

REVISTA DE REVISTAS

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	293
--	-----

rescatar del olvido a uno de los juristas más destacados de la segunda mitad del siglo XVIII.

Por otra parte, para finalizar, cabe agregar que es digna de encomio la labor que viene realizando el profesor Moreno de hacer accesibles para el lector de nuestros días textos que conforman parte del pasado jurídico mexicano, sobre todo, de los correspondientes al siglo XIX del que es tanto todavía lo que ignoramos.—María del Refugio GONZÁLEZ.

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Bixio, Andrea "Individualità e eguaglianza", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, vol. LIV, núm. 1, enero-marzo de 1977, pp. 3-17, Milán, Italia.

El profesor Andrea Bixio, de la Universidad de Roma, plantea en este trabajo una serie de cuestiones sobre el *igualitarismo*, con el propósito de aclarar algunos de los principales aspectos de esta dirección del pensamiento filosófico-político.

Según nuestro autor, cabe preguntarse, desde luego, acerca de la pretensión de realizar la igualdad sustancial (económica y social) y de instrumentarla en su logro, garantizando a los individuos las mismas oportunidades en cuanto al punto de arranque y a la meta de llegada; así como definir tanto la posición del sujeto frente a la organización y ejercicio del poder como el criterio objetivo (méritos y necesidades) o subjetivo (trabajo y aptitudes) conforme al cual han de distribuirse los derechos y las cargas u obligaciones en la sociedad, cuestiones todas de cuyo adecuado esclarecimiento depende la mejor comprensión del significado de la "igualdad". El profesor italiano se propone examinar aquí, por una parte, si los fundamentos del igualitarismo radican en una correcta concepción de la esencia de las relaciones que estructuran la vida de los hombres en sociedad (aspecto teórico) o en el riguroso análisis de la red de mecanismos por los que aquéllos buscan la igualdad (aspecto práctico), y, por otra, esclarecer la crisis de fundamentos por los que atraviesan las diversas concepciones igualitarias.

En primer término, intenta el autor determinar el significado que generalmente se atribuye al "igualitarismo", el cual, en tanto que tesis pragmática, han de definirse en función de sus propios fines. La cuestión de las metas del igualitarismo es abordada en sus relaciones con los

sujetos que han de igualarse, respecto de los *bienes* que han de distribuirse igualitariamente y en cuanto a las *necesidades* de los sujetos que se hallan en juego.

Teóricamente, dice Bixio, la legitimidad de la postura del "igualitarismo" se basa en el supuesto de que el obstáculo que trata de superar —la desigualdad— no constituye un elemento que resulte esencial, sino accidental, a las relaciones humanas, y que éstas más bien tienden, por su naturaleza, a la igualdad entre los individuos, la aceptación de cuyo presupuesto necesariamente conduce a una consideración sobre la organización política de la comunidad (sociedad). Por otro lado, desde el punto de vista pragmático, el fundamento del igualitarismo habrá que buscarlo no en la esencia de las relaciones objetivas sino en la *voluntad subjetiva general*, orientada a la igualación de los individuos, en donde éstos asumen el primado en virtud de cuatro razones de fondo relativas al problema de la realización de los ideales igualitarios, al origen del cuerpo político, al ejercicio de la voluntad soberana y a la propia naturaleza de las relaciones materiales que fundamentan la sociedad política; razones éstas que el autor explica por separado.

Concluye el profesor Bixio formulando una serie de consideraciones sobre lo que él llama "la crisis de fundamentos del igualitarismo", motivada por las contradicciones que derivan de una concepción individualista radical de la que la única igualdad que resulta es la de la desigualdad.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

MATHIEU, Vittorio, "L'eguaglianza giuridica", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, vol. LIV, núm. 1, enero-marzo de 1977, pp. 18-26, Milán, Italia.

En una breve pero sustancial comunicación presentada al coloquio del "Institut International de Philosophie Politique" sobre el tema de la igualdad (Niza, septiembre, 1975), el profesor de la Universidad de Torino (Italia) desarrolla una serie de reflexiones sobre el vínculo existente entre utópica igualdad *real* a que aspiran todos los individuos y la igualdad *formal* (jurídica), que viene a ser algo así como la condición de la posibilidad de la primera, no sólo de su logro sino de su mantenimiento.

Afirma el profesor Mathieu que el Estado no puede limitarse a consagrar una igualdad teórica a través de las leyes, sino que debe preocuparse de su efectividad real, instrumentando los medios para al-

canzarla, lo cual empieza con la institucionalización de la igualdad de los individuos *frente* a la ley, y aquí es donde radica el punto central del trabajo de Mathieu: aclarar el conflicto potencial que existe entre la preocupación por la igualdad *jurídica* (formal) y el logro de una igualdad *real*, las cuales no siempre resultan compatibles.

La igualdad jurídica es un rango inherente al carácter *general* de la ley. Destaca el autor que, explícita e implícitamente toda norma jurídica lleva en su redacción lo que él llama un “cuantificador de universalización”, representado por la palabra *todos*, la cual traduce, necesariamente, la constitución de una “clase de sujetos”, más o menos amplia, entre los cuales se establece la igualdad respecto de las consecuencias jurídicas (deberes o facultades) que se les imputa en la misma.

Sin embargo, observa nuestro autor que en muchas ocasiones dicho “cuantificador” resulta restringido en su alcance por diversas circunstancias que implican la introducción de una desigualdad real, como por ejemplo, cuando los socios constituyentes de una persona moral (sociedad en comandita) estipulan que algunos de los miembros serán responsables solidarios con la totalidad de sus bienes, mientras que otros lo serán hasta el límite de su aportación al patrimonio social, en cuyo caso el elemento de la *voluntad* de las partes contratantes es el causante de tal desigualdad, el cual resulta apoyado por la propia ley al concederle valor vinculatorio. Pero en otras ocasiones, dice Mathieu, es un elemento de la *naturaleza* el que interviene (edad, sexo, nacimiento, etcétera) para determinar ese trato desigual en función de las diferencias connaturales a los sujetos de las relaciones, aun cuando tal discriminación en razón de tales elementos o criterios naturales tiende a desaparecer en nuestro tiempo, lo cual se advierte claramente en la orientación hacia la igualdad de la mujer respecto del hombre en materia de derechos y obligaciones.

Concluye Mathieu subrayando la amenaza que la actual tendencia hacia la particularización en la formulación de las normas jurídicas, en aras de una mayor igualdad real de los individuos *por medio* del derecho, constituye para el principio de la igualdad formal *frente* a la ley, sugiriendo la búsqueda de otros mecanismos indirectos —mediante instituciones como la del *Ombudsman* de los países nórdicos— que conduzcan al logro de aquella meta sin poner en peligro la subsistencia de la igualdad jurídica, que nuestro autor considera más importante para la humanidad.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

PREST, Wilfrid, "The Dialectical Origins of Law", *Cambridge Law Journal*, vol. 36, part 2, november 1977, pp. 326-352, Londres, Inglaterra.

El artículo está dedicado al estudio y análisis de una obra poco conocida actualmente, escrita en el siglo xvii y que, nos dice Prest, a juicio de Blackstone, es una de las obras más importantes de su época ya que logró reducir "los elementos del derecho [inglés] del caos anterior a una ciencia metódica regular". El autor fue sir Henry Finch, y existen dos versiones de su obra; una escrita en francés impresa en 1613 titulada *Nomotechnia* [The art of Law], y traducida al inglés en 1759; y el texto inglés *Law or a Discourse Thereof...* aparecido originalmente en 1627, después de la muerte del autor, y reeditado tres veces antes de 1700.

De acuerdo a lo que nos dice el profesor Prest, la versión inglesa de la obra fue compendiada en 1642 en un trabajo publicado bajo el nombre de William Noy; y en la obra de Edmund Wingate *The Bodie of the Common Law*, 1655; y formó parte de la obra de Michael Hawke *The Grounds of the Lawes of England*. 1657, y de *Institute of the Lawes of England* de Thomas Wood, 1722, que alcanzó once ediciones.

El profesor Prest nos informa que, a juicio de Holdsworth, la obra de Finch influyó en Blackstone —aunque éste no lo reconoce— en la sistematización de sus *Commentaries* y a través de ellos, en el mismo sentido, a todos los más importantes libros de *Instituciones* ingleses hasta la época en que escribió Holdsworth.

Según Prest, el gran aprecio que Blackstone tenía por la obra de Finch se centraba en el texto inglés al cual consideraba mejor que la versión francesa. El profesor Prest, a través del estudio de los distintos manuscritos que antecedieron a la obra impresa pretende mostrar que este juicio es erróneo y que *Nomotechnia* representa la culminación del esfuerzo de Finch por sistematizar el *common law*. A tal fin trata de ubicar el trabajo de Finch en el contexto intelectual de su tiempo para demostrar que la metodología de este autor, tan apreciada por Blackstone y Holdsworth, "no fue un feliz accidente del genio individual, sino el resultado de la aplicación conspicua de técnicas específicas de análisis y exposición".

El profesor Prest explica que, a finales del siglo xv el sistema jurídico inglés atravesaba por una serie de cambios que llevaron a una constante interrogación sobre los medios de ordenar, racionalizar y simplificar el *common law*. Esta corriente de pensamiento proponía su reforma

o la recepción de algún código, ya fuera romano, de costumbre local o la ley de Dios; o bien un proceso de codificación que expurgara las “excrecencias obsoletas” del sistema. Sin embargo, tal corriente no prosperó a mediados del siglo XVI, y en adelante perdió terreno frente a la corriente que propugnaba por rechazar la sistematización burda y en su lugar, aplicar las “poderosas herramientas del método lógico para el análisis y presentación de las complejidades del derecho”.

Los resultados de esta nueva corriente fueron muy satisfactorios, y la obra de Finch —según afirma el profesor Prest— se inscribe dentro de una rama de ellos, aquella que propugnó por ligar máximas y principios de acuerdo a reglas metodológicas que formaran una visión comprensiva de todo el cuerpo del derecho.

A más de estas consideraciones de tipo metodológico sobre la obra de Finch el profesor Prest analiza los datos biográficos y bibliográficos de Henry Finch y el contexto cultural en que su obra fue escrita. Asimismo la influencia que Ramus —nombre latinizado de Pierre de la Rameé, filósofo, y el más famoso lógico de su tiempo (1515-1572)— tuvo en la sistematización de *Nomotechnia*.

Después de la cuidadosa revisión de los manuscritos que sobre *Nomotechnia* existen y la valoración de su contenido, el profesor Prest sostiene que a pesar de la opinión de Holdsworth de que la versión inglesa es superior a la francesa no puede ser pasada por alto, esta última es más amplia que la primera. A través de este artículo el profesor Prest trata de revalorar la obra de Finch en su totalidad, por la importancia e influencia que en su época tuvo en dos aspectos fundamentalmente: a) para la sistematización del *common law*; y b) para uso de los estudiantes de derecho. En ambas funciones fue opacada, posteriormente, por los *Commentaries* de Blackstone.

Concluye su interesante estudio afirmando, siguiendo las palabras del traductor anónimo de la obra en 1759, que quizá no es demasiado tarde para devolverle a *Nomotechnia* “el honor de ser la primera obra general de *Instituciones* del derecho en Inglaterra”, y que, otra parte, la urgencia sistematizadora no fue ajena a este derecho.

El estudio incluye un apéndice, gracias al cual, se pueden comparar los índices de los distintos manuscritos estudiados por el autor.

Sin ser jurista, el profesor Prest ha realizado un estupendo trabajo sobre una fuente poco conocida de la historia del derecho inglés; su análisis de los diversos textos es cuidadoso y además, el estudio del personaje y las influencias que recibió a través del contexto cultural de su época —como era de esperarse en un historiador— es acertado en su metodología. Queda pues a los estudiosos del derecho el análisis jurídico de

una fuente que gracias al esfuerzo del profesor Prest ha recobrado su lugar en la historia del derecho.—María del Refugio GONZÁLEZ.

ROTONDI, Mario, "Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, vol. LIV, núm. 3, julio-septiembre de 1977, pp. 666-681, Milán, Italia.

El profesor de la Universidad de Milán, Mario Rotondi, vuelve aquí a tocar un tema recurrente en su larga y fecunda trayectoria de intereses académicos, a saber: el tema de la *equidad*.

Partiendo una vez más de los textos clásicos, griegos (Aristóteles) y romanos, relativos al concepto de la "equidad", los cuales han recibido tan diverso significado de la interpretación de los estudiosos, que han hecho de la palabra un término equívoco atribuyéndolo a veces a la labor creadora de normas del legislador (como sinónimo de *justicia* en general) y otras a la función aplicadora de las normas por el juez (concibiéndola como "la justicia del caso concreto"), Rotondi se pregunta: ¿cómo se plantea el problema de la *equidad* en relación con un derecho positivo? Al respecto responde Rotondi que la cuestión no puede consistir en otra cosa que en determinar el lugar que la equidad tenga en un sistema de derecho escrito y cuál sea la función que el legislador le asigne al regularla.

Destaca Rotondi el error de equiparar a la *equidad* con el concepto de igualdad, en el sentido de que ella conduzca a una nivelación efectiva de la situación jurídica de todos los individuos, lo cual tiene una serie de implicaciones socio-políticas que conducen a nuevos equívocos. En realidad, afirma Rotondi, semejante equiparación (equidad-igualdad), derivada de la tradición del liberalismo constitucional, se refiere a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y no a una igualdad de hecho y de derecho, ya que desde este punto de vista prevalece una desigualdad sancionada incluso por todos los ordenamientos jurídicos, como fácilmente se desprende de la oposición natural y jurídica entre quienes guardan una posición determinada (acreedores, propietarios, etcétera) frente a los que no la tienen. Así pues, independientemente de toda forma de ideología o de sistema político, la *igualdad* para el derecho positivo significa "igualdad entre desiguales".

Niega Rotondi la existencia de lagunas en el ordenamiento positivo por el solo hecho de que existe la obligación del juez de decidir cual-

quier controversia y la necesidad de éste de acudir a otras fuentes fuera de la ley escrita, cuando ella no establece norma específicamente aplicable al caso, por lo que desde este punto de vista es la propia ley la que provee a llenar los supuestos vacíos al remitir al intérprete a fuentes subsidiarias, impidiendo así que pueda hablarse con propiedad de lagunas del derecho.

La equidad, según Rotondi, llena una doble función en el derecho positivo: *a*) como instrumento de valoración *cuantitativa* (la cual no es jurídica en sí pero produce efectos jurídicos), que tiene el carácter de una “determinación técnica” encomendada al juez —por ejemplo, en la estimación de daños— para cuyo efecto este funcionario puede hacer intervenir consideraciones jurídicas (valoración del daño moral), para lo que resulta inevitable un cierto margen de discrecionalidad (equidad); y *b*) en otros casos, la norma misma invita al juez a decidir “según equidad” ante un caso no previsto por ella, en cuya hipótesis ya no se trata de una valoración *cuantitativa*, pudiendo el juez llegar a una solución intuitiva *incontrovertible*, sin necesidad de justificarla racionalmente. Aquí radica la diferencia entre *arbitrium* y *judicium*.

Rotondi plantea, al término de su artículo, la cuestión sobre qué criterio es el que conduce al legislador a esta elección entre la interpretación conforme a normas legales y el recurso a la equidad, sosteniendo que dicho criterio es *político* y corresponde al creador de la norma determinarlo en aquellos campos de las relaciones jurídicas en donde no necesariamente hayan de prevalecer las normas de derecho estricto (derecho público, por ejemplo).—Fausto E. RODRÍGUEZ.

TARANTINO, Antonio, “Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell’istituzionalismo di Santi Romano”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, vol. LIV, núm. 3, julio-septiembre de 1977, pp. 682-704, Milán, Italia.

Antonio Tarantino, profesor encargado de cátedra en la Universidad de Lecce (Italia), rastrea aquí los antecedentes y fuentes teóricas que llevaron a Santi Romano a la formulación de sus tesis sobre el orden jurídico concebido como *institución*, cuyos impugnadores, según nuestro autor, no parecen haber percibido bien el sentido estructural de la experiencia social —y no de principio racional o criterio de valoración— que para Romano tiene el derecho positivo general, dentro del cual el

Estado viene a ser una especie del género "institución", y con cuya concepción contribuye el iusfilósofo italiano a una revaloración del "principio de efectividad".

Los antecedentes doctrinarios de la teoría institucional de Santi Romano —que algunos autores pretenden radicar en la obra de Maurice Hauriou y otros los llevan hasta los escritos de Sinibaldo de'Fieschi (Inocencio IV)— nuestro autor los ubica en las proximidades de la concepción organicista de Otto von Gierke y sus seguidores, para quienes "cualquier comunidad orgánica es capaz de producir derecho" y éste continúa siendo un complejo de normas producto de la comunidad, por lo que respecto de ellos y al identificar al derecho con el hecho mismo de la sociedad (*ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas*) el rasgo distintivo de la teoría institucionalista de Romano lo constituye su concepción del *derecho* como "organización", es decir, como un complejo de hechos sociales (no de normas), o mejor, como la organización que da estructura a estos hechos.

Esta conclusión teórica próxima y complementaria de las ideas de von Gierke, la atribuye Tarantino a la común ascendencia que las tesis de uno y otro (Romano) reconocen en los principios doctrinales de la "Escuela histórica" del derecho (Savigny), al considerar que el derecho encuentra su fuente en el ámbito del propio ente social y se constituye como estructura orgánica de las fuerzas sociales.

Tras de una breve investigación sobre el uso extrajurídico del concepto de *institución* hacia fines del siglo XIX, con el propósito de destacar mejor la amplitud dada por Romano, en el campo jurídico, a dicho término, concluye Tarantino desglosando el proceso mental seguido por el ilustre jurista italiano a partir de la concepción extrajurídica que cursaba en su época —que veía en las instituciones a entes sociales de hecho, con una organización, autonomía y estructura propia y con una duración por tiempo indeterminado independiente de los cambios sufridos en sus elementos— y hasta su configuración del derecho como organización omnipresente en la sociedad.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

VARGA, Cs. "Types of Codification in Codificational Development", *Acta Jurídica*, Tomus XIX, fasciculi 1-2, 1977, pp. 31-53, Budapest, Hungría.

A través de este estudio el profesor Varga pretende demostrar —como señala el sumario del mismo— que la codificación es un fenómeno

multifuncional que satisface distintas necesidades y opera de diversa manera de acuerdo al medio económico y social en el que se presenta. Asimismo, sostiene que la realización de una tipología sobre la codificación no puede ser sino descriptiva. Sin embargo, observa que ha habido cambios decisivos en el desarrollo de la codificación, a saber, los que van de una concepción extensiva cuantitativa a una intensiva cualitativa. A estudiar estos cambios y su razón de ser, conforme a una interpretación basada en la teoría marxista, dedica las páginas de su artículo.

Para analizar este tema dividió su artículo en tres partes: 1. Tipos funcionales de codificación; 2. Las concepciones cuantitativas y cualitativas de codificación; y 3. La esencia común social y política de la codificación.

En el primer apartado explica que la codificación en sí misma no es más que una "formación instrumental neutral" que a menudo es portadora de potencialidades opuestas que sólo se manifiestan, total o parcialmente, en su aplicación a fines concretos dependientes de la interacción de fenómenos sociales, políticos y económicos. A su juicio, se puede demostrar que hay una relación entre las exigencias sociales y económicas y la respuesta codificadora y en algunos casos, entre la exigencia codificadora y la respuesta social y económica, razón por la cual "los análisis socio-históricos tanto de las condiciones que abren el camino a la codificación como de las funciones realizadas por la codificación son tan provechosas, y aún más, teóricamente indispensables".

En este mismo apartado revisa algunas de las formas en que se ha clasificado el impulso codificador por diversos autores que al tema se han referido, y propone, a su vez, algunas formas de clasificarlo, advirtiendo que no se puede hacer en forma definitiva. Dichas formas son las siguientes:

- a) atendiendo a las variantes básicas del papel de la codificación en cuanto al concepto jurídico y la forma, dentro de la dialéctica del cambio y la preservación;
- b) atendiendo a la elaboración del derecho en la tarea codificadora;
- c) atendiendo al papel jugado por la codificación en la formación del derecho;
- d) abarcando la naturaleza compuesta del fenómeno codificador desde el punto de vista de su papel político social (la codificación es la expresión de las luchas político sociales);
- e) contemplando a la codificación como reforma legal;

f) contemplando a la codificación como fuerza centralizadora o particularizadora o consolidadora o de expansión imperialista.

En todos los casos son muchos los ejemplos que utiliza recurriendo a códigos de todos los tiempos y de los más diversos sistemas jurídicos. Su objetivo es mostrar cómo los más encontrados objetivos políticos pueden ser conseguidos a través de la codificación. Así, a su juicio, la codificación recibe su *contenido* del medio en que se da y funciona.

En el segundo apartado estudia la transformación de las concepciones cuantitativas en cualitativas en función de los distintos medios sociales y económicos en que opera y ha operado la codificación, y califica a las cualitativas como la más alta fase del desarrollo del proceso dialéctico.

En el apartado tercero se ocupa de la esencia social y política de la codificación —como ya dijimos— atendiendo para ello a la relación entre el medio político, social y económico en que aquélla se presenta. De esta manera, analiza el papel que juegan las diversas fuerzas de la sociedad en el fenómeno codificador, y fundamentalmente, el Estado —incluyendo los socialistas— el cual utiliza la codificación como instrumento de dominación política dentro de una comunidad determinada; papel que ha jugado a lo largo de toda la historia del derecho de muy diversas maneras, y razón por la cual los estados socialistas ahora sólo recodifican su derecho.

Así pues la codificación para el profesor Varga es tanto la racionalización formal del derecho como la preeminencia del Estado sobre la ley, ambos factores íntimamente relacionados.

El artículo es sumamente interesante ya que presenta una visión que no es frecuente entre los estudiosos de la codificación pero que proporciona reflexiones muy sugestivas a tomar en cuenta, incluso por los que no se afilian a la doctrina marxista, para el estudio de los distintos procesos codificadores. Por otra parte, presenta un intento totalizador de comprensión del fenómeno en su conjunto en distintas etapas y sistemas. Por todas estas razones pensamos que el estudio del profesor Varga resultará de gran interés para todos aquellos interesados en el estudio de la codificación.—María del Refugio GONZÁLEZ.