

BIBLIOGRAFIA

- MERKL, Adolf y otros (editores). *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag* 215
- Javier Esquivel

Para concluir, Mantovani reúne, en el apéndice del libro, las principales leyes extranjeras y tratados internacionales que regulan esta materia.

Esta obra la consideramos valiosa, para todas las personas que se interesan por el tema de los trasplantes y para el jurista es importante sobre todo porque contiene una recopilación de leyes y tratados (cuadro anterior).

Lydia TRUJILLO QUEVEDO

MERKL, Adolf y otros (editores). *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*. Editorial Franz Deuticke, Viena, 1971, ... pp.

En el curso de un par de años transcurridos después de la aparición de este homenaje a Kelsen con motivo de sus noventa años, hubo que lamentarse la desaparición del homenajeado, así como la de los editores Merkl y Marcic. Si bien la Escuela de Viena se había desintegrado ya al abandonar Kelsen su patria en el año de 1930, los fallecimientos de los últimos años marcan la desaparición física del núcleo central de tal Escuela. En este último volumen de homenaje a su fundador, destacan con carácter casi exclusivo las contribuciones de los profesores austriacos (Viena, Salzburgo); encontrando únicamente dos provenientes de Alemania (Colonia) y una de fuera del mundo de habla alemana (Noruega). Los temas se reparten con cierta amplitud, pues se encuentran colaboraciones sobre filosofía del derecho y de la moral, sobre teoría del derecho, derecho internacional público y privado, historia del derecho, derecho, constitucional y administrativo. Esta amplitud refleja al mismo tiempo la variedad de temas tratados por Kelsen, así como su influencia personal en la configuración del derecho y de la teoría jurídica en Austria. Lo anterior no debe hacernos olvidar que, sin embargo, la influencia teórica no se redujo al mundo de habla alemana y ella se extendió al mundo anglosajón, latinoamericano y japonés.

En esta reseña expondremos el contenido de las colaboraciones presentadas a Kelsen, destacando aquellas que se ocupan de la teoría y filosofía del derecho y resumiendo estrechamente el resto.

En un breve artículo "Creación heterónoma en derecho civil" (págs. 9 a 20), el profesor Klaus Adomeit, de la Universidad de Colonia, lleva a cabo un análisis del concepto de "autonomía privada", planteándose la cuestión de si se trata de un concepto científico o ideológico. Toma como punto de partida la ambivalencia de Kelsen que reduce, por una parte, a un mínimo tal autonomía, advirtiendo empero, en otras páginas, que la regulación contractual, comparada con la creación normativa auto-crática del derecho público, "representa un método especialmente democrático de creación del derecho".

Adomeit sugiere una definición negativa del concepto para iniciar su rescate: ningún sujeto puede ser obligado por un negocio jurídico en

el que no ha participado. Sin embargo, no queda satisfecho con lo anterior y en la segunda sección expone fenómenos del derecho alemán que parecen incompatibles con el principio de la autonomía privada: 1) la representación, 2) la determinación posterior de las prestaciones y 3) la situación del individuo en una asociación. Ellos prueban que son posibles vinculaciones heterónomas en derecho privado y conducen a la pregunta de si ha de abandonarse el principio de la autonomía privada.

En la tercera sección se ocupa de precisar la estructura jerárquica del orden jurídico ('Stufenbau') en el derecho privado, distinguiendo algunos tipos de normas más que las señaladas por Kelsen: normas de conducta, normas que confieren poderes, normas de organización y normas dependientes. (En este punto se acerca mucho a las distinciones propuestas por el discípulo de Kelsen, Robert Walter y a otras apuntadas por J. Raz en *The Concept of a Legal System*). Estas distinciones, y en especial las subdivisiones de las normas que confieren potestades en normas de delegación inmediata y mediata, constituyen el instrumental adecuado para analizar (sección 4ª) los fenómenos aparentemente incompatibles, descubriendo en ellos una autonomía mediata. La heteronomía puede retrotraerse en estos casos a actos jurídicos autónomos mediata o inmediatamente (en uno o más 'escalones'). Esto le permite concluir que existe al menos una autonomía mediata en las formas heterónomas del derecho privado. Nos dice, empero, que no hay que desconocer que estas declaraciones voluntarias de subordinación son formales y de hecho se pueden imponer, por lo que la autonomía parece ficticia (sección 5ª) —ejemplo del trabajador—, desenmascaramiento ideológico que señalara ya Gierke, antes que Kelsen, en una actitud cercana al marxismo. Por lo anterior, sugiere el autor un correctivo eficaz en forma de controles jurídicos, como la "Mitbestimmung" de los trabajadores en el derecho laboral alemán, que impidan la total subordinación.

En un corto ensayo sobre "Jurisprudencia y política", el profesor Theo Mayer-Maly, de Salzburgo, se enfrenta a la tesis sostenida en Alemania, particularmente por el profesor Wiethölter (Frankfurt), de que la teoría del derecho debe politizarse para adquirir un carácter crítico. Frente a la tesis kelseniana de la separación tajante entre ciencia del derecho y política y la "teoría crítica" de Wiethölter, el ensayo adopta una posición intermedia. Basándose en una distribución no precisada entre ciencia del derecho (estilo Kelsen) y jurisprudencia (como lo que hacen los juristas), afirma que la primera deberá separarse tajantemente de la política, aun cuando reconoce que muchas de las afirmaciones de la teoría pura tiene un carácter histórico más que formal, ya que se vinculan con un orden jurídico con división de poderes y con constitución escrita. La jurisprudencia, en cambio, deberá mezclarse con la política y convertirse en una jurisprudencia crítica. A pesar de ello se opone a las tesis de Wiethölter, representante en algún modo de la Teoría Crítica de la

sociedad de la Escuela de Frankfurt (Adorno, Habermas, etcétera), pues considera que esta parte de una ideología presupuesta como absoluta. Para Mayer la jurisprudencia crítica ha de distinguir los argumentos de *lex lata* y los de *lege ferenda*, pero no eliminar estos últimos. La diferencia con la posición de Wiethölter estará en que acepta la tolerancia, considerada como represiva por la Escuela de Frankfurt (Marcuse), y en que reconoce la relatividad de todas las valoraciones que permiten una crítica del derecho positivo. Un ejemplo aclara el tipo de crítica que aplaude Mayer: el proyecto alternativo de Código penal elaborado por los juristas alemanes en 1969. El límite entre una crítica 'racional' y una 'ideológica' exigiría, sin embargo, un tratamiento más detallado.

El recientemente desaparecido profesor René Marcic consagra su participación al tema de "la eficacia y la fundamentación del derecho". En un nivel de filosofía especulativa de corte alemán se plantea la cuestión de conciliar el carácter fáctico y normativo del derecho, su eficacia y su validez, recurriendo para ello al concepto de 'sentido'. La eficacia es definida entonces como la propiedad de una norma que satisface su sentido, como una condición *a posteriori* de la validez del derecho positivo.

Uno de los fundadores de la Escuela de Viena, Adolf Merkl, homenajeó a su maestro con un ensayo sobre "la idea de la forma del estado de derecho". Introduce en él una distinción entre las dos posibilidades de relación entre derecho y estado. La primera consiste en la subordinación del derecho al estado fungiendo como instrumento de dominación. En la segunda el estado no sólo rige mediante el derecho, sino que es él mismo regido por el derecho. No es entonces un medio sino un criterio de la acción del estado.

Ambas posibilidades pueden realizarse en grados y formas diferentes, produciéndose combinaciones y variaciones que originan una variedad de tipos de estados. Esta relación se produce en el nivel del contenido del estado de derecho, ya que en lo esencial (formal), según la tesis de Kelsen todo estado es un estado de derecho. La idea del estado de derecho expuesta por Merkl, que como él afirma es la dominante en el uso lingüístico, ha desempeñado en la historia política la tarea de limitar el poder estatal en favor del individuo y de las comunidades no estatales.

La segunda parte del trabajo se ocupa de mostrar cómo se concibió esta idea del estado del derecho en la antigüedad, en la filosofía clásica alemana y en las doctrinas constitucionales y democráticas. En la última se analiza la relación de esta idea con el concepto de la guerra, rechazando la tesis de quienes sostienen que son incompatibles.

En su colaboración el profesor Herbert Schambeck de Linz estudia el concepto de "constitución" y su desarrollo. Pasa revista a las tesis griegas y romanas, a la *Magna Charta* de Inglaterra, a las Constituciones de las colonias norteamericanas, a la de la Revolución francesa, etcétera. Tomando como punto de arranque el concepto de Merkl, distingue el

sentido formal y material de constitución al pasar esta revista histórica, señalando que el material es el más antiguo.

La evolución del concepto depende, dice Schambeck, de las exigencias del individuo y de la sociedad que condujeron a una multiplicación de las tareas del estado. En tiempos recientes la influencia de los hechos sociales y económicos sobre el orden constitucional es notorio, lo cual se ejemplifica en el caso de Austria descrito en el artículo.

El profesor Robert Walter, de Viena, continuador ortodoxo de la teoría pura escribe, aparte de una introducción acerca de dicha teoría como la obra de Kelsen, un artículo en el que defiende a la teoría pura de algunos ataques provenientes del libro de Günther Winkler, *La consideración de los valores en el derecho y sus límites*. Como los argumentos de Winkler se dirigen a puntos centrales de la teoría, la defensa de Walter es también detallada y argumentada por lo cual sólo resumiremos los puntos principales de la controversia.

Una primera cuestión es la de si la ciencia del derecho es o no una ciencia empírica. En contra de la idea de Kelsen de que se trata de una ciencia normativa, Winkler cree que es empírica. La línea del argumento de Walter es poner en duda la posibilidad de ciencias puramente empíricas y probar que la ciencia del derecho requiere presupuestos trascendentales, como por ejemplo el "deber ser".

Ligada a la anterior está la pregunta de si el derecho es un objeto previamente dado o, como quiere Kelsen, un objeto creado por el método. Walter sostiene que, desde el punto de vista epistemológico, sólo el método normativo puede conducir al derecho.

Por último, Winkler objeta a la teoría pura un formalismo que rechaza el contenido del derecho. En opinión de Walter la teoría pura es sólo 'relativamente formal' y 'en alto grado abstracta' por su carácter de teoría *general*, pero relacionada con el contenido en tanto hace posible una descripción de los órdenes jurídicos concretos.

Ciertamente que cada punto exigiría una exposición y crítica detallados dada su importancia, pero el lector se contentará por ahora con una información de la discusión.

Otra defensa de la Teoría pura es hecha en la colaboración del profesor Kurt Ringhofer, de Salzburgo, quien analiza y rechaza algunos de los comentarios hechos por Franz Bydlinski respecto a la teoría kelseniana de la interpretación y, en particular, a las lagunas del derecho: Bydlinski plantea el caso en que el derecho positivo acepta la posibilidad de la existencia de lagunas y faculta al juez a decidir buscando él mismo la norma aplicable. Conforme a Kelsen, la existencia de lagunas es una 'imposibilidad lógica' y tales disposiciones positivas (como por ejemplo el art. 7º del A. G. B.) le producen, en opinión de Bydlinski, dificultades conceptuales. Ringhofer se inclina a creer que en tales casos el legislador finge la existencia de lagunas porque prevé que en ocasiones sus solu-

ciones pueden ser insatisfactorias y, por otra parte, teme declarar abiertamente su falibilidad favoreciendo la excesiva libertad de los jueces.

Nos parece que el tratamiento del problema de las lagunas ha recibido ya un tratamiento más riguroso (*Normative Systems* de Alchourrón y Bulygin, Viena-Nueva York, 1971) que modificaría buena parte de la discusión.

En la única participación en inglés Alf Ross presenta un problema concreto discutido recientemente en la filosofía moral analítica y que se relaciona con las cuestiones de la libertad, del determinismo y de la responsabilidad.

Intitulada "Pudo haber actuado de otra manera", la comunicación analiza con detalle el significado y relevancia de tal oración. Ella se ha usado, en efecto, como la expresión de una condición esencial para la atribución de culpa y responsabilidad. Ross concede que, de hecho, a veces admitimos como excusa el que el agente no pudo haber actuado sino como lo hizo. Empero, dice, no es ni la excusa más invocada, ni mucho menos la única. Lo que sucede es que se le vincula con el libre albedrío y con la compatibilidad del determinismo con la culpa moral y la responsabilidad.

Siendo "A" el enunciado "Él pudo haber actuado de otra manera", puede entenderse de dos maneras. 1) "A" implica que si no lo hizo se debió a su voluntad y no a circunstancias externas y, por lo tanto, se es responsable. Esto nada tiene que ver con la independencia de la voluntad respecto a la causalidad. 2) "A" no es suficiente para que el sujeto hubiera actuado de esa manera si hubiese querido. Se requiere también que hubiese podido quererlo, lo cual es imposible porque el sujeto estaba determinado causal y necesariamente a hacer lo que hizo. El objeto del trabajo es mostrar que "A" no puede entenderse de modo que incluya una demanda por un libre albedrío metafísico.

Empieza Ross por los enunciados de poder en general y del tipo "*x puede a*" que tengan que ver con capacidad, oportunidad o poder para hacer una acción. El acto humano demanda entonces tres conjuntos de requerimientos: constitucionales, ocasionales y motivacionales. Pedro puede tocar "Für Elisa" si la ha aprendido, si tiene la oportunidad (un piano a mano, no está amarrado, etcétera) y si desea hacerlo, si lo decide.

Al usar "A", suponiendo que se cometió un entuerto, se le imputará la responsabilidad al sujeto, puesto que no se comportó correctamente, teniendo la oportunidad y capacidad de hacerlo. Al decir "No pudo haber actuado de otra manera", se le excusa creyendo que su voluntad no era libre. Empero, quien actúa en situación de compulsión (por ejemplo, amenazado por un revolver), decide por el "motivo más fuerte" y lo único que se quiere decir es que no esperábamos que actuara de otro modo. Decir que no tuvo alternativa y que su voluntad no fue libre, en lugar de que tuvo libre elección entre dos males (por ejemplo, dolor

y delatar), es dejar entrar indebidamente 'el misterio' y la tesis de la incompatibilidad entre el determinismo y la responsabilidad moral.

Tras de analizar con detalle las faltas de este argumento clásico, Ross concluye que la demanda de que "A" implica libre albedrío metafísico, independiente de la causalidad, obedece a dos circunstancias. Se interpreta a la causación, antropomórficamente, como un poder que compele, y al determinismo como necesidad (que exculpa). Además, opera el prejuicio religioso cristiano de que la responsabilidad presupone "libre albedrío", ya que el pecado es una rebelión de la voluntad contra Dios y el orden del universo. Así como esta voluntad libre es independiente de Dios, también lo será de un conjunto de leyes universales.

Al derecho internacional privado se dedica la contribución del profesor Ignaz Seidel-Hohenveldern, de Colonia, titulada "Intervenciones de un estado en la personalidad jurídica, dirección y capital en el extranjero de sus personas jurídicas."

El profesor Verdross, de Viena, se ocupa de la contribución de la doctrina cristiana del derecho natural a la tesis del primado del derecho internacional, señalando las aportaciones e ideas que pueden encontrarse en San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Vitoria, Suárez, Vázquez de Menchaca y Wolff, así como en los textos de las encíclicas de León XIII, Pío XII, Juan XXIII y Paulo VI.

A la "influencia del derecho internacional sobre la constitución federal austriaca" (de 1970) se dedica el escrito del profesor Ernst C. Hellbling, de Salzburgo.

Sobre el derecho austriaco aparecen también otras contribuciones que van desde el derecho constitucional hasta el derecho administrativo. Sobre el primero se encuentra un largo y detallado trabajo del conocido profesor Félix Ermacora, quien por primera vez saca a la luz los protocolos de la Comisión Constitucional que elaboró la Constitución Federal de Austria de 1920. Con base en tales documentos, muestra con exactitud los rendimientos de Kelsen en la elaboración del texto definitivo a partir de su proyecto original. La conclusión del autor, siguiendo en ello a Merkl, es que después del estudio cuidadoso de todos los proyectos y actas de las sesiones de discusión "puede decirse que, como legislador, Kelsen hizo todo aquello que es posible con medios jurídicos".

Al derecho administrativo austriaco se encuentra destinado el artículo del profesor Herbert Michsler sobre la democratización de la administración regional en Austria.

Los problemas jurídicos y políticos del Tratado austro-húngaro-alemán de Cooperación y Neutralidad, del 7 de octubre de 1879, son expuestos en detalle por el profesor Stephan Verosta, de Viena.

El profesor Ervin Melichar, de Viena, toma como punto de partida la nueva legislación agraria austriaca para presentar el tema de la determinación que hace el legislador sobre la forma normativa que deberán

tener ciertos actos jurídicos, prescribiendo de antemano si han de ser decretos, resoluciones administrativas, etcétera, considerando igualmente las consecuencias de la desobediencia de tales prescripciones.

JAVIER ESQUIVEL

SCHACHTER, O.; NAWAZ, M. y FRIED, J. *Toward wider acceptance of U. N. Treaties*. UNTAR, Arno Press, New York, 1971, 190 pp.

Este estudio, el primero de una serie en el campo del derecho internacional, fue patrocinado y llevado a cabo por el Instituto de Investigación y Formación de las Naciones Unidas (UNTAR) dentro de un amplio programa de cultivo de dicha disciplina.

Fue concebido para llevar a cabo una indagación sistemática sobre los diversos factores que constituyen un obstáculo en la aceptación de los tratados multilaterales y sobre las posibles acciones que podrían ser tomadas para hacer más expedita la aceptación de dichos tratados, promoviendo su firma y, sobre todo, su rápida ratificación.

Cabe aclarar que el propio término "aceptación" es usado a lo largo de todo el estudio en un sentido muy genérico, para connotar la ratificación, la adhesión, la sucesión o cualquier otra forma por medio de la cual un Estado pueda expresar su consentimiento para llegar a ser parte en un tratado. Por lo tanto, el término también incluye la "firma definitiva" pero excluye aquellas firmas que no constituyen un consentimiento definitivo.

El trabajo publicado refleja el método empírico empleado para descubrir hasta qué grado operan los factores extrínsecos —tales como los procedimientos constitucionales y parlamentarios, los mecanismos administrativos, los requerimientos de personal capacitado, las dificultades técnicas de traducción, las cláusulas finales, las reservas, etcétera— como impedimentos para la aceptación de dichos tratados multilaterales. Describe igualmente hasta qué punto la falta de "sucesión definitiva" ha perjudicado la aplicación continua de los tratados llevados a cabo por los gobiernos anteriores. Este estudio no se ocupa, sin embargo, de identificar las objeciones sustanciales —por parte de los Estados— al contenido de los tratados.

El trabajo analiza y describe la serie de medidas nacionales e internacionales para el logro de una mayor aceptación de los tratados que incluye, entre otras, los llamados y exhortaciones, el suministro de servicios de consultoría y asistencia técnica, una mayor disseminación de la información, la revisión de los tratados y el entrenamiento de personal administrativo nacional especial para la materia concerniente a los tratados.

Se hizo uso de una amplia gama de fuentes de información para la recopilación de datos para este estudio: documentos de las Naciones