

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CATANIA, ALFONSO. *L'acetazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", iv serie, XLVIII, núm. 2-3, abril-septiembre, 1971, pp. 261-279. Milán, Italia.

El profesor asistente de la Universidad de Nápoles (Italia), Alfonso Catania, desarrolla algunas cuestiones importantes relativas al pensamiento jurídico fundamental del ilustre iusfilósofo de la Universidad de Oxford, H. L. A. Hart, con particular atención al concepto de *aceptación*, el cual tiene un papel esencial en la fórmula elaborada por el jurista inglés como solución al problema de la determinación de un criterio de existencia del orden jurídico, que no caiga en los extremos del austrianismo —que ve esa existencia del derecho en "el hábito general de obedecer los mandatos del soberano"— ni del kelsenismo —que, a su vez, ubica dicho criterio en la *Grundnorm* (norma fundamental), como hipótesis científica.

Señala el autor de este trabajo una primera dificultad, relativa al hecho de que, a pesar de sus frecuentes referencias a la noción de "aceptación", Hart no suministra en parte alguna de sus escritos una definición expresa de este término, aunque sí da dos notas negativas del mismo: la "aceptación" no consiste en la mera observancia de las normas ni en su aprobación éticopolítica. Dicha aceptación, que no es nota exclusiva de las normas jurídicas, la analiza Hart a través de la distinción entre "hábito social" y "normas sociales" (de las que las jurídicas son una especie): en uno y en otras hay una reiteración de comportamientos conformes a una regla, pero en las segundas existe, además, la conciencia de que esta regla debe seguir practicándose y que apartarse de ella constituye un error.

La existencia de un ordenamiento jurídico —conforme a la teoría hartiana— sólo puede afirmarse si se dan dos condiciones básicas, a saber: a) deben ser *aceptadas efectivamente*, como criterios del obrar, por los funcionarios del ordenamiento jurídico, las normas de reconocimiento que establecen los criterios de su validez y cambio, y b) deben ser *generalmente obedecidas* las normas que son válidas de acuerdo con el mencionado criterio de validez. Hart sostiene, frente a la visión unitaria de Kelsen sobre el ordenamiento jurídico, una concepción dualística, fincada sobre dos elementos: la *obligación* y el *poder* —claves de la ciencia jurídica, según el jusfilósofo inglés—, pero cuya adecuada inteligencia requiere distinguir entre el punto de vista "interno" y el "externo", su sentido y alcance, así como hasta qué punto tal distinción no se corresponde o deriva de la distinción kelseniana entre "ciencias normativas" y "ciencias causales" —particularmente, entre "jurisprudencia normativa" (relativa a la validez del derecho) y "jurisprudencia sociológica" (relativa a su eficacia).

Ahora bien, según el profesor Catania, únicamente "el punto de vista externo" (de observador) hartiano sobre un orden jurídico es equiparable a la actitud del sociólogo del derecho kelseniano, no así el "punto de vista interno" (de protagonista) de los miembros sometidos al orden jurídico, que *aceptan* sus normas, a las actitudes del jurista, ya que Kelsen quiere, precisamente, evitar en la consideración normativa cualquier referencia a

la conducta efectiva de los sujetos —que anularía la “pureza” de su teoría—, reservada al interés sociológicojurídico, en tanto que, para Hart, el jurista (científico del derecho) tiene que orientar su juicio sobre la validez del orden jurídico mediante las normas de reconocimiento *efectivamente aceptadas* y acatadas por los funcionarios del propio ordenamiento.

Finalmente, refiérese Catania a la ausencia en el pensamiento de Hart de un análisis sobre la noción de la *aceptación* a la luz de lo que el propio pensador inglés llama “normas primarias” —que establecen ciertas conductas como debidas— y “normas secundarias” —que especifican la forma en que las primarias pueden ser creadas, modificadas o eliminadas, así como determinada su violación—, análisis que el autor de este trabajo ensaya por su cuenta, destacando la particular importancia que, para tal efecto, tiene distinguir la *observancia* de las normas —fácil de constatar a través del mero comportamiento exterior de los sujetos que se adecúan a ellas— respecto de su *aceptación* propiamente dicha, la cual reclama un procedimiento para determinar si el “motivo” del acatamiento a las normas es realmente la convicción que tienen los sujetos sobre su obligatoriedad.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

COTTA, Sergio. *Sul rapporto tra filosofia della politica e filosofia del diritto*. “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, iv serie, XLVIII, núm. 1, enero-marzo, 1971, pp. 8-25. Milán, Italia.

En este trabajo —enviado por el autor con el carácter de comunicación al I Simposio de Filosofía de la Política, celebrado en Bari (Italia) en el mes de mayo de 1970; mismo estudio que, con algunas ampliaciones, figura como contribución al volumen de homenaje a Orazio Condorelli—, Sergio Cotta estudia los fenómenos de la *política* y el *derecho*, ambos por igual sistemas de control de la vida en sociedad, que tienden a posibilitarla mediante ciertas proposiciones normativas, destacando en primer término los dos esquemas tradicionales de interpretación sobre las relaciones entre una y otra disciplina, a saber: el *piramidal*, que establece una jerarquización entre las dos ordenaciones, y el *complementario*, que las concibe como dos aspectos de uno solo y el mismo fenómeno social; interpretaciones éstas a las que el autor agrega una tercera, que denomina de las *líneas divergentes*, según la cual, política y derecho surgen paralelamente de la coexistencia humana, a cuya problemática dan sendas respuestas divergentes a la vez que auténticas.

La exposición de esta tesis interpretativa la realiza Cotta a través de dos postulados: I) a nivel ontológico (estructural), el sujeto no es autosuficiente y autónomo sino en relación y comunicación con los demás, en donde la alteridad (interferencia con el “otro”) es el elemento esencial constitutivo del “yo”, y II) a nivel óntico (fenoménico), la relación interindividual asume múltiples formas, reductibles a la dicotomía *amistad- enemistad*; ello hace que la existencia se caracterice por la *inseguridad*, que impone la necesidad de una serie de mecanismos defensivos. La tesis del jurista italiano al respecto es, que tanto la política como el derecho son respuestas existenciales de tipo asociativo, que tienden a eliminar esa incertidumbre

de las relaciones y a contrarrestar la aparición de la enemistad, aunque por diverso camino.

En el plano interpersonal, las respuestas típicas a la *insecuritas* son la *amistad* (personalísima, individualizada y cerrada) y la *caridad* (impersonal y abierta). En el plano asociativo, la respuesta a la enemistad se expresa no en la forma de una comunión espontánea, sino en la de una organización institucional, esto es, como una fuerza. La relación política consiste en la *solidaridad* del grupo contra la amenaza de la enemistad (conflicto) y la obligación política surge del hecho mismo de la convivencia con los demás, siendo el móvil político centripeto y unificador. La relación jurídica consiste, en cambio, en la *asociabilidad ilimitada*, no requiere de la amistad ni de la caridad, sino tan sólo de la regularidad y la previsibilidad del comportamiento conforme a un pacto, cumplido con verdad y lealtad (*pacta sunt servanda*) y a cuya transgresión debe recaer una respuesta pacificadora (sanción).

Como observación final, considera el profesor Cotta que este esquema de las líneas divergentes, propuesto por él como interpretación de las relaciones entre filosofía del derecho y filosofía de la política, no puede conducir a una separación radical entre éstas, no sólo por la imposibilidad de aislar la investigación filosófica, sino porque una y otra de las líneas señaladas (la interpersonal y la asociativa) únicamente en su estado puro son divergentes entre sí, ya que en la realidad histórica se yuxtaponen e influyen mutuamente. —Fausto E. RODRÍGUEZ.

EDITOR (EL). *Legal Theory and Legal Education*. "The Yale Law Journal", vol. 79, núm. 6, mayo, 1970, pp. 1153-1178. New Haven, Conn., E. U. A.

El sistema legal americano no constituye un sistema formal cerrado de normas sino, por el contrario, una de sus características distintivas —así como de la profesión jurídica— es la de que se encuentra en una íntima y completa relación con temas políticos de manera clara y abierta.

Por otra parte, la cuestión fundamental que se plantea insistentemente en relación con las Escuelas de Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica es la siguiente: ¿qué clase de enseñanza profesional es apropiada para este tipo de sistema jurídico? Esta interrogante ha sido muy difícil de contestar, y las respuestas que se han dado a la misma han ofrecido grandes dificultades para plasmarse en reformas actuales de los planes educativos de las Escuelas de Derecho en el país mencionado.

En el artículo que se reseña se exponen las diversas razones que explican estas graves dificultades en lo que respecta tanto al pensamiento profesional de los abogados como a la enseñanza de la profesión de la abogacía.

Cuando se analizan los orígenes del realismo jurídico se estima que éstos se encuentran dentro de la corriente del pragmatismo.

Por otra parte, la herencia del movimiento realista no ha sido aceptada de manera dogmática, ausente de crítica; por el contrario, se admite que el realismo, considerado ya sea como un movimiento intelectual o bien como un esfuerzo para llevar a cabo la reforma educativa en las Escuelas de Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, se extravió en varios sentidos, los cuales se exponen en el artículo que se comenta.

La rebelión contra el formalismo se inspiró en la crítica que de esta corriente hizo el pragmatismo. El centro de esta rebelión fue el argumento de que la gente, al formular sus ideas, debería relacionarlas con el mundo empírico de manera pragmática. Una exposición clásica del nuevo método fue hecha por William James en una conferencia dada en 1907, en la cual se anticipaban ideas de las que se ocuparon los realistas en 1930. En relación con el enfoque realista de la teoría legal y de la educación jurídica, se repite la muy conocida afirmación de esta corriente, en el sentido de que en la formulación de la decisión judicial hay elementos metanormativos, y de aquí se concluye y desemboca en la necesidad de establecer métodos posformalistas para el estudio y la práctica. En relación con las cuestiones de referencia se exponen los puntos de vista de Llewellyn y de Frank.

Por último, se trata en el artículo en cuestión del legado del pragmatismo. Esta corriente se ocupó de problemas muy importantes de carácter social de su tiempo, tales como la estructura y el contenido de la educación, incluyendo la educación jurídica, del sentido del concepto de interés público en los sistemas políticos y económicos y de la naturaleza y función del derecho. La corriente de que se trata ofreció la solución a estos problemas siguiendo las directrices metodológicas que la caracterizan.—Leandro AZUARA PÉREZ.

ELLUL, Jacques. *L'irréductibilité du droit à une théologie de l'Histoire*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", IV serie, XLVIII, núms. 2-3, abril-septiembre, 1971, pp. 220-239. Milán, Italia.

El profesor de la Universidad de Burdeos (Francia), Jacques Ellul, apunta en este trabajo suyo dos grandes orientaciones en las diversas teologías de la historia: una, considera que, en su conjunto, la historia tiene un sentido y una dirección, como expresión de un origen determinante de su proceso; la otra, señala que ese sentido deriva de la meta del proceso histórico, con independencia de las variadas concepciones sobre ese fin.

La pregunta central, a la que trata de responder este estudio del jurista francés, es: ¿en qué teología de la historia podría incluirse al *derecho*, en cuanto a su evolución y realidad?; interrogante ésta bien difícil de responder. Para empezar, Ellul hace una afirmación sorprendente: en principio, el derecho no tiene una relación originaria con la *justicia*; fueron los griegos quienes inventaron esa relación, seguidos posteriormente por los romanos, cuando la filosofía griega penetró el mundo de sus juristas —a través de Séneca y Cicerón—, cuyas obras estaban generalmente precedidas, a manera de introducción, por definiciones o fórmulas relativas a la justicia, concebida ésta más bien en el sentido de una virtud (*constans et perpetua voluntas*) que en el de un valor constitutivo del derecho, habiendo sido la consolidación de esta relación entre ambas ideas obra de los teólogos griegos, en los que la justicia aparece como un valor vinculante entre Biblia y derecho. Lo importante de este pensamiento del autor radica en el carácter circunstancial e histórico (no necesario) que atribuye a la mencionada relación entre el derecho y la justicia —para nosotros, los contemporáneos, una

conexión esencial—, así como que, no obstante la inseparabilidad de la idea de valor respecto del derecho, lo cierto es que no es para la encarnación de aquel que este último es elaborado.

A continuación, pregúntase Ellul: ¿por qué en todo tiempo el hombre ha hecho derecho? Y responde sosteniendo que la explicación radica en una experiencia común, universal —caracterizada por elementos de incoherencia, desorden e incertidumbre— frente a la cual el hombre se ha visto obligado a elaborar medios defensivos, entre ellos el derecho, en cuya estructuración intervienen: el factor *tiempo*, como elemento de estabilización artificial del cambio histórico; el factor *espacio*, como elemento determinante de una delimitación territorial de su vigencia; y el factor *coexistencial*, como elemento de formalización, canalización y relativización de las relaciones humanas, dirigido a eliminar al máximo la aleatoriedad de éstas y el conflicto social; pero para cuya permanencia tiene una importancia básica la capacidad de adecuación del derecho al proceso histórico, a través de un procedimiento garantizador de su transformación oportuna, que evite la quiebra de las formas jurídicas por su incompatibilidad con las cambiantes circunstancias sociales.

Pero hay otra dimensión ineliminable del derecho: lo *divino* y *extratemporal*, cuyas fuerzas son tan difíciles de predecir y controlar como las condiciones primitivas de la misma vida social, y que el hombre tiende también a “normalizar” a través de la sistematización jurídica, tratando de integrar a Dios en la estructuración politicojurídica que los propios hombres han construido para “definir su situación” frente a la naturaleza y el prójimo, y evitando así que esa entidad extraña (Dios) venga a perturbar el mundo artificioso construido por ellos; una sistematización jurídica que posteriormente, en el proceso histórico de la humanidad, alcanza su máxima expresión en el hecho de que la Iglesia se convierte en el organismo jurídico más impresionante que jamás haya existido, y el derecho canónico en el más perfecto, al lado del derecho romano.

En cuanto a las relaciones entre *derecho* e *historia*, Ellul sostiene la completa independencia de ambos. Para el jurista no hay historia, porque su función es precisamente, valga decir, “detener el proceso histórico”, dando esa imagen de fijeza y retraso a la que suele atribuirsele un sentido negativo, sin que pueda establecerse, cuando cambia sus estructuras normativas, una línea de continuidad histórica entre la nueva ordenación jurídica y la anterior. Concluye el autor sosteniendo “la irreductibilidad del derecho a una teología de la historia”.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

FROSINI, Vittorio. *Topica e teoria generale del diritto*. “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, IV serie, XLVIII, núm. 1, enero-marzo, 1971, pp. 26-33. Milán, Italia.

Empieza este trabajo de Frosini, profesor de la Universidad de Catania (Italia), con una breve pero sustancial introducción histórica relativa a los orígenes de la *teoría general del derecho* y a su relativo antagonismo con la filosofía del derecho, en tanto que análisis fundamental de la experiencia jurídica dirigido a una sistematización de la misma —sentido éste con el

que aparece en su fundador A. Merkel, en el clásico ensayo publicado en 1894 y dedicado a "la relación de la filosofía del derecho con la ciencia del derecho positivo y con su parte general", el cual abrió una nueva vía en las investigaciones jurídicas, que culminó con la fundación, en 1926, de la "Revue Internationale de la Théorie du Droit", bajo la dirección de Duguit, Kelsen y Weyr—; sentido antagónico que Kelsen se encargó de destacar en su escrito de presentación de la nueva revista jurídica, subrayando la orientación antiespeculativa de dicha revista, que rápidamente se difundió por toda Europa, incluyendo Inglaterra y los países con regímenes de inspiración marxista.

Este movimiento, en su conjunto, no fue sino el resultado tardío de la influencia que en la renovación de la metodología de la ciencia jurídica comenzó a ejercer, en 1878, la Escuela Histórica del Derecho, a través de la obra de sus fundadores Hugo y Savigny, y la de Austin en relación con el derecho inglés, los cuales impulsaron dentro del nuevo marco histórico europeo, creado en 1870 con la caída del imperio francés de Napoleón III y la Revolución Rusa de 1917, una nueva visión sobre el derecho, concebido como un todo orgánico, unitario y autónomo (Gerber), que desemboca en el triunfo de la dogmática jurídica y la obra posterior de Merkel arriba anotada, de la cual han surgido como productos más elaborados: la "doctrina de los fundamentos del derecho" de Félix Somló y la "teoría pura del derecho" de Hans Kelsen, con su postulado del "primado de la normatividad" como condicionante de la experiencia jurídica.

Frente a este panorama de la moderna ciencia jurídica, el profesor Frosini plantea en su artículo las dos cuestiones básicas que luego desarrolla e intenta responder: ¿Es inevitable el enfoque normativista y formal de la teoría general del derecho? ¿No es posible una nueva concepción no-formalista (más bien formológica) de dicha teoría general jurídica, más estrechamente condicionada por la experiencia jurídica en su facticidad?

Termina el excelente trabajo del jurista italiano con una caracterización de esta nueva concepción no-formalista sobre la teoría general del derecho—la cual no hay que confundir, desde luego, con la tendencia del viejo sociologismo positivista, ni con las más recientes reelaboraciones de las tesis kelsenianas que apelan al análisis del lenguaje y de la lógica deóntica y simbólica, y que se apartan todavía más de la experiencia jurídica—, en cuya génesis han influido las aportaciones terminológicas de otras disciplinas, incluso no jurídicas, tales como las nociones de "estructura", "situación jurídica", "tópica", etcétera, y cuyo despliegue ha venido ocupando a importantes teóricos del derecho de nuestro tiempo: Guarino, Roubier, Palzea, Viehweg y Porzio.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

KELLY, Georges A. *The Structure and Spirit of Legality in Kant*. "The Journal of Politics", vol. 31, núm. 2, mayo, 1969, pp. 513-527. Gainesville, Florida, E. U. A.

En este ensayo del profesor de la Universidad Brandeis, doctor Georges A. Kelly, propónese el autor destacar algunas de las tensiones existentes

entre el ser humano biológico y la persona moral dentro de la concepción filosófico-jurídica de Kant sobre la política, según la cual la legalidad tiene una "estructura" y un "espíritu", elementos estos que formalmente pueden ser contrapuestos: la primera, pertenece a las normas de una comunidad política, tal como se manifiesta en la categoría kantiana de la "observancia" (*respect*) —término medio entre autonomía moral y comunidad jurídica—, y el segundo implica un ideal de regulación proteccionista de una humanidad en proceso de ilustración.

Ocupase Kelly del dilema existente entre *libertad* y *limitación coercitiva* de la libertad, en la teoría y en la práctica políticas, así como de las tensiones existentes entre *ética* y *positividad* (razón e historia) —particularmente entre el *a priori* de la justicia y la regulación política—; de la oposición entre *legalidad* y *moralidad* y de la otra dicotomía *derecho privado-derecho público*, derivada de la doctrina jurídica romana.

Concluye el trabajo del profesor norteamericano refiriéndose a la reflexión kantiana sobre la esperanza en el advenimiento de una época en que la humanidad sea más ilustrada y capaz de autogobierno, etapa a la que sólo la educación y la disciplina podrán conducir, consumando así el tránsito desde el estado de naturaleza al de la sociedad civil, en la que predomine una política moralista.—Fausto F. RODRÍGUEZ.

PASINI, Dino. *Lo studio degli ordinamenti giuridici nel tempo e nello spazio.*

"Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", IV serie, XLVII, núm. 2, abril-junio, 1970, pp. 232-252. Milán, Italia.

Un largo estudio de gran interés, a pesar de su machacona reiteración de conceptos, es el que aquí nos ofrece el bien conocido profesor de Teoría del Estado de la Universidad de Bari (Italia), Dino Pasini, en el que insiste sobre todas las consecuencias teóricas y prácticas que derivan de la consustancial bipolaridad y complejidad propias de todo ordenamiento jurídico, que por una parte tiene un ingrediente formal y estructural (normativo), y por otra está referido a una situación fáctica, teleológica y axiológica, de carácter histórico concreto. Hay, pues, una relación dialéctica entre los tres componentes esenciales de todo cuerpo jurídico positivo: hecho, norma y valor, por lo que el estudio de los diversos ordenamientos, diferenciados en el tiempo y en el espacio, reclama la satisfacción de las dos exigencias planteadas por la universalidad de lo normativo y la problematicidad de los datos historicosociales, sin que sea válida la tendencia, nada rara en el campo de la teoría jurídica, a atender exclusivamente al aspecto formal-normativo con sacrificio del otro, "poniendo entre paréntesis", por considerarlos metajurídicos, los datos de la realidad social concreta y las valoraciones históricas que le son inherentes. Aunque no de manera expresa, resulta manifiesta aquí la referencia crítica de Pasini a la teoría pura del derecho de Kelsen, como máxima expresión del formalismo jurídico. Lo cierto es que existe una correlación e interdependencia, una conexión dialéctica entre

ambas dimensiones de lo jurídico, que sólo mediante el artificio de una abstracción pueden desarticularse, con flagrante violación del principio metódico de la unidad del objeto de conocimiento y el peligro de incurrir en una ciencia jurídica pura, vacía de todo contenido histórico (formalismo jurídico) o desembocar en una historia del derecho puramente problemática y sin principio de sistematización conceptual alguno (historicismo jurídico).

Esto debe ponernos alertas, dice Pasini, sobre la evidente correlación que también existe entre ambos enfoques teóricos del fenómeno jurídico —el científico dogmático y el histórico concreto—, y la necesidad de que la elaboración conceptual del primero procure recoger en lo posible las exigencias de la realidad historicosocial que pretende captar normativamente, de donde a su vez deriva la esencial historicidad de los conceptos jurídicos y de la ciencia jurídica misma, en tanto que producto humano espacio-temporal, así como la conciencia de su valor relativo.

El problema abordado por el autor tiene también sus proyecciones prácticas, puesto que el orden jurídico positivo es un instrumento de dominación, una técnica social de control del comportamiento humano, de acuerdo con ciertos fines y valoraciones sociales, lo cual plantea la cuestión de si es la ciencia jurídica la que ha de constituirse en función de la realidad histórica concreta o si es la vida humana social y política la que ha de estructurarse en función de las categorías jurídicas de la ciencia dogmática del derecho. En todo caso, la mayor o menor adecuación o justicia de las normas expedidas por el legislador depende del grado de conocimiento que éste tenga de la realidad social y sus necesidades concretas que pretende regular. Por esto resulta un fracaso cualquier tentativa de imponer a una situación social determinada las normas jurídicas provenientes de experiencias históricas ajenas.

Subraya asimismo el profesor Pasini cómo se refleja en la consideración valorativa del derecho el problema de la bipolaridad y complejidad del fenómeno jurídico, ya que la seguridad en las relaciones humanas es satisfecha a través de lo normativo, mientras que la mayor justicia de esas relaciones depende de una adecuada ponderación de las condiciones particulares e históricas de cada situación concreta. La misma consideración valorativa conduce a la distinción necesaria entre una mera *legalidad* de la organización política (estado de derecho) y la *legitimidad* de un estado fincado en el libre consenso y la adhesión espontánea de los gobernados conscientes de la adecuación del orden jurídico a las particulares exigencias de su realidad histórica.

Finalmente, analiza el autor las repercusiones de la cuestión-objeto de su estudio en el problema de la *validez* y la *eficacia* del orden jurídico, lo cual lo lleva a una serie de reflexiones sobre el derecho como medio o instrumento operativo orientado a la realización de finalidades teóricas y prácticas, así como a la proyección que tiene la ciencia jurídica más allá de las fronteras geográficas de los países y a la consideración iuscomparatista, en el tiempo y en el espacio, que ha desembocado en las actuales tendencias a la unificación y a la integración de los diversos ordenamientos jurídicos.—
Fausto E. RODRÍGUEZ.