

REVISTA DE REVISTAS

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

775

general de que la interposición tanto de un recurso interno como del proceso administrativo propiamente dicho, paraliza la eficacia del acto administrativo, es decir, produce automáticamente efecto suspensivo, a no ser que, a través de un sistema flexible de providencias precautorias, se determine la ejecución total o parcial del acto, debido a razones de interés general.

Finalmente, el profesor de la Universidad de Heidelberg examina la protección de los particulares frente a las normas reglamentarias y legislativas, tanto en un proceso concreto (*konkrete Normenkontrolle*) como en forma directa (*abstrakte Normenkontrolle*) y en ambos casos decide finalmente el Tribunal Constitucional Federal, ya que los jueces administrativos, cuando se plantea una cuestión de inconstitucionalidad, deben suspender el proceso y enviar los autos al citado Tribunal Constitucional, para que decida en definitiva dicha cuestión, lo que hace a través de una declaración general, *erga omnes* pero con efectos particulares en el proceso en el cual surgió la citada cuestión.—Héctor FIX-ZAMUDIO.

WRÓBLEWSKI. *Il modello teorico dell'applicazione della legge*. v. TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

FUSTER, Jaime B. *Los usos de la sociología para la comprensión, reforma y práctica del derecho*. "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", vol. xxxvii, 1968, núm. 3, pp. 403-434. Río Piedras, Puerto Rico.

En este siglo se ha intentado por los juristas una integración del derecho con los conocimientos, métodos y enfoque de las ciencias sociales.

Una de las consecuencias de esta tendencia ha sido la inclusión de consideraciones de carácter sociológico en el tratamiento de los asuntos jurídicos. Tanto el estudio como la práctica del derecho, se han enriquecido considerablemente en función de que los jueces, los abogados postulantes y los profesores de materias jurídicas han utilizado en su práctica ciertos conocimientos de carácter sociológico.

La Sociología del Derecho misma ha sido una de las principales consecuencias de estos esfuerzos de integración del derecho con las demás ciencias sociales.

Por lo que toca a los usos en la práctica del derecho en Norteamérica, se recurre a la investigación sociológica empírica para obtener los datos respectivos que tiendan a sostener la tesis jurídica del litigante.

Cabe decir que la sociología puede, en primer término, suministrar una serie de conocimientos de carácter general que sirven de base para que la reforma no sea azarosa. Dentro de estos conocimientos podemos mencionar los siguientes: elemento de la dinámica de grupos, dinámica de las organizaciones burocráticas, funciones de instituciones sociales tales como la familia, la escuela, la iglesia y otras.

En segundo término, la sociología puede auxiliar al interesado en la reforma legal, ofreciéndole datos y conocimientos particulares en relación con los problemas legales de carácter concreto.

El artículo que nos ocupa analiza los estudios que se han llevado a cabo con la finalidad de describir la forma en que operan algunas instituciones jurídicas y el efecto que las leyes y mecanismos normativos producen en la realidad social. Al investigar esta cuestión se trata del jurado, de la conferencia con antelación al juicio, de la fianza, de la sentencia, del sistema de adversarios y de la función de los tribunales.

Los estudios de referencia sugieren que las expectativas y suposiciones de los juristas y legisladores carecen de fundamento en lo que se refiere a la forma de operar de las mencionadas instituciones y mecanismos.

Para la consideración de la sociología jurídica, es necesario hacer un estudio de los problemas sociales con la finalidad de que sirva de fundamento para el pronunciamiento de reformas legales. Dentro de esta clase de estudios se pueden mencionar los relativos a la congestión de los tribunales, a la pobreza, a la profesión legal.

Otro tipo de estudios que caen dentro del ámbito de la sociología jurídica son los relativos a las nuevas leyes y decisiones judiciales, con la finalidad de medir los efectos que producen en la realidad social y analizar si se lograron los propósitos que motivaron que se adoptaran y aprobaran. Estudios de este tipo son los relativos a las normas que protegen los derechos civiles y a las normas que dan garantías mediante el uso de la coacción o la moral social. Además de los estudios mencionados encontramos otros que se señalan en el artículo que se reseña y que pertenecen al ámbito de la sociología jurídica.

