

REVISTA DE REVISTAS

Teoría general y filosofía del derecho	495
--	-----

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BAX, Cees J., "Two Functions of Legal Reasoning" en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 42-57.

El autor critica la concepción, aún en boga, en los sistemas jurídicos neorromanistas, según la cual la decisión judicial es considerada como la aplicación de normas jurídicas a los hechos del caso mediante razonamiento silogístico. Esta concepción, señala Cees J. Bax, presupone, en principio, la posibilidad de que los hechos puedan ser determinados, de manera precisa, en el curso del procedimiento, en base a los textos aplicables. Los hechos serían, así, determinados, inclusive, con anterioridad al procedimiento, antes de que fueran considerados por el derecho.

Señala el autor que, de acuerdo con recientes desarrollos en la filosofía del lenguaje, la validez de esta presunción es puesta en duda. Desde que el concepto de 'acto de discurso performativo' fue desarrollado por John Austin y John R. Searle, este concepto fue inmediatamente adoptado en los estudios jurídicos. Ciertamente, hasta ahora, señala Cees J. Bax, este concepto sólo ha sido utilizado en el campo del derecho sustantivo. En ese contexto el concepto ha tenido efectos muy positivos; donde, agrega el autor, ilustra que la participación conjunta de las partes en la celebración de un acto jurídico es determinada fundamentalmente por la realización del acto y no sólo por el contenido informativo del acto jurídico.

Sin embargo, dice Cees J. Bax, el concepto de acto de discurso performativo tiene que ser tomado en cuenta en la reconstrucción del proceso, de pronunciamiento de decisiones judiciales. Los 'hechos', señala el autor, no son *data* establecidos con anterioridad al procedimiento. Estos 'hechos', afirma Cees J. Bax, son presentados como textos en y a través de actos de discurso recíprocamente relacionados. En el proceso las transformaciones se realizan, las cuales no son equivalentes. Por ello, señala el autor, es imposible pronunciarse por una realidad clara y precisa sobre la base de los textos disponibles.

Refiere Cees J. Bax que en la dogmática jurídica, los textos jurídicos son considerados como un correcto y verdadero reflejo de la realidad subyacente. La génesis de los textos que habrán de considerarse no es tomada en cuenta en las deliberaciones. Más aún, señala el autor, en el razonamiento de la dogmática jurídica las transformaciones ocu-

ren. Los enunciados dogmáticos, no son, jamás, puras descripciones. Esto es aún más perceptible si se toma en cuenta que la dogmática jurídica considera la sistematización de los conceptos jurídicos como una de sus tareas fundamentales. El razonamiento jurídico, comenta Cees J. Bax, tiene siempre como objetivo, alcanzar y mantener la unidad (conceptual) del derecho.

En base a este análisis el autor se pregunta: ¿cómo puede el razonamiento jurídico sostener la idea de que la decisión judicial es producida mediante razonamiento silogístico? Cees J. Bax llega a la conclusión de que el razonamiento jurídico realiza dos funciones en forma simultánea, tanto en el pronunciamiento de sentencias como en la dogmática jurídica: 1) produce una realidad jurídica (reflejo de la realidad cotidiana) y 2) niega, al mismo tiempo, su participación en este proceso presentándose a sí mismo como una descripción objetiva y neutral de una realidad previamente establecida. Señala el autor que como resultado de esta doble función, la cuestión de la verdad en el razonamiento jurídico no puede ser resuelta en base a la correspondencia entre hechos y textos. Esto sólo es posible, señala Cees J. Bax, sobre la base de la coherencia. Pero, afirma enfáticamente el autor, la coherencia es resultado del razonamiento jurídico, no su base.

Señala Cees J. Bax que esta conclusión es muy importante para la cuestión de cómo debe ser conducida la investigación jurídica. Toda vez que, señala el autor, una perfecta descripción del razonamiento jurídico no produce, automáticamente, un modelo verdadero, sino, solamente, una reconstrucción textual del objeto descrito. Afirma el autor que la teoría jurídica tiene que sustituir la cuestión: '¿qué es verdad en el razonamiento jurídico?' por la siguiente: '¿qué principios determinan las transformaciones que conducen a cierta organización específica de un texto jurídico?'. De esta manera, el problema es más bien saber qué hace el razonamiento jurídico y no qué dice. De ahí que Cees J. Bax señale que la investigación jurídica teórica debe tener presente la cuestión de cómo el razonamiento jurídico produce efectos en la sociedad, al establecer enunciados que representan la "verdad", más que la cuestión de saber si el resultado es verdadero. Al producir la "verdad", el razonamiento jurídico responde a la búsqueda de la verdad y la certeza en la sociedad occidental.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

BAYLES, Michael D., "Courts *vs* Legislatures as Protectors of Human Rights", en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 32-41.

Como su nombre señala, el trabajo se refiere a la protección jurídica de los derechos dentro del marco del derecho nacional. Dice Bayles que los derechos humanos son derechos moralmente justificables, de los cuales gozan todos los seres humanos frente al Estado y otros tipos de agentes. Sostiene el autor que la mayoría de los derechos humanos son exigencias o inmunidades contra el Estado. Señala Bayles que es importante distinguir claramente el fundamento de los derechos humanos de su carácter o naturaleza. A este respecto, dice Bayles que muchos autores confunden estos dos aspectos. Sostiene el autor, que los derechos humanos son derechos de las personas en tanto que se encuentran bajo el poder del Estado y de su gobierno, no les pertenecen *quae homines*. De esta forma es plausible, señala Bayles, limitar la noción de derechos humanos a aquellos seres humanos que son primordialmente miembros de un Estado. En virtud de que el fundamento de los derechos humanos difiere de su naturaleza, las Naciones Unidas han podido lograr un acuerdo considerable en cuanto a los derechos humanos, no obstante la diversidad de ideologías y doctrinas que los fundamentan.

Señala el autor que la protección de los derechos humanos mediante instrumentos internacionales, padece de muy conocidas anomalías. Primeramente, muchos Estados no han suscrito dichos instrumentos. En segundo lugar, los Estados hacen reserva de muchos de sus artículos. En tercer lugar, los instrumentos internacionales carecen de efectivos mecanismos de aplicación. Por último, los individuos no se encuentran en posibilidad de exigir sus derechos. De ahí que Bayles sostenga que la protección de los derechos humanos depende fundamentalmente de instrumentos y mecanismos del orden jurídico nacional.

Señala el autor que los liberales creen que los tribunales son las instituciones que mejor protegen los derechos humanos. Los socialistas, agrega, por el contrario, creen que las instituciones que mejor protegen los derechos humanos son los cuerpos legislativos. Sostiene Michael D. Bayles que nadie ha examinado, de manera satisfactoria estas creencias. El autor señala que los tribunales no son tan importantes, como lo son los cuerpos legislativos, en la protección de dos tipos de derechos. El primer tipo lo constituyen los derechos que consisten en exigencias dirigidas al Estado y que, frecuentemente, presuponen la afectación de

recursos. El otro tipo de derechos son exigencias contra agentes no gubernamentales. Antes de que los tribunales puedan conocer de esas exigencias, los cuerpos legislativos tienen que haber, primeramente, establecido leyes que proporcionen un fundamento jurídico a tales exigencias.

Por otro lado, Michael D. Bayles considera que los tribunales son mejores protectores de derechos humanos, cuando éstos consisten en inmunidades contra el Estado. Pedir que los cuerpos legislativos, apunta Bayles, voluntariamente limiten su poder es esperar mucho de la naturaleza humana. Ciertamente, señala el autor, la protección de los derechos humanos consistentes en inmunidades requieren ser constitucionalmente establecidos y necesitan de un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*a constitutional review of legislation*) realizada por un poder judicial independiente. Esta última característica no existe en muchos países que "reconocen" los derechos humanos en sus constituciones.

Después de referirse a la necesidad de reconocer situaciones de emergencia, Michael D. Bayles concluye señalando que los cuerpos legislativos son tan importantes como los propios tribunales en la protección de los derechos humanos y agrega: "la protección completa de los derechos humanos requiere de una acción interdependiente y concertada de parte de los cuerpos legislativos y de los tribunales".

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

BELL, John, "The Basis of Rights in a Welfare State" in *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 66-80.

Señala el autor que una teoría de derechos (subjetivos) presupone una teoría del desarrollo humano y una teoría del Estado surgida de la primera. Señala John Bell que una teoría del estado de bienestar no contiene la visión individualista de que los individuos tienen sus propios planes en cuya consecución el Estado debe únicamente interferir para impedir que se cause daño a otros. Tampoco contiene la visión colectivista de que compartir en la vida comunitaria es el único fin de la existencia individual. Más bien, señala John Bell, la teoría del estado de bienestar presenta su propia visión del desarrollo humano y del Estado.

El punto de partida de su teoría del desarrollo humano, señala el autor, consiste en la relación y dependencia individual en los otros; relación y dependencia que surge desde el nacimiento y continúa a través de toda la vida. Es primeramente por haber sido objeto de afecto y haber sido iniciado en el lenguaje y en la cultura de una sociedad determinada que los individuos, señala John Bell, pueden desarrollar sus propias personalidades. Esta relación con otros, agrega el autor, es integral para una plena autoconstitución a lo largo de la vida. La realización de muchas actividades, comenta John Bell, depende de la cooperación o la actividad de otros (individual o colectivamente considerados).

Afirma John Bell que el carácter de la sociedad en la cual vive el individuo, tiene una influencia importante en la determinación de las oportunidades disponibles para diferentes tipos de actividad. Los seres humanos, señala el autor, dependen de la sociedad, entendiéndola a ésta como una entidad cuyas estructuras colectivas tienen que ser reforzadas y promovidas para asegurar las condiciones necesarias para el desarrollo individual. Afirma el autor que estos rasgos de relación y dependencia crean una solidaridad esencial entre los individuos y con la comunidad como un todo. El desarrollo de un individuo tiene que estar relacionado con el de los otros y con el de la sociedad. Piensa el autor que si el propio desarrollo depende de las estructuras que los otros han creado y de su continua presencia, entonces se tienen ciertas obligaciones para asegurar que tales estructuras continuarán promoviendo el propio desarrollo humano, para sí, como para los otros.

No obstante, señala el autor, cada individuo es único. Haber sido iniciado en las relaciones, así como en el lenguaje y en la cultura de una sociedad determinada, incrementa las posibilidades de originalidad. Los seres humanos, señala el autor, tienen un cierto valor, no sólo por perpetuar la especie, sino, también, como individuos *únicamente* constituidos. La participación en las actividades de la comunidad solamente, no es suficiente para la realización individual.

John Bell considera que el fin de la sociedad consiste en mantener y desarrollar las estructuras de la comunidad para beneficio de la sociedad como un todo y permitir a los individuos la realización de su particular genio. Advierte el autor que promover la comunidad no significa mantenerla como un conjunto fosilizado de instituciones y tradiciones preservadas a toda costa. Tienen que ser susceptibles de adaptación para ser mejoradas. Dentro de la perspectiva del estado de bienestar, señala John Bell, permitir a los individuos desarrollarse significa libertad para proseguir su propia individualidad lo cual implica:

"libertad del constreñimiento impuesto por necesidad y libertad para hacer juicios razonados e informados sin ser manipulado". La libertad es, de esta manera, sustantiva y no formal y, comenta John Bell, es una cuestión de obligación y no de caridad en lo que se refiere a los miembros de la sociedad. El Estado, sostiene el autor, promueve estas relaciones colectivas e individuales al proporcionar las precondiciones del desarrollo individual en diferentes aspectos (ingreso, habitación, salud, educación, acceso a la información, etcétera). La autosuficiencia del punto de vista individualista es, así, rechazado. Al mismo tiempo, el control del Estado tiene que ser restringido de manera a no aplastar el desarrollo individual.

Dentro de esta estructura, señala John Bell, los derechos aseguran que los individuos no se encuentren en desventaja en el proceso de cooperación social. Los derechos, dice el autor, tienen la doble tarea de, no sólo impedir las ilegítimas intromisiones en la vida de los individuos por parte de otros miembros o del Estado, sino de garantizar a los ciudadanos una justa participación en los beneficios de la cooperación social. Estos derechos individuales, comenta John Bell, se encuentran naturalmente limitados por la necesidad de preservar y promover las relaciones de la comunidad. Sin embargo, agrega el autor, la sociedad tiene que aceptar una cierta pérdida en eficiencia y permitir a los individuos desarrollarse en diferentes formas. De esta manera, concluye, la promoción de las relaciones de la comunidad no puede ser usada para justificar la negación de la legítima autodeterminación de los individuos.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

BJARUP, Jes, "Legal Realism or Kelsen Versus Hägerström" en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 180-192.

En las tres primeras secciones del trabajo Jes Bjarup expone la doctrina del realismo jurídico tal y como es concebida por el célebre iusfilósofo sueco Axel Hägerström. Comenta el autor que para Axel Hägerström existe una íntima relación entre epistemología y ontología: son consideraciones epistemológicas lo que determina lo que es real. Para el profesor Hägerström señala Jes Bjarup, es vital seguir el correcto

camino del conocimiento e, igualmente vital, agrega el autor, abandonar el erróneo camino de la metafísica.

Seguir el camino de la mera opinión ha sido el camino del realismo epistemológico; seguir el camino de la ignorancia, ha sido el camino del idealismo epistemológico. Para Axel Hägerström, señala el autor, ambos caminos se basan en causas insatisfactorias y desconocidas. Por el contrario, el camino correcto del conocimiento se basa en causas satisfactorias y conocidas. Este camino, señala Jes Bjarup es, también, el camino de Axel Hägerström, esto es, explica el autor, el camino lógico de la filosofía de Axel Hägerström, la cual afirma la naturaleza completamente lógica de la realidad sensible. Este es, para Hägerström, dice el autor, el único camino seguro de la investigación científica.

En la cuarta sección de su trabajo Jes Bjarup se refiere a la filosofía moral y a la filosofía jurídica de Axel Hägerström. A este respecto el autor indica que la filosofía de Hägerström es particularmente importante por sus investigaciones sobre la naturaleza del derecho y la moral. Estas investigaciones, señala Jes Bjarup, llevaron a Axel Hägerström a formular dos teorías del derecho así como a considerar la teoría del derecho de Hans Kelsen, la cual es tratada por Jes Bjarup en la quinta sección de su trabajo.

Para Axel Hägerström, señala Jes Bjarup, la teoría de Kelsen tiene que ser desechada toda vez que no ha sido construida por el camino correcto del conocimiento, sino, más bien, ha sido construida por el camino de la metafísica. Señala Jes Bjarup que tanto Axel Hägerström como Hans Kelsen consideran a la epistemología como un elemento indispensable en el estudio del derecho. Sin embargo, estos autores, señala Jes Bjarup, difieren en sus puntos de vista epistemológicos. Para Hans Kelsen (mostrando su ascendencia kantiana), considera que el conocimiento es creativo; Axel Hägerström, por el contrario, comenta Jes Bjarup, niega que esto sea el caso. Existe una franca oposición entre la concepción del conocimiento en términos de creación de conocimiento y la concepción del conocimiento en términos de buscador de conocimiento. Las consecuencias de estas dos posiciones antagónicas son tratadas por Jes Bjarup en la sección sexta de su trabajo.

El autor termina su trabajo exponiendo, por un lado, el desacuerdo entre Hans Kelsen y Axel Hägerström sobre si la ciencia jurídica era autónoma o no, y por el otro, el desacuerdo entre los mismos autores sobre la cuestión crucial de los derechos y la libertad del hombre.

BODENHEIMER, Edgar, "Anthropological Foundations of the Law", en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 141-153.

En el trabajo del profesor Edgar Bodenheimer, como él mismo señala, el término 'antropología' es usado en un sentido amplio: como rama de la investigación cuyo objeto lo constituye el aspecto biológico de la naturaleza humana, así como su aspecto noético *i.e.* como constructor de cultura. Dentro de este contexto el profesor Edgar Bodenheimer expone varias concepciones de la naturaleza humana que pueden tener algún impacto en la estructura y contenido de los órdenes jurídicos.

El profesor Edgar Bodenheimer dedica mucho del trabajo a discutir la sociobiología de Edward O. Wilson (una reciente versión del pensamiento darwinista). Señala el autor que la sociobiología, no obstante ciertas expresiones por las que sus autores cualifican sus alcances, es identificada en este trabajo como una concepción fundamental pesimista de la naturaleza humana, que considera la búsqueda y proliferación del propio genotipo como ingredientes primarios de la estructura biológica del hombre. Estos presupuestos, señala el profesor Edgar Bodenheimer, establecen, de acuerdo con Edward O. Wilson, amplias limitaciones para cualquier política reformadora de fines culturales.

La teoría de Edward O. Wilson, la cual, de acuerdo con el profesor Bodenheimer, guarda gran similitud con la antropología de Thomas Hobbes como con la de Sigmund Freud, es comparada con las tesis de varios autores que consideran que los seres humanos son naturalmente sociables y naturalmente inclinados a la cooperación. (Aunque, comenta el profesor Bodenheimer, un orden social particular puede establecer barreras que impidan la actualización de estas características.) En la exposición de los diferentes puntos de vista sobre la naturaleza humana que puedan tener algún impacto en la estructura y contenido de los órdenes jurídicos, el profesor Bodenheimer dedica unas líneas a la posición existencialista de que no existe una naturaleza humana común sino solamente una individual singularidad.

La opinión del profesor Bodenheimer sobre este particular es en el sentido de que, conjuntamente con marcadas diferencias entre los seres humanos, existe efectivamente una naturaleza humana común que determina la dirección general de las inclinaciones innatas. Señala el profesor Bodenheimer que esta naturaleza común del hombre normalmente tiene un componente individual, así como componentes sociales y de otra índole. La fuerza relativa de estos dos componentes, señala

el autor, varía en diferentes individuos. La preponderancia de un impulso sobre otros, sostiene Bodenheimer, puede ser influida por preceptos éticos y por políticas sociales. El trabajo del profesor Edgar Bodenheimer fuertemente sugiere que una sociedad viable tiene que respaldar los atributos positivos y constructivos de estas dos tendencias esenciales.

En la última parte del trabajo, el profesor Bodenheimer proporciona lo que denomina "una mirada" a un orden jurídico simbiótico; un orden jurídico presta igual atención a los ingredientes individuales y a los componentes sociales de la naturaleza humana. Un orden de tal naturaleza, considera el autor, haría un esfuerzo para lograr una delicada integración de los reclamos (anhelos, exigencias) individuales y de las responsabilidades sociales.

Señala el profesor Bodenheimer que el concepto general de justicia prevaleciente en tal sociedad (aquella en donde existe un orden jurídico simbiótico), sería aquella en la que los derechos individuales (especialmente los derechos a la libertad, igualdad y seguridad), serían garantizados con la mayor amplitud que la consistencia con el orden público permitiera. Este último, señala el autor, sería medido en términos del más alto desarrollo económico y cultural.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

DALBERG-LARSEN, Jørgen, "Change or Progress in Legal Science", en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 172-184.

En este trabajo Jørgen Dalberg-Larsen aborda uno de los temas centrales de la filosofía de la ciencia: ¿puede ser entendida la historia de la ciencia en términos de progreso continuo o en términos de cambio entre diferentes tipos de ciencia? El objetivo primordial del autor es analizar el desarrollo de la ciencia jurídica desde este punto de vista.

Jørgen Dalberg-Larsen comienza su trabajo con algunas explicaciones sobre el cambio o el progreso tanto en las ciencias naturales como en las ciencias sociales. Estos "pasajes introductorios", como él los llama, sirven como marco preliminar para el tratamiento de la dogmática jurídica. En estos primeros pasajes del trabajo Jørgen Dalberg-Larsen establece una importante distinción entre criterios teóricos de progreso (internos) y criterios externos. Después de su exposición, el autor afirma que en las ciencias naturales se puede encontrar evidencia

externa de progreso, lo cual es muy difícil encontrar en el campo de las ciencias sociales. Desde el punto de vista interno, agrega el autor, únicamente se puede hablar de cambio, en ambos tipos de ciencia, en un más amplio periodo de tiempo.

El autor comienza el análisis de la dogmática jurídica examinando tres diferentes posturas sobre lo que puede significar el progreso en la dogmática jurídica. Primeramente Jørgen Dalberg-Larsen analiza y critica las ideas de Max Weber sobre el progreso a través del formalismo jurídico. Su crítica se dirige a dos aspectos: 1) las ideas de Max Weber se basan, según Jørgen Dalberg-Larsen, en una construcción errónea del sistema y de la argumentación jurídica, y 2) las ideas de Max Weber son, señala, de muy poco uso práctico.

Después analiza el autor las ideas de progreso dentro del realismo jurídico de Alf Ross. Jørgen Dalberg-Larsen critica la teoría de Alf Ross en razón de que únicamente considera las tareas descriptivas de la dogmática jurídica, dejando a un lado las tareas teóricas y de interpretación. Dalberg-Larsen continúa su exposición comentando las ideas de Aulis Aarnio sobre este particular. La teoría de Aulis Aarnio es considerada por Jørgen Dalberg-Larsen como un progreso en comparación con las ideas de Max Weber y de Alf Ross, toda vez que, señala el autor, la teoría de Aulis Aarnio toma en consideración tanto los aspectos teóricos, descriptivos e interpretativos de la jurisprudencia dogmática. Sin embargo, Jørgen Dalberg-Larsen la considera inadecuada para el entendimiento de algunos problemas centrales que enfrenta la ciencia jurídica moderna al estudiar los órdenes jurídicos modernos.

Sobre este último particular, Jørgen Dalberg-Larsen sostiene que los órdenes jurídicos modernos tienen tres características distintivas: 1) tienen un alto grado de mutabilidad (*changeability*), 2) más que órdenes normativos consistentes y coherentes, son inconsistentes y ambiguos, y 3) funcionan en sociedades donde no existe consenso ideológico alguno que pueda ser usado como punto de partida para lograr un consenso en la dogmática jurídica sobre cómo sistematizar e interpretar el derecho vigente. Estos tres factores, de acuerdo con el autor, asignan a la dogmática jurídica contemporánea un carácter diferente al de la dogmática tradicional. Fundamentalmente, afirma Jørgen Dalberg-Larsen, tiene que integrar en sus estudios jurídicos elementos empíricos y teóricos de otras ciencias sociales.

El autor danés concluye su trabajo afirmando que si la dogmática jurídica quiere realizar sus funciones prácticas, tiene que introducir cambios cuando su objeto de estudio —el orden jurídico— cambia. Cier-

tamente, de esta manera no se podrá decir que se realiza un progreso en largos periodos de tiempo. Sin embargo, señala Jørgen Dalberg-Larsen, satisfaciendo los requerimientos urgentes en un determinado periodo de tiempo, se puede perfectamente sostener que se realiza un determinado progreso en perspectivas de corto alcance. Lo anterior puede sostenerse, agrega el autor, si se mira desde el punto de vista interno y teórico, como si se mira desde el punto de vista externo.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

DUNNÉ, Jan M. van, "The Role of Personal Values in Legal Reasoning" en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 80-93.

Como es indica claramente en el título del trabajo Jan M. van Dunné aborda el problema del papel que realizan los valores de los individuos en el razonamiento jurídico (fundamentalmente judicial). El trabajo se basa, como el propio van Dunné refiere, en un reciente estudio empírico llevado a cabo en los Países Bajos sobre el papel de los rasgos de la personalidad en el pronunciamiento de sentencias (*i.e.* en el razonamiento judicial). En dicho estudio se encontró, señala Jan M. van Dunné, una sorprendente similitud entre las decisiones de jueces profesionales y de los particulares. En casos propios del derecho privado, los cuales implican la aplicación de normas generales o normas 'abiertas' (como las denomina van Dunné) *e.g.* buena fe, diligencia, se dictaron casi idénticas decisiones por parte de miembros de ambos grupos. Este impresionante resultado planteó varias cuestiones sobre la naturaleza del razonamiento jurídico. Jan M. van Dunné se pregunta: ¿Cuál es la razón de esta intersubjetividad? Jan M. van Dunné dedica el resto del trabajo a explicar sus ideas al respecto.

Afirma el autor que las normas generales o normas abiertas del derecho privado son, fundamentalmente, normas de conducta y, agrega, al emitir un juicio, el individuo toma sus propias normas de conducta como estándares para una decisión concreta. Sostiene Jan M. van Dunné que estas normas personales provienen de dos fuentes que son caracterizadas por la dialéctica: 1) de valores originados por los individuos (proveniente del sistema inter-subjetivo de valores del propio juzgador), y 2) de valores originados por la situación (provenientes de los hechos y circunstancias del caso en consideración).

Las normas concretas del caso, *i.e.* las normas aplicables al caso, producto de *persona* y *res* (como Jan M. van Dunné se expresa), son encontradas, afirma el autor, en una intuitiva visión de la solución. Esta inmediata percepción (*flash-insight*) constituye, agrega van Dunné, una *Gestalt* (una configuración). Al respecto comenta que la intuición juega un papel central y no debe considerársele como antípoda de la razón. La popular separación de estos dos conceptos es, señala el autor, arbitraria e innecesaria.

Dice Jan M. van Dunné que la solución de una controversia jurídica considerada como *Gestalt* no es necesario que sea final. En la argumentación que es base de la decisión cabe distinguir un tercer elemento: *societas* (que Jan M. van Dunné caracteriza como la influencia que ejerce la sociedad y el sistema jurídico que es producto de ella). Todo el proceso, señala el autor, es caracterizado por la dialéctica. Afirma enfáticamente van Dunné que el rasgo distintivo de una decisión correcta lo constituye su armonía interna, no obstante su diversidad de componentes (*persona, res, societas*).

Para defender sus argumentos Jan M. van Dunné realiza un análisis de la división kantiana entre razón y entendimiento y de su corolario: la dicotomía entre ser y deber ser. La inclinación en favor de la razón y la racionalidad, tan prominente en la obra de Kelsen es considerada arbitraria. A través del análisis de las ideas de Whittaker (*'intuitive' vs 'discursive' reasoning*) y de Hobhouse (*'practical reason', through a process of 'mediation' aimed at reaching harmony*), Jan M. van Dunné cree superar la separación 'ser-deber ser' mediante el uso de un método dialéctico.

En cuanto al problema de los valores que surgen por las situaciones, Jan M. van Dunné hace referencia a la escuela de la *Natur-der-Sache* (e.g. 'derecho natural concreto', Maihofer) a la *Gestalt-Theorie* en psicología, a la 'psicología del contextualismo' de la escuela de Dewey y a la escuela hermenéutica de Gadamer y Esser. Sobre los aspectos de la *Gestalt* Jan van Dunné busca respaldo en el reciente estudio de Bihler sobre el sentimiento de justicia, haciendo uso de la psicología desarrollista.

Jan M. van Dunné se detiene a considerar la relación que encuentra entre la percepción inmediata (*flash-insight*) del razonamiento jurídico y el juicio inmediatamente evidente o *a priori*. Finalmente, en cuanto al problema de la armonía, según van Dunné elemento decisivo de la decisión correcta, se hace alusión a ideas paralelas sostenidas en la filosofía de los valores.

GALLIGAN, Denis, "Arbitrariness, Legality and Discretionary Powers", en *Proceedings of the XIth World Congress on the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 301-314.

Como el título del trabajo claramente señala, Denis Galligan aborda el problema de la arbitrariedad con respecto al ejercicio de facultades extraordinarias. Denis Galligan comienza su análisis con el examen de los modelos de autoridad jurídica formal y sustantiva de Max Weber. El autor hace notar la ampliamente compartida idea de que las sociedades modernas manifiestan una tendencia hacia la racionalidad sustantiva. Afirma Denis Galligan que un síntoma de esa tendencia lo constituye el incremento de facultades discrecionales conferidas a las autoridades administrativas.

Es dentro de este contexto que Denis Galligan se refiere a la noción de arbitrariedad. Toda vez que, comenta, con frecuencia se considera que existe una estrecha relación entre facultades discrecionales y arbitrariedad. El concepto de arbitrariedad es desarrollado por Denis Galligan en relación con la toma racional e intencional de decisiones. Estos últimos conceptos, afirma Galligan, requieren que las decisiones discrecionales se basen en razones y que tales razones sean inteligibles y razonablemente relacionadas con los propósitos que se busca alcanzar con el otorgamiento de dichas facultades (discrecionales). Una decisión es arbitraria cuando no satisface tales requerimientos.

Denis Galligan añade otra condición a los anteriores requerimientos de toma racional de decisiones: el principio de consistencia en el razonamiento. La consistencia, señala Galligan, exige la universalización de las razones y la aplicación general de tales razones. Denis Galligan sostiene que el principio de consistencia es elemento central de las decisiones racionales y se encuentra vinculado a los valores morales que gobiernan las relaciones entre el Estado y los particulares.

Señala Denis Galligan que estos principios de acción racional e intencional se aplican a la toma de decisiones discrecionales y proporcionan un medio para abordar el problema que origina la racionalidad sustantiva. Estos principios, comenta el autor, permiten a los funcionarios llevar a cabo el objetivo de sus facultades (discrecionales), libres de las restricciones que las reglas formales imponen. Estos principios, al mismo tiempo, imponen, agrega Galligan, límites al proceso de razonamiento, impidiendo la extrema individualización. De esta manera, afirma Denis Galligan, estos principios proporcionan el medio que permite, por un lado, tener facultades discrecionales y, por otro, encontrar

un equilibrio óptimo entre los estándares generales y el logro del mejor resultado en el caso particular. Esto es, el mejor equilibrio, explica Galligan, entre patrones establecidos e individualización.

Comenta Denis Galligan que mientras la autoridad racional formal elimina un sentido de arbitrariedad, bien puede, ella misma, crear arbitrariedad en otro sentido. Esta, dice el autor, es la arbitrariedad que acompaña el ejercicio de la autoridad de conformidad con reglas fijas y abstractas (sin un especial interés en la congruencia entre el caso particular y el propósito justificado).

Sostiene Denis Galligan que el mejor medio de reducir la arbitrariedad en el ejercicio de facultades no es a través de la creación (o recreación) de autoridad formal, sino mediante el desarrollo de los principios de la acción racional e intencional, tal y como han sido propuestos. Sobre el particular Denis Galligan dirige una abierta crítica a las posturas de A. V. Dicey y F. A. Hayek, los cuales encuentran una relación natural entre facultades discrecionales y arbitrariedad y sostienen que ésta puede superarse únicamente mediante un revivido sentido de autoridad racional formal.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

GÉRARD, Philippe, "Remarques sur les presupposés du positivisme et du jusnaturalisme concernant la société", en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 314-329.

En este trabajo Philippe Gérard pretende encontrar y criticar los presupuestos referentes a la sociedad que determinan, a su juicio, la problemática del positivismo estatista y legalista. De la misma manera busca encontrar los presupuestos relacionados con la sociedad que subyacen detrás de las doctrinas del derecho natural.

Después de recordar las diferentes formas del positivismo jurídico (estatista, psicologista y sociologista), así como de señalar los rasgos característicos de la concepción del derecho defendida por el positivismo estatista (voluntarismo, formalismo), Philippe Gérard señala tres presupuestos que subyacen detrás de esta concepción: 1) separación entre Estado y sociedad civil, 2) carácter arbitrario de las relaciones sociales que permiten someterlas a la acción reguladora de la voluntad humana, y 3) en razón de que tales relaciones son arbitrarias, no determinan *a priori* el contenido de las normas jurídicas.

Una vez expuestos tales presupuestos Philippe Gérard hace mención de las condiciones sociales y políticas, así como de las condiciones relativas al régimen moderno de legitimación del vínculo social; condiciones que han llevado al positivismo a adoptar tales presupuestos.

Continuando su exposición el autor aborda el problema de los presupuestos de las doctrinas del derecho natural en lo que se refiere a su noción de sociedad. Comienza Philippe Gérard, tal y como lo hizo con respecto al positivismo, con la exposición de las tesis principales de las teorías clásicas y modernas del derecho natural. Del análisis de estas doctrinas Gérard cree encontrar los siguientes presupuestos que animan tales doctrinas: 1) tendencia a cosificar ciertas relaciones sociales contingentes, y 2) tendencia a idealizar tales relaciones.

Afirma Philippe Gérard que la explicación de estas dos tendencias se apoya sobre el análisis de las concepciones de naturaleza que han guiado las diversas doctrinas del derecho natural. Sostiene Philippe Gérard que, a partir del ejemplo de la Escuela Moderna del Derecho Natural, particularmente a partir de la teoría de Pufendorf, es posible demostrar que tales teorías tienden a justificar ciertas relaciones sociales contingentes. Estas relaciones, agrega el autor, son abusivamente presentadas como formas originarias y universales de la constitución de los vínculos sociales.

En la segunda parte del trabajo, Philippe Gérard se enfrasca en la crítica de los presupuestos encontrados. Su crítica le conduce a afirmar que en razón de tales presupuestos ni el iusnaturalismo ni el positivismo permiten acceder a un conocimiento científico del derecho.

En cuanto a las doctrinas del derecho natural, señala el autor que si ellas pueden obtener soluciones normativas a partir de ciertas relaciones sociales es porque tales doctrinas idealizan dichas relaciones en función de presupuestos metafísicos de tipo ontológico o teológico, las cuales son incompatibles con un procedimiento científico.

En lo que al positivismo se refiere, Philippe Gérard indica que los presupuestos que lo animan lo conducen a aislar al derecho del contexto social e histórico del cual depende. Por otro lado, explica el autor, gracias a un análisis crítico de las teorías de la validez de las normas y de las teorías de la interpretación propuestas por Hans Kelsen y H. L. A. Hart se puede demostrar que el positivismo se ve obligado a reconocer la incidencia del contexto histórico y social en el derecho. Esta paradoja, subraya Gérard, impide que el positivismo pueda ser considerado como un enfoque científico válido del derecho.

Philippe Gérard concluye estas consideraciones críticas delineando las tres direcciones que el conocimiento crítico del derecho debe seguir pa-

ra escapar de los estancamientos descritos. La primera dirección, apunta el autor, se refiere al análisis interno de las estructuras específicas del derecho, concebido como un dominio relativamente autónomo. La segunda dirección, comenta Gérard, se refiere al análisis de la interacción entre el sistema jurídico y el contexto social e histórico del cual el sistema jurídico depende. La tercera dirección, dice Philippe Gérard, consiste en una crítica del derecho que, dentro del estudio del contexto social e histórico del cual el derecho depende, encuentre las posibilidades objetivas de una emancipación humana.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

Urso, Mirella, "Legality and Legitimacy in the Welfare State", en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 329-342.

Mirella Urso comienza su trabajo señalando que el concepto de legalidad, en uno de los sentidos que le asignará a la palabra, se encuentra en crisis dentro del estado de bienestar (*welfare state*) y que una crisis de la legitimidad se encuentra estrechamente vinculada con esta crisis de la legalidad.

Dice Mirella Urso que, de acuerdo con Max Weber, la legitimidad peculiar del Estado moderno es una legitimidad jurídica, una legitimidad racional: la legalidad. Aquí, indica la autora, la legalidad es el criterio de la legitimidad.

De acuerdo con Mirella Urso la palabra 'legalidad' tiene, entre otros, dos significados que corresponden a dos diferentes conceptos de derecho. A los dos significados de 'legalidad' los denomina: 'legalidad₁' y 'legalidad₂'. Mirella Urso entiende 'legalidad₁' como 'conformidad formal a normas jurídicas' (y entiende por 'normas jurídicas' *i.e.* 'normas jurídicas válidas': 'normas creadas por la autoridad competente de acuerdo al principio de delegación'). Esta, señala Mirella Urso, es la idea de Kelsen, de conformidad con la cual, explica, todo poder político que establezca un orden jurídico normativo puede ser considerado legítimo (todo Estado es un orden jurídico, todo Estado es un *Rechtsstaat*).

Comenta Mirella Urso que en base a este criterio (legalidad₁) es muy difícil discutir o impugnar la legitimidad de cualquier Estado. Por ello Mirella Urso considera que legalidad₁ no puede ser un criterio de legitimidad. (De hecho, comenta la autora, el propio Kel-

sen dice que el principio de legitimidad se encuentra limitado por el principio de eficacia.)

Mirella Urso explica que legalidad₂ presupone, también, conformidad con un orden jurídico, pero, apunta, no a cualquier orden jurídico sino a aquel que puede ser definido por los siguientes principios particulares: 1) (existencia) de garantías constitucionales; 2) separación de poderes, 3) carácter abstracto y general de las normas jurídicas, y 4) normas jurídicas (estas últimas) establecidas por órganos representativos (cuyas discusiones o decisiones impliquen o presupongan a toda la población). Afirma Mirella Urso que legalidad₂ es la expresión del *Rechtsstaat* de la tradición liberal alemana, o la expresión del *Rule of Law* de la tradición constitucional inglesa.

Señala la autora que de conformidad con estos principios (presupuestos por la legalidad₂ no todo Estado es un *Rechtsstaat*, sino sólo aquel que satisface esos requerimientos. Dentro de este orden de ideas Mirella Urso señala que el consentimiento no es simplemente un principio fáctico (que cupiera dentro del principio de eficacia). El consentimiento, explica la autora, es un criterio de valor que implica determinados procedimientos, una estructura precisa del derecho y es calificado con el carácter de requerimiento moral.

Como ya lo había apuntado, Mirella Urso señala que dos diferentes ideas del derecho se derivan de legalidad₁ y de legalidad₂. Sostiene al respecto que mientras en legalidad₂, el derecho es el criterio regulativo de la acción, en legalidad₁, es un mero instrumento, una técnica. Mientras en legalidad₂, continúa la autora, el derecho es una medida racional, en legalidad₁, es una forma exterior, vacía.

Después de la caracterización de la noción de legalidad, Mirella Urso se pregunta: ¿cuando se discute la crisis de la legalidad en el Estado de bienestar, a qué significado de legalidad se está refiriendo? La autora entiende por 'estado de bienestar' un modelo de organización política caracterizado por la interferencia del Estado en la sociedad con el propósito de asegurar el más amplio bienestar social. De hecho, señala la autora, el propósito de lograr este bienestar trae aparejado en gran medida, que ciertos principios, normas y estructuras jurídicas fundamentales de la actividad estatal sean afectadas. (A manera de ejemplos Mirella Urso señala que, en ocasiones, al perseguir propósitos de bienestar, ciertas decisiones son tomadas no por un órgano representativo, sino por autoridades administrativas, otras son negociaciones entre grandes empresas y poderosos sindicatos, etcétera.) En este sentido legalidad₂ se ve contrariada. Por el contrario, legalidad₁ se mantiene incólume porque toda decisión política es tomada en la *forma* de una

norma jurídica. Por ello, agrega la autora, legalidad₁ nunca puede encontrarse en estado de crisis.

Teniendo en cuenta los resultados de su análisis Mirella Urso se plantea otra pregunta: ¿si legalidad₂ no es el criterio de legitimidad del Estado de bienestar (éste, como vimos, contraría sus principios) y si (como ya se había señalado) legalidad₁ tampoco lo es, existe acaso otro criterio? Mirella Urso explica que el profesor K. Offe ha identificado una forma de legitimación típica del estado de bienestar: permuta, intercambio (el consentimiento es intercambiado por beneficios). Sin embargo, este consentimiento otorgado con el propósito de obtener beneficios es, comenta Mirella Urso, un consentimiento que no tiene el carácter de obligación moral. Un consentimiento así se encuentra siempre impregnado de miedo (miedo de perder los beneficios). Se pregunta Mirella Urso si la legitimidad puede fundamentarse en este cambalache. La autora opina que no, y concluye diciendo, "si no existe otro criterio de legitimidad, entonces en el estado de bienestar hay una crisis de legitimidad *tout-court*."

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

WELLMAN, Carl, "Rules, Principles and Reasoning", en *Proceedings of the XIth World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, Finnish Society for Philosophy of Law, 1983, pp. 354-369.

Señala Carl Wellman que el propósito de su trabajo es evaluar críticamente qué tanto la comunicación de Robert Alexy: *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (sometida a consideración en el mencionado Congreso de Helsinki) ha adelantado nuestra búsqueda por un modelo apropiado de razonamiento jurídico. Sostiene Carl Wellman que cualquier modelo tiene que explicar, cuando menos, el razonamiento judicial y tiene que indicarnos qué premisas son relevantes para la sentencia; igualmente, tiene que decirnos mediante qué lógica (*i.e.* reglas de inferencia) tales premisas justifican la decisión.

El modelo tradicional de razonamiento jurídico es, dice Carl Wellman, un modelo deductivo. En este modelo las premisas relevantes son: las normas jurídicas aplicables y los hechos materiales del caso. El juez, según el modelo, puede deducir una decisión jurídicamente válida de esas premisas. Comenta Carl Wellman que Ronald Dworkin (*Is a Law a System of Rules?, Taking Rights Seriously*) ha atacado el

modelo argumentando que el derecho, además de normas, contiene principios. Dice Carl Wellman que la forma en la que Ronald Dworkin distingue entre normas jurídicas y principios jurídicos da origen a dos cuestiones problemáticas: 1) ¿cómo puede un principio argumentar en una dirección sin necesitar de una conclusión particular?, y 2) ¿cómo pueden principios en conflicto justificar racionalmente una solución correcta?

Plantado así el problema, Carl Wellman aborda el análisis del trabajo de Robert Alexy para ver si es de alguna ayuda para resolver estas cuestiones en lo que al razonamiento moral respecta. Sobre el problema 1), Carl Wellman dice que de acuerdo con Robert Alexy, las acciones humanas pueden satisfacer un principio en un mayor o menor grado. De esta forma, comenta el autor, un principio no se aplica a la acción humana en la forma de todo o nada. Considera Carl Wellman que aunque esto pudiera ser verdad, no explica, sin embargo, cómo un principio puede ser una razón sin que necesite de una conclusión. Para explicar esto, comenta Wellman, se requiere de alguna teoría de razonamiento *no deductiva* (¿conductiva?).

En cuanto al problema 2) Robert Alexy, refiere Carl Wellman, propone superar tales conflictos a través de la construcción un orden jerárquico débil de principios, consistente en prioridad *prima facie*, condiciones de prioridad y regla de peso (de los argumentos) (*weighing law*). La prioridad *prima facie*, comenta Carl Wellman, determina la carga de la prueba, pero pregunta: ¿cómo se debe interpretar la carga de la prueba en el razonamiento moral? Sin duda, agrega Wellman, la prioridad de un principio sobre otro, ciertamente varía con las condiciones. Pero, pregunta de nuevo: ¿cómo puede uno decidir racionalmente qué condiciones son relevantes y qué tanto influencia cada una el peso relativo de los principios en conflicto? En cuanto a la regla de peso (*weighing rule*) Carl Wellman observa que ésta no nos permite asignar pesos relativos a principios en conflicto, en tanto principios. La regla de peso da instrucciones para sopesar las consideraciones especificadas en los principios. Por ello Carl Wellman concluye que en materia de razonamiento moral la función de los principios es señalar consideraciones moralmente relevantes. De esta manera, agrega Wellman, los principios no son premisas en el razonamiento moral; son las consideraciones que tales principios señalan, las que son las razones para la decisión. Este tipo de razonamiento no deductivo lo denomina Wellman 'razonamiento conductivo'.

Volviendo al razonamiento jurídico Carl Wellman señala que los principios jurídicos realizan la misma función, es decir la de identificar

hechos jurídicamente relevantes en el caso en cuestión. Sin embargo, en virtud de que ciertas consecuencias jurídicas tienen que ser imputadas a acciones humanas por normas jurídicas, los principios jurídicos son, también, premisas esenciales en el razonamiento jurídico, las cuales sirven para establecer la relevancia jurídica de las consideraciones que posteriormente serán sopesadas por "razonamiento conductivo" (como lo denomina Wellman).

Considera Carl Wellman que el trabajo de Robert Alexy nos ha permitido avanzar un buen trecho en nuestra búsqueda por un modelo adecuado del razonamiento jurídico. Los argumentos de Robert Alexy, nos permiten entender la naturaleza de las normas jurídicas, usadas como premisas en el razonamiento jurídico, mediante la idea de Alexy de que los principios jurídicos las optimizan. Sin embargo, concluye Carl Wellman, Alexy no explica de forma suficiente mediante qué lógica estas normas pueden justificar alguna decisión particular en derecho.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN