
PENSAMIENTO JURÍDICO NACIONAL: LA HERMENÉUTICA EGOLÓGICA

Lorena SIQUOT y Eduardo Héctor MÉNDEZ***

Fecha de recepción: 12 de julio de 2016

Fecha de aprobación: 9 de septiembre de 2016

Resumen:

A partir de pensar el Derecho desde la visión egológica, como conducta humana en interferencia intersubjetiva, distanciada tanto de la mirada iusnaturalista como iuspositivista, se propone reflexionar sobre la problemática hermenéutica. Consideramos que la Teoría Ecológica de Carlos Cossio es la vía que puede generar una práctica del Derecho que brinde soluciones creativas y justas a los conflictos que subyacen en los casos sometidos a la decisión jurisdiccional. Consideramos que es un instrumental que permite superar las limitaciones epistemológicas e ideológicas de los enfoques que las teorías filosóficas tradicionales contienen en razón de la infiltración de intereses de clase que las condicionan. La hermenéutica egológica se estructura sobre la base del análisis sistemático de la cuádruple tarea intrasistemática, comunes a toda ciencia, como ser la ontología jurídica, la lógica jurídica formal, la lógica jurídica trascendental y la axiología jurídica, y el elemento perisistemático de la gnoseología del error.

Palabras claves:

Teoría Ecológica del Derecho – ontología jurídica – lógica jurídica formal – lógica jurídica trascendental – axiología jurídica – interpretación – creación intersticial – ideología

* Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina). Investigadora y docente auxiliar en la UBA en las materias "Interpretación de la Ley" y "Actualidad de la Teoría Ecológica" del Departamento de Filosofía del Derecho. Correo electrónico de contacto: lsiquot1982@gmail.com

** Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina). Investigador, doctorando y docente a cargo en la Universidad de Buenos Aires de las materias "Actualidad de la Teoría Ecológica", "Interpretación de la Ley" y "Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos" del Departamento de Filosofía del Derecho. Correo electrónico de contacto: edumen84@hotmail.com

ARGENTINE JURIDICAL THOUGHT: THE EGOLOGICAL HERMENEUTICS

Abstract

This article proposes rethinking the law from an egological perspective, that is, conceiving it as human conduct in intersubjective interference distanced both from the natural law and legal positivism outlooks. For such purpose, the authors expose the structure of Carlos Cossio's thought and some of its main concepts, such as legal ontology, formal legal logic, transcendental legal logic, legal axiology, and epistemology of error.

Keywords

Egological Theory of Law – juridical ontology – formal juridical logic – transcendental juridical logic – juridical axiology – interpretation – interstitial creation – ideology

“[L]o mucho que pueden hacer los jueces y los juristas dentro de la tradición democrática, para vivir en un mundo mejor, con solo liberarse de esa ideología que mide todas las cosas, incluso la justicia, por el dinero y que hace del dinero la razón de ser de la existencia humana. Como quinta esencia del espíritu del capitalismo, esta es la maldición de nuestra América como continente subdesarrollado, donde por eso el dinero pesa aún más”.

— Carlos Cossio (1961: 1092)

I. Presupuestos teóricos de la Egolología

Hoy no es novedosa la definición del Derecho como un fenómeno cultural. Sin embargo, sí lo es el desarrollo que tuvo en manos del pensamiento de Carlos COSSIO como Escuela Jurídica Argentina —como así denominaba a su creación egológica— y la fuerza con la que confrontó en 1949 frente a la hegemónica “Teoría Pura del Derecho” y al mismísimo Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Pero ese hecho simboliza, además, la actitud que pretendía el autor por parte del operador jurídico: un sujeto situado, comprometido con su realidad y, en especial, capacitado para analizar las causas por las que las teorías jurídicas dominantes resultan infructuosas para intervenir en la dinámica conflictividad social.

Si bien la formación académica formal nos permite —de la mano de los aportes de la Ciencia Política, la Sociología, la Antropología y, desde lo jurídico (pero de manera

parcial), las llamadas Teorías Críticas del Derecho— un acercamiento a la problemática de los intereses políticos y económicos que condicionan las decisiones judiciales, la Teoría Ecológica del Derecho se erige como la posibilidad de brindar un abordaje integral. En efecto, la Teoría Ecológica es tal vez uno de los intentos más elaborados para la comprensión total del fenómeno jurídico. La filosofía ecológica aspira a no dejar nada sin comprender. Y estos dos términos —comprensión y totalidad— definen el intento ecológico. La comprensión impone necesariamente una constante y pertinaz referencia al sujeto. Para COSSIO desde lo teórico jurídico no procede el causalismo explicativo, sino la categoría de la comprensión. De allí que el término de Ecológica que suscribe su creador, si bien se justifica por consideraciones etimológicas y conceptuales, no llega quizás a decirlo todo.

La Ecológica no intenta ser una vaga referencia al sujeto; es mucho más. La persona como vida humana viviente o como sujeto plenario —expresión afín a la ecológica— aparece dotando de sentido (gnoseológico y axiológico) a las conductas que delimitan el campo de lo jurídico y, en consecuencia, sus pretensiones son agotadoras. Desde la libertad, hasta la hermenéutica, pasando por los territorios de la ciencia y técnicas jurídicas, COSSIO elabora su teoría comenzando por el desarrollo y pleno conocimiento de presupuestos de filosofía general (Kant, Dilthey, Husserl, Heidegger, Sartre), arriba a su Teoría Ecológica como filosofía de la ciencia del derecho, y prosigue su análisis en marcos críticos que dieron nacimiento a verdaderas categorías de filosofía política, y que dieron origen a su libro aún inédito *Ideología y Derecho*.

La búsqueda de la comprensión total del fenómeno jurídico hizo concebir a COSSIO a la Filosofía del Derecho como una Filosofía de la Ciencia, lo que ampliaba notablemente sus aportaciones a la Teoría General del Derecho; y, así como Kant hizo una filosofía de la ciencia y estudió la naturaleza del conocimiento científico, sus condicionamientos y limitaciones, COSSIO enarbóla la idea de una Filosofía de la Ciencia del Derecho. A partir de ésta, la Ecológica pretende privilegiar una ciencia jurídica distinta de aquella con la que toma contacto. Por un lado, es preciso acercarse hasta donde la ciencia está, a dónde ha llegado históricamente, es decir, conocerla tal cual es; por otro, también es necesario transformarla. Es el mismo COSSIO (1964) quien nos dice que esta actitud no resulta fácil y que "más firme y cómoda era, sin duda, la situación de Kant frente a la física de Newton que se presentaba como una ciencia realizada" (p. 277). De esta manera, Kant partía de la ciencia, pero no la pone en cuestión; mas COSSIO no puede hacer lo mismo, pues al tiempo que acepta la existencia de una ciencia dogmática, reconoce su frustración. La situación es paradójica —pero ontológicamente ineludible— para la Ecológica. Se acude a la ciencia tal

como se ofrece en la experiencia, pero al propio tiempo es el cauce para su transformación. COSSIO es innovador y, a la vez, perturbador.

La ciencia jurídica —con la representación conceptual que se ofrece del derecho a partir del siglo XIX— es para la Egología un punto de partida. Savigny marca el inicio de una ciencia condicionada culturalmente por el dato básico de la ontologización del derecho operada por el historicismo. COSSIO sostiene que las ciencias jurídicas no han logrado delimitar su objeto por el cauce de la dogmática y, en consecuencia, se propone (a) conseguir una aprehensión totalmente abarcadora, y (b) de ese modo, autenticar la Ciencia del Derecho. Nos referimos a una teoría general que permite entender qué es el Derecho, el cómo y quién lo conoce y, consecuentemente, las problemáticas políticas que lo contextualizan.

En esta Teoría General del Derecho posible están plasmados los elementos intrasistemáticos y perisistemáticos que componen lo que COSSIO denomina temas de Filosofía del Derecho. Por ello, se coloca a la Filosofía de la Ciencia del Derecho en una cuádruple tarea intrasistemática (ontología jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental y axiología jurídica), relacionada con problemas que están dentro de la revisión específica de la ciencia y conciernen a la conciencia del jurista sobre su objeto. “Es decir, condiciones de posibilidad, presupuestos de la ciencia, pero siempre temas para ella, porque son internos a su preocupación” (MÉNDEZ, 2014a: 277).

Sin embargo, también existe un problema perisistemático, propio de la llamada “Gnoseología del Error”, que concierne a la conciencia que el jurista tiene de su propia ciencia. Este problema tiene una directa vinculación con el sistema, ya no como determinación de la verdad dogmática, sino por la historicidad que afecta a la ciencia. La Gnoseología del Error es el reconocimiento de la radical historicidad del sujeto y la existencia de una categoría sustancial si queremos reflexionar sobre el Derecho de modo objetual: la ideología. Para COSSIO, si la ideología es ocultamiento, lo ontológico es mostración de la realidad; si la ideología es una racionalización intelectual como interés de clase, lo ontológico es fenómeno y situación (MÉNDEZ, 2014a: 278).

a) **Ontología jurídica**

El primer elemento (ontología jurídica) se ha evadido del tema con excusas sobre su supuesta complejidad o el mote de ser metafísica pura. Afortunadamente podemos

advertir al lector que se trata de meras afirmaciones dogmáticas, sin sustento efectivo. Para ello pensemos en un sencillo ejemplo: ¿es la indemnización de la incapacidad generada a un trabajador por un accidente laboral ocurrido por el incumplimiento del empleador de las normas de seguridad e higiene igual que un problema de lógica pura en cuanto objetos de un juicio científico? Justamente, la respuesta negativa fue lo que llevó a COSSIO a plantear la necesidad de reflexionar sobre los distintos objetos de conocimiento de las ciencias y, en especial, para definir de qué hablamos cuando nos referimos al Derecho. Ello, sencillamente, es la mal publicitada ontología jurídica y no es casual que el agravio provenga de la llamada filosofía analítica, sin saber que sus partidarios también hacen ontología, pues ésta es la búsqueda de un objeto de reflexión.

En línea con Edmund Husserl, COSSIO (1967) destaca que los objetos de los juicios no son todos iguales, por lo que su abordaje gnoseológico debe ser diferente (p. 27). Así, los distintos objetos se clasifican en ideales, naturales, culturales y metafísicos. El Derecho, por ser conducta en interferencia intersubjetiva —es decir, resultante del encuentro de subjetividades— tiene la particularidad de estar conformado por ese sustrato fáctico y por un sentido resultante. Asimismo, se clasifican en mundanales y egológicos, siendo que los primeros involucran la intervención del hombre —por ejemplo, una obra de arte—, y los segundos, exclusivamente conducta. No obstante, en ambos siempre nos referimos a su sustrato o materialidad y al sentido o valor correspondiente.

b) Lógica jurídica formal

El segundo elemento intrasistemático es la lógica jurídica formal: la necesaria concordancia entre el conocimiento científico y las leyes de la lógica. Es la estructura interna que hace que las normas sean las normas. Parte, entonces, de la cúpula del deber-ser kelseniano, pero COSSIO (1964) propone su adecuación a las particularidades del Derecho como fenómeno (p. 656). Reemplaza el punto de partida de la prohibición por el principio ontológico de la libertad (1961: 656):

[e]l pensamiento normativo del jurista juega dentro del ámbito que le otorga el principio ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, fundamentando sobre esta base la idea de la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico.

c) Lógica jurídica trascendental

El tercer elemento del análisis egológico es la lógica jurídica trascendental, es decir, el tipo de conocimiento que realiza el operador jurídico al abordar un caso. Se trata del análisis de la teoría del conocimiento (gnoseología), para señalar el error de reducir la problemática de la interpretación del Derecho a la interpretación de la ley. Sostiene que lo que se interpreta es la conducta, el hecho que es objeto del caso (conducta) mediante la ley. Así, será el sujeto el que deberá identificar qué es lo que ocurrió en el caso que lo convoca, construir las posibles hipótesis, analizar cuáles serían las leyes aplicables y las razones de una y otra. Al respecto, se sostiene que (COSSIO, 1967: 50):

el interprete no extrae del texto mismo el sentido que va a elegir como auténtico y exclusivo, sino que simplemente busca de ampliar o restringir el alcance de los vocablos legales, adecuándolos al sentido que la conducta misma le ha revelado y donde el reconoce el valor de su conducta.

d) Axiología jurídica

El último de los elementos sistemáticos es el análisis de la axiología jurídica. Para entender el tema es necesario que el lector tenga presente que el tópico se relaciona con la ontología jurídica y la consecuente clasificación del Derecho como un objeto cultural. En ellos, “hay una unidad entre el substrato y el sentido espiritual, emocionalmente comprensible por la personalidad” (COSSIO, 1967: 51). Valorar se presenta así como asignar un sentido.

COSSIO nos habla de valores bilaterales de conducta, no de valores morales. Parte de la base de que los valores constituyen un elemento característico de la vida coexistencial, porque la vida social implica preferencias y criterios de acción comunitarias. La característica de los valores bilaterales de conducta se encuentra en la relación dialéctica que se produce entre los valores de autonomía y heteronomía, porque toda coexistencia debe ser entendida como “alteridad compartida” y, por lo tanto, como un juego de limitaciones recíprocas, pues la autonomía de uno es heteronomía para otro. En estos términos (COSSIO, 1967:206):

[I]os valores de autonomía expresan algo que pone el elemento existencial del dato, es decir la persona con la libertad que se despliega como factor central de la cuestión que estuviere en juego. Es decir que el sentido de estos valores es asumido por la persona que desarrolla esa conducta valiosa o disvaliosa y por nadie más. Los valores de heteronomía en cambio expresan como sentido algo que pone el elemento coexistencial de la situación, es decir las otras personas de la comunidad.

La coexistencia es definida conforme a tres dimensiones descriptivas fenomenológicas: (a) el "yo en relación con su entorno"; (b) el "yo en su relación con el otro"; y (c) el "yo en relación con la sociedad". Es decir, las cosas, el tú y el nosotros. Los valores bilaterales de conducta (seguridad, orden, paz, poder, solidaridad y cooperación) ingresan así en una dialéctica constante de restricción y ampliación de las circunstancias de relación con el mundo, con el otro y con la sociedad, que servirá para resignificar permanentemente las conductas compartidas.

e) Gnoseología del Error (ideología)

Por último, el elemento perisistemático es la Gnoseología del Error (la ideología), el estudio del error científico de la ciencia jurídica. Esta definición se basa en el sentido napoleónico-marxista del término, es decir, del primero como mote, en referencia a su lejanía con la realidad y del segundo, por encubrir intereses de clase. Huelga decir que la infiltración ideológica teorizada por Marx es un fenómeno que es propio de las ciencias del hombre y que se produce como resultado de que teorizan sobre aspectos que no tienen lugar en la realidad.

Si este tópico le resulta conocido, el lector no debe dejarse engañar. Nos estamos refiriendo a la inquieta alma de Carlos COSSIO y, por lo tanto, sólo se trata del primer escalón de lo que llamó la "superación egológica". El autor reconoce que el marxismo tampoco está libre de la ideología al referirse, por ejemplo, al "advenimiento del proletariado", circunstancia que también es una teorización sin comprobación empírica. En consecuencia, COSSIO asume el "escepticismo de las posiciones" como un tópico a problematizar y superar. Para ello toma a "la infiltración ideológica" como punto de partida y elimina la conclusión falsa. La teoría de las ideologías es suficiente para demostrar el fenómeno de la infiltración ideológica, pero no de la verdad jurídica.

Antes de ingresar a la problemática muy afín al pensamiento cossiano que es la interpretación de conductas, hay que resaltar que no es casual o azaroso el estudio de la ideología en la ciencia jurídica tal cual lo propone COSSIO. En efecto, una verdad acerca de la naturaleza se expresa en un juicio independiente del sujeto que hace la enunciación (el sol siempre saldrá por el este, por más que afirmemos que saldrá por el oeste); pero una verdad jurídica —como cualquier otra verdad de contenido cultura— se expresa en un juicio no independiente del sujeto que lo enuncia por ser de contenido axiológico.

Las ideologías constituyen un fenómeno de falsa conciencia encubiertas bajo el ropaje del conocimiento científico. En la ciencia jurídica no nos encontramos sólo con un fenómeno de “falsa conciencia” sino que afectan al fenómeno jurídico como realidad social y, por ende, constituye un obstáculo social. ¿La importancia de ello? Mucha, pues con ideologías se fundamentan sentencias, se redactan leyes, se enseña en la universidad y se encauza, en general, la vida cotidiana, académica y jurídica. La ideología siempre favorece políticamente a alguien como grupo de poder y “se hace visible a partir de sus resultados sociales, es decir en la medida en que quedan favorecidos los intereses de dominación que la promueven” (COSSIO, 1962: 121). Idea esta muy cercana a la existencia material y a los efectos de la ideología como afirmaba el marxista francés Althusser.

Una vez más, el pensamiento egológico es perturbador. Por lo que dice y no oculta; porque expone a la ciencia jurídica a una evaluación permanente; por que nos hace pensar y criticar nuestros pensamientos naturalizados; porque proviene de un filósofo jurista que nos habla de política; porque visibiliza ideológicamente un conflicto jurídico que, en definitiva, es un conflicto social; porque resquebraja la idea de que las normas jurídicas controlan a los jueces; y también como exponente de las críticas constantes al iusnaturalismo e iuspositivismo. Es un pensamiento creador, novedoso, original que inauguró una nueva cultura y epistemología jurídica, que no privilegia señeramente lo meramente conceptual, sino el conocimiento de lo humano en su materialidad constructiva. Que denuncia posturas analíticas que, en la actualidad y manteniéndose en sus posturas rígidas y formalistas, resultan ser hoy en día disfuncionales como saber para hacer avanzar el mundo del derecho, pues el formalismo jurídico es el sustrato que da forma a la imagen de un sistema político-jurídico con pretensiones de científicidad ordenatoria, vinculadas a formas de neutralización o apaciguamiento de conflictos en forma ficticia (MÉNDEZ, 2014: 29). Por ello la problemática hermenéutica, no es solo un problema científico-dogmático. Es mucho más.

II. La respuesta de Carlos Cossio a la problemática hermenéutica.

a) El problema hermenéutico.

En esta instancia, es muy probable que el lector se pregunte sobre la actualidad de la Teoría Ecológica. Ciertamente es que son contados los espacios académicos en los que se hace referencia a aquélla y que son opacados por el sospechoso silencio del resto del claustro universitario, salvo cuando, algún profesor extranjero "menciona el honor de estar en el país de Carlos Cossio". Pero la respuesta acerca de su vigencia es sencilla.

En primer lugar, responde a la necesidad de pensar nuestros problemas jurídicos con nuestros propios desarrollos teóricos, o sea, con una teoría nacional. En segundo lugar, en razón de la capacidad de la Ecológica para hacerle frente a la conflictividad social que ponen en evidencia, día a día, los casos que nos convocan como profesionales y permitir el desarrollo de sentencias creativas y comprometidas con la misma.

En el devenir cotidiano, los operadores jurídicos, coexistimos con situaciones que no problematizamos, cegados por la aplicación rutinaria de la tradición jurídica y la repetición de excusas que franquean el acceso a nuevas soluciones y perspectivas de acción. Al respecto, SAAVEDRA (1999) advertía que (p. 11):

no se puede seguir sosteniendo la neutralidad e independencia en un contexto plagado de contradicciones inherentes al sistema. Esas contradicciones arrastran a los distintos elementos del todo social, les imprimen su huella. La máquina de la justicia trabaja al ritmo y con los desequilibrios que le imponen las fuerzas dominantes. Se hace necesario, por tanto, el compromiso y la toma de partido: la integración social de la función judicial y su puesta al servicio de la liberación humana. Es decir, se hace necesario corregir y potenciar el funcionamiento del aparato de la justicia a fin de que pueda contribuir, desde un principio, a una transformación social que haga desaparecer toda irracionalidad.

Sin embargo, ante determinados expedientes se presentan resoluciones judiciales diferentes y aparecen aquellos casos que llaman la atención de los estudiosos, de los medios de comunicación y que invitan a la reflexión sobre la operatividad judicial. Son

ejemplos claros, por nombrar algunos, los casos que visibilizan la problemática en torno al consumo de estupefacientes, las cuestiones de género, de migrantes, los casos de lesa humanidad, y que obligan a los jueces a hablar de la realidad, de los hombres de carne y hueso, de sus familias, de la efectividad de las leyes, de las problemáticas de una comunidad, de lo infructuoso de una Política de Estado o de la crítica a la propia corporación judicial.

Al respecto, nos referiremos a un ilustrativo caso a fin de destacar la virtualidad de una sentencia por la intervención de los jueces. En efecto, en una causa tramitada hace cuatro años, un ciudadano fue condenado por el delito de tentativa de hurto a quince días de prisión en suspenso y el pago de las costas judiciales, luego de intentar sustraer, entre sus ropas una bandeja de carne. Sin embargo, la intervención de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal puso en evidencia algunos aspectos esenciales sobre la realidad del caso que no habían sido evaluados. Si bien el condenado había confesado el hecho y no fueron necesarias diligencias investigativas, el proceso duró cuatro años e involucró a once jueces, cuatro fiscales, cinco defensores, y ocho funcionarios y empleados. Cabe destacar, que del informe ambiental surgía que el sujeto estaba por debajo del peso normal, le faltaban piezas dentales, cuidados básicos, no tenía visión en uno de sus ojos y tenía trabajo irregular. Además, en su declaración indagatoria manifestó que hacía días que él no comía y tampoco su hijo. Tampoco es menor, que el corte de carne que pretendió sustraer era el corte más económico. Los miembros de la Cámara lo describieron como “famélico, tuerto y desdentado”, como surgía del informe ambiental referido.

La Sala II resolvió absolver al imputado fundado en la violación al plazo razonable y a los principios de lesividad y proporcionalidad. Además, el voto de la camarista Ledesma señaló otras medidas y exhortó al Congreso de la Nación a la reforma del sistema de enjuiciamiento, notificó al Consejo de la Magistratura en virtud de la intervención de los funcionarios judiciales, a la Procuración General de la Nación a fin de fijar lineamientos de política criminal para con esta problemática y puso en conocimiento de la Subsecretaría de Comercio de la Nación y de Trabajo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la política empresarial del supermercado por la que se responsabilizaba por los robos de mercadería a los empleados.

Retomando el título del acápite, ¿qué es aquello que hace diferente a estos casos de otros? El escollo para la Filosofía del Derecho se presenta porque estos expedientes ponen en evidencia de manera grotesca la necesidad de una Teoría General del Derecho que pueda dar cuenta de la problemática jurídica y que sea ella misma la que pueda, además,

dar una solución científicamente correcta, de acuerdo con las particularidades del problema social, es decir, abordar temas que son propios de la Filosofía del Derecho.

b) La solución egológica

El tema, entonces, es cómo abordar un caso con un instrumental que con legitimidad científica nos permita dar una solución integral a sus múltiples aristas. La respuesta es la Egología que mediante la reformulación marxista y la introducción de la ontología nos permite abordar la problemática de la verdad jurídica y desentrañar la posible infiltración ideológica. De este modo, nos habilita en forma científica a hablar de lo que ocurre en la realidad, de las problemáticas que hora tras hora nos convocan a todos los abogados como operadores de la realidad que nos da situación y a la que no debemos evadir bajo la sistemática aplicación de la ley. Según COSSIO (1961: 1085),

esta renuncia a la verdad tiene consecuencias tremendas para el hombre contemporáneo. En función de ella, nadie puede asombrarse que el intelectual de hoy ayude tan poco a su sociedad, para superar los problemas que estamos viviendo. El intelectual que renuncia a la verdad se da a sí mismo la condena de ser estéril.

El primer aspecto del abordaje propuesto de la realidad se basa en el análisis del hecho de la sentencia. Lejos de referirse a una aplicación mecánica de la ley, ésta requiere de la conciencia del que hace una vivencia de su sentido y consiste en un acto de creación. La primera aproximación del sujeto que conoce en el caso es al sustrato material, es decir, la conducta de un hombre real que es, además, objeto de su conocimiento. Técnicamente es lo que en el comienzo del trabajo expusimos como ontología jurídica y la lógica jurídica trascendental. En esa identificación, la intervención del sujeto cognoscente será decisiva para definir sus límites. En el precedente judicial antes citado fue lo que permitió diferenciar entre las dos apreciaciones que se hicieron del mismo hecho: (a) por una lado, la identificación de un sujeto que tomó un objeto de la propiedad de otra persona; y (b) por el contrario, del hombre de carne y hueso que, forzado por el hambre de días, tomó una mercadería que no le pertenecía. Los resultados de una y otra intervención son claramente diferentes.

Probablemente algún lector se pregunte, con razón, sobre la fecundidad de entender la sentencia como un acto de creación del juez o no. Sin embargo, el tema es actualmente discutido,¹ entre aquellos como BULYGIN (2003) que se oponen y aquellos que, desde Kelsen y Cossio, en forma distinta han desarrollado argumentos en favor de esta postura. En cualquier caso, sostenemos que la importancia es decisiva y podrán comprender el porqué de la "perturbación egológica". Luego del descorrimento de los aparentes límites de la faena judicial, en principio, tenemos todo para hacer una sociedad más justa.

A partir de este momento podemos reclamar que un juez que se limita a subsumir es un juez que no realiza el acto de conocimiento que le es propio, sino que, simplemente, ordena fichas, cumple estereotipos de clase. El sustrato de un caso necesita de una conciencia que le dé sentido, que lo valore, que lo conozca a través de la norma jurídica, que le asigne la calificación jurídica y extienda o restrinja su aplicación. Por lo tanto, identificar y tematizar de este modo el acto del juez tiene la importancia que despierta la conciencia de las posibilidades de acción del juez.

Esta descripción del fenómeno jurídico pone en evidencia al fenómeno de la creación intersticial. Según COSSIO (1961), "la teoría le oculta al juez sus posibilidades de ser un buen juez, mediante la idea de que su función, por despersonalizada es automática. Al juez se le deja así la paradójal responsabilidad de cuidar únicamente su irresponsabilidad" (p. 1094). En el mismo sentido —aunque con un alcance más limitado—, SAAVEDRA (1999) advirtió que (p. 12)

el juez llega a adquirir un protagonismo mayor, convirtiéndose en catalizador-entre otros- de toda una estructura contradictoria. De ahí que sea un hecho inevitable la toma de partido —aun antes de que pueda tener conciencia de ello— contraria al estatuto de neutralidad con el que se ha querido legitimar toda una labor política o político-jurídico.

COSSIO estableció un completo desarrollo teórico de la sentencia, estableciendo la diferencia entre la sentencia desde el punto de vista del derecho procesal (normativo) y

¹ Ver "Diálogo sobre la obra de Eugenio Bulygin, los jueces ¿crean derecho?", en *En Letra*, número 5, pp. 196-218, disponible en [enletra.com].

aquella como expresión de la particular experiencia jurídica. Por ello, la teoría Ecológica del Derecho nos describe su estructura, compuesta por tres elementos heterogéneos: (a) la estructura lógica —es decir, la estructura legal dada *a priori*—; (b) las circunstancias del caso como elemento contingente que son las circunstancias del hecho y que es el ingrediente empírico en que se dividen en circunstancias mentadas y no mentadas por la norma; y (c) la valoración jurídica que es la estimación de la totalidad de las circunstancias del caso y, cuando el juez valora las circunstancias no mentadas, existe una creación cuyo sentido son los valores jurídicos.

El juez no es un espectador ajeno al derecho, sino que integra una estructura y contribuye su factura. Lo concreto es que la experiencia jurídica revela una forma normativa necesaria que es la lógica normativa y sin la cual no hay ciencia dogmática; y también una valoración jurídica como elemento material y necesario, puesto que todo derecho —cualesquiera sean sus elementos dogmáticos— es siempre orden o ritualismo, seguridad o inseguridad, etcétera. "[L]a importancia de la valoración jurídica, pues por mucho que ésta venga enunciada en locuciones tan difusas como la del bien común, utilidad pública, orden público, progreso del país u otras semejantes, siempre se trata de los valores bilaterales de conducta, que deciden, como punto de partida vivencial" (COSSIO, 1964: 564).

La sentencia es el producto final de un proceso de producción cuyos dos momentos anteriores son la Constitución y la ley. El juez actualiza estos momentos, a los que une su directa valoración de la conducta en interferencia intersubjetiva que se le brinda como dato empírico del caso. Por ello, al centrar su atención sobre las conductas, el juez vincula sus propias conductas en interferencia intersubjetiva con la de las partes en el proceso; y la sentencia es conducta compartida e interferencia. No es sólo mera reconstrucción de un hecho pasado, es historia que se vive.

Ante un caso, y utilizando el herramental husserliano, se debe fijar el tramo de conducta a analizar, el fenómeno en bruto y encapsular el hecho para —a partir de ese acotamiento fenomenológico— pasar a un nivel activo-reflexivo en el que ya no veamos un mero actuar de seres biológicos, sino seres biográficos e históricos; y si es un ser en el flujo de la historia, se habla de "circunstancias" enmarcadas en un mundo cultural, en la que se actúa y se decide.

La interpretación es interpretación de conducta mediante la ley, en la que se utiliza la “mediación” del lenguaje, pero éste no es el objeto de la interpretación pues “si versara sobre el texto de la ley, o sobre el enunciado de una regla, sería un conocimiento filológico, es decir el conocimiento de un lenguaje” (COSSIO, 1964: 528). Cuando ingresamos a la mediación del lenguaje normativo es para verificar la existencia de un sentido lógico conceptual y la norma presta sus significaciones para constituir la inteligibilidad de caso y evitar de ese modo lo que se llama “la vivencia de contradicción” (1964: 572). De esta manera se trata de lograr la comprensión del caso; y, en ese juego dialéctico de la mediación normativa y la conducta, el acercamiento entre conducta y norma es constante hasta el corte que realiza el operador jurídico cuando resignifica y da sentido a la conducta en un proceso de síntesis existencial de pasado, presente y futuro. El juez tratará de buscar con qué conducta interferente va a interferir para lograr la mejor posibilidad de justicia en un sentido lógico-coexistencial.

La sentencia del juez no es más que el producto final que expresa el resultado de un proceso de conocimiento de las conductas humanas. Es el producto de una actividad cognoscitiva y no un simple acto de voluntad al decir de Kelsen. Para la Egología es claro que no existe la teoría normativa que resuelva el amplio abanico de situaciones, contextos y ámbitos espaciales y temporales, ya que todo depende del caso concreto. La interpretación y el control se realizan sobre una determinada circunstancia de hecho, que resulta ser un cuantificador particular y no un cuantificador universal.

Como se interpretan conductas y siendo que la valoración es inmanente al Derecho, no se plantea una problematización sobre la separación entre Derecho y Moral, apartándose así con las corrientes positivistas excluyentes o inclusivas. COSSIO ya sostenía en 1964 que es necesario conocer el Derecho con prescindencia de consideraciones morales que aspiren a corregirlo, anticipándose en casi 30 años a la discusión contemporánea del principio de optimización de Dworkin. Y dentro de la estructura hermenéutica cossiana no se pueden soslayar que los métodos de interpretación históricos reflejan los distintos niveles de la evolución capitalista. Para COSSIO, el racionalismo jurídico siempre respondió a motivaciones capitalistas, ya sea en Francia —donde se ordenaba a los jueces consultar la voluntad del legislador, pues allí estaba la burguesía triunfante— o en Inglaterra —que tuvo su primera revolución burguesa, y donde el poder burgués se afincó en los jueces y, en consecuencia, se privilegió el precedente judicial—. COSSIO intenta salir de este encierro ideológico, apartándose de criterios voluntaristas e intelectualistas y parte de que la interpretación es una operación cognoscitiva.

De este modo, entendemos que —como SARTRE (1943)— pretendió despertar la conciencia de los atemorizados franceses en su obra *Las moscas*, cuando en la voz de Júpiter le advirtió a Egisto que (p. 100): “[u]na vez que ha estallado la libertad en el alma de un hombre, los dioses no pueden nada más contra ese hombre. Pues es un asunto de los hombres, y a los otros hombres —sólo a ellos— les corresponde dejarlo correr o estrangularlo”. La misma intención fue la que llevó a COSSIO a la creación de la Teoría Ecológica del Derecho.

Así, no sólo los jueces sino todos los operadores de la realidad jurídica, tenemos la herramienta que nos permite con rigor científico y fundamento filosófico animarnos a pensar nuevas soluciones a los problemas que nos convocan como profesionales y estudiosos del Derecho, y que nos dan la posibilidad de recrear un sentido de justicia objetivado, concreto, circunstanciado y situado. Pero eso será otra historia.

Bibliografía

BULYGIN, E. (2005) “Los jueces ¿crean derecho?”, en *Isonomía*, consultado en [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/>].

COSSIO, C. (1961) “La Gnoseología del error”, en *La Ley*, tomo 101, Buenos Aires, La Ley, pp. 1079-102.

— (1962) *Ideología y Derecho*, texto inédito.

— (1964) *Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

— (1967) *El Derecho en el Derecho Judicial*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MÉNDEZ, E. (2014a) “Prólogo”, en COELHO, L. (id.) *Helenia y Devilia*. Curitiba, Boniluris.

— (2014b) “La necesidad como presupuesto ontológico de los Derechos Humanos”, en *Direitos Humanos e Novos Direitos Na Contemporaneidade*. Curitiba, Facultad de Direito Francisco Beltrao.

SAAVEDRA, M. (1999) *La interpretación y el uso alternativo del Derecho*. Buenos Aires, Fontamara.

SARTRE, J. (1943) *Las moscas*. Buenos Aires, Losada.