e imperando y nunca describiendo (18). Sentido el acto de voluntad

(16) H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *edi. cit.*, págs. 46 y sigs.

(17) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura...*, *edi. cit.*, págs. 169-205 en concreto la pág. 194.

(18) H. KELSEN en su *Teoria Generale delle Norme*, *edi. cit.*, pág. 52, dice: «L'as-

del legislador —u órgano que cree el Derecho— que en consecuencia es imperativo y al que no tiene sentido aplicarle la categoría verdad-falsedad sino que solamente será válido o inválido. Este imperativo es expresado por el legislador mediante la terminología más variada, utilizando en muchos casos expresiones de futuro —«será castigado», «se le impondrá la pena de...», etc.— para señalar la imputación de una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Esto es el Derecho en cuanto objeto: Imperativa regulación de conductas, en definitiva, normas.

Sin embargo, la regla, proposición o aserción jurídica es, para Kelsen, el sentido de un acto de pensamiento, mediante la cual el científico —el jurista— pretende describir y conocer —por eso es verdadera o falsa y nunca válida o inválida— la realidad del Derecho que son normas, utilizando siempre la cópula deber ser que es la válida para expresar la relación de imputación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y no la cópula ser que expresa relación de causalidad.

Lo que Kelsen pretende —distinguir objeto de conocimiento y medios lógico-gnoseológicos— es perfectamente razonable, lo que ya es más discutible es el modo como él pretende conseguirlo, es decir, mediante la distinción entre norma y proposición, sobre todo teniendo en cuenta que también la norma puede —y es lo más normal— utilizar la cópula «deber ser», en cuyo caso no se entiende porqué el deber ser de la norma tiene unas características completamente distintas al deber ser de la proposición. Lo que ha inclinado a Cossio a decir que es «una pueril e inútil reduplicación de la misma cosa» (19). Sin embargo, como veremos más adelante, Cossio va a establecer distinciones muy parecidas, en concreto va a distinguir entre *norma del jurista* y *norma del órgano que*, a pesar de que Cossio crea lo contrario, es bastante similar.

Para Kelsen, pues, el Derecho ópticamente determinado está constituido por normas que forman el Ordenamiento jurídico o, más precisamente, está constituido por el Ordenamiento jurídico que está formado por normas, ya que para él no es el Ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas, sino que solamente son normas jurídicas aquellas que integran o pertenecen a un Ordenamiento jurídico. La juridicidad del Ordenamiento no le deviene de las normas, sino al revés, es la juridicidad de las normas la que deviene del Ordenamiento jurídico. *Sólo partiendo del concepto de Ordenamiento jurídico se puede explicar la juridicidad, la coactividad y la validez de las normas jurídicas.*

La sensible y caótica experiencia jurídica —multiplicidad de normas generales e individuales— sólo se convierte en un todo unitario, coherente y sistemático mediante la conceptualización de la ciencia, es decir, mediante el concepto o categoría de Ordenamiento jurídico,

serzione é il senso di un atto di pensiero mentre la norma, come già osservato, è il senso di un atto di volontà rivolto intenzionalmente ad un certo comportamento umano.»

(19) C. Cossio, *Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, pág. 402.

cuya unidad reposa en esa ficción jurídica que es la Norma Fundamental, que sin tener nada de jurídica —al no ser sentido de acto de voluntad alguno— es el fundamento, la base y el criterio de unidad de todas las demás normas. Sólo teniendo en cuenta esta necesaria conceptualización de la ciencia se puede entender que Kelsen diga que la ciencia jurídica *produce* su propio objeto. «Esta producción, dice Kelsen, tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción del Derecho por la autoridad jurídica» (20). Esta conceptualización del Derecho en cuanto Ordenamiento jurídico permite explicar la juridicidad y, en consecuencia, la validez de las normas, incluso en aquellos casos en los que se trate de normas opuestas o contrarias —de igual o desigual rango—, aunque nunca contradictorias, pues en cuanto sentidos de actos de voluntad no están sometidas a los principios de la lógica, en concreto al principio de *no contradicción* y de *deducción* (21). Esto nos enfrentaría con el problema de los «conflictos normativos» en Kelsen. Conflictos que se dan al existir dos normas válidas y opuestas, especie de dos fuerzas que accionan en sentido contrario sobre un mismo punto, y que en consecuencia no entrañan ninguna contradicción lógica. Si hubiese contradicción, como en el caso de las proposiciones, una de ellas sería anulada por la otra que al no ser válida no sería norma y, en consecuencia, no podría haber auténtico conflicto. El conflicto normativo no se resuelve, pues, por un principio lógico, sino por una tercera norma que en Kelsen es la *Norma Derogatoria*. ¿Cómo se explica la validez de una norma inferior en conflicto con la norma superior? Kelsen la explica mediante lo que él llama la «Regla Alternativa», es decir, «la scienza giuridica deve formulare con la forma dell'alternativa la proposizione giuridica che describe la norma generale che il tribunale deve applicare, e precisamente in modo che l'organo sia non solo autorizzato a disporre l'esecuzione di un atto coercitivo, previsto da una norma giuridica generale, bensì anche di un altro atto coercitivo che gli sembra conforme; oppure essa deve stabilire in un certo caso l'esecuzione di un atto coercitivo anche se nessuna norma generale lo prevede» (22).

El material jurídico que, según Kelsen, no se puede imaginar al margen de la categoría de lo «normativo», es conceptualizado por la ciencia jurídica y enunciado o descrito por medio de las proposiciones normativas.

Cossio, por el contrario, cree poder delimitar la realidad del Derecho prescindiendo de lo «normativo» y llevándolo al campo de las conductas. De esta forma la distinción entre objeto de conocimiento

(20) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a edi., trad. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, pág. 85.

(21) H. KELSEN, *Derecho y Lógica*, Cuadernos de Crítica núm. 6, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1978. Véase también *Teoria Generale delle Norme*, *edi. cit.*, págs. 306 y sigs. Y *Derogation*, en *Assays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Prepared by the American Society for Legal History. Editor Ralph A. Newman. The Bobb's Merrill Co., Indianapolis-New York, 1962, págs. 339-361.

(22) H. KELSEN, *Teoria Generale delle Norme*, *edi. cit.*, pág. 405.

—conductas— y medios lógico-gnoseológicos —normas— le evita tener que acudir a esa «pueril e inútil reduplicación» que, según vimos, supone para él la distinción entre norma y regla de derecho. Cossio, para delimitar ónticamente el Derecho, arranca de la clásica distinción entre *realidades naturales* y *realidades culturales*. Distinción que él fundamenta en el hombre en cuanto que valora de alguna manera la naturaleza; de tal forma que la realidad natural por medio de esa infiltración de valores hecha por el hombre se transforma en bienes de la cultura o en realidades valiosas. Los objetos culturales no son, pues, mera porción de la naturaleza —lo que Cossio llama substrato—, sino que tiene algo diferente de ésta —Cossio lo denomina sentido— y que, compenetrado con la misma, trasluce toda la configuración sensible que tiene ese pedazo de naturaleza.

Hasta aquí, el pensamiento cossiano no aporta ninguna novedad respecto a la doctrina clásica, a no ser la pura cuestión terminológica de sustituir el término «valor», de Rickert o el de «espíritu objetivado», de Dilthey, por el de «sentido».

Sin embargo, y aquí comienza la aportación de Cossio, el substrato de los objetos culturales no tiene porqué ser siempre algo físico-natural, sino que basta con que esté siempre al alcance de *alguna intuición sensible externa*, pues como señala este autor, «desde Savigny el jurista sabe que el único y solo Derecho es el Derecho positivo, que es una tangible realidad social y que está en la experiencia humana al alcance de nosotros» (23). Cuando el substrato no pertenece a un reino óntico distinto e independiente del sujeto que humaniza, sino que ese substrato forma parte del mismo ego, y no desde un punto de vista orgánico o biológico, sino desde un punto de vista metafísico —de su libertad de hacer—, estamos ante un objeto cultural egológico a cuya categoría pertenece el Derecho.

