

REVISTA DE REVISTAS

Teoría general y filosofía del derecho. . . . . 362

argumentos comunes sobre la existencia de tal composición, y la autoría de Juliano, no son suficientes, por lo que debe mantenerse en este punto la opinión común.

Dando por un hecho la existencia de la composición del edicto, y dentro de la perspectiva histórica que propone sobre tal fenómeno, se pregunta el autor ¿cuál fue el papel de Juliano en la composición del edicto? Esta es, a mi juicio, la cuestión más importante del trabajo; pero como el autor se la plantea en las últimas páginas de su ensayo, poca atención le presta. Piensa que Juliano no tuvo libertad para hacer su trabajo, a causa del interés que tenía el emperador en el mismo, por lo que "no aportó cambios sustanciales al edicto" y que la única innovación de fondo que hizo fue la *nova clausula*, a propósito del edicto sobre la colación de bienes del hijo emancipado en la sucesión hereditaria. Esta afirmación no está probada, y más bien parece una conclusión por vía deductiva derivada de las afirmaciones sobre la política centralista de Adriano y la fijación del edicto a fines de la República. Habría que analizar, en particular, si son o no de la autoría de Juliano el edicto *de inspiciendo ventre*, el de la *actio depositi in ius*, el del interdicto Salviano, y otros, que se presumen obra del jurista. Piensa Torrent, siguiendo a Kaser ("Zum Ediktstil", en *Festschrift Schulz*, II, Weimar, 1951, pp. 65 y ss.), que Juliano tampoco introdujo cambios en la sistemática del edicto; pero esto también requiere estudio particular.

El estudio, sin embargo, resulta interesante en su parte más extensa, dedicada a probar la estabilización del edicto a fines de la República, y a encuadrar ésta como una parte de la política de Adriano.

Jorge ADAME

## TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ATIAS, Christian, "Progrès du droit et progrès de la science du droit", *Proceedings of the XIth Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 25-37.

El artículo de Christian Atias tiene como objetivo, además de hacer profesión de fe iusnaturalista, subrayar la importancia de una clara distinción entre el derecho y la ciencia del derecho. La ciencia del dere-

cho, según Atias, tiene por objeto contribuir a la elaboración y aplicación de las normas jurídicas (principalmente mediante la interpretación). Desde este punto de vista, continúa el autor, el avance reciente más significativo es el que resulta del uso de los métodos sociológicos. La ciencia del derecho, según Atias, también tiene por objeto el conocimiento del derecho. Dentro de este dominio, asegura, la reflexión ha avanzado menos. De ahí que crea conveniente insistir en estudiar las relaciones entre la evolución del derecho y la evolución de sus formas de conocimiento.

Los modos de conocimiento del derecho, dice Christian Atias, pueden aparecer como obstáculos para la evolución de este último. Según el autor este resultado se presenta por tres razones. En primer lugar, observa, el conocimiento del derecho puede ser incompleto. Las decisiones de los tribunales inferiores, por ejemplo, son mal conocidas y su poder soberano se opone, en gran medida, a un conocimiento elaborado. En segundo lugar, indica Atias, el conocimiento del derecho puede ser deformador. Esto ocurre cuando una reforma legislativa se produce y la doctrina la interpreta a la luz de los principios anteriores, "aplicando así, un tipo de interpretación estricta a las innovaciones legislativas o jurisprudenciales". La preocupación de coherencia y recepción de reformas dentro del cuerpo de normas preexistentes puede impedir, según Christian Atias, el progreso del derecho. En tercer lugar, apunta el autor, el conocimiento del derecho puede ser negativo. Cuando una reforma, por ejemplo, daña ciertos valores o desconoce las exigencias de la naturaleza humana. Por todo ello el autor considera que la influencia del conocimiento del derecho sobre la evolución de éste es considerable. Lo es tanto más que el conocimiento del derecho (¿la doctrina? ¿la dogmática?) es confundido con el conocimiento de las normas jurídicas y su papel, insiste el autor, es habitualmente minimizado.

Según Christian Atias el conocimiento del derecho es, en realidad, un medio para su evolución. Lo es así desde que el conocimiento del derecho admite (¿?) que "nuestra ciencia no es un *episteme*: no puede pretender alcanzar la verdad ni cualquiera de sus substitutos como la probabilidad" (Atias, sin duda, alude a K. R. Popper). Por ello, agrega, el progreso de la ciencia no es debido a la acumulación progresiva de nuestras experiencias ni de sus conocimientos parciales. El progreso del conocimiento del derecho, dice Christian Atias, no puede proceder sino por su abertura hacia el conjunto de consideraciones y de argumentos que pueden contribuir al "descubrimiento" del derecho (*sic*). Opina el autor que únicamente el método dialéctico puede contribuir

a lograr un mejor conocimiento del derecho, *i.e.*, determinar diversos indicadores (*leyes*, decisiones judiciales, naturaleza humana (*sic*) (...)) que, dentro de su especie, permiten decir el derecho. Estos indicadores (*reperes*), señala Atias, son siempre, al menos en parte, contradictorios porque existen muchos tipos de justicia (*sic*) entre las cuales es necesario encontrar un equilibrio.

Sostiene Christian Atias que el progreso del derecho y de su conocimiento supone respetar su triple naturaleza: es un fenómeno de poder en una sociedad dada; es un fenómeno cultural y, por último, agrega el autor, es un fenómeno de civilización. Afirma Atias que en el siglo XIX el segundo aspecto fue privilegiado; después de la Segunda Guerra Mundial el papel civilizador ha sido considerado el primordial; a partir de los años sesenta el acento ha recaído sobre la visión del derecho que lo convierte en un fenómeno de la sociedad y del poder. Opina el autor, usando un cándido estribillo, que el formalismo y el positivismo han sido la causa de ello. Pienso, en consecuencia, que corresponde a la doctrina mostrar que, en ningún momento, alguno de los aspectos debe prevalecer sobre los otros. El autor afirma enfáticamente que cualquiera que sean las acciones de poder, cualquiera que sea la evolución de la sociedad, cualquiera que sea su influencia sobre las transformaciones del derecho, el derecho (*¿el conocimiento del derecho? ¿la doctrina?*) se mantiene como el "razonamiento particular que obtiene a partir de reglas generales y abstractas una solución justa gracias a los indicadores que proporcionan las opciones operadas por los diferentes poderes sociales; pero, también, por las exigencias relativamente inmutables de la naturaleza humana" (*sic*).