Finalmente se hace un comentario en donde se realiza la importancia de los estudios interdisciplinarios para la solución de los problemas sociales, y en donde se admite que la sociología jurídica ofrece la posibilidad de verificar empíricamente las teorías que se refieren a la forma en que opera el derecho, a sus funciones sociales y a su dinámica interna.—Leandro AZUARA PÉREZ.

GERHARDT, Rudolf. *Por la separación de moral y derecho*. "Revista de la Universidad Externado de Colombia", vol. ix, núm. 3, diciembre de 1968, pp. 613-616. Bogotá, D. E., Colombia.

En el seno del congreso alemán de jurisconsultos se pidió la liberalización del derecho penal sexual y se consideró que solamente aquellas acciones socialmente perjudiciales deben ser punibles. En el código penal alemán existe un título denominado "Derecho penal moral", en el cual el derecho se constituye en creador de principios morales y en su guardián, para que los destinatarios de las normas jurídicas respectivas se atengan a dichos principios en su vida privada.

Pero como tanto la honestidad como la moral se reflejan de manera muy diversa en el individuo singular, desde hace tiempo se dejaba sentir un descontento en el sentido de que es indebido que la justicia comprenda a la llamada ética moral.

En el XLVII Congreso Alemán de Jurisconsultos se presentó unanimidad en relación con que el actual derecho penal se debe reformar en lo que se refiere a la sexualidad, en virtud de que gran número de sus disposiciones son superfluas y subjetivas. Existió unanimidad en el sentido de que un Estado jurídicamente libre sólo debe castigar el comportamiento que atenta

contra lo social y que la moral y el derecho han de ser separados uno de otro. Esta separación entre la moral y el derecho se plantea aquí desde el punto de vista formal, como lo hace la moderna filosofía del derecho.

La doctora Just-Dahlmann, tomando en cuenta las sentencias del Tribunal Federal Supremo que estiman como fornicación todas las relaciones íntimas prematrimoniales, con las consecuencias respectivas de castigar a los padres por rufianería, lo que puede originar graves penas para ellos si permiten aquellos actos en su vivienda, presentó en relación con este problema cifras comparativas. De acuerdo con el informe Kinsey la gran mayoría de hombres y mujeres han tenido relaciones sexuales prematrimoniales, de aquí que sea muy difícil entender cómo los tribunales califican en nombre del pueblo como fornicación los actos sexuales que se llevan a cabo fuera de matrimonio.

No obstante que la tesis expuesta encontró un gran eco entre los asistentes, el profesor Lackner sostuvo que se presentaría un grave peligro si se anulaban de golpe los delitos sexuales, pero consideró que en esta clase de delitos no tenía sentido aplicar una pena rígida, ya que se había de pasar al tratamiento del delincuente.—Leandro AZUARA PÉREZ.

LALAGUNA, Enrique. *Valor de la jurisprudencia en la elaboración científica del derecho*. "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", año XLIV, septiembre-octubre, núm. 468, pp. 1 217-1 238. Madrid, España.

En la introducción del artículo que se reseña, se sostiene que el interés por el método de investigación del derecho se justifica por la desconfianza con relación a la adecuación del conocimiento de la realidad. Esto, que se presenta en toda la ciencia, se da de manera muy especial en el ámbito de la ciencia jurídica, puesto que su tema central es la justicia, la cual, como una forma social en la que se manifiesta la conducta humana, tiene un carácter problemático.

Por lo que toca al problema del método de investigación y la realidad jurídica, cabe decir que hoy en día existe una repulsión del método dogmático y, consecuentemente, la necesidad de una aproximación de la ciencia a la realidad.

Hay dos planos, que son: el de la ciencia jurídica y el de la *prudencia juris*, y la distancia entre ellos no se puede salvar, y aun cuando la mentalidad científica esté animada por la prudencia no podrá lograr alcanzar el nivel propio de una tarea jurídica propia de la prudencia.

Lo anterior no significa que la ciencia se deba desatender de los resultados de la prudencia, ya que las realizaciones de la tarea prudencial: la creación y la aplicación de las normas jurídicas, constituyen los datos elementales que sirven de base al conocimiento científico. En resumen, el método científico no permite por sí solo una comprensión de la realidad jurídica en su totalidad.

La prudencia es una forma de conocimiento práctico. La verdadera función de la razón práctica consiste en que no especula con objetos, sino por el contrario, los realiza.

El valor metódico del casuismo es muy importante, porque sólo del caso concreto se puede predicar que es justo o injusto.

Por lo que toca al valor metodológico de la jurisprudencia, se le puede considerar en un doble sentido: primero, como una forma ejemplar de interpretación; y segundo, como una fuente de conocimiento de la realidad jurídica hasta que se pronuncie el juicio.

El método de la investigación de un aspecto de la realidad está en función de la naturaleza del objeto que se trata de investigar y del fin que pretende conocer el intelecto.

La actitud metodológica correcta es aquella que reconoce la validez de la tópicica en la forma de conocimiento problemático y admite que esta actitud no excluye la función de la lógica deductiva, ya sea, como admite Viehweg, una continuidad entre la tarea de la tópicica y el procedimiento deductivo.

La finalidad de la ciencia jurídica es descubrir por medio de proposiciones teóricas de carácter general la realidad jurídica.—Leandro AZUARA PÉREZ.

ROTONDI, Mario. *Technique du droit, dogmatique et droit comparé*. "Revue Internationale de Droit Comparé", año 20, núm. 1, enero-marzo, 1968, pp. 5-18. París, Francia.

El prestigiado profesor de la Universidad de Milán formula algunas reflexiones en torno a su discurso inaugural de clases del año lectivo de 1926, en la Universidad de Pavia, en el que disertó sobre el tema "el derecho como objeto de conocimiento".

En esa ocasión, planteaba el autor la tesis de la existencia de dos ciencias del derecho: la que aspira a la construcción teórica de un sistema de derecho positivo y la que se propone un conocimiento integral del fenómeno jurídico con el auxilio de los métodos histórico y comparativo. A la distancia de más de cuarenta años, el profesor italiano ratifica en este artículo su concepción original al respecto y nos ofrece una nítida caracterización sobre ambas perspectivas del fenómeno jurídico —la dogmática y la comparativa—, cuya cientificidad debe estructurarse con base a los principios de *universalidad* y *unidad orgánica* de los conocimientos.

No hay pues, para Rotondi, una sola ciencia del derecho, sino dos, cuyas diferencias se fincan sobre una variación en el enfoque de los mismos materiales o fenómenos a estudiar: por un lado, la consideración de las leyes jurídicas —a partir de una exégesis de los textos— en su sentido normativo dogmático, en tanto que orientadas a la conducta externa de los sujetos del derecho, en función de los fines individuales y sociales a realizar, y por otro, la consideración de las mismas normas jurídicas, pero ahora como un producto cultural sometido él mismo a principios sistemáticos que lo ubican dentro de cierta orientación desde el punto de vista comparativo e histórico, para obtener un conocimiento universal del fenómeno jurídico, regulado por "leyes ontológicas que nos explican las causas y nos muestran las consecuencias de la multiplicidad aparentemente caprichosa de las formas y de los sistemas jurídicos".—Fausto E. RODRÍGUEZ.

TAYLOR, Richard. *Law and Morality*. "New York University Law Review", vol. 43, octubre, 1968, núm. 4, pp. 611-647. New York, N. Y., E. U. A.

Las tres principales tareas que lleva a cabo el autor del artículo que constituye la materia de la presente reseña son: 1) Demostrar que el derecho es una cosa y la moral otra, y que mezclar estos dos órdenes normativos no puede conducir sino a confusión; 2) Obtener en forma empírica lo que son las leyes. Al llevar a cabo esta tarea se demostrará que la omisión del realismo jurídico consiste en que no procedió sacando las últimas conclusiones, y 3) Por último, habiendo separado el derecho de la moral se les vuelve a unir.

