

## BIBLIOGRAFÍA

IGNACIO CARRILLO PRIETO

FINCH, John. *Introducción a la teoría del derecho* . . . . . 519

FINCH, John, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, 1977, 263 p.

El profesor de la Universidad de Liverpool advierte, respecto de la 2a. edición inglesa, que en el curso introductorio al que va destinado este manual se han afinado los enfoques sobre el derecho natural y, además, se ha dado cuenta del pensamiento e instituciones jurídicas que reconocen como fundamento la doctrina marxista.

Finch repite el planteamiento respecto de la justificación de una teoría general del derecho, aunque no admite una separación tajante entre ciencia del derecho y dicha teoría. Sostiene que no se ha demostrado que sea posible alcanzar una respuesta definitiva y dogmática a la pregunta: "¿Qué es el derecho?" Para el profesor inglés el objetivo del curso no es ofrecer respuestas definitivas. Su intento se dirige a mostrar los razonamientos que los juristas han venido planteando sobre lo que él denomina "atributos distintivos del derecho". La puesta a prueba de esos razonamientos es el mejor ejercicio, y el método idóneo para los que por primera vez inician formalmente el estudio sistemático del derecho.

Al igual que Hart, desecha el intento de definir el derecho *per genus et differentiam*. La naturaleza del derecho es tal, que resulta imposible delinear, primero, una categoría general a la que pertenezca y especificar, después, los rasgos distintivos que lo acotan y señalan su ámbito particular dentro de esa categoría general. A Finch tampoco escapa el sustrato ideológico que hay en esta disputa. Llega a afirmar que el término derecho es tan amplio y puede ser empleado en tan diferentes contextos que los juristas con frecuencia están hablando en realidad, cuando lo usan, de cosas diferentes. Sus opiniones pueden variar de acuerdo con las pretensiones que tienen en mente, su trasfondo vital, su educación y el clima político en el que trabajan.

Por lo menos hay una distinción que parece indiscutible: derecho entendido como un conjunto de leyes y derecho, como el discurso o la descripción que sobre dichas leyes se elaboran.

La falta de consistencia o de uniformidad de las opiniones sobre lo que es el derecho, la atribuye Finch al hecho de que el análisis realizado en este campo difiere de los empleados en ciencias naturales. El derecho no es una cosa o hecho físico que se preste al tratamiento analítico de las ciencias naturales. El legislador prescribe y el jurista describe el resultado de lo que el legislador ha hecho. Esta distinción dificulta tratar el derecho como se aborda el problema, por ejemplo, de la química; ésta es o consiste en los métodos de investigación empleados por los químicos.

En el planteamiento del problema de la definición Finch, recuerda los razonamientos de Hart, Jorgensen, Olivecrona. De este último retoma la

siguiente sugerencia: el curso de la investigación puede ser orientado en diferentes direcciones. Una posibilidad es estudiar la mentalidad común en sí misma, mediante el análisis de sus nociones y el trazado de su historia. Esto puede llevar a un conocimiento más extenso de nuestras ideas concernientes al derecho y del lenguaje usado para expresarlas. El objeto de la investigación podría ser descrito así como ideología jurídica. Otro posible curso es ir más allá de la mentalidad común y preguntar qué realidades empíricas encontramos donde se aplican las nociones del derecho. Tal investigación no está relacionada con la ideología sino con hechos objetivos. Un tercer curso de investigación sería empezar con las teorías de la naturaleza del derecho e intentar averiguar su parte de verdad. Para Olivecrona este último camino es el más ventajoso, toda vez que resulta preferible partir de las ideas más precisas de juristas y filósofos que de las nociones más vagas de la mentalidad común. Así pues, el punto de partida debe ser examinar la situación actual de la teoría del derecho. Para Finch tal preferencia metodológica no es indiscutible.

El autor advierte del peligro y del error frecuente en que se incurre al considerar que la necesidad de precisión terminológica es un problema bizantino. Concluye sosteniendo que debe ponerse atención en la máxima precisión de expresión con el fin de ofrecer una más precisa exposición de los conceptos y de las ideas. El cuidado consiguiente que debe tenerse con el uso del lenguaje es todo menos puramente verbal. Las palabras son herramientas indispensables para fijar y comunicar las ideas jurídicas. Lo que puede parecer puras sutilezas de uso del lenguaje, puede quizás afectar al significado que se pretende transmitir.

Finch hace suya la observación de Roscoe Pound: "Nuestra concepción del problema al que nuestro discurso se dirige moldea ambas cosas." Esto es, la formulación particular de un problema condiciona la forma y el contenido de la respuesta. Lo que encontramos se halla inevitablemente influido por lo que estamos buscando.

### *Una primera aproximación*

La palabra derecho se usa comúnmente para hacer referencia a cierto tipo de regulación que gobierna nuestras acciones y nuestros asuntos y que implica algo más que una mera reprobación o censura social en el caso de que traspasemos los límites, sea cual fuere la amplitud con que esos límites puedan ser interpretados. Dentro de este sistema de reglas hay ciertas personas que se hallan oficialmente autorizadas o a las que les es permitido administrar las disposiciones jurídicas y, en ocasiones, tienen la obligación de hacerlo. De tales personas acostumbramos a esperar ciertos actos que pueden producir un cambio en nuestra situación jurídica. En algunos casos

provocamos nosotros mismos tales cambios como cuando, por ejemplo, firmamos un contrato. En otros, aceptar el cambio de las relaciones jurídicas es una cuestión de necesidad, como cuando se entablan relaciones con una compañía de servicio público para el suministro de electricidad o gas, sin que nos sea posible optar por otra alternativa para abastecernos. En otros casos, una persona puede estar sujeta a cambios en su situación jurídica aun cuando hubiera querido evitarlos, como cuando una multa o una sentencia es impuesta. El derecho permite tanto como prohíbe.

El estudio de la teoría del derecho implica la consideración de un "es" y de tres diferentes significados de "debe". El "es" connota la existencia de algún hecho o conjunto de hechos determinable por observación y experimentación a través de medios empíricos. La primera connotación del "debe" se refiere a la probabilidad fáctica, es decir, a la predicción de que algo ocurra. La segunda, connota un "debe" moral. Esto es, frecuentemente el deber jurídico y el deber moral coinciden. Así, el asesinato es reprobable también desde el punto de vista moral. El tercer "debe" es el "debe" jurídico. Un "debe" normativo o prescriptivo. Este "debe" puede tener connotaciones morales, aunque no necesariamente. Puede distinguirse de la moral en dos aspectos. En primer lugar, el contenido jurídico positivo que incorpora este "debe" puede ser verificado mediante un examen práctico relativamente directo, y puede en principio ser cambiado a voluntad de los hombres. En segundo lugar, a diferencia del "debe" moral, este "debe" jurídico se halla conectado de varias maneras con sanciones organizadas centralizadamente.

El problema de la conexión entre el "es" y el "debe" se resuelve en la teoría del derecho natural sosteniendo que el "es" implica el "debe". La ley de la naturaleza *debe ser* la ley que gobierne todas las cosas, incluso la humanidad o las relaciones humanas.

Es precisamente el asunto del derecho natural el que ocupa más de 70 páginas de la obra de Finch. En ellas intenta un afortunado bosquejo histórico; pero lo que destaca de su tratamiento es el asunto que denomina la dicotomía (entre derecho natural y defensores del positivismo jurídico) en la práctica. Da cuenta del debate entre Hart y Fuller con motivo de la decisión de un tribunal de apelación alemán de posguerra que decidía la suerte de un denunciante de mala fe. A partir de esta controversia, el profesor Finch relata las actitudes alemanas ante el régimen hitleriano. Cabe advertir que la posición iusnaturalista resulta mal librada y que el autor se inclina por el tratamiento positivista.

No es frecuente en una obra de la naturaleza de la que se comenta —al menos en la literatura castellana— lograr aproximarse a dos pioneros como lo son Bentham y Austin, los que pueden ser considerados, conjuntamente,

responsables de la formulación de un análisis del derecho conocido como la teoría imperativa, una de las formas más tempranas del positivismo jurídico.

Bentham parte de la afirmación de que el derecho nace de las órdenes emitidas por un poder soberano. Este punto de arranque sirve a Hart como hilo conductor en su ya clásico *El concepto de derecho*, así como la noción de gobierno propuesta por el propio Bentham.

Finch da la noticia del descubrimiento, en los archivos del University College de Londres, de una obra inédita de Bentham, acabada en 1782, publicada ahora con el título *Of laws in general* y de la que reproduce la siguiente afirmación: "Una ley puede ser definida como un ensamblaje de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un Estado, relativa a la conducta que ha de observarse, en cierto caso, por cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se suponen que están sujetos a su poder, confiando tal acto de voluntad, para imponerse, en la expectativa de ciertos acontecimientos para producir los cuales se pretende que tal declaración sea, en la ocasión, un medio, y la búsqueda de los cuales se pretende que actúe como motivación sobre aquellos cuya conducta está en cuestión."

Por soberano entiende: "... toda persona o conjunto de personas a cuya voluntad se supone, no importa por qué, que toda una comunidad política está en disposición de prestar obediencia; y ello con preferencia a la voluntad de cualquier otra persona".

Sociedad política. Para Bentham se caracteriza de la siguiente manera: "Cuando cierto número de personas (a los que podemos denominar súbditos) se supone que tienen el hábito de prestar obediencia a una persona, o a una asamblea de personas, de unas características ciertas y conocidas (a los que podemos llamar gobernante o gobernantes), todas esas personas unidas (súbditos y gobernantes) se dice que están en estado de sociedad política."

A diferencia de Bentham, Austin insistió en que el poder soberano es indivisible e ilimitado. Para Finch esta inflexibilidad conceptual hace difícil, si no imposible, encontrar una explicación satisfactoria de, por ejemplo, el sistema federal.

Finch consigna la crítica que Joseph Raz intenta respecto de Bentham "No dio ninguna explicación de la soberanía dividida. No sugirió ninguna manera de decidir cuándo cierto poder jurídico es parte de un poder soberano, y si lo es, de cuál. Ni explicó cuáles son las relaciones, si hay algunas, entre los varios poderes que constituyen un poder soberano. Igualmente, tampoco explicó satisfactoriamente, cómo puede ser limitada jurídicamente la soberanía."

Finch recuerda que para Austin la sanción es una parte vital de la idea del derecho. Pone énfasis en la estrecha interrelación de tres elementos en el derecho, a saber: mandato, deber y sanción: "Mandato, deber y sanción, son términos inseparablemente conectados; cada uno implica la misma idea que los otros, aunque cada uno denota esas ideas en un orden o sucesión peculiar."

Austin afirma que toda ley o norma es un mandato. El derecho como un todo es, por consiguiente, el agregado de esas leyes individuales o mandatos. Una ley debe ser considerada como un modelo típico del derecho en general. El elemento de sanción contenido en ese modelo es descrito posteriormente por Austin en estos términos: "El daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido o (para usar un expresión equivalente) en caso de que un deber sea incumplido, se llama usualmente sanción, o compulsión a obedecer. O (invirtiendo la frase) se dice que el mandato o el deber es sancionado o aplicado por la fuerza por la posibilidad de sufrir el daño."

Ya Hart advirtió en *El concepto de derecho* la insuficiencia del enfoque de Austin. Finch replica de la misma forma. "Las normas que dan facilidades para actuar de cierta manera a fin de que cierta acción pueda producir consecuencias jurídicas no pueden encontrar su lugar correcto en la teoría de Austin." El enfoque de Austin, en todo caso, es útil para las normas penales.

El punto de vista de Bentham admite tanto los castigos como los premios, a los que llama respectivamente "motivaciones coercitivas" y "motivaciones seductoras". Austin, sin embargo, se rehusa a admitir que el término "sanción" sea extendido hasta incluir los premios.

De los planteamientos de Austin y Bentham puede llegarse a la confusión entre la eficacia práctica del derecho y su validez propia inherente. Finch reconoce que este asunto es motivo de preocupación para Hart, y dedica algunas páginas a la consideración de la teoría contenida en *El concepto de derecho*. Recuerda que Hart sostiene que es necesario no confundir las diferencias entre un hábito y una norma en el ámbito de la regulación de la conducta humana. Para decir que un grupo social tiene un hábito, será suficiente que la conducta coincida de hecho. Pero, aunque la conducta del grupo coincidente, aunque el comportamiento de sus miembros sea de hecho idéntico, ello no es suficiente para establecer la existencia de una norma que estipule tal comportamiento. Además, allí donde existen normas sociales que exigen cierto comportamiento, toda desviación del tipo de comportamiento establecido en ellas, suministrará una razón para la crítica. En tercer lugar —y lo que es más importante— un hábito puede ser atribuido a un grupo social sobre la base de la conducta observable de la mayoría

del grupo. Ningún miembro de él necesita pensar la conducta habitual; desde luego, existe probablemente menos conciencia de un hábito social generalizado que de una norma social. Y todavía menos, dice Hart, necesitan los miembros del grupo esforzarse en implantarlo o pretender mantenerlo. Es suficiente que cada uno por su lado se comporte como lo hacen, de hecho, los otros. En contraste, para que una norma social exista por lo menos algunos tienen que ver la conducta en cuestión como un modelo general a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con el hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que el observador puede constatar, una norma social tiene un aspecto interno. El enunciado de que una norma o una obligación existen alude a algo más que a la mera relación de causa-efecto entre un acontecimiento y otro. Hay que recordar que es una distinción en la teoría de Hart, para poder identificar un sistema jurídico, la de normas primarias de obligación y normas secundarias denominadas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

El sistema propuesto por Hart para explicar el funcionamiento del derecho recibe críticas de Fuller, Dworkin y Ross. El primero sostiene que Hart no admite un elemento de tácita reciprocidad en la norma de reconocimiento. Subraya que la aceptación general y oficial de las normas hace depender la existencia de una norma de reconocimiento. Finch replica que si una nueva norma de reconocimiento no llegará a imponerse debido a una falta generalizada de aceptación, sería improbable que se produjese un estado de cosas al cual pudiera serle aplicada la expresión "sistema jurídico". A su entender, Fuller le pide a Hart —es decir, a su análisis— cumplir una tarea para la que nunca fue proyectado.

Por su parte, Dworkin considera que debe prestarse mucha más atención a los elementos del sistema jurídico que no funcionan como normas. Cuando los abogados razonan o disputan sobre derechos y obligaciones, hacen uso de criterios que no funcionan como normas sino que operan como principios, directrices políticas y otros tipos de criterios. La distinción entre normas y esos otros criterios es lógica. Las normas son aplicables a la manera "todo o nada" y son válidas o no válidas. Los criterios, principios o directrices, tienen una dimensión de peso o importancia, una cualidad, que las normas no tienen. Es característico de los principios en conflicto el que su grado relativo de importancia tenga que determinarse antes de llegar a una conclusión práctica basada en ellos. En cambio, cuando dos normas entran en conflicto, una de ellas no será válida.

Ante la crítica de Ross y Simpson respecto de la teoría de Hart, es clara la actitud de Finch de justificar los aciertos del autor de *El concepto de derecho*.

Finch dedica el capítulo seis de su obra a lo que él denomina "Kelsen y el gran misterio". Aborda el asunto de la eficacia y validez jurídica, resumiéndolo en los siguientes términos: "Si se diera una contradicción fáctica o práctica en relación con lo que se predice como ley en sentido descriptivo, entonces la conclusión simple e inevitable sería que dicha ley ha sido formulada incorrectamente. Por el contrario, si una ley o norma jurídica en sentido prescriptivo es desobedecida ocasionalmente en la práctica, ello no indicará la existencia de ningún defecto en la formulación de esa particular norma jurídica. En otras palabras, la eficacia o efectividad práctica de una norma jurídica debe ser distinguida de su validez propia inherente." Finch señala que es útil ser consciente de los varios problemas a los que puede hacer referencia la distinción entre validez y eficacia. Si una ley tuviera que ser eficaz para ser válida, una de las metas primarias de tener leyes se esfumaría, pues las únicas leyes válidas serían aquellas que la mayoría de la gente optara por obedecer. Finch pretende contrastar las aproximaciones de Kelsen y Olivecrona a este asunto; comunes en muchos de sus elementos, llegan a diferir tan notablemente que Olivecrona se refirió a la tesis central de Kelsen como "el gran misterio".

Kelsen ha denunciado el razonamiento que conduce a un *regresus ad infinitum*: si fuera necesario garantizar la eficacia de una norma que prescribe cierto comportamiento mediante el uso de otra norma que establece la sanción en el caso de que la primera norma no fuera obedecida, una serie sin fin de sanciones sería inevitable. Kelsen mantiene que la característica distintiva de una norma jurídica no es que sea una norma cuya eficacia es conseguida por una norma ulterior que estipula una sanción; es, más bien, el hecho de que la norma jurídica prevé la sanción, esto es, que la sanción será aplicada. Todas las normas de un orden jurídico son normas coactivas, es decir, normas que estipulan sanciones; pero entre ellas hay normas cuya eficacia no está asegurada por otras normas coactivas. La norma  $n$ , por ejemplo, funciona así: si un individuo roba, otro individuo, un órgano de la comunidad, le castigará. La eficacia de esta norma está asegurada por la norma  $n + 1$ : si el órgano no castiga al ladrón, otro castigará al órgano que viola su deber de castigar al ladrón. No hay norma  $n + 2$  asegurando la eficacia de la norma  $n + 1$ .

¿Qué entiende Kelsen con su noción de norma?: "Por norma designamos que algo debe ser o debe suceder, especialmente que un ser humano debe comportarse de una manera específica. Este es el significado de ciertos actos humanos que se dirigen hacia el comportamiento de otros." Norma es el significado de un acto mediante el cual cierto comportamiento es mandado, permitido o autorizado. La norma es un *debe* que proviene de un acto de voluntad que es un *es*.



La teoría de Kelsen ha sido últimamente descrita como consistente en órdenes condicionales a funcionarios para que apliquen sanciones. En otras palabras, dado que existe cierta situación que resulta de una serie de actos jurídicos de varias clases, debe ser aplicada una sanción final de ese proceso de desarrollo; y la sanción tiene que ser aplicada por un funcionario u órgano del sistema jurídico, de acuerdo con el cual los actos que condicionan la estipulación de que una sanción será aplicada están reconocidos como actos jurídicos válidos. El proceso de rastreo de la conexión jurídica válida entre el último paso de la estipulación actual de que un funcionario del sistema aplicará una sanción y la base inicial de creación de tal estipulación, es llamado por Kelsen "teoría de la concreción". Es un método de describir el progreso desde el principio general al caso particular. Puede darse una explicación paso a paso de la validez de la orden final al funcionario para que aplique una sanción, a la luz de la validez jurídica de todos los factores condicionantes que preceden a esa orden. Dicho desenvolvimiento no es explicable meramente en términos de hechos y acontecimientos físicos que puedan observarse en la práctica. La atribución de la cualidad de juridicidad o de no juridicidad a la conducta física no está determinada por causas y efectos, por las leyes que gobiernan los hechos naturales. La significación específicamente jurídica de un acto está representada en la norma que lo incorpora. La relación entre cada norma en el proceso de creación del derecho, entre cada etapa sucesiva de él, *es una relación de imputación y no de causalidad*. "La norma que confiere a un acto el significado jurídico o no jurídico es ella misma creada por un acto que a su vez recibe su carácter jurídico de otra norma."

Cabe advertir con Kelsen que la validez de la norma básica no puede ser objetivamente contrastada sino debe ser presupuesta o sobreentendida. La norma básica no forma parte del sistema jurídico sino representa más bien la significación específicamente jurídica de cierto estado de cosas, significación que le es atribuida por el investigador. La norma básica no es creada a través de un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho; se le supone válida y se da por supuesta como válida, porque sin tal suposición ningún acto humano podría ser interpretado como jurídico, especialmente como acto creador de normas.

Finch rechaza que en el planteamiento kelseniano existan elementos iusnaturalistas. Kelsen ha respondido que una teoría del derecho natural busca basar la validez del derecho positivo en un orden normativo (un sistema de deberes) con el cual el contenido de un sistema de derecho positivo puede o no coincidir.

En lo que se refiere al asunto de la validez y la eficacia jurídicas, la tesis kelseniana puede ser formulada como sigue: una norma es considerada

válida sí, y sólo sí, pertenece a un sistema de normas y a un sistema que además es generalmente eficaz. El sistema de normas tiene que ser eficaz como un todo. Así la eficacia es una condición de la validez y *no la razón de ella*. La eficacia del derecho es un problema que se determina por la causalidad, mientras que su validez es explicable, no en términos de causalidad, sino de imputación.

Olivecrona por su parte sostiene que el derecho no es un conjunto de hechos sociales. Rechaza la necesidad de un enfoque normativo en el análisis jurídico. El elemento esencial de fuerza regulada está presente tanto en el análisis de Kelsen como en el de Olivecrona. Finch advierte que es en el método mediante el cual dicha fuerza es interpretada en donde se encuentra la diferencia de opinión entre ambos juristas.

Olivecrona mantiene que el carácter prescriptivo del derecho puede ser representado en término de hechos y por medio de una descripción de la relación causal entre un hecho y otro. En consecuencia, Olivecrona sostiene que hablar de "fuerza vinculante" o fuerza obligatoria del derecho es hablar de algo que sólo existe en la imaginación. De ahí que predique sobre el análisis kelseniano la afirmación de que se trata de "el gran misterio". Para entender la obligatoriedad del derecho, Olivecrona afirma que en nuestras mentes la expresión imperativa está conectada con la idea de una acción y es a causa de este efecto puramente psicológico de la forma imperativa del derecho por lo que sentimos que tenemos una obligación.

Respecto del asunto de la fuerza y el derecho hay que recordar la afirmación de Kelsen de que el orden jurídico es esencialmente estipulador de una sanción, no aplicador de la sanción. Que se aplique o no la sanción no dice nada de su validez sino de su eficacia práctica como forma de regulación coactiva. Para Olivecrona la fuerza vinculante del derecho es algo que existe sólo en la imaginación. El derecho consiste en normas sobre la fuerza. En el fondo de la mente de toda la población hay una conciencia de la fuerza centralizada y organizada que es monopolio del Estado. Olivecrona no admite que el derecho pueda ser auxiliado o garantizado por la fuerza. Tal formulación de la naturaleza del orden jurídico implicaría un dualismo inaceptable. El derecho es fuerza regulada.

Gray sostuvo que el derecho es lo que los jueces declaran: que las normas, precedentes judiciales, las opiniones de los expertos, las costumbres y la moralidad son las fuentes del derecho; que tras todo ello subyacen las opiniones de los espíritus normativos de la comunidad que tienen el poder de cerrar cualquiera de esas fuentes; pero que en la medida en que no interfieren, al establecer el derecho los jueces recurren a esas fuentes. Sobre la pregunta de quiénes son dichos normadores o espíritus normativos de la comunidad, Gray responde que su solución es imposible. Finch opina que

Gray apunta a la norma básica kelseniana entendida en su sentido jurídico. Y también pueden considerarse dichos espíritus normativos como los que atribuyen eficacia general a la que también recurre Kelsen, como uno de los elementos de la validez.

Finch da cuenta en una bien lograda síntesis, de las posiciones de los teóricos del derecho catalogados como "realistas". Destaca no sólo la semejanza sino ante todo las diferencias que hay entre los realistas escandinavos y los norteamericanos. Indica que uno de los rasgos a ellos común es el de la indagación sobre la posición y funciones de los tribunales y sobre la predicción de la actividad judicial. Elige tratar los puntos de vista de Alf Ross sobre este asunto, admitiendo que conocer sus puntos de vista puede mostrar no solamente una actitud compartida por otros muchos escritores escandinavos, sino también su deuda con Kelsen.

Es conocido el análisis preliminar que Ross efectúa sobre el concepto de derecho válido utilizando la analogía con el juego de ajedrez. Desde su punto de vista una norma de ajedrez es válida si, dentro de cierto marco, es efectivamente aceptada; y es válida porque los jugadores se sienten a sí mismos socialmente vinculados por las directivas contenidas en ella. Dos elementos se combinan así para producir la validez de una norma: primero la efectividad que se expresa en la conclusión a partir de la observación externa, y, segundo, el modo en que esa norma es sentida como vinculante por la gente que hace uso de ella como tal. En consecuencia, derecho válido significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirve como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez quiere decir que esas normas son seguidas efectivamente porque son experimentadas y sentidas como socialmente vinculantes.

Si las normas de conducta son caracterizadas como directivas, surge la pregunta ¿a quién están dirigidas? Ross responde: "Si de una disposición estatutaria ha de suponerse que no contiene una directiva a los tribunales, sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. Por el contrario, si se establece que una disposición contiene una directiva a los tribunales, entonces no es necesario dar al individuo ninguna instrucción ulterior acerca de su conducta."

Para Ross un sistema de normas es válido si es capaz de servir como esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de acciones sociales. Una de las consecuencias principales de la comprensión que se deriva de tal interpretación es la capacidad de predecir ciertas acciones futuras. Y dado que la norma jurídica es una directiva dirigida en primer lugar a los tribunales, tal acción futura será la de los tribunales. De ahí el siguiente enunciado: "Un sistema jurídico nacional, considerado como un sistema válido de normas puede, en consecuencia, ser definido como las

normas que son realmente operativas en la mente del juez porque son sentidas por él como socialmente vinculantes y por ello obedecidas." El corolario es que la eficacia que condiciona la validez de las normas *ha de ser buscada en la aplicación judicial del derecho, como distinta de las actitudes de la masa de individuos particulares hacia el sistema jurídico nacional.*

De los puntos de partida de Ross, Finch ensaya una crítica formulada en los siguientes términos: si Ross afirma que una norma puede ser derecho válido en mayor o menor grado de acuerdo con el grado de probabilidad con el que puede predecirse que la norma será aplicada, equivaldría a sostener que sólo podemos afirmar cuál será el contenido probable del derecho positivo. Por otra parte, la aplicación práctica de una norma jurídica puede ciertamente ser referida a un enunciado acerca de la validez en relación con ella, pero no es la razón por la cual es emitido ese enunciado. Tal razón debe ser encontrada en la autorización válida que hay detrás de la aplicación de la norma. El enunciado de que una norma es válida y el enunciado de que es aplicada siempre o normalmente pueden indicar una coincidencia de validez y eficacia, pero ni expresarán ni ofrecerán ninguna evidencia para la identificación de ambas. Finch entiende que la única predicción que puede ser realmente hecha es que, en la medida en que el sistema jurídico permanezca generalmente eficaz, cualquier juez particular aplicará probablemente la norma jurídica válida relevante que recibe su validez de los criterios determinantes del sistema. Además, si una norma pudiera ser derecho válido en grado mayor o menor, dependiendo de la predecibilidad de su aplicación, entonces el más alto grado concebible de validez sería poseído por una norma que pudiera ser predecida con certeza. La certeza en la predicción nos indicaría que la norma es siempre cumplida. Kelsen afirma que una norma cuyo funcionamiento es cierto, es parte de la ley de la naturaleza.

La preocupación sobre la actividad de los tribunales reconoce como pionero a John Chipman Gray, quien puso tal énfasis en la naturaleza creativa de la decisión judicial que incluso insistió en reducir las disposiciones legislativas a meras fuentes del derecho. Para Gray el derecho es un estado compuesto por las normas que los tribunales dictan para la determinación de los derechos y las obligaciones.

Hay que recordar la tesis de Gray sobre los "espíritus normativos de la comunidad" o los "normadores del Estado". En primer lugar, éstos son responsables de crear los órganos judiciales de la comunidad. En segundo lugar, ponen límites a la acción de esos órganos señalando y controlando las fuentes a partir de las cuales los tribunales u órganos judiciales eligen para crear "el derecho". Pero es curioso que Gray adscriba a las normas el carácter de fuente de derecho. Todo derecho es derecho creado por el

juez. "Los tribunales insuflan vida en las palabras muertas de la norma". Finch critica a Gray señalando los elementos limitantes del carácter creador de las decisiones judiciales. Llama la atención sobre su fracaso relativo para dar cuenta de la naturaleza autorizada de la decisión judicial.

Oliver Wendell Holmes, en una actitud de extremo escepticismo, sostuvo que la vida del derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia. Según Bodenheimer, Holmes considera el derecho en gran medida como un cuerpo de edictos que representan la voluntad de los intereses dominantes en la sociedad, respaldados por la fuerza. Aquí pudiera verse un punto de coincidencia con la noción de Gray sobre los "verdaderos normadores de la sociedad" uno y otro enfocan el estudio del derecho atendiendo a la forma como funcionan de hecho las leyes.

Finch dedica el último capítulo de su obra a la teoría jurídica soviética, entendiendo como tal el pensamiento y las instituciones jurídicas que tienen su origen en las obras de Marx y Engels.

Marx vio el orden normativo de las sociedades capitalistas como una capa para ocultar la dominación económica de un grupo dirigente minoritario, y presumió que los conceptos de Estado y Derecho eran por tanto, en su naturaleza misma, instrumentos para el mantenimiento de tal explotación mediante la coacción sistemática. De este modo, Marx se negaba a reconocer el derecho como un fenómeno normativo cuyo carácter puede ser objeto de conocimiento jurídico sin ninguna referencia necesaria al contenido material de las leyes particulares. En el periodo de transición entre la superación del sistema capitalista y la consecución del comunismo completo, los conceptos tradicionales de derecho y estado son adaptados a los fines marxistas particulares. En el socialismo el Estado es meramente un medio para un fin, un instrumento necesario en el advenimiento del comunismo, susceptible de ser usado solamente en la medida en que es necesario para proteger la autoridad del proletariado económicamente dominante contra las arremetidas de algunos elementos capitalistas residuales de la sociedad. Cuando esos elementos adversos sean eliminados, el Estado y las leyes desaparecerán. Advuértase que son las leyes lo que se dice que está en proceso de atrofía y no el derecho, pues es inconcebible que el carácter del derecho o el derecho como concepto pueda desaparecer. Finch ha advertido que en la doctrina marxista se identifica el contenido del derecho con su carácter, y se desliza el significado del término al otro. Surge así una contradicción fundamental, puesto que el Estado es concebido simultáneamente como la maquinaria coercitiva para el mantenimiento y para la abolición de la explotación.

La obra primaria y básica de la teoría soviética del Estado es *El Estado y la revolución de Lenin*. La diferencia entre el Estado capitalista y el

Estado proletario es explicada por Lenin así: "Bajo el capitalismo tenemos un Estado en el sentido propio de la palabra, es decir, una maquinaria especial para la opresión de una clase por otra . . . , durante la transición del capitalismo al comunismo, la opresión es todavía necesaria, pero es la opresión de la minoría de los explotadores por la mayoría de los explotados. Un aparato especial, una maquinaria especial de opresión, el Estado, es todavía necesario, pero ahora se trata de un Estado transitorio, no ya de un Estado en el sentido usual de la palabra".

Pashukanis llevó la visión marxista de todo derecho como instrumento de explotación económica burguesa a su conclusión lógica y tendió a describir algunas de las leyes e instituciones de las sociedades no comunistas, de forma que las hacía parecer a todas como producidas para alentar y preservar tal explotación. Para 1936, año de la Constitución de Stalin y momento en el que el logro del socialismo fue declarado, la legalidad revolucionaria de Lenin dio paso, no al socialismo sin derecho, sino a la "legalidad socialista". Para Finch el periodo que condujo a esta declaración se caracterizó por el temor de dejar las riendas del poder y por el deseo de algunos elementos principales dentro de los cuadros políticos de reforzar y asegurar los métodos de coacción estatal y regulación jurídica. La motivación política que había tras este reforzamiento del control jurídico venía del mismo Stalin, quien dejó que su comisario de justicia, Andrei Vyshinsky, construyera una filosofía del derecho que pusiera al nuevo concepto en la línea de la doctrina marxista ortodoxa. Para Pashukanis, el derecho alcanzaba su mayor y más indeseable desarrollo bajo el capitalismo; era sinónimo de una ideología capitalista que debía ser evitada a toda costa en la sociedad socialista. Por el contrario, el concepto de legalidad socialista llevaba consigo una forma justificada de regulación normativa dirigida al reforzamiento de la comunidad socialista, y especialmente contra los ataques exteriores. Para Vyshinsky el derecho se presenta abierta y expresamente como el instrumento efectivo de la política del gobierno soviético, dirigida a la abolición del capitalismo y a la realización del socialismo.

Para Kelsen la teoría de Vyshinsky es una reformulación del derecho natural ya que pretende obtener los principios del derecho a partir de la naturaleza de la sociedad o de las relaciones sociales. Vyshinsky definió el derecho no como un sistema de relaciones sociales ni como una forma de las relaciones de producción sino como el conjunto de reglas de conducta o normas y no sólo de normas, sino también de costumbres y reglas de convivencia confirmadas por la autoridad del Estado y protegidas coactivamente por esa autoridad.

Tras la muerte de Stalin en 1953, los juristas antistalinistas denunciaron a Vyshinsky y pretendieron acercar la teoría jurídica soviética al marxismo

ortodoxo. Hoy en día se habla de un Estado de todo el pueblo, de una sociedad basada en la cooperación social voluntaria más que en la fuerza, y se insiste en la persuasión y el ejemplo más que en la coacción. El derecho es tratado como algo que puede suministrar una influencia educativa sobre la comunidad. La fuerza es considerada como un instrumento de último recurso en el caso de que la influencia positiva de la educación fracase. Mientras en el capitalismo el derecho es un estabilizador, en el socialismo es instrumento necesario para construir la sociedad y desarrollar las fuerzas productivas.

Finch concluye dudando de que las exigencias materiales del derecho y la legalidad socialistas puedan proporcionarnos una explicación satisfactoria de la naturaleza del concepto de derecho.

IGNACIO CARRILLO PRIETO

ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Editorial Porrúa, 1979, 95 pp.

En este breve pero interesante libro, los autores —conocidos penalistas mexicanos— se proponen analizar las normas constitucionales sobre el proceso penal y confrontarlas con las principales orientaciones de la legislación ordinaria. Se trata de un propósito y de un tema que ha atraído, con cierta persistencia, la preocupación de la doctrina procesal moderna, tanto en el campo del proceso civil como en el del proceso penal.

Los autores dividen su obra en diez capítulos. En el primero, cuyo título es “Sistemas procesales”, intentan puntualizar las características de los tres sistemas de enjuiciamiento penal: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto. La brevedad de la exposición, así como las muy esporádicas y superficiales referencias históricas, no parecen permitir a los autores penetrar más allá de ciertos lugares comunes, en un tema que resulta fundamental para el análisis de los preceptos constitucionales sobre el proceso penal.

En el capítulo segundo, “Las garantías constitucionales en materia penal”, los autores se limitan a reproducir los textos de los artículos de la Constitución sobre el proceso penal, ordenándolos bajo 23 rubros. A pesar de la transcripción, no se entrecomillan los textos ni se indican los números de los artículos reproducidos.

En el capítulo tercero, “Estructura del sistema constitucional de justicia penal”, Olga Islas y Elpidio Ramírez pretenden establecer relaciones de jerarquía entre las normas constitucionales: “Las instituciones que integran el sistema jurídico político y los correspondientes sistemas y subsistemas de la administración de justicia penal, están estructurados constitucionalmen-