Concluye Christian Atias diciendo que el "redescubrimiento" del inevitable derecho natural es la condición *sine qua non* tanto del progreso del derecho, como del progreso del conocimiento del derecho. Este redescubrimiento es tanto más urgente, clama Atias atribulado, toda vez que nuevos procedimientos de conocimiento de decisiones jurídicas que recurren a la informática, han sido puestos en acción y es imperioso señalarles sus límites (*?*).

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

BORUCKA-ARCTOWA, Maria, "Can Social Sciences Help Us in Determining the Limits of Law?" *Proceedings of the XIth Congress on Philo-*

*sophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 45-57.

El trabajo de la conocida autora polaca tiene un triple propósito. Primeramente intenta explicar por qué el problema denominado los "límites del derecho" se plantea en la actualidad con particular agudeza. En segundo lugar, expone la complejidad y los diferentes enfoques sobre el problema. Por último, considera que los logros de las ciencias sociales contemporáneas, particularmente los estudios sociojurídicos, pueden ayudarnos para determinar estos límites.

La profesora Borucka-Arctowa considera que las consecuencias del crecimiento súbito de grandes organizaciones sociales, del incremento de la actividad de los legisladores del Estado intervencionista moderno y de las objeciones contra la muy traída "juridicación" de la vida social, hacen que el problema de los límites del derecho se plantee con particular agudeza. Según la profesora polaca, los límites del derecho pueden ser vistos de tres diferentes maneras. En primer lugar, en términos teoréticos, los cuales otorgan atención especial a las limitaciones fácticas que ejercen influencia sobre el dominio de las conductas humanas. De la misma manera, este enfoque teorético acentúa ciertas condiciones reales de la eficacia del derecho, así como de la influencia efectiva que realizan los principios éticos y políticos aceptados sobre los límites de la regulación jurídica. Asimismo, según la autora, los límites del derecho pueden ser considerados en términos postulativos. Dentro de este enfoque, los límites del derecho son vistos a través del prisma de patrones que deben ser seguidos, un ideal establecido por el legislador. El tenor de las regulaciones que el legislador produce se encuentra vinculado con recomendaciones técnico-sociales, así como con principios éticos y políticos que establecen los límites de la acción del legislador. La otra forma en que puede considerarse el problema de los límites del derecho es, según Borucka-Arctowa, en términos normativos. Dentro de este enfoque los límites del derecho son vistos tanto con respecto de las normas que obligan absolutamente al propio legislador, las cuales son independientes de él, o con respecto a la autolimitación del derecho debida a normas constitucionales e internacionales.

Señala la autora que la investigación sobre la eficacia del derecho, i.e., la conformidad de la conducta del destinatario de la norma jurídica con el tenor de esta última, requiere mayor investigación de las diversas ramas de las ciencias sociales sobre procesos de toma de decisión, motivación para el cumplimiento, métodos de obtención de conformidad (coacción, persuasión, estímulos económicos, etcétera). Piensa

la profesora polaca que la investigación sobre la conciencia jurídica, i.e., sobre el conocimiento del derecho, valoraciones y actitudes hacia él, resultan ser un componente esencial de toda investigación sobre las circunstancias que condicionan la eficacia del derecho. Piensa María Borucka-Arctowa que la aceptación social de las normas jurídicas puede ser considerada no sólo como un factor que contribuye a la eficacia del derecho sino, también, como constituyendo algún valor, un principio determinado: como "consenso" social.

Sostiene la autora que el estudio de los límites del derecho implica también la cuestión de la "imposición del derecho" como fenómeno opuesto al consenso social. Observa que estudios recientes sobre las diferentes formas de imposición del derecho, sobre la reacción social que tal imposición produce y sus efectos dentro de contextos sociopolíticos particulares, han arrojado nueva luz sobre las relaciones entre la aceptación del derecho, la conformidad hacia el mismo y su eficacia.

Por otro lado, señala la autora que el problema del cuestionamiento cultural de algunos valores que son tomados en consideración a escala individual y social, es objeto de las ciencias sociales. El factor cultural puede ser considerado como una "variable" que permite encontrar algunas dependencias y elucidar ciertos procesos sociales. Piensa la autora que es también provechoso investigar el grado con el cual nuestra operación con el derecho es efectiva. Este factor puede, sin embargo, ser tratado como aquel valor conectado con los postulados de protección de complejos culturales que permiten el mantenimiento de un *status quo* intocables. Tales postulados son, concluye la autora, los responsables del establecimiento de los límites del derecho en este aspecto.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

BROEKMAN, Jean M., "Law, Anthropology, and Epistemology", *Proceedings of the XIth Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 61-72.

Afirma Jean M. Broekman que la relación entre derecho y antropología es una relación harto compleja. La investigación contemporánea sobre esta relación se presenta a través de tres diferentes dimensiones. La primera es la que Broekman llama: "dimensión ontológica". Aquí

encontramos, señala el autor, enunciados clásicos que se refieren a la esencia del hombre como base del derecho, de la justicia y de privilegiados tipos de órdenes jurídicos y políticos, donde surgen conceptos como "democracia", "estado de bienestar", "libertad", "coerción". Estos enunciados, dice Broekman, son, de manera general, de naturaleza esencialista y presuponen una definición antropológica fija como fundamento y legitimación del derecho. Para Broekman es evidente que estos patrones de razonamiento filosófico refuerzan ciertos tipos de filosofía jurídica (*e.g.*, doctrinas del derecho natural), así como tipos correspondientes de pensamiento jurídico (*e.g.* una dogmática jurídica rígida).

La segunda dimensión a la que se refiere Jean M. Broekman es la que denomina: "dimensión antropológica" en el sentido más estricto y técnico de la expresión. El orden jurídico como tal y el funcionamiento efectivo del derecho positivo, son analizados en comparación con sistemas culturales en sus dimensiones antropológicas. Este tipo de estudios comparativos, en opinión de Broekman, puede proporcionarnos cierto esclarecimiento sobre la forma en que los valores culturales se articulan o se incorporan en teorías sobre la existencia del derecho y de los sistemas jurídicos. Asimismo, agrega Broekman, permite a los teóricos estudiar los componentes jurídicos preponderantes como articulaciones de valores y opciones culturales más generales.

Sostiene el autor que ambos tipos de comparación muestran qué tanto hay conflicto entre la imagen del hombre dentro del derecho y la imagen del hombre dentro de la cultura y las ciencias humanas en general. Observa Broekman que aparentemente no existe armonía entre las dos imágenes, *i.e.*, no existe un denominador antropológico común. (Ciertamente, apunta, el enfoque ontológico sugiere tal armonía.)

La tercera dimensión que considera el profesor Broekman es la que llama: "dimensión epistemológica". Dice el autor que en esta dimensión la imagen del hombre, creado por la ciencia jurídica y el derecho positivo efectivo, es interpretada como condición necesaria para el funcionamiento de cualquier sistema jurídico. Afirma Broekman que esta dimensión viene a abolir, en el sentido dialéctico de la expresión, las dos dimensiones anteriores. El reconocimiento de estructuras ideológicas y el resultado de los proyectos comparativos transculturales tienen que ser sistematizados para que una epistemología comprensiva del fenómeno jurídico pueda ser formulada.

Para Jean M. Broekman existe una estrecha relación entre estas tres dimensiones. Todas ellas comparten un interés fundamental en la necesidad de fundamentar y legitimar el derecho positivo, así como el

derecho y el Estado como ideas generales. Sin embargo, esta necesidad tiene que ser interpretada como funciones narrativas, *i.e.*, como estratégicas de la cultura jurídica dentro de un marco más comprensivo y no como un mero momento dosificado de cultura. Así, la cuestión antropológica de si la imagen jurídica del hombre es compatible con la de las ciencias humanas es llevada a una más amplia perspectiva.

Broekman se pregunta: ¿la imagen de un hombre construido por el derecho es compatible con la imagen de un hombre dentro de un sistema cultural dado, con autointerpretación de sus propias experiencias? La respuesta, señala el autor, debe ser afirmativa y negativa a la vez. La compatibilidad se observa en tanto este sentimiento es la expresión de un exitoso proceso de internalización de los valores culturales y de las normas. La incompatibilidad, a su vez, es sentida como resultado de la experiencia inmediata de ser súbdito de un orden jurídico específico.

Señala el profesor Broekman que el enfoque epistemológico esclarece las transformaciones que ocurren entre las esferas de la subjetividad en el mundo del derecho y la vida cotidiana. Estos procesos de transformación son de gran importancia para el conocimiento de la estructura interna de un sistema jurídico. Este proceso de transformación, señala el autor, se presenta no sólo a nivel de conocimiento científico, sino, también, a nivel de los hechos de la vida cotidiana; la vida diaria, dice Broekman, tiene que ser transformada en una realidad jurídica antes de que un derecho positivo pueda ser concientizado. Estas transformaciones, dice el autor, son de naturaleza semántica compleja y su relevancia para las tres dimensiones mencionadas tiene que ser tomada en consideración.

Afirma el autor que el problema complejo de la interrelación del derecho y la antropología conduce hacia una teoría del discurso jurídico y de sus específicas estructuras narrativas. Para Broekman la especificidad del discurso jurídico puede ser encontrada en las principales características de las dogmáticas jurídicas, las cuales reflejan exactamente la imagen del hombre creado por el derecho, al transformar, precisamente, el discurso general en un discurso jurídico específico. Muchas características del derecho son, opina Broekman, derivaciones de esta articulación dogmática específica de valores en normas jurídicas.

Señala Broekman que dos marcos teóricos tienen que ser elaborados para enfrentar este último problema. Primeramente, la teoría del lenguaje implícita en el derecho. Según Broekman el lenguaje jurídico no es un mero instrumento en las manos del jurista, sino una forma cultural que caracteriza a las dogmáticas jurídicas y las capacita para



crear su propia imagen del hombre. El segundo marco de referencia es la teoría de la institución implícita en el derecho. Concluye Broekman señalando que las normas e instituciones no son componentes adicionales del discurso; normas e instituciones, por un lado, y discurso, por el otro, se implican entre sí.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

CASAMIGLIA, Albert, "Sobre la función de los juristas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, nueva época, núm. 5, 1982, pp. 139-144.

La sociedad ha asignado a todo profesional una función a desarrollar. Obviamente el jurista —teórico o práctico— no es la excepción.

El doctor Casamiglia persigue, en este escrito, describir las ideas que sobre su rol social han tenido los juristas en el pasado y en el presente siglo; básicamente el autor se ha detenido a considerar a los que él califica como (juristas) *prácticos*, es decir, el juez y el abogado.

Según el autor, se reducen a dos, uno por cada centuria, los arquetipos de juristas.

*Conservador-legalista*, es el mote que se le asigna al jurista del siglo pasado, era de la codificación, época de la racionalización de lo jurídico; por cuanto el profesional del derecho tenía como tarea sólo *custodiar, transmitir, interpretar y aplicar la ley sin modificarla*, debía acatar el dicho del legislador sin discusión, pues su criterio, consistente y completo, bastaba para resolver los conflictos sociales; por lo que el jurista nunca debía recurrir a razones extralegales.

La certeza del derecho y la seguridad jurídica, así como la pureza originaria de la ley establecida por voluntad popular, fueron los cimientos ideológicos que sostuvieron dicha concepción del jurista dimitonómico.

El cambio social que se experimenta en los albores del siglo xx, provocó la crisis del prototipo anterior y el surgimiento del modelo sustituto —el del *jurista innovador*—, cuya función social ha sido resolver eficaz y justamente los problemas, legal o extralegalmente; con, sin o a pesar de la ley; auxiliado por otras ciencias como la psicología, la economía, la biología, etcétera.

Legítima esta nueva actitud, el principio de la resolución eficaz y justa de las controversias, aunque no necesariamente con apego a la

ley; a cambio de ello, se ha de pagar el precio de la inseguridad jurídica.

Después de caracterizar a estos dos modelos, Casamiglia expresa: "es posible que se tenga una idea de lo que se hace, distinta a lo que *realmente se hace*", pues en su opinión lo que *realmente* realiza el jurista, no se encuadra precisa y exclusivamente en uno u otro de los parámetros analizados, sino que surge de la concertación de ambos.

Es decir, deber del jurista es *conservar innovando e innovar conservando*. Conciliador de los principios antagónicos, factor de criterios altamente eficaces pero mínimamente inseguros. Ello significa buscar y encontrar argumentos sólidos que superen la literalidad de la ley, cuando su aplicación estricta produzca soluciones injustas e ineficaces.

Cierra el autor, este ensayo, con una interrogante que deja a nuestra reflexión: si la función social de los juristas no surge de la sabia combinación de ambos paradigmas contradictorios, ¿cómo podrá ser de otra manera?

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

CERRONI, Humberto, "Sobre la historicidad de la distinción entre derecho privado y derecho público, *Critica Juridica*, Puebla, Pue., núm. 0, 1984, pp. 85-92.

Para el autor, la evolución de la relación derecho público-derecho privado revela un desarrollo que parte del primado del derecho público y conduce gradualmente a una subordinación del primero al último. Sin embargo, él mismo observa que ni los primeros iusnaturalistas partidarios de la prioridad del derecho privado cuestionaron el carácter esencial del derecho público. De la misma manera, tampoco los iuspublicistas modernos pueden socavar los fundamentos del derecho privado. Para Cerroni, ni siquiera la escuela del "derecho social", con su pretensión de socializar el derecho, ha dejado de admitir implícitamente la irreductibilidad del ámbito de la propiedad privada. La "función social" de la propiedad, no implica una socialización de la propiedad en sí, sino exclusivamente del derecho de propiedad. De lo que el autor concluye que en el mundo moderno el binomio derecho público-derecho privado se presenta como irreductible.

Cerroni cita a Orlando y Solari, para equiparar el paralelismo entre derecho público y privado con el de Estado e individuo. Desarrollo

este último que ha provenido de la evolución histórica que ha independizado al individuo del grupo, es decir, de la esclavitud y de otros vínculos personales como el vasallaje y de organizaciones gremiales. Los estados embrionarios o precursores del individuo moderno, como son la persona jurídica de la antigüedad y el concepto cristiano de la responsabilidad personal, no llegan a generalizarse y a caracterizar a sus sociedades, donde subsisten sectores sometidos a la esclavitud y al vasallaje. El proceso que ha llevado a una concepción moderna del individuo, ha requerido de la desaparición de los vínculos de casta o de gremio, lo que ha permitido la universalización del derecho, como mediador general de procesos interpersonales. Asimismo, la liquidación del contenido patrimonialista del poder público ha permitido el establecimiento de una esfera general independiente y oponible a la del conjunto de esferas privadas. Por tanto es posible conceptualizar a los ámbitos de la sociedad y del Estado, como relativamente diferenciados e, incluso, en ciertos supuestos, como autónomos. Otra forma de percibir la diferencia entre modernidad y antigüedad, para los motivos de la diferenciación entre lo público y lo privado, es el concepto de la libertad. En el mundo antiguo existió una integración y una subordinación del individuo a la sociedad y al Estado. Las antiguas repúblicas tenían derecho a regular la vida privada de los ciudadanos; según Taine estos últimos pertenecen a las primeras como una abeja a una colmena, son *un organe dans un organisme*. De ahí que prácticamente no hubiese distinción entre lo ético y lo político. La autoridad pública no se contrapone a la vida privada, por lo que la representación no es una noción desarrollada. "Platón y Aristóteles son, desde este punto de vista, los teóricos y los defensores de una concepción armónica y orgánica que funde al individuo en la sociedad-Estado, y plasma al ideal público como ideal ético." De ahí también que en la sociedad moderna el hombre sienta la necesidad de pertenecer, para evitar la sensación de no tener raíces, según lo afirma Giovanni Sartori.

Es en el Imperio romano donde surge por primera vez en forma incipiente la separación de lo público y lo privado, así como el individualismo; los límites a estos desarrollos son, sin embargo, los de una sociedad mercantil, pero todavía esclavista. Durante la Edad Media, vuelve a imponerse la privatización de la esfera pública, en la forma de patrimonialismo, y la individualidad vuelve a ser subsumida dentro de los grupos. Sin embargo, el feudalismo tiene características únicas y hasta cierto punto revolucionarias. En primer término, como afirma Perry Anderson, se trata de una relación sinalagmática. En segundo término, en la sociedad esclavista el soberano es el que modelaba al

propietario, mientras que en la sociedad feudal es a la inversa. Para Cerroni, el mundo moderno permite el surgimiento del individualismo como liberación, en primer lugar, del individuo, del grupo social en el que se encontraba inmerso. La sociedad moderna es una sociedad de clases, pero no de clases cerradas. A pesar de las clases, existe una igualación del ciudadano. Así, la esfera pública se despersonaliza al independizarse de toda connotación privada. La aparente independencia del Estado de la sociedad requiere de la representación. Por ello, para Constant "la libertad política moderna consiste en hacerse representar, en disfrutar una propia autonomía privada o libertad civil que se separan de la vida pública". Es particularmente interesante, en relación con lo anterior, la cita de Alexis de Tocqueville:

La Revolución francesa ha obrado, con respecto a este mundo, de la misma manera que han obrado las revoluciones religiosas con respecto al otro mundo: ella ha considerado al ciudadano de una manera abstracta, fuera de toda sociedad determinada, exactamente como las religiones consideran al hombre en general, independientemente de su país y de su tiempo.

En la sociedad moderna, la unidad se convierte de inmediata a abstracta o mediata; el nexo de los individuos entre sí ya no es confiado a vinculaciones personales de dependencia, sino al movimiento objetivo de las cosas, de sus productos. En la sociedad moderna, para captar la unidad, es necesario descender al nivel de la relación de producción; debemos enfocar a los individuos como articulados en un sistema de producción, donde el más alto grado de independencia personal se encuentra balanceado por el más alto grado de interdependencia, que proviene de una extrema división del trabajo. Las relaciones en la sociedad moderna siguen siendo entre personas, pero son distintas, están mediadas por el intercambio que se basa en signos abstractos de valor convencional. La relación laboral abstracta, que sustituye a los vínculos personales, opera como un denominador común de intercambio. Como resultado de las relaciones objetivas de intercambio, el hombre aparece como persona igual e independiente, se abstraen las determinaciones sociales adscriptivas. La independencia de las personas iguales requiere de una articulación a un nivel superior que sea independiente de ellas y garantice las condiciones objetivas de intercambio; la esfera pública. En tanto que regulador de las relaciones de las personas privadas, el Estado aparece como relativamente autónomo de ellas; pero contempladas todas en su conjunto, como sociedad, es esta última la que regula y subordina al Estado.

Cerroni concluye que el derecho tiene su propia especificidad, "pero en el marco de una funcionalidad definitiva con respecto a un tipo histórico de organizaciones sociales, y que las categorías jurídicas son, por lo tanto, categorías específicas pero no autónomas, son específicas y funcionales". Por ello, siendo que la diferenciación entre derecho privado y derecho público es una función referida a un modo de organización social específico, es necesario analizarla en relación con este último. Cerroni nos previene contra el análisis de las instituciones del pasado como "meras anticipaciones telcológicas de la modernidad". Las categorías jurídicas, deben ser analizadas con referencia a la estructura material de la sociedad, para evitar percibir las exclusivamente como valores meramente culturales, explicados en función de otros valores y perdiendo con ello la función histórica real de dichas categorías. Asimismo, se evitará "disolver la sociedad en la naturaleza", "... como el disipar a la naturaleza resolviéndola en la esfera de los valores espirituales".

Debemos conceptualizar a la sociedad "como un modo determinado de intercambio entre el género humano y la naturaleza", "... como un nivel histórico de socialización de la naturaleza". Aun cuando esta última afirmación de Cerroni es una clara derivación del pensamiento de Marx, y así lo reconoce el mismo autor, también menciona a John Dewey como antecedente de su afirmación. El reseñador considera que, si bien el tratamiento del tema de la distinción entre el derecho público y el privado podría haberse ampliado, las observaciones metodológicas y de deslinde teórico que contiene el artículo son de especial relevancia; con independencia de que el enfoque del tema sea en sí mismo suficientemente omnicompreensivo.

Manuel BARQUÍN ALVAREZ

MALT, Gert-Fredrik, "On Deontic Probability", *Proceedings of the XIth Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 197-213.

En este artículo Gert-Fredrik Malt introduce y explica un concepto de probabilidad "deóntica" o "normativa" (denominada en alemán: "*Gültigscheinlichkeit*"). Este concepto es formulado por Malt como analogía de los conceptos tradicionales de probabilidad, desarrollados en relación con los enunciados declarativos.

Sostiene el autor que existen normas, denominadas 'normas probabilísticas' que pueden ser entendidas justamente como constituyendo un tipo probabilístico. Piensa Malt que la diferencia principal entre un enunciado probabilístico declarativo y uno normativo (*ie.*, una norma probabilística) reside en que este último, al señalar que algo debe ser el caso, no es susceptible de ser verdadero o falso.

Asumiendo que las normas pueden ser representadas como condicionales, dice Gert-Fredrik Malt que la cualificación de una norma como probabilística podría ser entendida como la cualificación del condicional de forma particular. Por ejemplo, añade, la norma puede ser considerada como estableciendo, cuantitativamente, que dado  $p$ , entonces se sigue  $q$ , no en todos los casos sino en un relativo número o frecuencia de casos (que corresponden a algún coeficiente de probabilidad). De esta forma (o alternativamente) la norma puede ser considerada como restringiendo cualitativamente la "fuerza" afirmativa (*assertive*) de la norma.

El objetivo general del trabajo de Malt es analizar algunas implicaciones teóricas y prácticas de estas diferentes concepciones de normas probabilísticas, relacionándolas con diversas teorías "subjettivas" y "objetivas" de probabilidad. Malt defiende el argumento de que la adopción de una noción de probabilidad deóntica nos permite un mejor entendimiento del funcionamiento de los procesos de argumentación jurídica y de diversos tipos de normas "calificadas".

Dice Gert-Fredrik Malt que las normas probabilísticas pueden ser expresadas directa e indirectamente de distintas maneras: 1) Un ejemplo de una expresión normativa (*norm-expression*), que podría interpretarse como indicando directamente una norma probabilística, tendría la forma siguiente: si  $p$ , entonces *como regla*  $q$ . 2) La mayoría de los principios generales de la moral y de la argumentación jurídica, así como las "obligaciones *prima facie*" deben ser interpretados, señala Malt, como normas probabilísticas. 3) Sostiene Malt que otra fuente importante para la identificación indirecta de normas probabilísticas son los llamados "lineamientos" ("*guidelines*") o "estándares jurídicos", *ie.*, normas que indican qué argumento debe ser tomado en cuenta o qué peso atribuirle para decidir en favor o en contra de cierto resultado. Tales normas, al regular directamente los procesos de decisión, pueden ser consideradas, opina Malt, como expresando de forma indirecta normas probabilísticas al establecer una relación condicional probabilística válida entre los argumentos indicados y el resultado de las decisiones. 4) Según Malt, las normas probabilísticas también pueden encontrarse implicadas o "escondidas" en la aplicación de "normas dis-

crecionales” y en el derecho creado judicialmente. La reconstrucción de las normas probabilísticas implicadas en tales casos constituye, afirma Gert-Fredrik Malt, un importante objeto de investigación en el dominio de la dogmática jurídica.

En otra sección del trabajo Gert-Fredrik Malt analiza algunos métodos y criterios usados para establecer o reconstruir buenos o correctos indicadores (coeficientes) de probabilidad. Asumiendo un principio de correspondencia entre indicadores cualitativos y cuantitativos, Malt se plantea la cuestión de cómo “traducir” un indicador de un tipo al indicador correspondiente del otro tipo. Otra cuestión importante que enfrenta Malt es hasta qué grado los métodos estadísticos y los otros métodos de descripción e inducción analítica (como los utilizados en las ciencias sociales) pueden ser usados de forma análoga para establecer coeficientes cuantitativos de probabilidad de normas probabilísticas (teniendo en cuenta el papel diferente que los hechos y la evaluación juegan en contextos normativos).

Considera Malt que el principal problema para entender la noción de probabilidad deóntica consiste en cómo interpretar y aplicar normas probabilísticas en casos particulares. Con respecto a este problema Malt señala que una peculiaridad de las normas probabilísticas es que éstas no determinan inmediatamente el resultado de cada caso particular, sino únicamente de una serie de casos. Afirma el autor que las normas probabilísticas tienen que ser aplicadas necesariamente a través de decisiones, en las cuales otros tipos de argumentos son también tomados en cuenta. Sin embargo, afirma Malt, no otorga completa libertad de decisión al titular. De algún modo hacen a este último responsable tanto de alguna última realización (e.g., de la frecuencia indicada), como de tomar debido cuidado del argumento específico en casos particulares (e.g. al juzgar hasta qué grado el caso es típico en relación con los casos considerados por el legislador).

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

OPALEK, Kazimierz, “Kelsens Kritik der Naturrechtslehre”, *Rechtstheorie*, Berlín, R.F.A., Beiheft 4, 1982, pp. 71-86.

Este ensayo del profesor polaco es muy interesante por varios motivos: en primer lugar, porque expone la historia del pensamiento de Kelsen en relación con el derecho natural y su crítica; en segundo lugar,

porque expone de modo claro y sucinto el contenido de las principales críticas kelsenianas al iusnaturalismo, y, por último, presenta algunas breves correcciones al pensamiento de Kelsen.

Las críticas fundamentales de Kelsen a las teorías del derecho natural, tal como son presentadas por Opalek, son las siguientes:

a) Las teorías del derecho natural desconocen o descartan el dualismo lógico-formal entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*), entre realidad y valor, entre enunciación y normación. La tesis central del derecho natural es la que afirma que es posible deducir normas prescriptivas de enunciados descriptivos sobre la naturaleza. Esto supone que las normas son inmanentes a la naturaleza, que ésta es valiosa. Esto entraña un sofisma, pues la deducción de normas a partir de enunciados sobre la naturaleza es sólo aparente, pues esas normas son presupuestas en el concepto de la naturaleza.

b) Toda norma es el sentido de un acto de voluntad y toda norma positiva es el sentido de un acto de voluntad real. No existen normas que sean el sentido de actos de pensamiento. Si se afirma la existencia de una norma no positiva, entonces se afirma que ella es el sentido de un acto de voluntad ficto, imaginado. Sobre esta "ficción" se apoyan las normas "pensadas" del derecho natural.

c) El derecho positivo y el natural se excluyen mutuamente. La existencia de un orden normativo coactivo creado por actos "arbitrarios" de voluntad de hombres específicos, hace imposible la concepción de un orden normativo no coactivo con el mismo ámbito de aplicación que el derecho positivo, es decir, la conducta humana. Si el derecho positivo y el Estado se coimplican, o mejor, son idénticos, la concepción del derecho natural implica la afirmación de la existencia de un orden social no estatal, no coactivo. Esto es un "anarquismo ideal", el cual haría superfluo al derecho positivo y al Estado. Sin embargo, la doctrina del derecho natural postula la necesidad del derecho positivo y permite su coexistencia con él, con lo cual se afirma que el derecho natural tiene que positivarse o que el derecho positivo "naturalizarse", en el sentido de aceptar el contenido de las normas de aquél.

d) La tesis del valor absoluto del derecho natural debe conducir a la afirmación de que sólo *un* derecho natural puede existir. Sin embargo, desde la antigüedad hasta el presente, aparecen una multiplicidad de doctrinas iusnaturalistas, con múltiples, diferentes y hasta contradictorios contenidos.

e) Bajo el supuesto de la coexistencia del derecho natural y el derecho positivo, las doctrinas iusnaturalistas afirman que las normas de éste que contradigan las normas de aquél, deben ser consideradas como



inválidas. Esta es la consecuencia del enunciado que establece la subordinación del derecho positivo al natural. Esta tesis no puede ser sostenida empíricamente.

Existen otra serie de críticas hechas por Kelsen al derecho natural, al considerarlo como una ideología.

En primer lugar, la tesis de que los valores o las normas son inmanentes a la naturaleza (*supra* inciso a) conduce a la tesis de que la naturaleza es una ordenación de origen divino. Por ello, toda teoría iusnaturalista tiene un carácter metafísico-religioso. Esta tesis de Kelsen tuvo un desarrollo paulatino y fue generalizada y radicalizada durante el transcurso de su labor teórica.

En segundo lugar, este fundamento metafísico-religioso de las normas del derecho natural le confieren la apariencia o el carácter aparente de ser absolutamente justas y verdaderas. En esto ve Kelsen sólo el intento de justificar de modo objetivo juicios subjetivos de valor.

En tercer lugar, la concepción iusnaturalista de las normas como puramente pensadas, como sentidos de actos de voluntad fictos, tiene como supuesto la identidad entre la voluntad y el pensar, identidad que es una cualidad de la divinidad. La relación con el carácter metafísico-religioso del derecho natural es aparente.

En cuarto lugar, la teoría del conocimiento que fundamenta el dualismo del derecho natural y el derecho positivo, tiene un origen psicológico. La epistemología que se encuentra en la base del iusnaturalismo es la teoría de que el conocimiento reproduce el objeto de conocimiento y, además, hace una duplicación de este último: el deseo de encontrar la "esencia" de las cosas conduce al hombre a preguntarse por lo que está "detrás" de ellas y, por tanto, conduce a un campo que se encuentra fuera de la experiencia. Este proceso intelectual tiene su raíz en una fundamental desconfianza del hombre dirigida a sí mismo, en especial, a sus percepciones y experiencias.

Por último, Kelsen afirma que hay tres tipos de doctrinas iusnaturalistas: las que afirman de manera pesimista el dualismo de derecho natural y derecho positivo, lo que se manifiesta como anarquismo idealista y iusnaturalismo revolucionario; las que lo afirman de manera optimista, que se manifiesta como conservadurismo, y las que presentan un derecho natural relativo, que se manifiesta en tendencias reformistas.

En relación con las teorías del derecho natural, el positivismo para Kelsen constituye una teoría realista o empírica del derecho, mientras que aquéllas son calificadas de "idealistas", con un cierto tono peyorativo.

La última parte del trabajo de Opalek consiste en hacer algunas correcciones, fundamentalmente de énfasis y de precisión de conceptos, a las tesis de Kelsen. Por ejemplo, no es clara la distinción entre acto de pensamiento y acto de voluntad, y manifiesta su duda de que sea posible la existencia de un acto de voluntad sin pensamiento inmanente.

Afirma que es posible comprender al derecho natural como un orden normativo de carácter coactivo, como puede verse en algunas doctrinas iusnaturalistas (Hobbes y Fuller). Considera que es exagerada la tesis de que todo derecho natural supone una ordenación creada por la divinidad y que no todo iusnaturalismo es conservador.

La valoración de Opalek de las críticas kelsenianas a las doctrinas iusnaturalistas es positiva, en el sentido de que, en nuestro siglo, es la más profunda y sistemática, la que ha descubierto los supuestos y señalado las consecuencias del dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo.

El valor del trabajo de Opalek consiste fundamentalmente en la recopilación, sencilla y clara, de las críticas centrales de Kelsen al iusnaturalismo. Sin embargo, debe hacerse la observación de que en él no contiene una exposición profunda de algunas de sus críticas ni un análisis teórico de los diversos problemas que las críticas kelsenianas a las doctrinas del derecho natural pueden suscitar.

Ulises SCHMILL

RAZ, Joseph, "Autoridad y consentimiento", *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 391-424.

Joseph Raz parte del presupuesto de que no hay obligación de obedecer al derecho; ni siquiera una obligación *prima facie*, y ni aun en una sociedad justa. Este presupuesto no es el que el autor directamente desarrolla; en su lugar aborda el problema de la aceptación de la autoridad.

Raz se pregunta: ¿si no hay obligación de obedecer el derecho no acaso se sigue que el Estado no tiene autoridad sobre sus ciudadanos? El autor analiza diferentes intentos que tratan de probar que el reconocimiento de una autoridad no implica la creencia en una obligación de obedecerla. Raz muestra cómo estos intentos fracasan.

Joseph Raz presupone que estamos tratando con un Estado razonablemente justo ("las actitudes de las personas hacia un Estado fundamentalmente injusto no son de interés práctico"). Raz señala que negar la obligación de obedecer el derecho no significa, por supuesto, que se debiera desobedecerlo o que no tenga importancia obedecer o desobedecer; significa simplemente negar la existencia de un argumento cuya conclusión sea que si el derecho de un Estado requiere de un particular comportarse de cierta manera que éste tenga la obligación de hacerlo. Así, la negación de una obligación de obediencia sería compatible con la afirmación de que en muchos casos uno está obligado a ajustarse al derecho con tal de que la fuente de la obligación no sea el requerimiento de la acción por el propio derecho.

Como Raz se coloca en la hipótesis de un Estado razonablemente justo, una categoría de actos de desobediencia no está afectado por el presupuesto de su punto de partida: los actos de desobediencia políticamente motivados. Para Raz existe una razón general y válida para abstenerse de la desobediencia política ya sea de la desobediencia civil o revolucionaria; se deben apoyar las instituciones justas, y en un Estado justo se debe apoyar al Estado.

Observa Raz que a menudo se sostiene que aquellos que se proponen la desobediencia civil deben tener un argumento sólido para justificar tal acción, un argumento suficientemente fuerte para reemplazar una razón *prima facie* para no comprometerse a tal acción. Desafortunadamente, afirma Raz, muchos autores han exagerado el argumento pretendiendo establecer una obligación general de obedecer el derecho. Señala Raz que la suposición de que: 1) un ciudadano no tiene una obligación general de obedecer al derecho ni aun en un Estado justo, suscita la cuestión de la actitud adecuada de una persona con respecto de su Estado. Dice Raz que esta cuestión puede ser articulada con otra que subyace en este tipo de tratamiento: 2) los Estados justos son posibles ("no hay nada en la naturaleza o condición humanas, en la naturaleza o en la historia que haga su realización imposible"). Este último presupuesto subraya Raz es un rechazo del anarquismo fuerte. Al mismo tiempo, observa el autor, (1) es un presupuesto anárquico débil porque constituye un rechazo a la autoridad del Estado.

Frecuentemente se sostiene que tener autoridad es tener un derecho de ordenar, un derecho al cual corresponde una obligación de obedecer que recae sobre aquellos que están sujetos a esa autoridad. Sin embargo, 1) niega la autoridad del Estado, incluso la del Estado justo; 2) justifica, bajo ciertas condiciones, la existencia del Estado. Raz se pregunta: ¿no acaso es una contradicción un Estado justo sin autoridad

legítima? Algunos aspectos de esta paradoja aparente son problemas que Raz trata de resolver.

Sostiene Raz que un intento importante por disolver la paradoja es reinterpretando la noción de autoridad de manera a hacerla consistente con (1). Una interpretación con la cual se obtiene este resultado hace a la autoridad legítima dependiente de la autoridad *de facto*, y define la autoridad legítima como autoridad *de facto* justificada. Este análisis, afirma Raz, fracasa porque la noción de autoridad *de facto* no puede ser entendida sino con referencia a la autoridad legítima. (Sobre este tema puede consultarse el libro de Joseph Raz: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982, pp. 19-44.) Para tener autoridad *de facto* —ésta es la idea fundamental de Joseph Raz— no es suficiente con disponer de poder, es necesario que este poder esté unido a una pretensión de autoridad que sea eficaz, al menos parcialmente a través de las creencias de las personas: la autoridad, afirma Raz, no es meramente una fuerza manipuladora, sino directa y normativa.

Dice Raz que característicamente la autoridad afecta el razonamiento práctico de las personas por medio de enunciados *autoritativos* (M. D. Farrell y C. S. Nino usan la expresión 'autoritarios'). Para esta postura es condición necesaria para que una persona tenga autoridad que algunos de sus enunciados sean autoritativos. Dice Raz que muchas concepciones de la autoridad son interpretaciones diferentes de esta forma de inferencia, a las cuales Raz denomina 'la concepción del reconocimiento'. Señala Raz que la concepción del reconocimiento evita la paradoja de una forma diferente: los enunciados autoritativos son razones, pero razones para creer, no para la acción. En consecuencia, considerar a alguien como autoridad no implica la creencia de que uno tiene una razón para obedecerlo. Ahora bien, plantea Raz, si los enunciados autoritativos son simplemente razones para creer, y no afectan la acción, dicho enfoque no esclarece el problema de la autoridad práctica. De ahí que, deba rechazarse el enfoque del reconocimiento.

El profesor Raz continúa su análisis reflexionando sobre el dilema aparente de la explicación de la autoridad moral de Dios. Señala que hay varios modos tradicionales de luchar contra este dilema; uno de ellos es el que Raz llama inspiracionista (el amor que Dios inspira en todos los que lo "conocen" produce la motivación para actuar). Una vez explicado el dilema, Raz se pregunta si este es el modelo sobre el cual funciona toda autoridad humana. Raz procede a analizar el tipo de razones que la autoridad inspiracionista implica. Dice Raz que cierta autoridad carismática participa de esta idea inspiracionista de autoridad;

sin embargo, agrega, ésta es una explicación secundaria de la autoridad política: la mayor parte de las autoridades políticas y todas las autoridades teóricas no son reconocidas a través del amor y no son inspiracionistas en carácter. En consecuencia, indica Raz, esta concepción no toca la esencia de la autoridad; explica simplemente algunos rasgos que pueden acompañarla.

Joseph Raz dice que los enunciados autoritativos son razones de "contenido independiente". Señala que no hay condición directa entre la razón y la acción o creencia de las cuales aquélla es una razón. La razón está en el hecho aparentemente extraño "de que alguien con autoridad ha dicho eso". El hecho de que las razones autoritativas sean "de contenido independiente" es un rasgo que nos permite diferenciarlas de otras muchas razones, incluyendo otros varios tipos de declaraciones que también son razones. Raz distingue a los enunciados autoritativos de las promesas y juramentos, así como de las amenazas y ofertas. Destaca la explicación que hace de las peticiones. Afirma Raz que las órdenes y los mandatos se encuentran entre las expresiones típicas de la autoridad práctica. Su análisis ayuda a esclarecer la naturaleza de los enunciados autoritativos particularmente cuando se comparan con las peticiones. La diferencia sustancial que encuentra Raz es que una orden válida impone una obligación, mientras que las peticiones son razones ordinarias.

Respecto al consentimiento, dice Raz, que la larga tradición que considera al consentimiento como fundamento de la autoridad legítima, exhibe dos líneas separables de pensamiento. Una, derivada de Hobbes y Locke, considera al consentimiento otorgado como una expresión de auto-interés racional e instituido. Este es, dice Raz, un enfoque instrumentalista. El otro enfoque proviene de Rousseau, el cual considera al consentimiento de forma no instrumental: el consentimiento es, más bien, un elemento constitutivo, tanto de la condición de la persona que lo da, como de la sociedad que resulta de ésta.

Afirma Raz que el uso esencial de 'consentimiento' es su sentido performativo. 'Consentimiento' significa: 'permitir un cambio en la situación normativo de otro'. Particularmente importante es la concepción de Raz sobre el consentimiento no-instrumental. Una persona puede, mediante el consentimiento, intentar modelar la forma de su mundo moral. Raz piensa que nosotros somos, en grado considerable, los autores de nuestro mundo moral. El resultado de su análisis es que el consentimiento de la autoridad de un gobierno justo es *no-instrumentalmente* válido si es otorgado como expresión de una actitud de identificación con la sociedad. En virtud de que sólo algunas personas con-

sienten efectivamente a la autoridad de su gobierno, dice Raz que los teóricos frecuentemente han tratado de extender la noción de consentimiento para abarcar casos en donde "no hay consentimiento". Al respecto sostiene Raz que no necesita extender la noción de consentimiento, sino examinar las razones por las cuales éste se convalida a través de un largo proceso de identificación. (*vid.*, *La autoridad del derecho*, *cit.*, pp. 301-321.) Dice Raz que la convalidación es producto de un proceso gradual, tan largo como el proceso por el cual se adquiere el sentido de pertenencia a una comunidad y la identificación con ella. Las personas que comparten tal identificación tienen una obligación de obedecer el derecho, obligación que adquieren a través de la conducta de su propia vida como autores parciales de su propio mundo moral.

Raz concluye señalando que aquellos que consienten la autoridad o respetan el derecho de un gobierno razonablemente justo, tienen autoridad, tienen el derecho de ordenar. Ciertamente, afirma Raz, no todos consienten o respetan el derecho. Aquellos que no lo hacen no tienen obligación de obedecerlo, pero deben al gobierno la obligación menor de apoyar las instituciones justas y cumplir con el derecho cada vez que existan buenas razones independientes para hacerlo.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN