

UNIVERSIDAD AUTONOMA
DE
GUADALAJARA

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



"ENSAYO CRITICO

A LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN"

LIC. ABEL M. CAMPIRANO PALENCIA

GUADALAJARA, JAL.

1950



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi Padre Fco. R. Campirano

con veneración y respeto;



A mis maestros quienes hicieron

posible la enseñanza del Derecho;

A mi esposa Amelia M. de Campirano

y a mi hijo Abel, con todo cariño,

de quienes recibí los mayores estímulos

PROEMIO:

En la gran lucha por ampliar los horizontes de la Ciencia Jurídica-Filosófica, mediante la construcción reflexiva del pensamiento jurídico en plena especulación teórica en el actual siglo en la que juristas y filósofos del Derecho se esfuerzan en dar a la Ciencia Normativa Jurídica bases más firmes a la nueva visión del mundo jurídico; el presente trabajo es el resultado del deseo de contribuir en forma modesta y demasiado humilde en señalar algunos errores capitales en que incurre la más célebre Teoría Filosófica del Derecho, como lo es la "Teoría Pura del Derecho" de la que es su autor el eminente pensador Hans Kelsen.

La Teoría Jurídica de Hans Kelsen se sustenta sobre la base de una investigación puramente formal del Derecho. Sus conceptos y su método, incluso su sistema le permiten elaborar una teoría con exclusión absoluta de la Moral, Ética ó Filosofía Práctica, de la Sociología, de la Política y de la Economía, disciplinas formales que las considera como simples "Cuestiones Metajurídicas", en la propia pureza doctrinal que preconiza.

Kelsen desarrolla la "Teoría Pura del Derecho", con rigurosa fundamentación lógica formal. El conocimiento lógico — jurídico, según lo estima, se agota con el estudio estrictamente formal sobre "lo jurídico", con exclusión de cualesquiera otra investigación teórica, considerando que, junto al análisis formal del precepto jurídico en su sólo sustantividad propia, concurre el necesario postulado en mantenerla dentro de sus precisos límites metodológicos lo que le permite construir la teoría conocida bajo la denominación de "Teoría Pura del Derecho", que más bien debe designarse con el nombre de Teoría Jurídica - Formal, pues pretende explicar lo "jurídico" en su aislada normatividad.

Este ensayo de crítica a la Teoría Jurídica Kelseniana, sólo abarca y comprende el principio característico y fundamental de la pureza de su sistema, consistente en la exclusividad formal que hace del Derecho, sin incluir los diversos problemas que se derivan de la propia teoría y, ello debido a lo extenso y lo basto de la obra Jus-Filosófica de Hans Kelsen, ya que para llegar al conocimiento esencial de su Doctrina y su crítica, sería necesaria la elaboración completa de una obra, lo que no permite la parvedad del presente ensayo y la insuficiencia del que formula este trabajo, bastando para la materia del mismo, señalar los errores en que incurre la llamada pureza del Método Kelseniano y de la sistematización formal que hace del Derecho.

Al efecto, es notable la importancia que se le ha dado en las investigaciones doctrinales de orden Teórico Filosófico de la Ciencia Jurídica.

Fué en la Universidad de Viena de la Magna Alemania en donde se le conoció por primera vez con el nombre de "Escuela de Derecho de Viena" puesto que en esta ciudad Alemana fué donde alcanzó gran renombre, adhiriéndosele desde luego los famosos jurisconsultos alemanes Alfred Verdross, Adolfo Merkl, Félix Kaufman y el eminente Fritz Scherier, quienes contribuyeron para que adquiriera carta de ciudadanía en la Ciencia del Derecho actual.

Hans Kelsen publicó su primera obra fundamental bajo el título de "Problemas Fundamentales del Derecho Constitucional desarrollados por la Doctrina de la "Norma Jurídica", sometiendo en forma analítica a la norma o precepto jurídico, a la vez considerándola como un simple juicio hipotético. Estudia al Derecho como sistema de normas exclusivamente, empezando a delinear el paso la doctrina de la identidad del Estado y del orden jurídico de carácter singularmente nacional; y, por último, inspirándose en la Filosofía Kantiana y en los principios filosóficos de la Escuela célebre de Marburgo, pero particularmente en la Filosofía de Windelband, construye el "Deber ser Jurídico" ó problema de la autonomía ó heteronomía del Derecho, con absoluta independencia del "Deber ser Ético ó Moral", excluyendo por demás a las ciencias particulares afines al Derecho.

La doctrina Kelseniana logró en forma inmediata gran incremento y desarrollo en el mundo occidental, ocasionando enconadas controversias aún en nuestra América Latina, ya que los principios que dejó establecidos en su primer trabajo de investigación jurídica, contradecían los sistemas clásicos de la Ciencia del Derecho. El sistema Kelseniano es puramente normativo. Una Teoría del "Deber ser Jurídico" y no del "ser"; una aplicación en fin, de la Lógica Jurídica a los juicios del "Deber ser", fijando así la heteronomía del Derecho Positivo.

La génesis del ideario de Hans Kelsen y los principios fundamentales de la "Teoría Pura del Derecho", se identifican con la Filosofía Kantiana. El método que se adopta por Kelsen es trascendental porque no sujeta a la experiencia jurídica posible a cierto orden de conocimientos, ya que éstos según lo afirma, tienen absoluta independencia.

La "Teoría Pura del Derecho" y subsidiariamente la "Pureza de Método", esta última como consecuencia directa y necesaria de aquélla rechaza toda experiencia posible en el orden jurídico, es decir, filosóficamente hablando, todo empirismo jurídico o de orden Sociológico, ya que si Hans Kelsen establece una "Teoría Pura del Derecho", incuestionablemente que su propio método y en general, su mismo sistema debe ser como lo es con entera exclusión de cualesquiera disciplina particular, por tanto y bajo este aspecto la doctrina - jurídica que sustenta, descansa en el "a priori" Kantiano.

Uno de los temas capitales de su teoría descansa entre el famoso dualismo del "ser" y del "deber ser jurídico", incurriendo en error que no consiste en verificar esta separación, sino en someter a estudio al Derecho solamente en el ASPECTO FORMAL; ese dualismo jus-filosófico, excluye el aspecto FUNCIONAL O DINAMISMO DE LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO, ya que es incuestionable y evidente que el Derecho se proyecta en la convivencia humana; mantiene una específica técnica social, determinando mediante su función reguladora la recíproca conducta de los hombres, generando el orden Social. El formalismo de Kelsen por su propia naturaleza, excluye el CONTENIDO DEL DERECHO O ASPECTO MATERIAL que concurre implícitamente en la norma jurídica, menospreciando a la vez que violando el principio universal de Metafísica: NO EXISTE FORMA SIN CONTENIDO.

Despójese a la forma de su contenido y estaremos en presencia de un simple concepto vacío; exclúyase a la norma jurídica de su contenido o aspecto material y de su funcionamiento propio y entonces como elegantemente lo expresa el Maestro Eduardo Pallares, "estaremos en presencia de un Derecho deshumanizado".

El Derecho de naturaleza fenomenal no se reduce a una existencia puramente formal. Su ámbito existencial no es de naturaleza puramente lógico formal, como lo pretende el filósofo Hans Kelsen, sino que es un fenómeno de universalidad y de necesidad social indispensable para la debida regulación coercible de la conducta humana tendente a lograr alcanzar lo que el filósofo Aquinense suele denominar "La Tranquilidad en el Orden". La norma jurídica es una relación necesaria y no contingente para mantener el orden social; la fuerza de su inviolabilidad no descansa en el aspecto lógico o simple a priori como peregrinamente lo pretende

Kelsen, sino que su inviolabilidad se apoya en su fuerza moral

El hombre desde el momento en que entra en contacto con su semejante y asume ó contrae una relación de contenido eminentemente de carácter patrimonial, desde ese momento se encuentra ya sujeto a la propia normatividad del Derecho y, esto no constituye una simple y sencilla operación lógico-jurídica; no es tan sólo una concepción del espíritu; no es una sólo forma del pensamiento sino una profunda realidad de orden social regulada a través de una norma jurídica cuyo inviolabilidad descansa en su base moral, y por eso es que ya el gran Filósofo ruso, Dostowiesky afirmaba elocuentemente. "No hay cosa más fantástica que la realidad". Por eso las vivencias del Derecho no emergen de su pura normatividad, sino de la enorme complejidad de las relaciones jurídicas-patrimoniales, y por eso es que el Derecho es función social, no operación puramente lógica y abstracta.

La Filosofía Kelseniana del Derecho Positivo que trata de establecer las condiciones generales del conocimiento jurídico, suprimiendo la tradicional técnica de los conceptos o categorías jurídicas en relación íntima con la realidad jurídica que deriva de la inmensa balumba de relaciones patrimoniales y extra-patrimoniales, es una Filosofía Formal del Derecho que no comprende ni incluye la realidad social; la vida concreta de las Instituciones Jurídicas en función dinámica; su sistema se funda a base de cogniciones "a priori"; que el conocimiento jurídico, es puramente epistemológico, deduciendo que la ciencia jurídica tiene un carácter exclusivamente positivista el cual se integra en forma de premisas lógicas, como condición necesaria e indispensable a cualquier clase de conocimiento empírico del Derecho, de tal manera que los conceptos puros de Emmanuel Kant ó categorías, corresponden a la fundamentación filosófica de la "Doctrina Pura del Derecho". Para la justificación de este aserto véase el capítulo XVIII (Segunda Edición Tubingn de 1923), de la obra de Kelsen, en la que textualmente expresa: "El decisivo punto de vista epistemológico para la correcta construcción de los conceptos del Derecho y del Estado, lo adquiri a través de la interpretación de Kant por parte de Cohen."

El aspecto fenomenológico de la "Escuela de Derecho de Viena" que recibió un impulso del dualismo del "hecho" y la "esencia" de Husserl y, de la división que este filósofo hace de las ciencias

en "ciencias reales" y "ciencias ideales", fué lo que permitió a Hans Kelsen el pretender que la "Teoría Pura del Derecho", fuese una teoría de la esencia del Derecho, ó derecho posible, distinta de la ciencia del Derecho real o Derecho Justo, adoptando como máxima rectora y trascendental el de que el derecho debe ceñirse en aprioridad lógica. Fuera de la pureza de método y de la "Teoría Pura del Derecho", lo demás significa para Kelsen "Cuestiones Metajurídicas".

Al efecto, el señor Licenciado Eduardo Pallares en su obra "El Derecho Deshumanizado" (Ediciones Botas; Pág. 26), hace certera crítica a la designación que de "Cuestiones Metajurídicas" refiere Kelsen relativas a la Ética ó Moral y de la Sociología, inclusive a los demás disciplinas particulares y auxiliares de la Filosofía Normativa del Derecho. Este Jurista claramente expresa en la obra citada: "La actitud de que hace mérito (se refiere a las cuestiones Metajurídicas a que alude Kelsen) equivale a ésta otra que pudiera asumir algún teórico amante apasionado de la música pura para lograr la pureza del método musical, es de todo punto indispensable que las INVESTIGACIONES DE LA CIENCIA MUSICAL se limite a la música pura, porque la romántica, la impresionista, la expresiva, la sensual, no son música pura, música auténtica, sino que pertenecen al mundo de la METAMUSICA; si efectivamente se demostrara que lo único que debe ser calificado de música es la llamada pura, que trata al material sonoro simplemente como sonido, sin servirse de él para fines expresivos, románticos, religiosos, impresionistas, sensuales o políticos, entonces justificadamente se podría restringir el campo de la ciencia musical a la música pura, pero sostiene: "a priori" este punto de vista es completamente arbitrario".

Es indudable que en el campo de las especuaciones jurídicas son lógicamente indispensables la concurrencia de las ciencias auxiliares, pues de otra manera y en cierta forma, el conocimiento jurídico es parcial, fragmentario y unilateral.

Tomemos por ejemplo el conocimiento jurídico de una Institución especial de carácter civil, el conocimiento que de ella se tenga, tanto más completo será si para ello no sólo acude a la fuente formal originaria de la cual deriva "Historia del Derecho" o de la Institución en particular, sino que es forzoso también conocer las condiciones sociales-políticas en la época de su vigencia, entonces

la exégesis de esa Institución es completa. Bien conocida es para todo jurisperito la rigidez inflexible de las Instituciones Civiles en el primitivo Derecho Romano.

La facultad que tenía el acreedor sobre su deudor —in personae— fué tan rígida que aún en la literatura inglesa se creó por el genio inglés, la tragedia de Silck. El grado natural de evolución y progreso de las Instituciones Civiles en el primitivo Derecho Romano, no corresponden en lo general a su forma de constitución y a su mecánica misma, ya que esas Instituciones cuando menos se encuentran inspiradas en razón a las necesidades y aspiraciones sociales; el derecho o facultad que tiene ahora el acreedor para la exigibilidad de su crédito no corresponde a la regulación y facultad que tenía en las antiguas Instituciones Romanas y que de esto no nos venga a expresar Hans Kelsen que constituyen "Cuestiones Metajurídicas" por ser extrañas a la construcción puramente normativa del Derecho, cuando no son sino realidades social-jurídicas.

El grado de evolución del fenómeno de la normatividad jurídica de eminente contenido social a partir del Derecho Romano a nuestros días es notoriamente ostensible. La regulación coercible de la conducta humana se condiciona a las aspiraciones y necesidades sociales, por lo que la Filosofía de Derecho tras el plantamiento riguroso de los problemas que implica la formulación de un precepto jurídico; tras la construcción lógica de la norma estrechamente vinculada con el bienestar y progreso de un pueblo, progreso que depende del perfeccionamiento de las Instituciones Jurídicas; tras los principios racionales que rigen la conducta humana orientándola a su fin propio, resulta palpable la insuficiencia del escueto formalismo jurídico apriorístico e hipotético de Kelsen en pretender someter en exclusividad plena, la normatividad jurídica a rigurosos principios formales, la vivencia misma del Derecho.

Al concluir esta parte general como antecedente al Ensayo de Crítica parcial y somera que desde un ángulo de vista se formula a la "Teoría del Derecho" de Hans Kelsen esbozada en superficial visión panorámica y en especial, atención al Formalismo Jurídico que sustenta, procedo a dividir en capítulos separados la tesis que al presente ensayo le sirve de materia.

PARTE ESPECIAL

"Traicionaría la Lógica a la ciencia en lugar de servirla si, por comodidad de la inteligencia humana, después de haber terminado artificialmente la cristalización esbozada por la experiencia, y después de haber dado a la forma genérica una rigidez de contornos que no le imponía la naturaleza trátase de erigir dicha abstracción en verdad absoluta y en principio creador de la realidad que le ha dado nacimiento. Las leyes son el hecho por donde pasa el torrente de los hechos; éstos lo trazan, aún cuando no pueda decirse que lo siguen. Les lois sont le lit où passe le torrent des faits; ils l'ont creusé bien qu'ils le suivent)."

L. Brunschwig: "La Philosophie d' Emile Boutroux, Revue de Métaph. et de mor", 1922, página 269.

La "Teoría Pura del Derecho" de la que es autor Hans Kelsen considera al derecho como un sistema de normas en su más aislada sustantividad; esto es, en su sola estructura formal normativa. Somete a exámen a la norma jurídica en general considerándola como una simple proposición hipotética en la que se enlaza específicamente una "consecuencia" a un "hecho condicionante", de orden jurídico. Tal es la elaboración que hace el insigne jurista alemán de la norma jurídica ó precepto legal.

Hans Kelsen en su obra "Teoría Pura del Derecho", traducción de L. Legaz Lacambra, Tomo II, Pág. veinte; Tomo III Pág. veintiocho afirma: "El Derecho sólo expresa: Si A es, debe ser B, pero no emite juicios acerca del valor moral ó político de ésta conexión"; por tanto, la teoría entrelazante Kelseniana entre el "hecho condicionante" como norma primaria; y la "consecuencia jurídica", como norma secundaria en su forma puramente lógica, se funda en el principio lógico: "Si A es, debe ser B, ya que la proposición "Si A es", corresponde a la norma primaria; y, la proposición "Debe ser B", se identifica con la consecuencia jurídica, ó acto coactivo del Estado que establece el deber negativo ó positivo de orden y de naturaleza jurídico.

El error capital de la "Teoría Pura del Derecho" proviene no de la estructuración lógica que hace de la norma del Derecho Positivo, sino en la exclusividad lógica a que la reduce, pues es indudable la marcada distinción que debe hacerse entre los atributos que dependen de la realidad jurídica-social y, los que dependen de la forma que reviste ó lo que es lo mismo de la categoría en que está clasificada esa realidad social.

El análisis lógico del conceptualismo jurídico señala dos eta-

pas: la primera, consiste en los conceptos propios de la Ciencia jurídica, conceptos que no son sino representaciones intelectuales que nos proponemos a nosotros mismos como realidades; y, la segunda etapa, consistente en los procedimientos por los cuales el Jurista construye estas representaciones por medio de la abstracción y de la generalización. La abstracción nos lleva a la generalización y por tanto tiende a la sistematización pero esos conceptos deben ser adecuados a la realidad, pues de otra manera, la Ciencia del Derecho no sería sino una panoplia de conceptos indiferentes a todo elemento moral ó metafísico; económico ó político. El conceptualismo lógico-jurídico que sustenta Hans Kelsen no es sino un nominalismo jurídico.

El postulado fundamental de la "Teoría Pura del Derecho" es mantener un Derecho Positivo puramente conceptual lógico, corresponde a la célebre cabeza de la Fábula de Fedro, muy bella ciertamente en su forma exterior, pero adolecendo del defecto de carecer de sesos: la Lógica jurídica edifica sobre conceptos, ciertamente, pero estos conceptos no son en sí la realidad jurídica-social y por consiguiente del propio concepto jurídico no se puede deducir la verdad real, sino en la medida en que los conceptos coinciden con la realidad misma de la que el Derecho adquiere su función y dinámica propia. Es indudable que la normatividad del Derecho participa en el orden de las construcciones lógicas, pero estas construcciones se forman sobre múltiples datos o elementos materiales de orden social demasiado complejos. Tal lo vemos en el concepto de personalidad jurídica, que no es tan sólo una simple construcción racional, sino que es la representación conceptual de una realidad a la que se reserva la denominación de persona moral; más aún, la propia Ley Fundamental de un País, la Constitución Política no es un conjunto exclusivo de razón puramente lógica, sino la conjugación armónica de los elementos socio-lógicos, históricos y sociales; una Constitución Política, ciertamente se integra sobre la base de ideas y de conceptos de estructuración lógica-jurídica, pero es imposible concebir esa Constitución como una simple determinación conceptual puramente lógica, con base en los principios regulativos de la razón jurídica con exclusión de esos elementos que constituyen la causa eficiente y natural de toda Constitución Política, ya sea en su aspecto dogmático ú orgánico.

La Ciencia Jurídica deja de ser una investigación abstracta de las formas generales del pensar jurídico para convertirse en una Teoría eminentemente científica con participación estrecha con el orden social, de aquí que los problemas capitales de la Lógica Jurídica, cobren nuevo sentido ya que el conocimiento lógico-jurídico parte siempre de un interrogante; es por necesidad-solución a un problema de contenido social. El Jurista no se concreta mediante el proceso conceptual de orden típicamente jurídico a elaborar un sistema normativo, sólo mediante el análisis lógico, en forma abstracta y puramente lógica como lo desea Hans Kelsen, sino que su finalidad ó teología, consiste en primer lugar en saber interrogar a la realidad social-jurídica. Problema y solución son sístole y diástole de la vida social, ritmo de dos tiempos de progreso y perfeccionamiento de las Instituciones Jurídicas con base en la realidad histórica del Derecho.

Al paso que la idea sobre lo jurídico, es la función conceptualizadora de la Ciencia Jurídica, la conducta humana en toda su complejidad, es la materia del conocimiento; es el objeto mismo de la conceptualización jurídica, ya que la Ciencia del Derecho, requiere una actividad eminentemente conceptual, pues así lo exige su naturaleza normativa, la que opera a través de conceptos; su primer elemento lógico lo es la idea sobre lo "jurídico"; luego el concepto y, finalmente, el juicio como segundo elemento lógico que resulta de la manera de combinar los propios conceptos lógicos-jurídicos. La normatividad del Derecho; la norma del Derecho implica un juicio del mismo orden, es decir, normativo.

La conducta humana en toda su realidad social es captada mediante el concepto, surgiendo entonces la función reguladora del orden normativo jurídico que se integra mediante dos elementos esenciales en función diversa: el elemento hylético (materia) y el elemento conceptualizador, (forma).

Estos dos factores el que designo bajo el nombre de conceptualizador y el de hylético, intervienen en la elaboración del Derecho Positivo. Geny en su obra "Ciencia y Técnica en el Derecho Privado Positivo", París 1914-1924, Sirey Tomo II los considera como "dos grandes categorías", afirma: "El dato y la Construcción. El dato es toda realidad en cuanto se toma como término de nuestra actividad intelectual u objeto de conocimiento. Conocer no es inventar cosas irreales, forjar objetos con nuestra fantasía, sino apre-

hender la esencia de las cosas y sus relaciones, y base de la abstracción y la generalización que parten y se apoyan siempre, para ser válidas, en un fundamento real. Este punto de partida de todo conocimiento científico, no es creado ó producido por el entendimiento humano, sino que éste lo descubre, lo contempla, lo aprehende. En este sentido, la realidad que se ofrece al entendimiento como objeto de conocimiento, le es dada. Y como el conocimiento sistematizado y demostrado de las cosas por sus causas, constituye la ciencia, podemos afirmar que el "dato" es el objeto material de todo conocimiento jurídico ó científico.

La construcción en cambio, ya no es exactamente objetiva y trascendente ó extramental, sino que tiene mucho de convencional y de subjetiva. Viene a ser eso que llamamos técnica, con junto de medios, métodos y procedimientos, no necesarios sino contingentes, de que se vale el hombre para lograr un conocimiento verdadero y organizado, especialmente para aplicarlo a un fin práctico. Si el dato es el punto de partida, (diremos nosotros como el ave al remontarse en vuelo necesita del punto de apoyo) del conocimiento teórico aquél que tiene como fin captar o aprehender la verdad, la construcción, a su vez, es la base del conocimiento práctico, ya que éste aplica esa verdad a la dirección de nuestros actos. En el orden teórico reina la necesidad; en el orden práctico, más bien lo contingente, lo que puede ser de diversos modos. Aquí cabe la elección, puesto que se puede llegar al mismo resultado poniendo en práctica múltiples procedimientos. La construcción tiene, por esto, mucho de subjetiva y de convencional...."

La normatividad del Derecho, no es pues, puramente lógica, sino demasiado compleja, tanto en su propia construcción como en su naturaleza; el concepto "construcción" adoptando este término de Geny, lo empleó para denotar la operación de construir como la propia estructura jurídica que resulta de esa operación y de la que el Derecho adquiere su carácter normativo, ya que la norma es la expresión natural del Derecho en fórmula imperativa.

Por tanto, la Ciencia Jurídica debe de ser una investigación abstracta de las formas generales del pensar jurídico con el rigorismo lógico a que la sujeta Kelsen: una simple conexión ó encadenamiento de esos dos elementos que se han señalado, el conceptuador (forma) y el hylético (materia); ó como lo afirma Geny, "el dato y la construcción"; no es tampoco una simple enuncia-

ción encaminada a poner de relieve que dos conceptos jurídicos son o no incompatibles, pues esto equivaldría a negar el propio juicio normativo que se encuentra implicado en la norma; no, la idea, el concepto, incluso el propio juicio son instrumentos del que se vale el jurista para regular los bienes, la conducta social; es decir, el elemento hylético del Derecho, ya que la función conceptualizadora que el Derecho mantiene para establecer el sistema u orden normativo desempeña una sola función: la determinación de la materia del conocimiento jurídico; y, es entonces cuando el Derecho mismo adquiere dos fundamentales dimensiones: el carácter de Positividad y el de racionalidad; es decir, el Derecho es Positivo y racional. El juicio normativo que implica la norma jurídica constituye una dimensión predicativa de la conducta humana: dentro de ella se encuadra la realidad social y por eso es que el Derecho, es relación social, no solamente relación ó estructuración lógica como lo desea el filósofo germano Hans Kelsen.

El concepto jurídico de contenido y de relación social, se ensancha, adquiriendo una base ó fundamentación objetiva dándonos como el exponente de toda una enmarañada serie de factores y con causas que el jurista tiene que evaluar, determinar su influencia mútua y de conjugarla dentro de la esfera de lo normativo.

En la traducción que hace el eminente jurista y filósofo Eduardo García Maynez a la obra denominada "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen, Imprenta Universitaria, 1950, Prólogo Pág. VII, del propio Kelsen de fecha Abril 1944 en Berkeley, California, expresa: "... La Teoría Pura del Derecho se niega a ser una Metafísica jurídica. Consecuentemente no busca la base del Derecho, esto es, la razón de su validez en un principio meta-jurídico, sino en una hipótesis jurídica, es decir, en una norma básica que debe establecerse por medio de un análisis lógico del pensamiento jurídico real..."

El concepto jurídico bajo el punto de vista exclusivamente lógico como lo pretende Kelsen, quien rechaza toda intrusión Metafísica jurídica a la vez que hace descansar la base del derecho en una hipótesis jurídica, tal como lo expresa en el párrafo que se transcribe, es inadmisibile.

La relación coordinativa entre el concepto jurídico que supone la hipótesis lógica del mismo orden y el juicio implicados en la

norma, no es tan sólo de carácter estrictamente formal, es decir, no mantienen una relación puramente lógica como aparece a primera vista, sino que además de presuponer ese enlace ó relación coordinativa, concurre uno de los elementos esenciales de toda ordenación jurídica: la necesidad de coordinar la conducta humana.

Esa función coordinativa lógica entre el concepto jurídico y el juicio como operaciones lógicas dependen entre sí de una función dinámica en relación con los elementos de existencia concreta que implica el propio precepto, el juicio y aún la hipótesis prevista por la propia norma, elementos de existencia concreta que se derivan de la actividad humana, del obrar humano; de aquí que será tanto más perfecto, lógicamente, el concepto jurídico normativo, cuantos más elementos, actos ó hechos resultantes de la conducta humana abarque y coordine. Así también, un pensamiento será más alto, según que logre mayor coordinación de conjuntos diversos; el concepto jurídico normativo será tanto más perfecto cuantos más elementos de la vida social coordine y regule en forma imperativa.

No es dable menospreciar que la materia de cada concepto jurídico está regida no sólo por leyes ó principios lógicos, sino por las leyes del conjunto a que pertenece y que la propia materia significa, ya que toda operación racional tiene un propósito que es el de descubrir la verdad; por tanto, en toda lógica sensata, aún la Lógica Jurídica como disciplina formal del Derecho, se debe distinguir los materiales a que se aplica la razón y las formas del razonamiento; en el concepto jurídico ó forma del Derecho, debe igualmente hacerse la distinción entre la estructura lógica ó formal del precepto y la materia de éste.

Más aún, vemos en el juicio, como operación eminentemente lógica que es indispensable tomar en cuenta las relaciones del hecho representado por la palabra, con el conjunto especial a que el hecho pertenece; entonces se concluye que el proceso conceptual de la Ciencia Jurídica no se reduce solo, como lo pretende Hans Kelsen, a buscar una norma básica mediante el análisis lógico, sino que tiene una función que no emerge de una dependencia puramente conceptual discursiva, sino en una dependencia constituida é integrada por la realidad jurídica que se traduce, "no por medio de un análisis lógico del pensamiento jurídico real"; no a una inferencia ó a un simple silogismo, sino en la propia vida social.

La Ciencia del Derecho acude a la Lógica para la correcta y

debidamente formación de los conceptos jurídicos; ajusta sus principios de los cuales deduce conclusiones a las leyes del pensar en general; es una ciencia que interpreta sus conceptos y los construye; es una ciencia que establece un sistema normativo con base auxiliar y no única de la disciplina denominada Lógica del Derecho en función teórica típicamente formal; en fin, la Lógica Jurídica permite la descripción, interpretación o explicación del sentido de los preceptos jurídicos en general.

La Lógica Jurídica tiene como objeto fundamental, la investigación metódica acerca de la esencia y leyes de los pensamientos normativos de orden jurídico; y, es por eso, que Hans Kelsen además de pretender reducir la base del Derecho, sólo mediante la hipótesis jurídica y análisis lógico de la norma, construye la temática de "Pureza del Método" en la esfera del Derecho.

Es evidente que una intuición incorporada a una forma lógica jurídica se traduce en un concepto, mediante el proceso de concatenación de hechos derivados de la conducta humana y que son aprendidos o captados intelectivamente; pero este proceso intelectual se desenvuelve normalmente de la idea jurídica como primera estructura elemental lógica, al concepto jurídico; del concepto jurídico sucede el juicio como segunda operación lógica primaria de la idea incluso del propio concepto, ya que no se puede reflexionar sin que concurra previamente la propia idea ó noción de lo jurídico, pues a partir de esta forma embrionaria del pensamiento jurídico, es en donde se generan las demás operaciones lógicas del pensamiento jurídico, en consecuencia, primero es la idea; después el concepto; luego el juicio y, finalmente la inferencia ó forma silogística sobre lo jurídico.

El Derecho se manifiesta en un conjunto de normas; la norma es un concepto lógico-jurídico; mientras que el Derecho es substancia y función; substancia, en tanto que el orden de relaciones que abarca debe responder a exigencias de fondo, que se plantean inexorablemente con respecto a cualquier manifestación contingente del Derecho mismo; y, función, en cuanto implica un orden de relaciones por las que el Derecho varía en sus manifestaciones; la norma en cambio, es la formulación imperativa de lo que debe acontecer, lo fórmula sintética que expresa imperativamente una vinculación de la conducta humana por el ligamen del deber imperativamente exigible; la norma posee sentido práctico y direc-

tivo, en cuanto expresa lo que debe acaecer, aún cuando de hecho la vez no se produzca.

La norma implica un juicio no sólo puramente hipotético, sino intelectual; la fórmula imperativa en que descansa, constituye a la vez que un acto de voluntad, un acto de razón, ya que la norma se dirige a la voluntad libre y la presupone; y, es un acto de razón porque manda, a la par que ordena y dirige.

Hans Kelsen agota al Derecho en las normas jurídicas, considerándolas como simples construcciones del pensamiento jurídico-juicios hipotéticos, para él el Derecho sólo existe como construcción puramente intelectual, como obra del pensamiento jurídico; hace la fundamentación en una "norma primaria" y en la "norma secundaria", que constituyen hipótesis lógicas, obra del pensamiento; de tal manera que la Filosofía Kelseniana debe considerársele bajo la Teoría General del Derecho y incluso en la Filosofía Jurídica, como un formalismo jurídico; y bajo el punto de vista rigurosamente lógico-jurídico como un puro intelectualismo jurídico, ya que para el Filósofo Germano, el acto intelectual por relación a la norma, denota ó significa reducción a una fórmula intelectual de lo que la voluntad ha determinado como exigible, afirmando empero, esencialmente como postulado de su doctrina el de que la realidad del Derecho consiste en esa fórmula de la inteligencia y no en la materia creada por la voluntad; desconoce que la norma es la objetivización de la conducta humana en tanto que "debida"; es decir, la forma de vida social, se convierte en forma debida, esto es, normativamente, ya que todo comportamiento humano que adquiere la cualidad jurídica, se encuentra regulado, dirigido por la norma ó precepto legal.

**"LAS OPERACIONES LOGICAS DE LA NORMATIVIDAD
DEL DERECHO".**

Rudolf Stammler en su obra "Filosofía del Derecho", página 46, traducción de W. Roces, Madrid 1930, escribió célebremente: "Kant no aplica a la Teoría del Derecho el Método crítico en todas sus consecuencias. Por esto no se sobrepone al error, común, a todos los doctrinarios de confundir el concepto y la idea del Derecho. Son dos cosas perfectamente distintas: el concepto del Derecho encierra una determinada modalidad de la voluntad humana, deslindada con arreglos a criterios fijos, de otras modalidades volitivas, y esta división por **categorías** se realiza íntegramente en presencia de un orden cualquiera. Por el contrario, la idea del Derecho, no pasa de una aspiración; por tener una absoluta armonía en la totalidad de las voluntades, ya definidas conceptualmente; es una noción ideal que jamás podrá ser realizada en todo su alcance".

La crítica Filosófica ha conducido a las distinciones fundamentales entre los elementos racionales puros y los elementos históricos-sociales, coincidentes en la formulación ideal y conceptual del Derecho. No es posible rechazar las implicaciones tácitas que subyacen en todos los sistemas jurídicos; la coincidencia constructiva entre esos elementos es uno de los argumentos más incitantes que puede invocarse al trascendentalismo jurídico de tipo Kantiano que ofrece la Filosofía Jurídica de Hans Kelsen al pretender reducir a la idea, incluso al concepto mismo del Derecho, como "Teoría Pura". Atrás, han quedado los ideales jurídicos-políticos gestados a partir del Renacimiento, como la "Utopía" de Moro ó la "Nueva Atlántida" de Bacon, coronados en el siglo XVIII con el contrato social de Rosseau, que hacían referencia a un Derecho ideal que rayaba hasta cierto punto en lo mitológico, era la concepción del hombre y de la sociedad política.

Frente a ésta tradición utopista del Renacimiento, continuada en varias de sus mejores vetas por el Enciclopedismo ilustrado, la Filosofía del Derecho supera esos ensayos, en pro de un Derecho típicamente ideal, oponiendo una verdadera teoría de la Ciencia Filosófica del Derecho que la estructura sobre la base no sólo de un criterio racional regulativo supremo, sino en razón a la Comunidad de intereses sociales, que es lo que hace del individuo un hombre que se encuentra vinculado y es inseparable del hecho de la sociabilidad. Esta permanente relación humana, ésta evidente acción recíproca de los hombres, se mueve de continuo en determinadas formas de convivencia humana; obedece siempre a ciertos usos ó costumbres generalmente extendidos, que no son sino trasuntos en la peculiar manera de conocer, sentir y obrar en la vida social. Y desde el momento en que el hombre entra y se pone en contacto con su semejante, emerge el drama y la forma del Derecho.

El análisis lógico de la normatividad del Derecho justifica plenamente que la idea sobre lo "jurídico" es el elemento primordial de todo pensamiento jurídico; el punto de articulación del concepto y consiguientemente del juicio implicado en el precepto legal, ya que la idea representa una condición de existencia de las sucesivas operaciones lógicas, pues así como la razón se traduce en la condición necesaria de todo pensamiento en general, la idea, el concepto y el juicio implicados en la norma de Derecho, constituyen las bases de todo orden ó sistema jurídico en su aspecto formal ó en sus condiciones de validez, pero esta idea, este concepto y finalmente el juicio como operaciones de orden típicamente lógicas, no justifican una existencia abstracta y puramente formal con exclusión de los demás elementos materiales que concurren implícitamente en la formulación imperativa de toda norma del Derecho; en consecuencia no es concebible un Derecho puro; una teoría pura; una ciencia jurídica pura, un método ó pureza jurídica normativa, un sistema jurídico puramente formal como lo pretende Hans Kelsen en su *Kantismo jurídico Filosófico*, ya que la idea como primera operación lógica en la esfera del Derecho, no tiene una existencia puramente formal-lógica, en tanto estructura primaria del pensamiento jurídico en general, sino que esa idea lógica, esta forma elemental, genera a su vez diversos problemas.

En primer término el valor lógico de la idea sobre lo "jurídico"

ó del Derecho, puede ser considerado bajo el punto de vista Psicológico y en este orden se plantean fundamentales interrogantes: ¿Cuál es la naturaleza de las ideas generales sobre lo "jurídico" ó el Derecho? ¿Qué reacción ó estado produce esa idea en el espíritu cuando se capta ó aprende? Todas estas cuestiones por entero corresponden a la disciplina de la Psicología Jurídica.

La Psicología Jurídica como disciplina formal relacionante con la Ciencia del Derecho, tiene aplicaciones fácticas; no es una disciplina abstracta, pues además de plantear una problemática subjetiva respecto de las ideas del Derecho, tiene una función estrecha con la aplicación de la normatividad penal.

El insigne Penalista E. Cuello Calón, en su Obra "Derecho Penal", Novena Edición, Editora Nacional, S. A., 1951, con referencia a la Psicología Criminal, página 27, número III expresa: "No es posible conocer de modo completo el hombre delincuente sin el estudio de su vida psíquica, estudio que, proclama el mismo Ferri, tiene mayor importancia y relación más directa con la delincuencia que el puramente orgánico. Según Sommer, y así opinan otros autores la Psicología criminal es una parte de la Psicología analítica, que no sólo tiene por objeto el estudio del estado mental de aquellos individuos que por razón de sus delitos son peligrosos para la sociedad, sino que estudia, también, los factores determinantes de los actos humanos y el estado mental general del que provienen dichos actos, según esta concepción la Psicología estaría integrada también por la Psicopatología. La mayoría de los investigadores, antropólogos y biólogos, como certeramente se ha puesto de manifiesto, han estudiado de modo preferente, y casi único, la Psicología del criminal anormal, la Psicología Patológica, sin conceder apenas atención a la vida psíquica del delincuente normal, y por otra parte llevados de la tendencia a circunscribir sus investigaciones a la personalidad del delincuente han descuidado el estudio del hecho delictivo, dato que culmina claramente la personalidad del delincuente en cuanto es íntima revelación de ésta. Es preciso seguir otros rumbos. La Psicología criminal no puede tender como finalidad relevante, al conocimiento de la vida psíquica del criminal enfermo, sino a la del hombre sano y normal, pues sanos y normales son la mayoría de los delincuentes; ni puede abandonar el estudio de la acción delictiva, que debe ser considerada como una manifestación de la personalidad, como pensada, preparada, actua-

da por un determinado sujeto mediante un proceso, más o menos lento, que, en función de la estructura psicológica de aquél sujeto se presenta como un hecho de reacción al ambiente... En estos últimos años la dirección Psicológica denominada "Psicoanálisis", creada principalmente por Freud, ha invadido el campo Penal intentando solucionar alguno de sus más candentes problemas....

a).—Delincuencia imaginativa, limitada al campo de las representaciones, que no pasa nunca a la acción; b).—Delincuencia habitual, que unas veces proviene de alteraciones orgánicas, congénitas ó adquiridas, otras falta de adaptación del individuo al ambiente; c).—Delincuencia ocasional, que comprende los hechos originados por causas externas o por imprudencia; d).—Delincuencia neurótica, en la que el delito es expresión de un conflicto entre la parte social y la parte asocial de la personalidad del delincuente...."

La "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen rechaza toda intrusión de cualesquier disciplina formal jurídica; construye una teoría del Derecho que no permite sino el análisis lógico y la simple construcción de una norma hipotética, pero según se ha dejado expuesto, dentro de la esfera misma de la lógica jurídica y acudiendo a la forma más embrionaria del pensamiento jurídico, como es la idea como representación de lo "jurídico", ésta tiene íntimas conexiones no sólo de orden teórico, sino aún fáctico, como en el caso de la Psicología Jurídica, que analiza las distintas ideaciones de lo que es Derecho y, no solamente se limita a este campo, sino que aún, en la aplicación de la normatividad del Derecho Penal, investiga, estudia y valora la parte psíquica del delincuente que es el protagonista de todo delito. Cuello Calón, autor citado, hace notar la enorme importancia que para el Derecho reporta la Psicología Jurídica Criminal que somete a análisis la fase interpsíquica de todo acto delictivo; y, es entonces cuando aún en la forma más embrionaria del pensamiento jurídico, como es la ideación, resulta inadecuada la tesis Kelseniana respecto al establecimiento de una "teoría Pura del Derecho", es decir, puramente lógica y abstracta excluyendo la afinidad que mantienen las demás disciplinas formales a la Ciencia del Derecho.

Pero la problemática del Derecho en su estructura elemental lógica, que es la idea ó representación de lo "jurídico", no sólo se reduce al aspecto Psicológico sino que el valor lógico de la idea jurídica o representación del Derecho, suscita diversos problemas

de orden metafísico, muy a pesar de Hans Kelsen quien rechaza a la vez que sustenta una teoría del Derecho antimetafísica.

Luis Rechséns Siches en su obra "Los Temas de la Filosofía del Derecho" en perspectiva histórica y visión de futuro, Edición Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1934, expresa elocuentemente en la página 59: . . . "Con vigorosa expresión, Sólocles hace decir a Antígona --hacia el año 456 antes de J. C.--. Este Derecho no es de hoy, ni de ayer; vive eternamente y nadie sabe cuando apareció. Hay aquí ya la idea de un criterio jurídico absoluto, que se contraponen al Derecho histórico. Por encima de éste, limitado en su vigencia --porque nace, porque muere, porque tiene fronteras trazadas--, hay por lo visto, otros principios que están ahí, no porque nadie los haya traído y los sostenga, sino desde siempre, valiéndose por sí mismos y sustraídos al signo de la caducación. Esa idea de una medida jurídica independiente de la humana voluntad, con pretensiones de necesaria validez, como instancia suprema e infalible, no liga contingencias históricas, ha acompañado a la vida y a la cultura occidental desde sus inicios. Ha sido bagaje permanente de la conciencia individual y colectiva, que siempre ha abierto en su foro al posibilidad de una revisión crítica del Derecho Positivo; y ha constituido también el ritornello de todas las reflexiones científicas y filosóficas sobre la regulación de la conducta Social. Efectivamente, en el pensamiento presocrático apunta ya la idea de un criterio jurídico metempírico, superior e independiente a los mandatos de los hombres. Así la concepción pitagórica de la Justicia como una serie de relaciones aritméticas; y el fragmento de Heráclito, en que dice que todas las leyes humanas se nutren de una ley divina, a la que designa después como naturaleza y más adelante como razón cósmica o logos.

El mismo ecepticismo de los Sofistas, aplicado principalmente a la vida social, no sólo implica una conciencia de este problema, sino que, además, al acentuarla, estimula las grandes especulaciones sobre el mismo. Y Sócrates (que al descubrir el mundo de los conceptos, es el auténtico iniciador de la cultura Occidental), aplico su intelectualismo ético a la vida del Estado, afirmó la vocación por una justicia superior fundada en un orden divino inteligible, racional; y al propio tiempo, trató de fundar sobre dicho orden el valor del Derecho humano aún sea malo, ofreciendo con ello, el primer ensayo de zanjar el conflicto entre Derecho natural y Dere-

cho positivo, conflicto que resuelve en favor del Derecho positivo, cabalmente por razones de Derecho natural - cuando condenado, rehusa sustraerse al imperio de las Leyes Atenieses y al fallo de sus Jueces. Y en cuanto a Platón, éste inserta toda una teoría de Derecho ideal, de la idea de la justicia, en el mismo corazón de su *Metafísica*, destacando con máximo relieve el pensamiento de un orden jurídico trascendente, de validez absoluta y función paradigmática. Y de Aristóteles recordemos de la indagación del sentido de la justicia y de sus diversificaciones, y la distinción entre lo justo natural y lo justo legal o civil, doctrinas que han ejercido secular influjo a través de toda la Edad Media, del Renacimiento y aún más allá, —pues llegan hasta Leibnitz y previven todavía en autores contemporáneos—. Y recordemos cómo todavía más decisiva en el pensamiento jurídico ulterior, la concepción de los estóicos; su teoría de un Derecho natural (fundada en la razón que rige todo el universo), que sufraga la idea de la dignidad humana y propugna una Comunidad de todos los hombres, como tales, sobre la base de la libertad e igualdad universales (y según Zenón, probablemente con una propiedad común); teorías que en algunos de sus extremos actuaron decisivamente en el Derecho Privado Romano; y transmitidas por los Digestos por Cicerón y por los Estóicos Latinos pasaron en su mayor parte a la Filosofía Práctica y Escolástica. Y en esta, el concepto del Logos se transforma en el de Ley Eterna, que es la razón misma de Dios, como expresiva del orden de todas las cosas y bienes, como el orden total del universo, y su Divina Voluntad en cuanto manda la conservación de este orden; ley Eterna que en la parte que se refiere a la conducta humana moral y se manifiesta habitualmente en la conciencia individual (cuyo orden debe realizarse por obra del espíritu libre), llámase ley natural la cual consiste en los juicios fundamentales del orden con carácter normativo. La naturaleza, base de la ley natural no tiene aquí la acepción de naturaleza empírica casual (como complejo de hechos que se producen forzosamente), antes bien, el sentido de la razón teológica. La ley Natural abarca lo mismo la esfera moral y la esfera jurídica, todavía no claramente distinguidas en los Escolásticos medioevales, pero ya algo diferenciadas en Suárez y en otros clásicos españoles....”

Fué al despuntarse los primeros albores de la Filosofía del Derecho cuando surgieron los primeros intentos de secularizar la

idea o fundamentación Metafísica del Derecho; es la exégesis misma de la Filosofía Jurídica, la que plantea en forma general los primeros principios Metafísicos del Derecho, al pretender resolver los diversos interrogantes. ¿A qué corresponden las ideas jurídicas en la realidad? ¿Tienen un objeto fuera de nosotros? Esta idea de lo "jurídico" ó el Derecho es contingente? ¿Es necesaria? ¿Es relativa? ¿La base del Derecho es inmutable?

Al pretender resolver la Metafísica del Derecho estas cuestiones ó interrogantes que se suscitan dentro de su peculiar disciplina, el Derecho Natural deja de corresponder a la expresión imperativa de la Ley Natural, tal y como sus exigencias se manifiestan en la conciencia humana concreta, para sostener, bajo la forma de un orden normativo, los elementos eminentes del ser individual efectivo, cuya salvaguardia en todos sus derechos, en todos sus actos, en sus bienes y en su conducta en general se aseguran, ya que todo ordenamiento jurídico positivo a través del Estado le reconoce al hombre derechos innatos e inalienables, como lo son el derecho a la propiedad; el derecho a la asociación, el derecho al trabajo; el derecho a la libertad, ya que la libertad en sentido jurídico, es el supuesto filosófico de toda norma; estos derechos del sujeto individual concreto no le son otorgados, sino que le son reconocidos en virtud de que el más somero análisis, no un análisis puramente lógico, como lo desea Hans Kelsen, sino en un análisis de su propia naturaleza justifica plenamente que son derechos exigidos por la naturaleza individual, por la naturaleza humana para su pleno desenvolvimiento, ya que los Derechos positivos emergentes de todo sistema normativo ó de la normatividad del Derecho mismo, sólo procuran en primer término la garantía práctica y efectiva de aquéllos, se referirán no ya a esas facultades innatas é inalienables inherentes a la naturaleza humana, sino a las adquiridas y transmisibles, o sea a las facultades que hacen de una individualidad poseedora por naturaleza de ciertos, primarios derechos-fines, que hacen del hombre un sujeto legal al goce de esos derechos medios (derechos positivos que establece todo Derecho normativo).

El aspecto formal de todo Derecho Positivo, no es puramente abstracción, lógico, sino que supone una instancia de derechos ó facultades que se encuentran injertados, incrustados en la propia norma de Derecho; no es la normatividad del Derecho la que otorga esas facultades inherentes de la personalidad humana, sino que sim-

plemente le son dados, por eso es que toda norma de Derecho, no es más que un principio regulativo condicionante de toda posibilidad jurídica, pero no exclusivamente lógica y abstracta y antimetafísica como lo desea Kelsen, sino que en la propia formulación imperativa de la norma de Derecho debe tenerse en cuenta no exclusivamente esas facultades ó derechos derivados de la naturaleza social y humana del hombre, sino en la diversidad de los factores empíricos que se encuentra obligada a manejar la propia norma, ya que aún la noción pura, —como lo pretende Kelsen—, del Derecho deriva de la aplicación regulativa de la Idea a los diversos objetos de la experiencia.

La Ciencia del Derecho se estructura sobre la base del conocimiento de ciertos hechos a los que se supone relacionados directa o indirectamente con la normatividad misma del derecho, por lo que su aplicación potencial ó efectiva se encuentra condicionada por lo fáctico, resultando un juego armónico teórico racional de la norma y la función práctica-decisiva, que busca la adecuación de la conducta humana a la norma; de los objetos de conocimiento y del pensamiento jurídico a los principios regulativos de la lógica jurídica; por eso es que la "Teoría Pura del Derecho", que establece a la vez que adopta una actitud jurídica puramente lógica y francamente antimetafísica del Derecho, resulta inaceptable en sus propios fundamentos, ya que se ha demostrado que la idea ó representación primaria de lo "jurídico" no sólo se constriñe al aspecto lógico a que la reduce Kelsen, sino también suscita problemas y se relaciona incluso con la propia Metafísica del Derecho.

La idea, como primera operación lógica del Derecho no se constriñe exclusivamente al campo de la lógica; no es una representación que se agota en esta esfera, sino que además de relacionarse como se ha hecho notar con la Psicología Jurídica y con la Metafísica, participa de la Sociología, ya que la estructura embrionaria que significa la idea o representación del Derecho, tiene una vivencia de orden social. La norma del Derecho implica una oración objetiva, exterior de las personas y de las cosas, denota parcialmente una relación social, aún cuando no toda relación social, por el hecho de serlo, constituye una relación jurídica; la idea, es la representación ó captación como primera operación lógica, de la conducta social sin que se impliquen en esa representación ó idea-ción jurídica-lógica, las reglas del trato social ó de usos so-

ciales ajenos por entero a la esfera de la normatividad del Derecho, sino aquélla conducta social ó humana que pueda ser medida y regida por el criterio racional de la justicia, criterio racional que tiene como punto de partida, la propia ideación jurídica como forma elemental lógica del pensamiento jurídico; por tanto, la idea jurídica además de ser eminentemente de naturaleza lógica-formal, se relaciona íntimamente y en estrecha afinidad con lo social y por consiguiente con la Sociología.

Las relaciones sociales que caen bajo el ámbito de lo jurídico lo serán incuestionablemente, las que están ordenadas al perfeccionamiento mismo de la sociedad en general, tendentes al bien común y es cuando ya nos encontramos en presencia de una relación social de carácter eminentemente jurídica de orden normativo, siendo por lo tanto que la normatividad del Derecho no tiene una fundamentación puramente analítica de orden lógico; que la razón de su validez no descansa tan sólo en una norma básica ó hipótesis jurídica como lo preconiza Kelsen, sino en una normatividad con contenido y relación típicamente social.

El eminente Jurista J. T. Delos O. F., Apéndice II al "Tratado de la Justicia de la Suma Teológica" de Santo Tomás, Tomo Primero páginas 234, y 235, afirma al respecto en forma elocuente y precisa respecto al contenido y relación social implicados en la normatividad del Derecho: "...Se entiende por relaciones sociales, las relaciones humanas que estudia la Sociología; aquéllas que constituyen la sociedad humana y forman el ser social, objetivo, distinto de los individuos y de sus relaciones inter-individuales. Sólo ellas son el objeto propio y formal de la Sociología, porque sólo ellas constituyen una materia distinta de la realidad individual. En este caso no es del todo indiferente decir que la relación jurídica es por esencia relación societaria ó sociológica. Es mostrar a la vez el punto de enlace del Derecho y de la Sociología, explicar porque establecer un orden de Derecho o un orden jurídico, equivale a realizar estrictamente un estado social y porque el Estado, sociedad por excelencia, es esencialmente la realización de un Estado de Derecho, en sentido estático.

La relación social que dá nacimiento a la sociedad y suministra a la Sociología su objeto de estudio propio, no es una relación de persona a persona, sino de persona a fin, y por mediación del fin, de persona a persona. Va de persona a persona, pasando por el

fin intermedio, elemento característico y específico de la relación societaria...".

Además de lo expuesto por el citado Jurista, notamos desde luego una diferencia fundamental entre la relación inter-individual, de la relación social propiamente dicha; en la primera se reduce a una relación inter-subjetiva de individuo a individuo; en la relación social implicada en la norma, notamos su juridicidad cuando se ordena al bien común normada por el criterio de la justicia, generándose una ideación lógica de vivencia social y por tanto Sociológica.

La Doctrina Keiseniana que rechaza toda intervención en la Ciencia Jurídica de la Metafísica; que no permite la intromisión de la Psicología y finalmente de la Sociología reduciendo la normatividad del Derecho a una hipótesis jurídica mediante análisis puramente lógico, resulta insostenible, porque como se tiene ya afirmado, toda ideación jurídica ó del Derecho, participa con la Psicología, con la Metafísica incluso con la Sociología, no siendo posible entonces concebir una pureza científica del Derecho.

Pero más aún, esa ideación jurídica, esa estructura primaria que llamamos idea como operación lógica formal, además de mantener afinidad con las disciplinas que se dejan señaladas, nos ofrece la nota de su historicidad, puesto que es susceptible de indagación histórica, por lo que se está en la posibilidad en afirmarse que puede tenerse un pensamiento histórico del Derecho, cuya forma en sentido lógico, lo es primero la idea, ya que la idea es la primera operación conceptuadora de la normatividad del Derecho; la idea jurídica o representación formal primaria del Derecho no sólo es operación lógica, sino de carácter histórica. La historia del Derecho se traduce en el conocimiento del grado de evolución y acción del Derecho en las distintas épocas de la comunidad humana; explica en su hondura los diversos tipos de procesos históricos jurídicos; es en fin, una disciplina que ofrece al jurista como al Filósofo un esclarecimiento del grado de desarrollo de la Ciencia del Derecho y en particular de una Institución jurídica.

La idea, primera operación lógica, no sólo es estructura; no es tan sólo una forma rígida, sino la primera condición del conocimiento, inclusive del pensamiento jurídico; es una forma adaptable a la realidad, de donde resulta una correspondencia obligada entre la idea y la realidad.

Así como el objeto de la Ciencia Lógica lo es el pensamiento

como instrumento de la verdad; así en la Lógica Jurídica, el pensamiento es el instrumento del conocimiento jurídico, cuya forma primaria es la idea, luego el concepto y el juicio normativo, porque pensar no es discurrir dialéctico, un juego de formas lógicas como lo desea Hans Kelsen en su obra denominada "Teoría Pura del Derecho", que coloca a la Ciencia del Derecho en una especie de idolatría, para cuya realización hipotética, la normatividad del Derecho, sería una suerte de esclava casta del ente lógico; no, la idea jurídica como representación primaria de todo pensamiento jurídico, debe recurrir constantemente a los elementos que la integran para renovarse en consistencia y en validez, pues sin esos caracteres psicológicos, Metafísicos, Sociológicos e históricos que fundamentalmente nos presenta la idea; sin estos elementos característicos de consistencia concreta que se encierran y presenta desde diversos ángulos de vista la ideación jurídica, se llegaría a la vacuidad, es decir, al vacío, puesto que así como no hay concepto sin percepción de algo; así la idea jurídica, es la correspondencia obligada con la realidad como ya se tiene afirmado, por tanto, la Doctrina de Hans Kelsen es insostenible como "Teoría Pura del Derecho", aún con referencia a la forma más elemental del pensamiento jurídico, como lo es la IDEA.

El segundo elemento como operación lógica de la normatividad del Derecho, lo es el concepto o función conceptuadora de la Ciencia Jurídica bajo el punto de vista rigurosamente lógico. La Normatividad Jurídica se encuentra sujeta a un proceso de orden conceptual lógico mediante el cual se selecciona en ordenación constructiva y bajo sistema los diversos aspectos que ofrece la conducta humana juridizada. Los conceptos jurídicos son de carácter dinámicos, es decir, funcionales por que operan en forma lógica enlazante bajo una relación de conexidad entre lo previsto por la norma del Derecho y la propia conducta humana; entonces es cuando el concepto jurídico señala la nota de juridicidad de los actos humanos, surgiendo así la necesidad de atender del concepto jurídico normativo, tanto su forma como su contenido, los que deben coincidir por entero con la realidad social a la que se refieren.

El concepto jurídico no es pues, una forma u operación puramente abstracta, sino que constituye una función lógica del pensamiento jurídico en estrecha relación con la conducta social a la que le atribuye consecuencias en la esfera del Derecho Positivo de carácter típicamente normativo. Es indudable que un acto sin forma es un contrasentido. El viejo aforismo filosófico: "Forma dat esse rei" —la forma dá el ser a la cosa—, se confirma bajo este aspecto plenamente. La forma, es el contenido desde el punto de vista de su visibilidad. La forma supone siempre el contenido, y a la inversa; antes de la forma definitiva que oponemos al contenido, no es un contenido sin forma lo que tenemos, sino un contenido en forma distinta. No existe voluntad jurídica sino se la puede reconocer, y no se la puede reconocer, sino es manifiesta de alguna forma. La forma del concepto jurídico normativo, tiene una ventaja de carác-

ter general; manifiesta claramente el carácter jurídico de los hechos, pudiendo decirse que la forma del concepto jurídico resuelve la relación entre la situación abstracta prevista; y, el hecho ó situación concreta del acto humano tangible regulado por la propia norma; lo que nos permite afirmar genéricamente que estamos en presencia de un acto ó hecho jurídico y, específicamente, de un concepto jurídico. Al respecto, el ilustre Maestro señor Licenciado Eduardo García Maynez, en su célebre obra "Introducción al estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S. A., 1944, prólogo de Virgilio Domínguez, página V, se expresa: "... Existen en el Derecho dos clases de conceptos: los generales y los particulares. Aquéllos se aplican a todas las ramas del Derecho. Estos tan sólo a determinadas divisiones del mismo. Como ejemplo de los primeros podemos citar los de persona, hecho jurídico, sanción, etc., etc. Como ejemplo de los segundos los de acto de comercio, delito, huelga, etc., etc. En tanto que los conceptos generales se aplican a todas las ramas del Derecho, como ocurre con las de persona, hecho jurídico y sanción que lo mismo se aplican al Derecho Civil, que al Penal, al mercantil ó a cualquier otra división; los conceptos particulares sólo se aplican a determinadas ramas del Derecho, como ocurre con el de acto de comercio que sólo se aplica al Derecho Mercantil, el de delito que sólo se aplica al Derecho Penal ó el de Huelga que sólo se aplica al Derecho de Trabajo. Ahora bien, corresponde a la introducción al estudio del Derecho la exposición de los conceptos generales del Derecho y a las disciplinas jurídicas especiales el estudio de los conceptos particulares. Obvio resulta afirmar que sin el conocimiento de los conceptos generales del Derecho, no es posible pasar al estudio de los conceptos particulares".

La norma jurídica, lógicamente no es otra cosa que la representación conceptual de determinada conducta. Hans Kelsen considera que la norma es un deber ser puramente lógico normativo, es decir, una simple relación entre dos términos de los cuales, el segundo está imputado al primero: Dado el hecho A como antecedente, debe ser el hecho B como consecuente; así el hecho de que el homicida esté prófugo, no amengua que siga debiendo ser su reclusión.

Es evidente que el hecho antecedente de una norma condiciona el hecho consecuente, pero ambos lógicamente, no condicionan la norma misma, pues únicamente le dan existencia; lo que condi-

ción y regula la norma, no es tan sólo esa relación imputativa del hecho A como antecedente al hecho B como consecuente; no es tan sólo una estructura conceptual lógica, sino un fenómeno de coordinación de los hechos ó del comportamiento humano desde un determinado punto de vista normativamente considerado, ya que la Ciencia del Derecho no se estudia así misma; la Ciencia Jurídica se dirige a las personas, a la conducta social, a la convivencia humana en tanto que son conocidas en un acto de conocimiento, ya que la realidad social se encuentra implicada en todo conocimiento jurídico; por tanto, el concepto de puridad lógica del Derecho considerándolo sólo bajo su aspecto puramente formal, conceptual, es a la luz de la lógica misma inconducente.

Ciertamente la Ley ó norma jurídica, es el verbo perfecto del Derecho, pero conforme a los postulados de la Filosofía de Hans Kelsen quien desea elaborar una doctrina puramente formal y lógica del Derecho, reconociéndole sólo una existencia lógica excluyendo las demás ciencias afines al Derecho mismo, existe el peligro de que se aprisione al derecho en la fórmula y se ponga obstáculo a la flexibilidad requerida por la evolución natural en el orden social creando categorías puramente ideales sin que se tallo en lo vivo, es decir, sin que se impliquen situaciones concretas en la propia normatividad del Derecho, ya que debe existir una relación directa y estrecha entre lo "dado" y lo "construido" por el Derecho normativamente con la evolución y formas de convivencia humana; los conceptos generales y los particulares de que nos habla García Maynez deben tener las flexibilizaciones necesarias con los fines naturales y propios que el Derecho mismo persigue en la vida social.

El uso de los conceptos es sutil, indispensable no sólo para la Ciencia Jurídica, sino inclusive para el Jurista, porque es una satisfacción exigida por la inteligencia humana de ordenar sus adquisiciones, de clasificarlas, pero el jurista aún, no debe constreñir a una actividad puramente conceptual, pues es indudable que ordenar y clasificar no implica legitimar, ya que la primera función que debe llevar a cabo, primeramente es la de preguntarse si la solución es justa bajo el punto de vista conceptual-normativo, ya que el justificar una solución y clasificarla, son dos operaciones completamente distintas, puesto que cada concepto, ya sea general ó particular del Derecho está provisto de una dotación de atributos,

que se transportan ipso facto, a todos las situaciones concretas que ofrece la realidad social, puesto que debe reconocerse que hay una distinción muy marcada que debe hacerse entre los atributos que dependen de la realidad de una situación jurídica, y los que dependen de la forma que reviste, o lo que es lo mismo, de la categoría en que está clasificada; por tanto ante la multiplicidad de los conceptos jurídicos, ante la desigual autoridad de las fuentes de que proceden; ante la exigencia de la Ciencia Jurídica de elaborar constantemente conceptos que respondan mejor a las conveniencias del caso concreto y a las exigencias de la práctica jurídica, considero que la clasificación bipartita que señala Eduardo García Maynez en la obra que se deja citada, clasificación consistente en dividir en conceptos generales y en conceptos particulares a la Ciencia jurídica Normativa, ya que si la expresión del Derecho, lo es la norma; es inatendible esa división que se formula bajo el aspecto lógico; y, por tanto, con apoyo en la Lógica Jurídica, esbozo una nueva clasificación de los conceptos jurídicos.

A la luz de la Lógica, la norma jurídica es la forma regular ó la expresión propia del Derecho, es una noción genérica; es una fórmula que prescribe lo que es preciso hacer para alcanzar un fin determinado, por lo que el Derecho participa del orden normativo. El gran filósofo Sorlais, en su célebre obra "Vocabulario Filosófico", Tomo Primero, página 252 y 253, refiriéndose a la noción de género, especie y diferencia específica, expresa: "... "Género: idea del conjunto de caracteres comunes a muchas especies; vg. animal (que tiene por caracteres: ser, existente, substancial, corporal, orgánico, sensible), es un género con relación a la especie humana y a la especie bestia; porque tiene caracteres que convienen a una y otra Especie. Idea del conjunto de los caracteres comunes a un número indefinido de individuos; vg. animal racional, pues ésta idea conviene a todos los individuos humanos, pasados, presentes y futuros. Diferencia específica: Idea del carácter esencial que cada especie añade a la idea del género para determinarlo. Sirve para distinguir una especie del Género que la contiene y de las demás especies del mismo género; vg. el género animal es indeterminado, puede aplicarse al hombre y a la bestia. La razón, es pues, la diferencia específica del hombre, porque es el carácter esencial que distingue a la especie hombre del género animal, la especie bestia; la diferencia específica es así una cualidad de la esencia..."

La clasificación que propongo de los conceptos jurídicos se sustenta en considerarlos fundamentalmente en Conceptos genéricos: conceptos específicos y, conceptos de diferencia específica al carácter común que revisten y apoyado en la propia división que de los conceptos hace la Lógica.

En primer término, los conceptos genéricos del Derecho se integran por el carácter común que tienen, los que pueden ser aplicados a todas las ramas del Derecho, *vg.* persona, acto, hecho, sanción, retroactividad, prescripción, etc., etc. La designación de conceptos genéricos del Derecho y no el de "conceptos generales" de que nos habla García Maynez ó el de "conceptos jurídicos fundamentales" de Stamler, es más propia en razón de apoyarse en la lógica misma; el de ser más concordantes y en estrecha consonancia a su carácter común.

En segundo término, deben designarse como conceptos específicos, en razón de la idea del conjunto de caracteres comunes por razón de la fuente de que proceden; estos conceptos específicos son: el de Legislativos. Este concepto específico del Derecho se funda en la fuente formal como proceso de manifestación de las normas jurídica, ya que como justamente nos habla el célebre jurista Claude Du Pasquier, en su obra "Introducción a la Teoría General y a la Filosofía del Derecho, Edición Neuchatel, pág. 34: "El término fuente, crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho"; en consecuencia y por razón de su fuente formal, se debe considerar como concepto específico jurídicamente hablando, bajo el nombre de: Legislativos. Bajo este aspecto se comprenderían todos los ordenamientos ó mandamientos Constitucionales que orgánica y dogmáticamente pueden ser considerados en los países de Derecho Escrito, pues es la Legislación la fuente más fundamental del orden jurídico positivo, ya que la norma jurídica, no es fuente del Derecho, sino producto de la legislación; el "concepto legislativo" abarcaría un carácter común dentro del cual comprendería la parte dogmática y Orgánica de toda Constitución; ya que la parte Orgánica se refiere a la constitución del Poder Público; de su estructura y en general, de su funcionamiento; la parte dogmática, designa a la vez que

comprende todas las garantías de orden social ó individual que el Estado reconoce a la sociedad y al individuo.

Además del concepto legislativo, como concepto específico del derecho, está el concepto doctrinal el que se integra mediante los estudios de carácter científico acerca del Derecho, ora bajo el aspecto puramente especulativo, ora con la finalidad de interpretar y sistematizar los normas del Derecho; el concepto doctrinal, respondería sólo a la investigación del Derecho como resultado de una actividad eminentemente teórica de la Ciencia del Derecho en general; el concepto doctrinal así considerado, es el resultante de la Teoría y de la Filosofía del Derecho; un concepto que implicaría sólo la aportación del Derecho, es decir su problemática doctrinal.

Dentro de los conceptos específicos del Derecho, no sólo se comprenderían el legislativo y el doctrinal, sino también el concepto jurisprudencial. La Jurisprudencia como conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los Tribunales, tiene su función conceptuadora propia. El célebre jurista F. Clemente de Diego, en su obra "La Jurisprudencia como fuente del Derecho", Madrid 1925, Pág. 46, expresa al respecto: "La jurisprudencia implica el conocimiento del Derecho, y en este sentido se ha tomado para significar, no un conocimiento cualquiera, sino el conocimiento más completo y fundado del mismo, es a saber, el científico. Como sinónima de Ciencia del Derecho ha corrido entre tratadistas y Legisladores; en la página 57 de la obra citada expresa: "En la práctica anómala del Derecho llevada a cabo coactivamente por los Organos del Estado constitucionalmente ordenados al restablecimiento del Derecho, a su cumplimiento forzoso previa declaración concreta del mismo, es donde se vincula especialmente la formación de la jurisprudencia, porque la aplicación del derecho incumbe a los Tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la Jurisprudencia se refiera per eminentiam a la actividad de los Jueces y Tribunales".

Es en la Jurisprudencia en donde la técnica jurídica como arte de la interpretación y aplicación de los preceptos jurídicos desempeña una función trascendental en la vida jurídica de un país; Jurisprudencia y técnica que elaboran conceptos típicamente jurídicos con relación al caso concreto para la debida interpretación y aplicación de las normas del Derecho en general.

Bajo la designación de conceptos específicos del Derecho considerándolo normativamente conforme a la lógica jurídica, encontramos de acuerdo con la clasificación que se propone: conceptos Legislativos correspondientes a la parte Dogmática y Orgánica de toda Constitución Política; el Jurisprudencial, y finalmente el doctrinal.

Los conceptos de diferencia específica, están integrados y sólo deben aplicarse a determinadas ramas del Derecho, y que corresponden a los que García Maynez alude en su obra citada, *vg.* el acto de comercio, que sólo se aplica en la Legislación Mercantil; el de delito que sólo se circunscribe a la esfera del Derecho Penal y, el de huelga, que sólo alude y se aplica en el Derecho del Trabajo.

Por tanto, la nueva clasificación que me permito dejar sentada se ajusta y es más conforme a los preceptos de la Lógica Jurídica que la clasificación que hace García Maynez de "conceptos generales" y de "conceptos particulares", ya que el término lógico-jurídico de "concepto general", ya está comprendido en la característica que reviste la propia forma de la norma jurídica, la de su generalidad: más aún, y en términos propios, el de conceptos genéricos que propongo, se identifica plenamente a los caracteres comunes que revisten, puesto que siendo genéricos pueden ser aplicados indistintamente con cualquier rama del Derecho; el de concepto específico, ya que denota la idea de carácter esencial que se encuentra implícita en la norma, como lo son el de Legislativos, concepto dentro del cual implícitamente se contiene la parte constitucional dogmática y orgánica; el de Jurisprudencial, concepto dentro del cual se implican las dos acepciones que denota el propio vocablo jurisprudencial, en cuanto a que equivale a ciencia del Derecho ó tesis del órden positivo; y, en cuanto que designa el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los Tribunales; y el de concepto doctrinal, como resultante de la investigación teórica del Derecho; en consecuencia, bajo el concepto ó conceptos específicos del Derecho están comprendidos, el Legislativo, el jurisprudencial y el doctrinal. Finalmente, los conceptos de diferencia específica son los que se aplican indistintamente a cada rama en particular del Derecho, ya se trate del Derecho Mercantil, Penal, Civil, ó Derecho del Trabajo como ya se expresa.

La teoría Pura del Derecho Kelseniana bajo el punto de vista exclusivamente conceptual del Derecho, ya sea que se adopte la clasificación de García Maynez; la de Stamler de "conceptos Jurídicos Fundamentales" ó bien la clasificación que me propongo, resulta enteramente insostenible, pues basta para ello que se acuda a la fuente misma de la función conceptuadora del Derecho, normativamente considerada para concluir reconociendo la inconducencia del sistema puro del Derecho que propone Hans Kelsen en la Ciencia Jurídica.

Al efecto, el propio García Maynez en su obra citada, página 50. expresa: "En la terminología jurídica tiene la palabra **fuer**te tres acepciones, que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, en efecto, de fuente formal, real y históricas. Por fuente formal entendemos los procesos de manifestación de las normas jurídica. Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan

el contenido de tales normas. El término fuente histórica, por último, aplicase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc., etc.), que encierran el texto de una ley ó conjunto de leyes. En este postrer sentido, se dice, por ejemplo que las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, son fuentes del Derecho Romano. Hemos dicho que las fuentes formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien: la idea del proceso implica la de una sucesión de momento. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierta forma y deben realizar determinados supuestos. De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del orden positivo son la Legislación, la costumbre y la Jurisprudencia. La concurrencia de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y Jurisprudencial, condiciona la validez formal de las normas que los mismos procesos engendran. De aquí que el exámen de las fuentes formales implique el estudio de los elementos integrantes de las mismas. La reunión de estos es indispensable para la formación de los preceptos del Derecho. Se trata de requisitos de índole puramente extrínseca, lo que equivale a declarar que nada tienen que ver, con el contenido de las normas, es decir, con lo que los preceptos jurídicos en cada caso prescriben. Ese contenido deriva de factores enteramente diversos. Así como por ejemplo, en el caso de la Legislación, encuéntrase determinado por las **situaciones reales**, que el Legislador debe regular las **necesidades económicas ó culturales** de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, por la idea del Derecho y las **exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común**, todos estos factores, y muchos otros del mismo jéner, **determinan la materia** de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de **fuentes reales**. La relación entre éstos y las formales podría explicarse plásticamente diciendo que las segundas representan el cauce ó canal por donde corren y se manifiestan las primeras.

La ciencia jurídica no tiene solamente una fuente puramente formal de orden lógico como lo desea Hans Kelsen; incluso el propio concepto como segunda operación lógica de la normatividad del Derecho se encuentra en íntima relación con la vida social. Por otra parte la función conceptuadora del Derecho se orienta por la idea del orden social, ya que el Derecho, implica relación social.

Por todas éstas consideraciones que se dejan señaladas, y las que apunta García Maynez, incisivamente, la "Teoría Pura del Derecho", de Hans Kelsen, examinada a la luz de la función conceptuadora del Derecho, resulta impropia, ya que todo concepto genérico, específico, ó de diferencia específica, según la clasificación que se ha esbozado, ó bien la que sustenta García Maynez, se elabora por diversos factores culturales, económicos, sociológicos, inclusive de orden político; el concepto jurídico, por de-

cirlo así, materializa la idea del Derecho; el concepto del Derecho al proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana; debe tener por tanto, carácter típicamente social, como ya se ha afirmado.

La Lógica Jurídica somete a análisis a las operaciones de la normatividad del Derecho, reconociendo como fases del desenvolvimiento del conocimiento jurídico, en primer término a la idea jurídica como representación de lo "jurídico"; al concepto, como representación o captación del Derecho como fenómeno de vida humana objetivada; y, finalmente, al juicio, como operación lógica estructuras jurídicas sin las cuales no es posible ningún pensamiento ni conocimiento jurídico; pues así como el conocimiento en general se desarrolla por diversas etapas, iniciándose embrionariamente a través de la idea, después el concepto y finalmente el juicio; así el conocimiento jurídico, incluso el pensamiento jurídico, exige las formas ó estructuras más elementales y son las que se dejan señaladas las cuales no son otra cosa, que la ideación jurídica; la conceptualización jurídica ó del Derecho y finalmente, el juicio lógico que se encuentra implicado en la norma jurídica, ya que el Derecho adopta el carácter normativo para regular y coordinar en forma imperativa, coercible y obligatoria todos los actos ó hechos derivados de la complejidad de la conducta humana; de la conducta social; no son pues en la esfera de la lógica jurídica los conceptos del derecho puramente lógicos como lo desea Kelsen.

La determinación y explicación de los valores que se manifiestan en el territorio de la cultura, es la tarea privativa de la Lógica. Esta rama de la Filosofía, con justo derecho, se ha elevado al rango de fundamental, gracias al valor básico que explora, a saber, la verdad. Si la Filosofía aspira a conocimientos verdaderos ya para caracterizar los otros valores de la Cultura, ya para determinar sus leyes y principios, es imprescindible que desde luego posea un concepto riguroso de verdad; para lograr el conocimiento de la verdad, la inteligencia adopta la vía metódica adecuada para llevar a cabo su faena cognoscitiva, la que logra mediante el empleo de operaciones básicas é indispensables que permitan desarrollar la facultad cognoscitiva mediante los instrumentos más primarios y esenciales, como lo son la idea, el concepto y finalmente el juicio.

El eminente filósofo español García Morente, en su célebre obra "Introducción a la Filosofía", Espasa Calpe, S. A. 1943, página 362, expresa elocuentemente: "La filosofía actual emplea muchas veces la distinción entre juicios de existencia y juicios de valor; ésta es una distinción frecuente en la Filosofía, así los juicios de existencia serán aquéllos juicios que de una cosa enuncian lo que esa cosa es, enuncian propiedades, atributos, predicados de esa cosa que pertenecen al ser de ella, tanto desde el punto de vista de la existencia de ella como ente, como desde el punto de vista de la esencia que la define. Frente a éstos juicios de existencia, la Filosofía contemporánea pone o contrapone los juicios de valor. Los juicios de valor enuncian acerca de una cosa algo que no añade ni quita nada al caudal existencial y esencial de la cosa. Enuncian algo que no se confunde ni con el ser en cuanto existencia ni con el ser en cuanto esencia de la cosa. Si decimos por ejemplo, que una acción es justa ó injusta, lo significado por nosotros con el término justo ó injusto no se refiere a la realidad de la acción ni en cuanto efectiva, existencial acción, ni en cuanto a los elementos que integran su esencia..."

El valor ético-social y jurídico por excelencia es la justicia; bajo

el punto de vista ético, el valor justicia se opone a la tendencia opuesta al brutal egoísmo del particular; bajo el punto de vista social, es función social en cuanto señala la dimensión justa del acto humano, es una exigencia de fomentar los valores dignos de la comunidad humana; es justo el individuo que, al actuar, lo hace teniendo en cuenta que su proceder es digno de sus semejantes; la justicia es un valor jurídico, porque la norma del Derecho, no expresa un juicio de existencia en cuanto a que enuncie lo que el derecho es, juicio de existencia al que alude García Morente en la obra citada; sino que la norma del Derecho, contiene un juicio de valor supremo, como lo es el de la justicia.

El problema de la ley injusta no ha nacido a la escena del mundo jurídico en las investigaciones contemporáneas de la Filosofía del Derecho; no se ha descubierto a merced de la Escuela del Derecho de Viena, de la que es autor Hans Kelsen; el problema de la ley injusta, como valor negativo de la norma del Derecho arranca ya a partir y al correr del año 399 antes de J. C., sancionado ya bajo un Derecho Positivo aún cuando embrionario, pero con plena vigencia.

Fué en Atenas en donde apareció en el año que se indica, un pergamino fijado en la puerta del Arcón Basileo, conteniendo esta declaración: "Ha sido registrada y jurada la siguiente acusación de Meleto contra Sócrates: Sócrates comete un crimen al no adorar a las divinidades que la Ciudad adora y al introducir en cambio novedades en materia divina. También ha cometido un crimen al corromper a la juventud. Se pide para él la pena de muerte".

Este suceso histórico jurídico, lo narra con clara nitidez el gran historiador del Derecho, René Kraus en su obra: "La Vida Pública y Privada de Sócrates", Pág. 453, documento histórico que según lo expresa el autor, fué descubierto por Favorino, contemporáneo y amigo de Plutarco.

Mas aún, en la inmortal obra de Platón, "Diálogos, Critón o del Deber", Edición Universidad de México, 1921, pág. 142, se expresa: "Además Sócrates, cometes una acción injusta entregándote tú mismo cuando puedes salvarte, y en que se realice en tí, lo que tus enemigos más desean en su ardor por perderte. Fallas también a tus hijos, porque los abandonas, cuando hay un medio de que puedas alimentarlos y educarlos. ¿Qué horrible suerte espera a esos infelices huérfanos...? ¿Qué motivo de queja tienes tú contra la República y contra mí cuando tantos esfuerzos haces para destruirme? ¿No soy yo a la que le debes la vida?... ¿No tomé bajo mis auspicios tu padre por esposa a la que te ha dado luz? ¿Te atreverías a sostener que no eres hijo y servidor nuestro lo mismo que tus padres? Y si así es, ¿piensas tener derechos iguales a la ley misma y que te sea permitido devolver sufrimiento por sufrimiento, por los que yo pudiera hacerte pensar? Este derecho que

¿jamás podría tener contra un padre o una madre, devolver mal por mal, injuria por injuria, golpe por golpe, ¿creés tú tenerlo contra tu patria y contra la ley? En fin, Sócrates, ríndete a mis razones: sigue los consejos de la que te ha dado el sustento, y no te fiejes ni en tus hijos, ni en tu vida ni en ninguna otra cosa; sea lo que sea, más en la JUSTICIA, y cuando vayas al Hades, tendrás con qué defenderte delante de los Jueces. Porque, desengáñate, si haces lo que has resuelto, si faltas a las leyes, no harás tú causa ni la de ninguno de los tuyos ni mejor ni más justa, ni más santa, sea durante tu vida, sea después de tu muerte. Pero si mueres, morirás víctima de la INJUSTICIA, no de las leyes, sino de los hombres, en lugar de que si sales de aquí vergonzosamente, volviendo injusticia por injusticia, mal por mal, faltarás al pacto que te liga a mí; te doñarás a tí mismo; a mí, a tus amigos, a tu Patria. ”.

La muerte de Sócrates, además de generar un problema de orden moral, produjo el tema fundamental de toda Filosofía del Derecho; el problema de la ley injusta. Fué a partir de este suceso cuando se han suscitado en el constante ajetreo de las doctrinas filosóficas el concepto del valor jurídico de la justicia, ya que la norma del Derecho como se tiene afirmado, no postula ni contiene un juicio de existencia en sentido filosófico, sino que implica juicios valorativos, entre los que destaca por su trascendencia en la comunidad humana, el valor supremo y básico: el de la justicia.

Desde luego la afirmación de que un contemporáneo es justo ó injusto, tiene el carácter de juicio que examinado desde el ángulo visual del Derecho, denota un juicio normativo gobernado por la Lógica Jurídica; comportamiento que se halla necesariamente referido a hechos reales de la experiencia cotidiana.

El comportamiento o conducta humana tiene un valor objetivo porque supone en primer término la existencia de la propia conducta a la que la predicación se refiere; y, en segundo término, el de afirmar que tal conducta es justa ó injusta.

Los juicios normativos del Derecho, implican por tanto, valores jurídicos, integrando una disciplina especial que suele denominarse de acuerdo con las modernas tendencias de la Filosofía del Derecho, bajo el nombre de Axiología jurídica; ó, en otros términos, Filosofía Valorativa del Derecho; en consecuencia, el Derecho como fenómeno normativo no se reduce como ya se ha afirmado a formas lógicas del pensamiento jurídico o del conocimiento de este mismo orden; ya que en última instancia, el Derecho mismo es la afirmación de los valores que contenidos en la norma mantiene conexión con la abigarrada multiplicidad de situaciones concretas que constantemente la experiencia jurídica-social presenta en el mundo de lo jurídico.

La pretensión de Hans Kelsen en sustentar que la base del Derecho, la razón lógica de que su validez debe descansar en un sim-

ple juicio hipotético o hipótesis jurídica, implica la negación misma del orden jurídico existente, ya que niega el fundamento axiológico en que descansa todo ordenamiento jurídico Positivo, ya que todo juicio es portador en su función conceptuadora del dúplice y correlativo movimiento del conocer.

La forma silogística que del Derecho Positivo hace Hans Kelsen apoyándose en la estructura lógica bajo la forma del juicio hipotético, es inoperante. Al efecto, la "teoría del hecho condicionante" bajo el punto de vista lógico, se reduce a la simple aplicación de las reglas del silogismo condicional que le sirven de fundamentación; y, es en la esfera misma de la Lógica, donde resalta la inconsistencia y contradicción de concebir la norma del Derecho en pureza lógica.

En la obra denominada "Lógica" de su Ilustrísima el eminente Cardenal Mercier, Edición Espasa-Calpe, S. A., Madrid, Página 8, en el párrafo titulado "Naturaleza y reglas del silogismo condicional", afirma textualmente: "De esta observación se desprenden las reglas del silogismo condicional: Primera regla: de afirmar la condición o el antecedente, tenemos que afirmar la proposición condicionada ó el consiguiente. Segunda regla: De negar la proposición condicionada ó el consiguiente, tenemos que negar la condición ó el antecedente, porque no tenemos derecho a inferir la verdad del antecedente de la verdad del consiguiente..."

La estructura del silogismo condicional revela la concurrencia de la proposición condicional en la mayor y por eso es que los lógicos, suelen denominar y lo consideran como silogismo condicional, cuando la mayor se integra de éste orden. Hans Kelsen elabora la construcción lógica de la norma jurídica con base en la proposición condicional al establecer el "hecho condicionante" como supuesto jurídico ó hipótesis jurídica (norma primaria), la que corresponde a la base misma del silogismo condicional ó la mayor; y, la "norma jurídica secundaria" o consecuencia jurídica, en la proposición condicionada o el consiguiente, se reduce pues, a una argumentación de cuyo antecedente forma la mayor y, el consiguiente, la conclusión, ajustándose a la regla fundamental del silogismo: "De afirmar la condición ó el antecedente, tenemos que afirmar la proposición condicionada ó el consiguiente."

De esta regla silogística y del principio lógico: "Si A es debe ser B," se apoya la construcción lógica-jurídica en que se funda Hans Kelsen para elaborar su debatida "Norma primaria" y "Norma Secundaria", con entera exclusión del contenido de la norma ó de los elementos materiales de la misma, considerando al Derecho en forma edictiva puramente lógica. Esta construcción silogística de naturaleza jurídica que hace Kelsen es correcta formalmente, pero no es verdadera; la forma entrelazante entre norma primaria y norma secundaria es impecable por fundarse en la regla misma del silo-

gismo condicional, pero no es verídica por la exclusividad absoluta que hace del contenido de la norma; ésta se encuentra estrechamente vinculada con el contenido ó las consecuencias previstas en forma hipotética; no es posible una desconexión con la realidad jurídica.

El Derecho tiene por una parte, su materia, contenido ó elementos materiales; y, por la otra, el de su forma, puesto que la norma nos ofrece dos aspectos fundamentales; los elementos formales y materiales de validez. Considerar el contenido ó materia de la norma como "Cuestiones Metajurídicas"; concebir al Derecho como operación formal lógica; sustentar una teoría del Derecho, rechazando las demás Ciencias auxiliares y particulares del Derecho; someter al Derecho a un análisis puramente Lógico como lo pretende Kelsen, es incurrir en un logicismo jurídico; es menospreciar la dinámica social del Derecho.

La materia ó contenido de la norma son incuestionablemente, la conducta humana y los propios fines protegidos por la norma misma; es lo expresado ó representado por ésta en forma imperativa, entonces, ¿cómo es posible concebir una norma del Derecho puramente lógica con exclusión de su contenido? ¿Cómo es posible concebir un precepto legal con exclusión de la relación social implicada en el propio precepto legal?

La "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen que considera al Derecho normativamente como un juicio hipotético en el que se enlaza específicamente la norma primaria, como hecho condicionante y, la norma secundaria, como consecuencia jurídica, es contradictoria en la esfera propia de la Lógica del Derecho.

El juicio hipotético ó simple hipótesis a que sujeta Hans Kelsen a la norma jurídica, es inconducente, ya que el propio juicio hipotético bajo el punto de vista y en puridad lógica, no puede concebirse con exclusión de la propia realidad. "La suposición —añima el Eminentísimo Cardenal Mercier, en la página 121 número 152, Tomo Segundo de la obra que se deja citada—, es de orden notional; la hipótesis es un juicio que se refiere de ordinario, al **conocimiento de la realidad**". Por tanto, la construcción que Hans Kelsen hace del "supuesto jurídico" condicionante es por naturaleza lógico pero de carácter notional; y, la propia hipótesis jurídica en que pretende descansar la base de la normatividad del Derecho, se refiere de "ordinario al conocimiento de la realidad"; y, es entonces, cuando no es lógicamente posible concebir el Derecho bajo el aspecto puramente formal ó lógico, a que reduce Hans Kelsen, la estructura lógica-jurídica de la norma del Derecho; ya que el hecho de pretender y el de considerar la normatividad del Derecho como una simple hipótesis jurídica, no debe implicar en manera alguna el de que sea dable rechazar la realidad social de la cual el Derecho mismo adquiere su función dinámica.

Para esclarecer la contradictoria construcción que hace Hans Kelsen de la normatividad del Derecho con exclusión de cualquier otro elemento material implicado en la propia norma; para demostrar la inconsistencia de la "Pureza de Método" que sustenta y finalmente para justificar a la luz misma de los principios generales de la Lógica como disciplina formal de la Filosofía en general y sin incursionar fuera de los precisos límites que la propia Lógica señala, y, ello para no incurrir a lo que aduce el propio Kelsen y considera como "Cuestiones Metajurídicas"; de la falsa postura de la "Teoría pura del Derecho", transcribo lo que asienta incisivamente su ilustrísima el Cardenal Mercier en la obra citada, pág. 123, Núm. 153, Tomo Segundo: "Valor lógico de la hipótesis. La hipótesis científica en el sentido ordinario de la expresión, es una explicación provisional de ciertos hechos observados, porque de no ser así, no merecería la atención del hombre de Ciencia. . . . (¿qué dirá al respecto Hans Kelsen cuando la hipótesis ó juicio hipotético, "tiene la necesidad de explicar ciertos hechos", acaso no serán también "Cuestiones Metajurídicas" para la "Teoría Pura del Derecho" que sustenta). Como apoyo de esta declaración existen los testimonios de muchos sabios de fama, especialmente el de Quételot y el del químico Ostwald; la historia de muchas hipótesis que gozaron de mucha reputación en su día hoy han sido universalmente abandonadas, hace observar sobre todo que el argumento obtenido de una hipótesis está sometido a las leyes del silogismo condicional; ahora bien, de conformidad con dichas leyes —posito antecedente, ponitur et consequens; al non e converso—, la causa hipotética, sólo puede ser el antecedente del silogismo condicional, puesto que éste antecedente debe contener el consiguiente, (el hecho condicionante jurídico de Hans Kelsen es el antecedente del silogismo condicional; el consiguiente ó conclusión, es la norma secundaria ó consecuencia jurídica de que nos habla Hans Kelsen), la suposición de un centro de gravedad no tiene, desde luego, como objeto un hecho, sino una concepción subjetiva; ahora bien; la causa explicativa que la hipótesis considera, debe ser REAL, - vera causa- como afirma Newton . En la página 132, su Eminencia el Cardenal Mercier expresa: "La hipótesis como tal, tiene valor de un silogismo condicional. La suposición de que un antecedente dado, capaz de explicar cierto orden de fenómenos, es realmente la causa explicativa, no pasa de ser conjetural. A medida que la experiencia (no será "cuestión metajurídica", en el sentido Kelseniano?), verifica las consecuencias lógicas deducidas de la suposición inicial, aumenta la confianza, la hipótesis se trueca en probable, en más que probable, con la condición de que esta probabilidad no sea debilitada por las consecuencias opuestas a las previsiones lógicas ó anuladas por un hecho ó una razón contradictoria".

El juicio hipotético a que sujeta la normatividad del Derecho:

Kelsen, es un juicio normativo que lógicamente se refiere de ordinario al conocimiento de la realidad social que regula; es la hipótesis "una explicación provisional de ciertos hechos" como lo afirma el Cardenal Mercier; es en fin, el juicio hipotético, una operación lógica en función de la idea de valor, ya que lo que postula la norma es un deber ser, en tanto que es considerado como valioso, ya que lógicamente, podemos decir que la justicia debe ser, en cuanto la justicia vale. Si careciese de valor no entenderíamos por qué su realización se encuentra normativamente considerada; por tanto, el juicio hipotético, inclusive la hipótesis misma, no puede ser considerada como lo pretende Kelsen en un orden puramente lógico y consiguientemente no es posible considerar el orden normativo jurídico sólo mediante el análisis lógico, con entera exclusión de las demás ciencias auxiliares al Derecho.

Se ha dejado establecido que el Derecho no debe ser considerado bajo la esfera de la Lógica, como operación puramente formal, se ha acudido a las fases más elementales y simples de todo conocimiento jurídico, como lo es la idea, el concepto y finalmente, el juicio para evidenciar la insostenible actitud Kelseniana de estimar a la vez que el de establecer en la esfera de la Filosofía del Derecho, en la misma Ciencia jurídica: una "Teoría Pura del Derecho" una "Pureza de Método"; una teoría con rechazo de las Ciencias particulares y afines al Derecho; en fin, un orden jurídico con base exclusiva en el juicio hipotético con notorio menosprecio a la ordenación más justa de la convivencia humana, a una estructuración social en la que el hombre que es el destinatario supremo y natural protagonista de todo orden normativo jurídico, realice plenamente su destino material y espiritual. Por tanto, sujeto esta tesis a las siguientes,

CONCLUSIONES:

A).--El Derecho no sólo es forma lógica.

B).--La normatividad del Derecho debe ser considerada en sus condiciones tanto formales como materiales de validez.

C).--El Derecho normativamente es relación social, no exclusivamente relación Lógica.

D).--La Normatividad del Derecho contiene operaciones lógicas pero con proyección a la realidad Jurídica-social.

Al terminar este ensayo de crítica al logicismo jurídico del pensador Hans Kelsen, con hondo sentido de espiritualidad expreso al Dios de mi infancia, al Cristo de mi juventud, quien hizo nacer en mí la vocación a la Ciencia del Derecho, que es la más noble y la más emotiva de todas las Ciencias; ¡Señor, recibe este trabajo como un sincero homenaje de gratitud y de noble esfuerzo de la inteligencia que infundiste al crearme; acéptalo por que es el fruto de los dones que he recibido de Ti!