

Teoría general y filosofía del derecho . . . . . 393

del derecho indiano. Las recomendaciones aquí vertidas son fruto de muchos años de trabajo sobre los textos.

Jorge ADAME GODDARD

## TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BASCUÑÁN V., Antonio, "La función judicial en la teoría pura del derecho", *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1982, pp. 167-180.

Sostiene el autor que dentro de la teoría pura del derecho la función judicial aparece como un acto de aplicación y de creación normativa. Con esta afirmación, señala Bascuñán, se altera sustancialmente la doctrina tradicional del derecho la cual distinguía, con claridad, los actos de creación de los actos de aplicación del derecho. Si se tiene en cuenta, agrega el autor, que el derecho es un sistema que regula su propia creación, que es un proceso de individualización y concretación siempre creciente, entonces resulta que no existe una diferenciación cualitativa entre la actividad judicial y la actividad administrativa en lo que a aplicación y a creación del derecho se refiere.

Para la doctrina jurídica tradicional, refiere Bascuñán, la función judicial es un acto meramente declarativo que aplica un derecho preexistente. La postura tradicional, agrega el autor, se preocupaba especialmente del método de interpretación que debía seguir el juez para interpretar *correctamente* la ley. La aplicación sólo podía conducir a la *única* decisión correcta, la cual se encontraba en la misma ley. Dicha actividad interpretativa podía ser un esfuerzo intelectual para descubrir el *verdadero* sentido de la ley; pero su resultado sería siempre meramente declarativo, en cuanto que el juez, al dictar sentencia, nada agregaba al derecho existente en la ley.

La *teoría pura* al concebir la función judicial como un acto de *aplicación* agrega, al elemento racional o intelectual, un elemento de voluntad. Bascuñán se pregunta: ¿cuáles son los elementos creativos de la función judicial?, ¿qué se agrega en la sentencia judicial a lo que preexiste ya en las leyes? Señala Bascuñán que primeramente la decisión judicial tiene que determinar los hechos del supuesto normativo, los cuales son, a su vez, condiciones de la sanción. Una vez determinados los hechos condicionantes, los cuales son siempre una declaración del tribunal, entonces pronunciará una sentencia.

Por otro lado, el autor destaca la función del juez en la determinación de la norma aplicable. Determinados los hechos, corresponde al tribunal un segundo acto de decisión consistente en la determinación de la norma aplicable a tales hechos. Tal actividad es, señala Bascuñán, una toma de decisión, una manifestación de la voluntad del juez..

Según el autor existen cantidad de momentos creativos en la función judicial. Existen, por ejemplo, actividades creativas que determinan el marco normativo. La ley, señala Bascuñán, puede no ser clara. La indeterminación de la norma general, puede obedecer a una deliberada intención del legislador o bien a la manera en que la ley ha sido formulada. En muchos casos el legislador deja deliberadamente al juez la determinación de elementos dentro del marco de la previsión legislativa (la aplicación de una pena entre varias penas alternativas, la cuantía de una multa, etcétera). Por otro lado, existe la posibilidad de que el legislador emplee ciertos conceptos normativos tales como 'valoración social', 'moral', 'bien común', 'buenas costumbres', 'orden público', cuyo contenido necesariamente debe ser dado por el juez. Puede ocurrir que la indeterminación resulte de una contradicción entre dos normas generales. Ante esta situación, señala el autor, el juez tendrá que optar por la aplicación de una de ellas.

La norma superior es así, dice Bascuñán, un marco abierto a varias posibilidades. Todo acto de aplicación es un acto conforme a la norma si no se sale de este marco. De esta manera, si se entiende por 'interpretación' la determinación del sentido de la norma por aplicar, entonces la interpretación de una norma no conduce, como querría la solución tradicional, a una decisión única que sería la exclusivamente verdadera. El aplicador tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada entre las diversas interpretaciones posibles. La ciencia jurídica tradicional, afirma el autor, se equivoca al sostener que existe una sola decisión correcta y un único método de aplicación.

Señala Bascuñán que a juicio de Kelsen este problema se presenta porque no corresponde a la ciencia jurídica resolverlo sino, más bien, a la política jurídica. Señala el autor que el jurista o el científico del derecho, al analizar la legislación positiva, debería limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. Sin embargo, agrega, la mayor parte de las obras de los tratadistas son también obras de política jurídica. Al elegir una de las varias interpretaciones posibles tratan de inducir a los tribunales y a la administración a considerar que no hay otra interpretación correcta; esto es, tratan de influir en el proceso de creación del derecho. Afirma Bascuñán que esto, por supuesto, no puede ser negado, pero no debe ser llevado a cabo a título de la ciencia del derecho como normalmente se hace.

Señala el autor que, no obstante esta gran actividad creadora de la función judicial y de todas estas posibilidades, la creación de la norma jurídica particular tiene que hallarse determinada siempre por una o más normas generales existentes, aun en los casos en que los jueces tienen amplísima discrecionalidad y no existe una norma jurídica sustantiva general que aplicar. Incluso en estos casos los tribunales aplican normas generales de derecho adjetivo que otorgan competencia al juez. En todas las situaciones existe derecho preexistente y la validez de una sentencia depende justamente, de que esté vinculada al orden jurídico establecido.

Termina Bascuñán su trabajo con una serie de conclusiones en donde resume los argumentos de su trabajo. Destaca la idea de que la aplicación de normas preexistentes es un requisito de validez de la sentencia judicial. Precisamente ésta es la que nos permite afirmar que el fallo del tribunal forma parte de un determinado sistema jurídico. Por otra parte, subraya el autor las semejanzas que existen entre la función judicial y la función legislativa. Al señalar el carácter constitutivo del fallo judicial, el autor prueba la inexactitud de la doctrina tradicional. Por último, destaca Bascuñán la función política de la decisión judicial. Al existir varias soluciones igualmente posibles, el fallo del juez implica un acto de voluntad, una decisión en favor de una de las varias posibilidades que se ofrecen. En este sentido, señala el autor, la decisión judicial se transforma en una cuestión de política jurídica. La función judicial resulta mucho más compleja que lo que la ciencia jurídica tradicional concebía. El polo de interés del jurista deja de ser la legislación y tiende a preocuparse, mucho más, por el juez y la decisión judicial, como protagonista y parte del sistema jurídico, respectivamente.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

BORUCKA ARCTOWA, María, "The Rule of Law as a Culture-Shaping Factor", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, VIII: Filosofía del Derecho y Filosofía de la Cultura*, México, UNAM, 1982, pp. 17-27.

Señala la autora que las relaciones entre derecho y cultura pueden ser consideradas en dos direcciones: 1) como un condicionamiento cultural del derecho (la influencia de factores culturales en el contenido específico del derecho) y 2) como la influencia del derecho sobre la cultura de una determinada sociedad. Dice que los intereses de la teoría y de la

filosofía jurídica y, especialmente, el de la historia del derecho ha girado alrededor del problema del condicionamiento cultural del orden jurídico. Este trabajo, por el contrario, se ocupa de la influencia del orden jurídico en la cultura en una determinada sociedad. Señala la profesora polaca que el constante crecimiento del derecho en las sociedades modernas y, especialmente, en los sistemas de planeación social y su penetración en muchas esferas sociales, nos induce a buscar respuesta a preguntas como las siguientes: ¿en qué consiste el papel modelador de cultura que lleva a cabo el derecho?, ¿de qué depende que su influencia sea más fuerte o más débil?

Después de ciertas consideraciones preliminares en que adopta una definición de cultura y explica la función de los valores y de las normas culturales, María Borucka sostiene que existen varios tipos de operaciones que el derecho ejerce sobre la cultura: 1) operación independiente e instrumental, 2) directa e indirecta, 3) de estabilización y dinamización, 4) global y selectiva y, 5) sincrónica y diacrónica.

La operación independiente, esto es como valor en sí mismo, dice la autora, conduce a sostener valores como orden social, legalidad y justicia bajo el derecho, así como pensar en la certeza del derecho y en los resultados predecibles de su aplicación. La aceptación de estos valores lleva a la aceptación del derecho como tal y a la formación de una actitud legalista. Afirma la autora que el papel modelador del derecho consiste en enriquecer el catálogo o sistema social de valores aceptados. Este papel tiene un carácter instrumental. El derecho, sostiene la autora, es tratado entonces como un medio usado por el legislador o por los órganos aplicadores —valores—. Agrega la autora que este papel instrumental del derecho en la formación cultural puede tener el carácter de una operación directa consistente en la emisión y aplicación de normas jurídicas conteniendo cierto patrón definido de conducta que representa una expresión de preferencia por ciertos valores como libertad, igualdad, dignidad personal, etcétera.

Sostiene la profesora polaca que este papel instrumental del derecho en la formación cultural puede tener, también, un carácter indirecto y consistir en una actividad organizadora, creando, por ejemplo, facilidades e instituciones que favorezcan el desarrollo cultural y la propagación de valores culturales (educación obligatoria, etcétera).

Después explica la autora las operaciones de estabilización o dinamización de sistemas existentes de valores y de las normas de la conducta vinculadas con ellos. Las normas jurídicas tienden a realizar una operación de estabilización consistente en la retención del estado existente de las relaciones sociales y de sus sistemas de valores y conducirlos a un estado de equilibrio en caso de que se encuentren disturbados. Agre-

ga la autora que la actividad que tiende a formar la certeza del derecho se refiere, también, a operaciones de estabilización. En cuanto a las operaciones de dinamización del derecho sobre la cultura nos señala la autora que estas operaciones consisten en la transformación de los sistemas existentes de valores, introduciendo nuevos. Es una operación de innovación. El desarrollo de las sociedades modernas muestra la creciente importancia de estas operaciones de innovación, las cuales están conectadas con la necesidad de una reacción rápida ante las nuevas necesidades y los nuevos proyectos de control y planeación de gran cantidad de procesos sociales. Señala la autora que un cambio introducido por el derecho podría ser un fracaso si no considera el condicionamiento cultural y sus restricciones; pero, al mismo tiempo, estos cambios innovadores no pueden ser llevados a cabo sin romper con algunas costumbres y reglas morales existentes.

En cuanto a las operaciones globales la autora nos dice que éstas consisten en una influencia sobre la cultura por parte del orden jurídico considerado como un todo, como un específico sistema de valores que se encuentran expresados en normas jurídicas y que, frecuentemente, se definen como los valores internos del derecho. Señala la autora que, ciertamente, hay que tener en cuenta la posible influencia de valores externos los cuales pueden tener gran importancia práctica en la aplicación del derecho. En cuanto a las operaciones selectivas la autora sostiene que éstas se dan dentro de determinadas ramas del derecho o con respecto a específicas instituciones jurídicas, tales como la propiedad, los derechos de autor, el divorcio y otros.

Afirma la autora que la operación del derecho sobre la cultura puede también ser analizada sincrónicamente y diacrónicamente. En el primer caso, señala, nos interesamos en la influencia del orden jurídico en determinadas normas culturales de las sociedades modernas; por ejemplo, la influencia de los derechos humanos contenidas en la constitución o en otros actos jurídicos de ciertos Estados particulares, su forma de interpretación, el grado de aceptación, traducidos en diferentes tipos de normas culturales. El análisis diacrónico se refiere, por ejemplo, a las normas consuetudinarias que pretenden igualar los derechos del hombre y la mujer donde la operación de ciertas normas más definidas las regulan, en ramas como el derecho de familia o el derecho del trabajo. La autora agrega que desde el punto de vista diacrónico podemos investigar, bajo una perspectiva histórica, el desarrollo de una específica institución jurídica y su operación.

La autora termina su artículo refiriéndose al problema de qué es lo que hace fuerte o débil el papel modelador del derecho. Señala que este problema excede los límites de su artículo, pero piensa que este

problema debe ser analizado teniendo en cuenta el papel de la conciencia jurídica que se compone del conocimiento, de la evaluación de las actividades y de los postulados sobre el derecho y las instituciones jurídicas.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

KÖCHLER, Hans, "The Principles of International Law and Human Rights. (On the Compatibility of two Normative Systems)", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, VIII: Filosofía del Derecho y Filosofía de la Cultura*, México, UNAM, 1982, pp. 39-50.

El autor se plantea el problema de la obvia incompatibilidad del sistema de derechos humanos y del derecho internacional e intenta superar esta contradicción. Señala que, así como en la teoría general de la ciencia el principio de la unidad del conocimiento tiene que ser presupuesto para evitar inconsistencias lógicas, de la misma manera la ciencia jurídica, entendida como un sistema y no una mera colección de normas, tiene que presuponer la unidad de los diferentes subsistemas normativos los cuales conjuntamente constituyen el objeto de la ciencia jurídica. La consistencia que exige un sistema jurídico, dice Köchler, puede únicamente lograrse subordinando un sistema a otro o bien subordinando los dos sistemas a un tercero. Sostiene así el autor que una construcción monista es la única posibilidad para una formulación dogmática de las relaciones entre sistemas normativos.

Köchler muestra después las inconsistencias que existen entre el derecho internacional y el sistema normativo de los derechos humanos. Considera que si el principio de consistencia es precondition fundamental de todo conocimiento jurídico, la presente coexistencia de sistemas normativos contradictorios puede considerarse como dogmáticamente insatisfactoria. Señala Köchler que Kelsen pretendió superar las contradicciones exigiendo el reconocimiento de la primacía del derecho internacional.

Dice Köchler que los derechos humanos, aunque generalmente se presume que se basan en el derecho internacional y que descansan en mecanismos de éste, forman, en realidad, un sistema normativo separado e independiente que contradice los actuales principios del derecho internacional.

Los principios de efectividad y de soberanía, por ejemplo, como pue-

de fácilmente demostrarse, pueden ser incompatibles con el reconocimiento universal de los principios de los derechos humanos "basados en derecho internacional". Piensa el autor que esta inconsistencia en el derecho internacional es un problema serio para la dogmática jurídica de derecho internacional y que más que resuelto ha sido oscurecido por las diferentes declaraciones que apuntan a la naturaleza rudimentaria y pragmática del derecho internacional.

La contradicción a la que se refiere Köchler resulta particularmente evidente en el caso del principio de eficacia. Un Estado es reconocido si establece un cierto control sobre un territorio, no obstante que este estado de cosas se mantenga por violaciones a los derechos humanos. Los internacionalistas de este siglo sostienen que el principio de eficacia no tiene validez general y que se encuentra restringido por el principio: "*ex iniuria ius non oritur*". Señala el autor que si este principio se propone como corrector del principio de eficacia, entonces alguno de los dos no existe toda vez que las dos normas contradictorias no pueden ser aceptadas al mismo tiempo. Esta circunstancia siempre existirá, toda vez que, según el autor, si los derechos humanos se basan en el derecho internacional, los derechos humanos, como cualquier otro de los principios de derecho internacional podrán entrar en conflicto en cualquier momento.

Señala el autor que la solución es una reorganización lógica de los sistemas del derecho internacional y del de los derechos humanos. Esta reformulación tiene que hacerse, señala, en tal manera que permita superar estas contradicciones estableciendo un sistema comprensivo y consistente que mantenga los principios de coexistencia pacífica contenidos en el actual derecho internacional. Según Köchler este conflicto entre sistemas normativos puede únicamente solucionarse si el principio de la unidad del conocimiento normativo es mantenido y los correspondientes niveles normativos son claramente separados y distinguidos. Afirma el autor que desde el punto de vista de la teoría jurídica el intento de incluir los derechos humanos generales en el sistema normativo del derecho internacional (como generalmente es la tendencia) está destinado al fracaso. Sostiene el autor que, aun si los derechos humanos son considerados la base de los sistemas jurídicos de los diferentes países y de la paz internacional y son establecidos como *ius cogens* del derecho internacional, los derechos humanos se mantendrán, cuando mucho, en el mismo nivel de los otros principios tradicionales del derecho internacional (eficacia, soberanía de los Estados, interés nacional); en casos importantes, entrarán en conflicto con éstos y se verán subordinados. Piensa el autor que una fuente de conflicto lo constituye el principio de la soberanía de los Estados, el cual es considerado uno

de los principios primarios: no deriva de ninguna otra norma más fundamental. En la teoría dominante del derecho internacional dicho principio es colocado por encima de los derechos humanos individuales.

Afirma el autor que, únicamente si uno considera los derechos humanos como un sistema normativo general referido a los individuos —y no a un ente colectivo del derecho, *i.e.* el Estado—, del cual se derivaran tanto el derecho nacional como el internacional (y no viceversa), podría, la requerida unidad teórica de los sistemas normativos, ser lograda. Esto permitirá también crear una función neutral para asegurar la coexistencia pacífica que lleva a cabo el actual derecho internacional, de conformidad con los resultantes sistemas normativos.

Con ello el autor propone una nueva estructura formal de las relaciones entre estos sistemas normativos. En esta reestructuración de los sistemas, los principios tradicionales del derecho internacional, tales como el de la soberanía de los Estados, la no intervención, etcétera, no son introducidos propiamente como principios, sino, más bien, representan conclusiones normativas. De esta forma el sistema normativo del derecho internacional no es eliminado sino meramente reorganizado en una base sistemática. La función del derecho internacional para asegurar la coexistencia pacífica es mantenido, aunque en un completamente diferente contexto dogmático.

Afirma el autor que únicamente por este método el principio de la unidad del conocimiento normativo que requiere la teoría de la ciencia, puede ser observado.

Por último señala el autor que la coexistencia de los principios de derechos humanos y de derecho internacional, aparte de su inconsistencia señalada, facilitaba la promoción de intereses nacionales en conflicto. Sin embargo, si aceptamos la primacía normativa del sistema de derechos humanos esto no puede suceder más, toda vez que uno está obligado a reubicar las normas específicas en relación a este sistema universal y proporcionar para cada norma una posición específica en el sistema. En estas circunstancias, añade Köchler, la cuestión referente a la primacía del derecho nacional o internacional tal como se discutía por los internacionalistas, resultaría de segunda importancia en este nuevo contexto en que ambas esferas son vistas como sus subsistemas que dependen de un sistema fundamental de derechos humanos que es su común denominador.

LACLAU, Martín, "Relación entre lógica y derecho en el último periodo de Kelsen", *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1982, pp. 153-165.

Dice el autor que tanto en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* como en la *Allgemeine Staatslehre* y en la primera edición de su *Reine Rechtslehre*, Kelsen sostenía que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos. Sin embargo, agrega Laclau, en su *General Theory of Law and State*, Kelsen *distinguió* entre las normas jurídicas dictadas por la autoridad y los enunciados sobre las normas, producidas por la ciencia del derecho. Mientras un juicio es el sentido de un acto de conocimiento la norma pasa a expresar el sentido de un acto de voluntad. El problema se presenta a Kelsen así: ¿cómo puede la lógica aplicarse al derecho toda vez que, a partir de este viraje, el objeto de la ciencia jurídica ya no va a ser considerado como constituido por juicios?

En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen sostenía que los principios lógicos eran aplicables al derecho de una manera indirecta. El principio de contradicción y las reglas, por ejemplo, se aplican a las proposiciones jurídicas, susceptibles de verdad o falsedad. Ahora bien, como lo que estas proposiciones describen son normas jurídicas, entonces estos principios le son aplicables a las normas de manera indirecta. En base a lo anterior Kelsen sostenía que dos normas jurídicas se contradicen, no pudiendo ser válidas al mismo tiempo, cuando las proposiciones jurídicas que las describen se encuentran en contradicción. En idéntico sentido, señala el autor, una norma puede ser deducida de otra si las proposiciones jurídicas que la describen hallan cabida en un esquema silogístico. Señala el autor que estas afirmaciones no excluyen la posibilidad de que en los hechos los órganos estatuyan normas que resultan incompatibles entre sí. Según el autor este conflicto no puede ser entendido en Kelsen como una contradicción lógica, toda vez que los principios lógicos sólo pueden ser aplicables a afirmaciones susceptibles de ser consideradas verdaderas o falsas. Una norma jurídica no puede ser verdadera o falsa. Sin embargo, el orden jurídico es descrito por la ciencia del derecho valiéndose de proposiciones jurídicas. Los principios lógicos son aplicables a las proposiciones jurídicas y, por ello, resultan indirectamente aplicables a éstas. Dentro de esta primera tesis de Kelsen la ciencia jurídica intenta concebir su objeto como un todo lógico, al cual describe mediante proposiciones no contradictorias y para ello, señala Laclau, parte de la idea de que los posibles conflictos de normas han de ser resueltos.

Afirma el autor que Kelsen, en sus últimos años, cambió su posición. Consideró que un conflicto entre normas no puede ser visto como una

contradicción lógica. Sostuvo, además, que cuando un juez decide un caso concreto sobre la base de una norma general no aplica leyes de inferencia. A partir de ese momento el conflicto de normas es concebido por Kelsen como presentando una naturaleza diversa a la exhibida por una contradicción lógica. El conflicto entre dos normas de un mismo orden jurídico surge de la circunstancia de que ambas son válidas. En cambio, cuando existe contradicción lógica entre dos afirmaciones, sólo una de ellas puede ser verdadera. En el pensamiento último de Kelsen se observa que los conflictos normativos únicamente pueden resolverse en caso de que una de las dos normas deje de ser válida, lo cual puede ocurrir si una de ellas pierde su eficacia por desuetudo o si es abrogada.

La derogación, refiere el autor, consiste en volver inválida una de esas normas conflictivas que desde su origen presentaban idéntica validez. En cambio, en el caso de una contradicción lógica entre dos afirmaciones, una de ellas es falsa desde el comienzo. En base a eso Kelsen sostiene, según el autor, que un conflicto entre normas no puede ser comparado a una contradicción lógica sino, en todo caso, a dos fuerzas que ejercen su poder sobre un mismo punto desde distintas direcciones. Este conflicto puede ser resuelto mediante derogación, pero no es necesario que así sea. La derogación aparecerá sólo en caso de ser estipulada por una autoridad creadora de normas. Según Laclau, para Kelsen, desde el momento en que el conflicto no entraña una contradicción lógica, la derogación no es un principio lógico sino el producto de una norma positiva. En otros términos, dice el autor, la derogación no es función de una de las normas que han entrado en conflicto sino de una tercera que prescribe que en caso de conflicto entre dos normas una de las dos o (ambas) perderá validez.

Señala el autor que la verdadera naturaleza de la derogación fue oscurecida por la reiterada aplicación del tradicional principio romano según el cual *lex posterior derogat priori*. De acuerdo con este principio, pareciera que la función derogatoria es cumplida por una de las dos normas que se encuentran en conflicto. Pero, como vimos, no es así. La norma derogatoria es una "norma dependiente" cuya validez concluye en el momento en que cumple su objetivo, *i.e.* cuando la norma derogada cesa de existir.

En cuanto a la posibilidad de aplicación de la inferencia lógica en el campo normativo, señala el autor que Kelsen se vuelve a preguntar si de la validez de una norma general puede derivarse la validez de la norma individual. Su respuesta es negativa. Las normas jurídicas no son juicios toda vez que su existencia depende de un acto de voluntad. La norma individual es válida en cuanto ha sido creada por la volun-

tad de juez competente y al acto de voluntad que presupone la norma individual no se llega por una inferencia lógica.

Termina Laclau señalando que, para Kelsen, el error de afirmar que el principio de contradicción, así como las reglas de inferencia, se apliquen a las normas jurídicas se origina en la circunstancia de que no se hace una escrupulosa distinción entre la norma y los enunciados jurídicos.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

LUKASHOVA, Elena, "El derecho y la cultura", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. VIII: *Filosofía del Derecho y Filosofía de la Cultura*, México, UNAM, 1982, pp. 81-93.

En este brevísimo trabajo la profesora soviética nos presenta su punto de vista sobre la relación entre derecho y cultura. No obstante su tono, a veces exageradamente laudatorio, sobre la "cultura socialista", este trabajo tiene aspectos muy interesantes. Presenta una especie de compromiso entre la filosofía jurídica y la ortodoxia marxista.

Comienza la autora siguiendo los grandes patrones del materialismo histórico en cuanto a la aparición del derecho. Sin embargo, dice que el surgimiento del derecho es una etapa objetivamente necesaria en el desarrollo de la cultura, la sociedad dividida en clases ya no podía coordinar su actividad. El derecho surge por la necesidad de formas más rígidas para regular las relaciones sociales, y, por consiguiente, de medios más rígidos para asegurar las normas. Afirma la autora que la necesidad objetiva del derecho revela su inclusión orgánica en la cultura de la sociedad.

Después de obligadas referencias a las tesis marxistas señala la autora que el estudio del derecho en el sistema de la cultura y como un elemento de ésta, conduce a la determinación de las fronteras de la regulación jurídica, de los límites de la penetración del derecho en las relaciones sociales en desarrollo. Considera la autora que la inclusión del derecho en la cultura de la sociedad predetermina el "nivel" del desarrollo jurídico, crea las condiciones para que, de forma adecuada, se reflejen en el derecho las necesidades sociales candentes; por otro lado, ayuda a corregir su atraso o su anticipación con respecto al desarrollo de otros elementos de la cultura tanto materiales como espirituales.

La profesora soviética afirma, en una frase que pareciera alejarse de

la ortodoxia marxista, que el surgimiento del derecho implica, por sí solo, una carga positiva promoviendo un procedimiento más perfecto para la coordinación y reglamentación de la actividad de las personas. Sostiene la autora que cada nuevo tipo histórico de derecho fue más progresista que el anterior. Después, reconciliándose con la ideología marxista, señala que esta tendencia progresista preparó las condiciones para el surgimiento del "tipo superior" del derecho: el socialista.

La autora, después de un retórico argumento en *pro* de la cultura socialista, vuelve a los problemas de la relación del derecho y la cultura proponiendo una nueva explicación de sus relaciones (dentro del campo de la legalidad socialista). Señala que el sistema socialista (doctrina socialista) crea todas las posibilidades para la formación de la "verdadera cultura jurídica" como atmósfera espiritual de profundo respeto del derecho. La cultura jurídica socialista impone una serie de exigencias para los distintos sujetos de la comunicación jurídica. La autora afirma que, en cuanto a la actividad de los organismos de la elaboración legislativa, estas exigencias significan la necesidad de reflejar, con exactitud, el nivel de desarrollo social alcanzado, de manera a promulgar normas que estén en consonancia con el sistema normativo-jurídico vigente en la sociedad dada. Otra exigencia para los órganos legislativos es observar con justeza las formas y procedimientos establecidos para la elaboración de la ley; asimismo deben tener en cuenta la jerarquía de los actos normativo-jurídicos. Por otro lado, para los órganos de aplicación del derecho la cultura jurídica establece otras exigencias consistentes en la necesidad de respetar profundamente la ley, pronunciar actos jurídicos individuales en consonancia con la ley y tener en cuenta multilateralmente todos los factores y condiciones incluidos en la aplicación de las normas jurídicas. Con respecto a los individuos la cultura jurídica, añade la autora, también establece ciertas exigencias, las cuales consisten en la comprensión de la importancia y la utilidad de los preceptos jurídicos para el funcionamiento normativo de la sociedad. La autora afirma que el cumplimiento de las exigencias de la cultura jurídica es uno de los principales factores ideológicos para asegurar el régimen de legalidad socialista, esto es, para reforzar las bases jurídicas de la vida estatal y social. Como puede observarse esas frases están muy lejos de reflejar la teoría jurídica marxista de los primeros años.

Termina la autora su muy breve artículo indicando que el estudio de las relaciones entre derecho y cultura contribuye a la investigación de nuevos aspectos del fenómeno de la legalidad. Este fenómeno, incluso en su estado embrionario fue, afirma la autora, una enorme contribución a la cultura humana, a pesar de su limitación clasista

en las primeras épocas; reflejó el hecho de que el hombre había adquirido conciencia de sus derechos de libertad y de la protección de éstos por el Estado.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

RAPHAEL, David D., "Philosophy of Law and Social Philosophy in the Thought of Adam Smith", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, IV: Filosofía del derecho y problemas de filosofía social*, México, UNAM, 1981, pp. 17-24.

El trabajo que comentamos constituye una excelente introducción para el estudio de la obra jurídica de Adam Smith. Dice el autor que cualquiera que haya leído *La riqueza de las naciones* en su totalidad, sabe que no se limita a la economía; contiene cantidad de sociología y, también, de ciencia política. También desciende a un detallado conocimiento de información histórica, jurídica y antropológica.

Refiere el autor que *La teoría de los sentimientos morales* es el resultado de la primera mitad de las lecciones que Adam Smith solía impartir como profesor de filosofía moral en la Universidad de Glasgow. La segunda mitad de sus lecciones trataban de *Jurisprudence*, que en tal contexto, observa David D. Raphael, significa no sólo los principios del derecho sino, también, una explicación sistemática sobre el gobierno. Dice el autor que esto era tradicional en cursos de filosofía moral en la Escocia del siglo XVIII.

Relata que Adam Smith fue fuertemente influido por Francis Hutcheson tanto en ética como en economía. Habiendo producido un libro en teoría ética de la primera mitad de sus lecciones, Adam Smith —comenta David D. Raphael— esperaba producir otros dos libros. Dice el autor que originalmente Adam Smith intentó escribir un solo libro sobre los principios de la *Jurisprudence*, en el cual contemplaría, por supuesto, al gobierno y a la economía. Con el paso del tiempo, relata el autor, Adam Smith vio crecer la parte económica y constituir un trabajo más extenso que *La teoría de los sentimientos morales*. El resultado fue, señala el autor, la publicación separada de *La riqueza de las naciones*. Habiéndose separado la parte económica, Adam Smith esperaba escribir otro libro con el resto de sus lecciones sobre *Jurisprudence*. El propio Adam Smith, señala el autor, describe esta obra

como "un tipo de teoría e historia del derecho y del gobierno". Este proyecto no habría de ser llevado a cabo.

Conocemos el pensamiento de Adam Smith sobre *Jurisprudence* por dos *reports* (transcripciones o apuntes de las lecciones), tomados de las lecciones dictadas por Adam Smith hacia el final de su cargo como profesor en Glasgow. (Ambos *reports* han sido editados por R. L. Meek, Peter Stein y el propio David D. Raphael —un economista, un jurista y un filósofo— bajo el título: *Adam Smith. Lectures on Jurisprudence* y publicado por Oxford University Press en 1978.) En este trabajo se aprecian, dice el autor, las ideas centrales que Adam Smith hubiera desarrollado en su "teoría e historia del derecho y del gobierno".

Dice el autor que Adam Smith normalmente comenzaba el examen de un problema filosófico con una investigación histórica. Su interés por la jurisprudencia, por los principios filosóficos de justicia que subyacen los órdenes positivos y por el derecho internacional, le condujo, refiere el autor, al estudio de la historia de tres sistemas jurídicos: el derecho romano, el derecho escocés y el derecho inglés. Dice David D. Raphael que esto permitió a Smith formarse una idea sobre el desarrollo de estos sistemas.

Comenta el autor que Adam Smith no fue, ciertamente, el primero en seguir un enfoque de sociología comparada en el estudio del derecho; tomó la idea de Montesquieu, a quien hace frecuentemente referencia. Dice Raphael que la obra de Adam Smith es más sistemática que la de Montesquieu al fundamentarse en una estructura histórica muy sólida.

Después de referirse a la tesis de Adam Smith sobre el desarrollo de la sociedad, el autor se detiene un momento para destacar las ideas de Adam Smith sobre el derecho de propiedad. A este respecto señala que seguramente han de haber causado impacto en Marx sus ideas sobre la conexión entre la propiedad, por un lado, y el derecho y el gobierno por el otro.

Comenta después el autor que Adam Smith no acepta la idea de que exista un derecho natural a la propiedad. Dice David D. Raphael que, siguiendo a Francis Hutcheson, Adam Smith sostenía que los derechos naturales se limitaban a la vida y a la libertad. El derecho de propiedad era para Adam Smith un derecho "adventicio".

Sostiene el autor que, al igual que David Hume, Adam Smith rechaza la teoría del contrato social. En su lugar Adam Smith desarrolla la idea de que el deber de lealtad (*allegiance*) depende, parcialmente, del principio de autoridad y, parcialmente, del principio de utilidad.

Ambos principios, comenta el autor, aparecen en todos los gobiernos, pero el de utilidad es más prominente en las democracias.

Termina su artículo David D. Raphael haciendo alusión a las ideas de libertad de Smith. Al igual que Francis Hutcheson, Adam Smith, dice Raphael, creía que la libertad de comercio (*trade*) era indispensable para el progreso económico. Sin embargo, señala el autor, en las *Lectures on Jurisprudence* (i.e. en los *reports* mencionados) es manifiesto que Adam Smith concibe la libertad de comercio como una fase de un más amplio concepto de libertad. Trata la historia del derecho y del gobierno como una apropiada y estable marcha hacia el crecimiento de la libertad y escribe en ocasiones como si esta fuera la razón principal de haber emprendido esta tarea.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

TORTORA, Roberto A., "La inferiorità del diritto nel pensiero di Seneca", *Jus*, Milán, año XXVI, núm. 1, enero-abril 1979, pp. 98-113.

Nada más sugestivo hoy en día que el preclaro pensamiento de Séneca. Concepción del Estado, gobierno de los sabios (sofocracia), cosmopolitismo, lugar del derecho en los grados de perfección de lo social, perfiles que denotan la inferioridad del derecho; resultan ser cinco de los siete incisos, mediante los cuales el autor trata de penetrar en el pensamiento del filósofo hispanorromano, desde un enfoque preferentemente jurídico, sin soslayar el político.

Es posible que desde el título, este estudio despierte escepticismo en los profesionales del derecho. Sin embargo, esperamos que la lectura de esta recensión avive la inquietud de conocer el pensamiento de tan ilustre filósofo, quien en cierto tiempo ejercitara la abogacía.

En el primer apartado, al teorizar el filósofo estoico sobre la sociedad y el derecho, esclarece su pensamiento con intuiciones profundas.

Este célebre pensador influye decisivamente en el famoso quinquenio de Nerón, pues durante el gobierno de éste, impregna de moralidad y justicia las instituciones y el ordenamiento jurídico de su tiempo; al grado tal que el imperio parecía más bien una república (*manebat quaedam imago rei publicae*).

En un segundo párrafo se nos indica que al escribir Séneca sobre la *Clemencia* (*De Clementia*), obra eminentemente de carácter político, encontramos referencias jurídicas muy interesantes enmarcadas siempre por la esfera superior de la Ética. Ahí el filósofo exhorta a la

Roma prepotente, dominadora del orbe hasta entonces conocido, a realizar el más importante y radical cambio de su historia, el de la conciencia moral del ser humano.

Recomendaba también el filósofo que el gobernante (*princeps*) habrá de emitir juicios rectos y realizar acciones justas. El buen gobernante, dice, habrá de comportarse como un buen padre de familia para con sus hijos, es decir, tendrá que ser practicante de las virtudes morales —*kathóρθoma*—, sobre todo de la clemencia, antítesis del *oderint dum metuant* (que me odien con tal que me teman).

La clemencia, aplicada con el más puro método estoico, habrá de ser la mejor vía para que el gobernante conquiste el favor de los gobernados y dirija los asuntos del Estado, segura y serenamente.

Aconseja además, que para evitar caer en una tiranía, el gobernante debe observar las leyes, de modo tal que éstas, como fieles guardianes de la justicia, impidan los abusos del poder. Mas, si ellas son insuficientes, corresponde al Senado hacer realidad dicho control.

Séneca al adaptar el derecho y la moral a la realidad político-social, determinó también un parámetro al oficio de gobernante, parámetro impregnado de moralidad, en el que las concepciones jurídicas se pierden.

La tarea de los líderes, de los mejores, de los pocos, dice el filósofo, es dar ejemplo de virtud para evitar que el mal se extienda. La realidad exige que quienes gobiernen sean prudentes.

En resumen, tenemos aquí dos de las mayores intuiciones de la acción y del pensamiento político seneciano: desconfiar de las masas y encaminar todo esfuerzo al mejoramiento de la clase gobernante.

En otro apartado, se nos explica que en su obra sobre el Ocio (*De Otio*, IV), Séneca se refiere a dos tipos de repúblicas: la república mayor o *pólis universal*, como una ciudad abierta a todos, en la que la regla de conducta (*nómos*) es la razón (*lógos*), habitada por los ciudadanos, seres dotados de racionalidad: hombres y dioses; donde no hay poder constituido, ni tribunales; y la república menor o *pólis positiva concreta*, con una dimensión claramente ideal e intelectual, consiente para unos pocos, los sabios (podría ser la república ateniense).

Se nos indica que el cisma entre la *pólis* y la cosmópolis (ciudad universal) es abisal.

En el cuarto párrafo se nos describe que Séneca está convencido de que sólo si los pocos sabios se involucran de alguna forma en el gobierno del Estado, éste puede producir una convivencia justa. Afirma el filósofo: mejor que la elección racional del político, es su educación racional una vez que ha asumido el poder.

Se asigna un límite al derecho: el derecho depende del poder político,

no sólo por el contenido esencial de las normas, sino también por el funcionamiento de los mismos mecanismos judiciales. Por tanto, *la moralidad de quien detenta el poder político es el fundamento de la justicia social*; sólo si la cabeza razona correctamente, los miembros pueden moverse ordenadamente.

Por otra parte, la ruptura entre sabiduría (virtud) y poder, salvo casos excepcionales, difícilmente podrá ser eliminada; la meta es atenuarla. De aquí hace surgir el filósofo una doble perspectiva: pesimista una —la imposibilidad de constituir un poder justo en sí, que sería el de los sabios—; optimista la otra —la posibilidad concreta de que los sabios conviertan en más justo el poder existente.

Como quinto inciso, el autor nos presenta una topología (más que tipología) del derecho y de las formas de Estado, en relación con los tipos y con los grados de perfección de la sociedad; ello resulta una de las consecuencias más interesantes y perennes del pensamiento de Séneca.

He aquí esquematizado su argumento. *Estado de perfección*: para la *cosmópolis* o ciudad universal, la cual no necesita leyes; ni poder constituido. *Estado de perfección parcial*: para la sociedad natural que no necesita leyes pero sí poder constituido. *Estado de imperfección*: donde gobierna un rey justo, con leyes justas y poder constituido. Aquí se ubica el derecho, como el instrumento que un gobernante justo utiliza para dirigir a una sociedad imperfecta. Este es el tipo de gobierno que este filósofo diseñó para Nerón. *Estado de máxima imperfección*: donde el tirano no necesita de leyes justas.

En el punto sexto, asevera Séneca, que por encima de la sanción jurídica, limitada y circunscrita en los resultados, está la sanción moral, puesto que al tribunal de la propia conciencia nada escapa, castiga sin error y jamás indulta. La norma moral alcanza a todo y a todos; la norma jurídica sólo a aquellos que no tienen suerte para evadirla.

La mayor eficacia del precepto moral, sigue diciendo el filósofo, se manifiesta no sólo después de cometido el delito, sino aun antes de que éste acaezca; pues la norma moral se asoma al ánimo del malhechor, privilegio tal que no se concede a la norma jurídica.

El derecho pues, no castiga la maldad en sí, sino su resultado (la manifestación), es decir, el elemento accidental y extrínseco a sí mismo. El precepto jurídico castiga entonces, las apariencias, mientras que la regla moral siempre la sustancia.

Es categórico el filósofo al argumentar que *el derecho no funciona sin un mínimo de moralidad*. El derecho reafirma, no sólo es inferior sino que también está condicionado por la moral.

Las estructuras del Estado (y entre ellas la jurídica) tienen éxito.

sólo si el poder político está sano, es decir, si obra conforme a la moral y a la razón. En otras palabras, bien poco valen las estructuras óptimas si la iniquidad del poder político distorsiona su funcionamiento. Sin un mejoramiento moral de los hombres, no es posible obtener que el derecho produzca justicia.

Al referirse Séneca, al ámbito judicial, menciona la acción corruptora de las riquezas: "...el incentivo más poderoso de toda infamia es el dinero: intoxica las cosas, mezcla los venenos, entrega las armas a los sicarios..." y es siempre deshonra de nuestra sangre.

Por otra parte, también se nos expresa, que el número excesivo de leyes y sanciones jurídicas, no sólo es ineficaz sino contraproducente para una superación moral y civil de la sociedad. Demasiadas normas, casi consagran el hábito de transgredirlas y debilitan el sentido del remordimiento en quien comete los delitos por ellas contemplados. Y añade, que aquellas fallas que con mayor frecuencia se castigan son las que más continuamente se cometen.

Esta es quizá una de las intuiciones más interesantes del pensamiento seneciano. Nos hallamos frente a una reflexión que sorprende por su claridad: el exceso de leyes indica corrupción generalizada. En breve fórmula: a mayor deshonestidad más leyes y viceversa.

Las leyes, expone Séneca, son un medicamento difícil de usar, pues sencillamente, en vez de curar la enfermedad, la agravan. Nunca se peca por exceso en la moralidad, pero sí por exceso en el derecho.

Quien guía su conducta por normas jurídicas, está psicológicamente predispuesto a corromperse con mayor facilidad que quien lo hace por las normas morales; éste encontrará seguramente el camino a una vida feliz.

Insiste: la norma moral es más amplia que la jurídica, porque ella considera casos que el derecho no puede evaluar y que sin embargo deben ser regulados y juzgados, por ejemplo: ley alguna ordena no traicionar los secretos de los amigos. Además, la fuerza de la costumbre se adelanta al derecho para normar el comportamiento humano. Por lo que, el precepto moral enjuicia, donde el derecho debía juzgar y no lo hizo.

Amén, de que el derecho produce a menudo injusticia; porque el contenido esencial de las leyes puede ser profundamente injusto, verbigracia, la esclavitud en tiempos del filósofo; pues las estructuras judiciales fácilmente se contaminan, provocando estragos entre los inocentes.

Concluye firalmente el autor, diciendo que Séneca, lejos de minimizar al derecho, lo ubica exactamente en la sociedad. Frente a la norma moral, el derecho en el ámbito intra e intersubjetivo, guarda una posición inferior. Esto significa que el derecho frente a la realidad insondable del espíritu humano es limitado.

Por otra parte, nuestro filósofo establece que el derecho es imprescindible en una sociedad caduca; sin embargo, añora la condición de aquellos que no tienen necesidad de recurrir a él. El derecho es un remedio para el cuerpo enfermo, pero *ineficaz sin un mínimo de moralidad*.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

VIGNAUX, G., "Argumentation et discours de la norme", *Langages*, París, núm. 53, 1979.

El autor comienza por afirmar que de todos los discursos cotidianos, el jurídico es el que parece especialmente opaco. Es por ello que en este artículo intenta realizar un análisis de tipo epistemológico-lingüístico, que sitúe al discurso jurídico en relación con otro tipo de discursos. El discurso jurídico, a diferencia, por ejemplo, del tecnológico, tiene la característica de pesar en la vida cotidiana de millones de seres humanos, sin la pretensión de explicarse a sí mismo. Es decir, para el autor, por aquí se desprende una vertiente de análisis sociogremial que describe cómo el jurista y el abogado tienen en el discurso jurídico un arma profesional que se reservan para sí mismos sin expresar mayor interés por difundir tales conceptos a aquellos que sufren o gozan las consecuencias de los mismos. Es por ello que se construye todo un andamiaje que sostenga una necesidad profesional y la justifique ante la sociedad.

Vignaux va a intentar paso a paso mostrar cómo tal andamiaje es de hecho inexistente desde una perspectiva lingüística y de lógica formal. Su primera crítica se dirige al supuesto de que la norma o el conjunto de normas componen una unidad lógica perfectamente construida y que, por lo tanto, juristas y abogados simplemente se dedican a la aplicación de las leyes. Para el autor esta posición es totalmente artificial, pues de hecho la diversidad interpretativa o las diferencias en la interpretación de las leyes varían enormemente, de ahí que no se trate de un código lógico formal perfectamente construido. La justificación tampoco la encuentra el autor en las frecuentes invocaciones a los principios jurídicos, al llamado "espíritu de las leyes", puesto que esas instancias desde el punto de vista epistemológico y lingüístico también están sujetas a la interpretación múltiple.

Para agravar aún más la situación señala el autor que existen diferentes metodologías para el entendimiento de la producción, concate-

nación y aplicación jurídicas. El autor apunta hacia la llamada *ética jurídica* en un intento por mostrar cómo la misma no es otra cosa que una mitificada objetividad de aquel que aplica la ley, que de hecho no escinde la apreciación personal, sino que la disfraza de objetividad. El autor demuestra cómo no se trata de un encadenamiento lógico que lleve a unos y otros a las mismas conclusiones, sino que por el contrario se trata de un razonar permanente a lo largo de la creación, interpretación y aplicación de las leyes. Es decir la llamada *ética* queda reducida a un aceptación de las formas de razonamiento de tal o cual persona.

Vignaux aborda la cuestión también desde la perspectiva de la posible existencia de un lenguaje jurídico y establece que no existe tal, puesto que no se puede hablar de un vocabulario, gramática o de un conjunto de reglas sintácticas especiales. Existe un lenguaje de los juristas que no un lenguaje del derecho. Ahora bien, la discusión para el autor comienza a complicarse en el análisis socio-lingüístico de tal pretensión pues para él todo "discurso es poder". Por aquí se señala en el artículo la vinculación de discurso jurídico a un momento ideológico y cómo este llamado lenguaje toma forma dentro de una concepción más general de producción de pensamiento. Esta lógica de ideas permite toda una interpretación del mundo dando sentido a las diferentes actuaciones sociales. Esta lógica de ideas remite inmediatamente a concepciones y prácticas sociales determinadas que tienen, según la expresión de Vignaux, su génesis en la "exploración misma de los objetos". Así esta lógica condiciona toda la *teatralidad* social que remite a los gestos y actuaciones de los sujetos.

El autor se apoya en la expresión "esquemas generadores de sentido" para descartar la lectura de la norma como representación, razón, etcétera. Se descarta también la posibilidad de una metodológica universalmente válida, es decir que pueda generarse una absoluta objetividad frente a la producción lingüística o discursiva. Para finalizar, y no sin caer en una contradicción con su propio planteamiento, el autor propone una serie de pasos que facilitarían el entendimiento lingüístico de un discurso. Divide así su metodología en la detección de "las selecciones", "las determinaciones", "las prioridades" y "los juicios". Como si ello fuese poco, Vignaux afirma la existencia de ciertas *leyes* "de selección", "de determinación", "de clausura" y "existencia", mismas que permiten el buen entendimiento de la producción lingüística. Al final, y a pesar de que se propone en un principio descartar toda interpretación positivizante, se recurre a un neopositivismoseudokantiano tan peligroso como lo fue el objetivo de su crítica inicial.