Efectivamente, la conducta puede ser captada mediante una *intuición sensible* en la pura actividad espacio-temporal, pero esta conducta sería una realidad natural y no egológica, que sería objeto de estudio, por ejemplo, de la Sociología y no de la Ciencia del Derecho. En este sentido se muestra también contrario a todo sincretismo metodológico con la misma fuerza como lo hacía Kelsen. Pero en la conducta se intuye también la libertad, el poder hacer —Max Scheler señalaba que «somos tanto más libres cuanto mayor sea la cantidad de posibilidades entre las cuales podemos elegir» (24)— con referencia irrenunciable a un ego, aunque para ello es necesario estar viendo allí, también y al mismo tiempo, lo que se omite. En esta interferencia intrasubjetiva se está fenomenalizando la conducta en cuanto libertad que en este caso —intrasubjetiva— sería una realidad moral y no jurídica (25).

(23) C. COSSIO, *Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, *edi. cit.*, pág. 61.

(24) M. SCHELER, *Metafísica de la Libertad*, Editorial Nova, Buenos Aires, 1960, pág. 7.

(25) Vid. C. COSSIO, *Teoría Egológica y el Concepto Jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, pág. 306 y sigs.

Pero también intuimos la libertad en la conducta compartida. Si en el seno del yo la libertad consiste, como hemos visto, en poder HACER u OMITIR; en el seno del nosotros —existencia compartida— la libertad consiste en poder únicamente HACER e IMPEDIR o HACER y PERMITIR. Esta conducta así interferida es un dato óptico que se capta por *la intuición* sin recurrir a ninguna norma. «No es culpa mía, dice Cossio, de que él —refiriéndose a Kelsen— padezca una ceguera para las ideas y esté privado de ver lo que cualquiera puede ver» (26).

Pero esta libertad interferida intersubjetivamente solamente se fenomenaliza al ser pensada, es decir, no existe nada más que en cuanto pensada, y por otra parte no puede pensarse más que de forma preferencial que es la única forma de vivir la conducta como un deber ser existencial y no como un ser. Este pensamiento preferencial, valorativo —positiva o negativamente— es el que, en cuanto *sentido*, se integra con el substrato egológico —conducta en cuanto posibilidad interferida intersubjetivamente— para formar la realidad del Derecho en cuanto *vida humana viviente* en contraposición a la *vida humana objetivada*, cuyo substrato sería una porción de la naturaleza —objetos culturales mundanales—.

Para Cossio, pues, el Derecho es vivencia preferencial de la conducta compartida y en cuanto libertad, es decir, en cuanto deber ser y no en cuanto ser. En definitiva, el Derecho es actividad en cuanto que es «vivencia» y en cuanto que es «vivencia de actividad», sin tener en cuenta el producto de esa actividad, o por lo menos, diferenciando esa actividad —en cuanto realidad egológica— del producto de la misma en cuanto realidad cultural mundanal. Kelsen dice en este sentido que «la Teoría Ecológica, que desde un principio se ha aferrado a la tesis de que el Derecho es conducta humana, tiene que cerrar los ojos ante el hecho innegable de que el Derecho positivo es producto de un hacer humano orientado hacia la realización de valores» (27). Para Kelsen el Derecho sería el producto de esa vivencia preferencial de la conducta compartida, es decir, las normas en cuanto sentidos de actos de voluntad dirigidos al hacer de otros, con lo que esa realidad jurídica —en cuanto realidad normativa— no sería una realidad cultural egológica, sino mundanal. Por eso, Kelsen afirma que «entre el substrato perceptible del objeto mundanal, esto es, de un producto del hacer humano, como por ejemplo, la estatua visible creada por el escultor, y el substrato perceptible del objeto egológico, es decir, la igualmente visible actividad del artista no hay en este aspecto ninguna diferencia. Y si el substrato perceptible del objeto mundanal es un “trozo de naturaleza”... el substrato perceptible del objeto egológico, la actividad visible del hombre, tendrá que ser un trozo de naturaleza» (28).

(26) C. COSSIO, *op. cit.*, pág. 411.

(27) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura...*, *edi. cit.*, pág. 181.

(28) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 181.

Sin embargo, Cossio está totalmente convencido de la distinción entre la actividad, en cuanto realidad, y el producto de la misma, y en este sentido manifiesta que «la actividad del escultor, como objeto de conocimiento, es algo diverso e independiente de la estatua por él creada. La actividad del escultor tiene su substrato en el comportamiento ópticamente acaecido y tiene su sentido, que para el moralista será bondadoso o perverso y para el jurista será lícito o ilícito. Y la estatua tiene su substrato en el mármol de que está hecha y tiene su sentido en la belleza concreta que comprendemos en ella. Querer ligar —dice Cossio en clara alusión a Kelsen— ambos objetos y ambos conocimientos en un solo objeto y en un solo conocimiento es simplemente no hacerse cargo de lo que en la Teoría Ecológica se dice» (29).

Insisto en que Cossio sitúa el Derecho en la *vivencia preferencial* de la conducta interferida, mientras que Kelsen lo sitúa en el sentido objetivado de esa vivencia preferencial (en Kelsen diríamos mejor «querencia preferencial») que son las normas en cuanto criterios reguladores de esa conducta interferida intersubjetivamente. Cossio lo entiende como *vida humana viviente* y Kelsen como *vida humana objetivada* en unas normas. Pero, ¿no son estos dos aspectos necesarios y compatibles en la configuración del Derecho en cuanto realidad cultural?, ¿no son dos momentos necesarios de la configuración del Derecho?, ¿la norma no es la objetivación y expresión de esa vivencia preferencial del legislador respecto a conductas interferidas alteralmente?

Por otro lado, desde mi punto de vista, Cossio no es capaz de prescindir de la categoría de *lo normativo* para delimitar ópticamente el Derecho, ni de forma general, ni de forma concreta. Efectivamente, esa libertad interferida intersubjetivamente solamente se fenomenaliza al ser pensada y no puede pensarse más que preferencialmente, es decir, normativamente, que es la única forma, y así lo reconoce Cossio, de vivir la conducta como deber ser existencial y no como un ser. Este pensamiento preferencial, valorativo —positiva o negativamente— es el que, en cuanto sentido, se integra con el substrato egológico para formar la realidad del Derecho, luego es un elemento constitutivo de la realidad óptica del Derecho. Así es como hay que interpretar a Cossio cuando dice «que la norma resulta integrante del objeto del que ella misma hace mención» (30). Pero para Cossio este pensamiento de sí misma en el plano intuitivo de la mismidad de la conducta, no es aún conocimiento, porque aparece como un componente de la propia conducta. Al pensar la conducta interferida intersubjetivamente no estamos más que dando lugar a una realidad cultural que más tarde podemos conocer y expresar mediante juicios o conceptos.

Por otra parte, esta delimitación óptica del Derecho es un Derecho en abstracto, pero no un Derecho en concreto, es decir, como facultad, entuerto o sanción, etc. Esta concreción, y así lo admite Cossio, tampoco se puede hacer al margen de la norma. Dice Cossio: «El

(29) C. COSSIO, *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, págs. 415-416.

(30) *Ibidem*, pág. 234.

ser del Derecho está en la conducta en interferencia intersubjetiva; y esto es un dato óntico que capta la intuición sin recurrir a ninguna norma. Pero el Derecho no existe así, a secas, siendo Derecho en bulto y nada más, de la misma manera que los vertebrados no existen a secas siendo vertebrados y nada más. El Derecho existe o como facultad o como prestación o como entuerto o como sanción que son sus modos de ser, de la misma manera que los vertebrados existen o como mamíferos o como aves o como reptiles o como batracios o como peces. *La norma juega un papel constitutivo del modo de ser pero no del ser del Derecho»* (31).

La categoría de *lo normativo* creemos sin duda que juega un papel —en el pensamiento de Cossio— constitutivo tanto del modo de ser del Derecho como del ser del mismo, según intentamos demostrar un poco más arriba. Lo que sucede es que al hablar del ser constitutivo del Derecho Cossio está tomando la categoría de normativo en cuanto vivencia preferencial que todavía no es conocimiento, es decir, en cuanto actividad; mientras que cuando se refiere a lo normativo como elemento constitutivo del modo de ser del Derecho se está refiriendo a la norma en cuanto concreción conceptual y descriptiva del Derecho.

Además, el Derecho así entendido —conducta en cuanto libertad interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa— solamente puede ser descrito y enunciado mediante un juicio disyuntivo de deber ser. «El deber ser existencial como dato sólo puede ser, dice Cossio, adecuadamente mentado por el deber ser lógico como concepto» (32). La norma aparece como medio lógico-gnoseológico que cumple un papel parecido a la proposición normativa en Kelsen —parecido porque Kelsen entiende que el objeto descrito son normas, mientras Cossio piensa que son conductas— y que, en consecuencia, puede ser verdadera o falsa, pero nunca válida o inválida, ni tampoco imperativa. Si utiliza la cópula deber ser es debido a las características del objeto que se pretende enunciar que no pueden reflejarse fielmente mediante la cópula ser. En este sentido Cossio sostiene que «el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo» (33).

La norma jurídica en cuanto medio lógico de conocimiento, según Cossio, será verdadera si mienta en toda su dimensión la realidad del Derecho. Su veracidad puede contemplarse en tres niveles: En el nivel esencial, en el nivel existencial y también en el nivel axiológico. En el nivel esencial será verdadera si efectivamente lo que mienta es conducta compartida; en el nivel existencial la veracidad dependerá del hecho de que esa conducta compartida exista; y en el nivel axiológico será verdadera si la conducta compartida es justa.

Esto es importante pues para mí pone de manifiesto la auténtica diferencia entre la concepción del Derecho de Kelsen y la de C. Cossio. La diferencia entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica del De-

(31) *Ibidem*, págs. 411-412.

(32) *Ibidem*, pág. 257.

(33) *Ibidem*, pág. 560.

recho no está tanto en que el objeto Derecho sean normas o conductas, pues entre «norma» y «vivencia preferencial de conductas», aunque admitan distintos enfoques, sin embargo, es más lo que las une que lo que las separa. La verdadera diferencia está en el voluntarismo y en el irracionalismo axiológico que está detrás de esa vivencia preferencial en Kelsen, porque esa vivencia es «querer preferencial» totalmente desconexionado de toda instancia racional; frente al racionalismo y objetivismo axiológico que está detrás de la «vivencia preferencial» en Cossio. Esta diferencia que se dejará ver en todos los aspectos del Derecho, está claramente reflejada en la forma como cada uno de estos dos autores entiende el tema de la interpretación del Derecho.

La Teoría de la interpretación en C. Cossio se basa principalmente en la distinción entre «comprender» y «explicar». Comprender en cuanto acto gnoseológico propio del conocimiento de las realidades culturales y explicar en cuanto acto gnoseológico propio de las realidades naturales. Una realidad natural se explica analizando cuáles son sus causas o cuáles son los elementos que la integran, pero en todo caso el sujeto cognoscente nunca entra a formar parte de esa misma realidad. Sin embargo, para comprender una realidad cultural, cuyo ser es ser un sentido, hay que vivenciar ese sentido y al vivenciarlo se le está poniendo, ya que no puede existir el sentido sin una conciencia que lo vivencie. En este aspecto el sujeto que comprende algo está formando parte de esa realidad que pretende conocer; y aunque esa vivencia la hace el sujeto cognoscente desde su contexto ético, político, sociológico, etc., ello no quiere decir que pueda vivenciar cualquier tipo de sentido pues siempre estará limitado por la realidad material del substrato. Cossio dice «que cuando se toma el sentido desde el substrato, es la materialidad del substrato la que excluye múltiples posibilidades de sentido. El más eximio pianista, continúa Cossio, no puede hacer nos oír la Marsellesa con la partitura de la Traumerai» (34).

En otro momento de su obra Cossio nos dice «que conocer, comprender, expresar e interpretar es una cadena de sinónimos que va especificando el mismo contenido: *Comprender es conocer algo en su ser cuando este ser es ser un sentido; expresar es comprender en el momento de la creación del objeto cultura; Interpretar es comprender el objeto cultural ya creado*» (35).

Según esto, parece claro que el autor de un libro, de una película, de una escultura o de una obra musical, primero conoce —comprende— algo cuyo ser es ser un sentido valioso o disvalioso, vivenciándolo en cuanto tal; luego lo expresa —comprende— al objetivarlo en el libro, en la película, en la estatua o en la partitura musical; y finalmente esta realidad se comprende interpretándola, es decir, vivenciando ese sentido objetivado en el substrato.

Si trasladamos esto al campo del Derecho, veremos que su teoría de la interpretación jurídica —en la línea de pensamiento de Dilthey

(34) *Ibidem*, pág. 84.

(35) *Ibidem*, pág. 72. El subrayado es nuestro.

y de la Teoría Hermenéutica de Betti y de Gadamer (36)— nos hace albergar dudas bastante razonables acerca de la distinción entre objetos culturales egológicos y objetos culturales mundanales; acerca de la norma como simple medio lógico-gnoseológico; y acerca de la distinción entre norma del jurista y norma del órgano, que ya Kelsen entendía como algo similar a su distinción entre norma jurídica y regla o proposición normativa.

Efectivamente en el ámbito jurídico: *Primero* se conoce —comprende— una realidad que es conducta (en cuanto libertad interferida intersubjetivamente y valiosa o divaliosa) cuyo ser es un sentido valioso, ya que como dice Cossio «una conducta sin valor ontológicamente no puede ser» (37). Pero este conocer, en cuanto primer momento lógico del comprender, ¿cuándo es verdadero o cuándo es falso? Porque es muy posible que esa conducta —tal como la entiende Cossio— sea vivenciada por unos con un sentido valioso y por otros con un sentido disvalioso. Para Cossio ese conocer sería verdadero en el plano *esencial* y *existencial*, según ya vimos, si *es* y *existe* esa conducta compartida; y en el plano axiológico si objetivamente tiene ese carácter valioso o disvalioso con que se vivencia. Pero ese objetivismo axiológico en definitiva viene a estar en función de quien sea el autor de esa vivencia. Es decir, en el plano jurídico llegaríamos a la conclusión de que el único conocer verdadero sería el de el órgano —legislador— porque es la norma enunciada por éste la que delimita o especifica el Derecho en cuanto entuerto, facultad, sanción, etc., que son los modos concretos de ser del derecho. Mientras que las vivencias de los demás —en concreto de los juristas— serían verdaderas sólo si concuerdan con la del órgano, siendo falsas en caso contrario. Parece, pues, que Kelsen tiene razón al afirmar que esta distinción —norma del jurista y norma del órgano— es similar a la distinción entre norma y proposición normativa.

En segundo lugar, esta vivencia preferencial del órgano se expresaría —comprendería— en una norma que en cuanto tal puede ser entendida como una realidad cultural —no sólo como simple medio lógico-gnoseológico—, al estilo de una partitura musical y en consecuencia con su materialidad (substrato) y su sentido. Y así parece que lo entiende Cossio en algún momento. En concreto cuando nos habla de que la materialidad del objeto cultural limita la posibilidad de vivenciar cualquier tipo de sentido nos dice: «Si se trata de un homicidio no se puede dictar sentencia aplicándole la legislación de cheques, con lo cual quedan excluidos todos los sentidos aludidos en esta legislación» (38). Pero también puede entenderse a la norma sólo como el sentido de la realidad cultural y el substrato situarlo en la conducta, a

(36) Vid. E. BETTI, *Teoría Generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955. Y H-G. GADAMER, *Verdad y Método. Fundamento de una hermenéutica filosófica*, Edi. Sígueme, Salamanca, 1977.

(37) C. COSSIO, *Teoría Ecológica del Derecho...*, *edi. cit.*, pág. 310. Véase también a M. ATIENZA, *La Filosofía del Derecho argentina actual*, Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 31-71.

(38) C. COSSIO, *op. cit.*, pág. 84.

lo cual también hace referencia Cossio al entender a la norma como vivencia preferencial de conductas interferidas, y cuando habla de delimitar, no el sentido desde el substrato como era el caso anterior, sino el substrato desde el sentido, como veremos más adelante.

En consecuencia y, *en tercer lugar*, en el comprender en cuanto interpretación de esa realidad cultural antes mencionada, el jurista o el órgano —juez— pretenden conocer el sentido de esa norma poniéndola en función de mutua coimplicación con su substrato que sería la materialidad de la legislación al respecto —por ejemplo la materialidad de la legislación sobre cheques—. Intentaríamos delimitar el sentido desde la materialidad del substrato; y, como dice Cossio, «cuando se toma el sentido desde el substrato, es la materialidad del substrato la que excluye múltiples posibilidades de sentido» (39). Y también intentaríamos delimitar la conducta —substrato— desde el sentido de la norma. Cossio dice: «Cuando se toma el substrato desde el sentido es la espiritualidad del sentido la que vivifica y anima la materialidad del substrato como si modificara su materia... si se trata de la belleza la interpretación más hermosa excluiría a las otras; si se trata de la justicia, la interpretación más justa excluiría a las otras, etc.» (40). De tal forma que cuantas más veces se relacione la norma con su contexto normativo y cuantas más veces se relacione la norma con la conducta, poniendo ambos elementos en función de mutua coimplicación, mejor comprensión —conocimiento— se tendrá de la realidad y ello redundará en una sentencia más justa. Como diría Cossio cuantas más veces se escuche una partitura musical, se lea un libro, se vea una película, etc., mejor se llegará a comprender esa realidad.

Pero por muchas limitaciones que haya por parte de la materialidad de la norma y de la conducta, no cabe duda que el resultado de la interpretación —en cuanto comprensión o vivencia preferencial de una realidad cuyo ser es sentido y que se pone al vivenciarlo— puede ser distinto dependiendo de quien sea la persona que la hace. De nuevo nos plantearíamos la misma pregunta ¿cuál de las distintas interpretaciones es la verdadera y correcta? La respuesta también volvería a ser idéntica: sería verdadera la que hace el órgano —el juez— ya que es la que se plasma en la sentencia, delimitando lo que es entuerto, facultad, sanción, etc., en definitiva especificando el ser del Derecho. La interpretación realizada por el jurista sería falsa si no coincide con la del órgano. «La norma individual que emite como expresión de lo que hace, dice Cossio refiriéndose al juez, por ser expresión conceptual de un sentido, resulta así un juicio no independiente del juez que la pronuncia. En consecuencia, la justicia que este juicio, con o sin razón, predica del caso sometido a decisión dejándolo *objetivamente definido en su sentido*, es la justicia que ha vivido el juez al decidirlo... la vivencia del sentido emocional de justicia no nace libremente,

(39) *Ibidem*, pág. 84.

(40) *Ibidem*, pág. 86.

sino que nace revestida con el pensamiento de la norma general que aplica» (41).

Parece, pues, evidente que la norma no es un mero medio lógico-gnoseológico y que reúne unas características muy distintas en función de quien la enuncie. Por otra parte todo esto no dista tanto, como pudiera pensarse a primera vista, de la teoría de la interpretación kelseniana, a no ser porque Kelsen la enmarca en un contexto voluntarista y político, mientras Cossio pretende atribuirle un fundamento racional. Para Cossio la vivencia del sentido hecha por el juez es la «correcta» y «verdadera», mientras que para Kelsen la vivencia del juez es la única válida jurídicamente al margen de consideraciones valorativas.

Kelsen parte del hecho inevitable de que en toda norma general existen una serie de indeterminaciones —a veces intencionadas por parte del legislador— respecto a la concreción del hecho condicionante y de la consecuencia jurídica; otras veces no intencionadas y debidas a la ambigüedad terminológica o a la posible discrepancia entre lo expresado lingüísticamente y la voluntad del legislador o, en ciertas ocasiones, por la simultánea pretensión de validez de dos o más normas. Esta indeterminación de la norma superior es precisamente la razón de ser de la norma inferior y, en consecuencia, de la interpretación (42).

Ello quiere decir que dentro del marco del substrato normativo hay siempre varios sentidos vivenciales. El problema está en saber cuál de esos distintos sentidos es el «correcto», el «verdadero», el «válido». Cossio entiende que el lograr esa vivencia correcta —verdadera— es un problema gnoseológico, y que cuanto mejor se comprenda (conozca) esa realidad —poniendo al substrato y al sentido en función de mutua coimplicación— más verdadera será la vivencia que de la misma se tenga y, en consecuencia, más justa será la sentencia. Sin embargo, a la hora de la verdad Cossio tiene que reconocer que la vivencia que se plasma en la sentencia es la realizada por el órgano —el juez—, y ella es la que verdaderamente constituye Derecho delimitando lo que es entuerto, sanción, facultad, etc. Lo que quiere decir que esa vivencia sería la verdadera frente a la realizada por los juristas. Kelsen olvidará la categoría verdad-falsedad y entenderá que la vivencia plasmada en la sentencia será la única válida por ser sentido de un acto de voluntad del órgano competente.

Kelsen desde su concepción avalorativa del conocimiento y desde su concepción voluntarista del Derecho entiende que no se puede pretender delimitar mediante la interpretación un único sentido objetivo de la norma general como el más racional y del cual se deduzca la norma particular. Primero porque para Kelsen, según hemos visto, la nor-

(41) *Ibidem*, pág. 114.

(42) G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, en RIFD año 1957, págs. 217-229. En concreto en la página 224 dice: «L'indeterminatezza è appunto lo scarto fra la norma superiore e quella inferiore e rappresenta in sostanza la ragione di esistenza della norma inferiore stessa.»

ma general no tiene un único sentido; segundo, porque no es función cognoscitiva calificar de más o menos correcto a cada uno de sus sentidos; y finalmente porque aunque hubiese un solo sentido la conclusión particular a la que racionalmente se llegue no sería auténtica norma mientras no haya un acto de voluntad que lo quiera como debido.

Kelsen distingue la interpretación hecha por el órgano de aplicación del Derecho en su intento de ajustar la sentencia al marco de la norma general; la interpretación hecha por el individuo o destinatario en orden a adecuar su conducta a la norma; y la interpretación de la ciencia dirigida al mejor conocimiento de la norma. En definitiva distingue entre la interpretación como acto de conocimiento del Derecho, y la interpretación como acto de voluntad —como acto creador del Derecho— cuyo sentido es una norma jurídica.

La interpretación científica (en cuanto conocimiento) consiste en exponer las distintas posibilidades dadas dentro de ese marco jurídico a interpretar, pero no es función de la ciencia determinar cuál de ellas es la correcta, porque ello implicaría estimaciones valorativas que la ciencia debe dejar al margen si quiere ser auténtico conocimiento neutral (43). El delimitar en ese marco normativo cuál es la posibilidad «correcta» no es para Kelsen un problema científico, sino un problema de voluntad política (44). El acto volitivo, cuyo sentido es la norma, es el que distingue la interpretación hecha por el órgano de aplicación de la interpretación realizada por la ciencia; y como para Kelsen la interpretación auténtica es aquella que crea Derecho, de ahí que sólo califique de tal a la efectuada por el órgano de aplicación y nunca a la interpretación científica ni a la realizada por el individuo en cuanto destinatario de la norma.

Mediante la interpretación auténtica una de esas posibilidades recogidas en el marco del precepto general se convierte en norma, e incluso en casos se crea nuevo Derecho elevando a norma —en base a la «Regla Alternativa»— alguna posibilidad no prevista en la norma general. Esto último sucede en casos con carácter provisional y en casos también con carácter definitivo por aplicación del principio de «cosa juzgada» o porque se realice por tribunales de última instancia. Esto se ve muy claro en Kelsen cuando nos dice —refiriéndose a los conflictos normativos que «l'interpretazione di norme giuridiche è conoscenza del diritto e la conoscenza del diritto non può né produrre norme giuridiche, cioè porle in vigore, nè abolire la validità di norme giuridiche, ... Ciò che l'organo applicante il diritto può fare nel caso di un conflitto tra due norme giuridiche generali è soltanto decidere con un atto di volontà l'applicazione dell'una o dell'altra delle due norme» (45).

En definitiva para Kelsen el pretender, mediante la interpretación

(43) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, 2.ª ed., México, 1982, págs. 351 y 352.

(44) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 356.

(45) H. KELSEN, *Teoría Generale delle Norme*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1985, pág. 367.

científica, extraer un único sentido correcto o cubrir de una única forma correcta una laguna es una pura ficción encaminada a seguir manteniendo el ideal de una seguridad jurídica, que de acuerdo con la concepción estrictamente volitiva del Derecho de Kelsen sería una pura ilusión.