Hay varias concepciones acerca del derecho, tales como: la del derecho divino, derecho natural, derecho positivo, derecho consuetudinario y la del derecho que se integra en las órdenes.

La idea de las fuentes del derecho de que el derecho no procede arbitrariamente de un rey, legislador o juez, es muy antigua; dentro de esas fuentes se pueden citar: la *Biblia*, la moralidad dominante, la legislación, el *common law*, las prácticas dominantes de la comunidad, los sentimientos morales de ésta, hasta el juez mismo puede considerarse como una fuente de derecho.

Las decisiones judiciales tienen la fuerza de ley simple y sencillamente porque tiene capacidad de obligar, esto es así en virtud de que la corte dispone de los medios para compeler a aquellos designados en el cuerpo de la propia decisión para actuar de acuerdo en lo dispuesto por ella.

El derecho es una orden obligatoria cualquiera que sea la fuente de donde proceda.

Hay una serie de problemas que se pueden plantear en torno a la obligatoriedad del derecho. En este orden de ideas podemos formularnos las siguientes preguntas: ¿qué podríamos decir, tomando en cuenta la obligatoriedad del derecho, cuando la violación de la norma jurídica no es descubierta y en consecuencia la ejecución del derecho no se lleva a cabo?; ¿se podría afirmar, de acuerdo con la teoría de referencia, que las órdenes ilegales que emiten tanto un bandido como el jefe de una mafia son leyes? Para resolver estas dificultades es necesario distinguir entre los conceptos de obligatoriedad, coacción y derecho.

Otros temas importantes que se tratan en el artículo en cuestión son los relativos a la violación del derecho y a las órdenes ilegales.

Cuando se alude a la cuestión del derecho entendido como actividad, se lleva a cabo la tercera tarea propuesta al principio del artículo de que se trata, o sea, la de unir el derecho y la moral.

Por último, se trata del derecho y la obligación. La obligación se define en términos de obligatoriedad. Afirmar que alguien está obligado legalmente a llevar a cabo una consulta o a abstenerse de realizarla siguiendo los dictados de una orden, simplemente es decir que se le pueden aplicar penas y sanciones por incumplimiento.—LEANDRO AZUARA PÉREZ.

TREVES, Renato. *El fundamento filosófico de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*. "Revista de la Facultad de Derecho", núm. 40, junio 1968, pp. 9-43. Caracas, Venezuela.

La doctrina de Hans Kelsen ha despertado siempre un violento movimiento de reacción contra sus métodos y sus principios. Como es obvio que en este tipo de movimientos surjan opiniones erradas sobre el verdadero valor de la teoría pura en ocasión de escritos poco objetivos, el profesor Renato Treves trata de poner en evidencia, en este artículo, algunos puntos esenciales sobre el fundamento filosófico de la Escuela de Viena.

Primeramente, el autor compara la teoría pura con la teoría jurídica de P. Laband, en virtud de que un gran número de críticos de Kelsen afirman, si bien reconociéndole a la doctrina cierta filiación neokantiana, que la teoría pura no es más que la continuación del pensamiento juspublicístico de P. Laband. Después de demostrar las radicales diferencias que separan ambas doctrinas, R. Treves señala que esta confusión se debe a la poca importancia que estos críticos atribuyen a los principios epistemológicos en que reposa la teoría pura, tan distintos de aquellos en los que se apoya el sistema de P. Laband. A continuación se nos presenta una confrontación del pensamiento kelseniano con la filosofía de Emmanuel Kant. Al respecto observamos que el simple análisis del concepto kantiano de pureza le es suficiente al autor para mostrar que el pensamiento kelseniano no constituye una simple dogmática jurídica sino una teoría filosófica del derecho que pertenece a la esfera del pensamiento kantiano. En la medida que el pensamiento kelseniano se relaciona estrechamente con aquel que afirma que Kant abandona en la *Metafísica de las costumbres* y en la *Crítica de la razón práctica* el método trascendental,¹ la teoría pura puede ser considerada como la tentativa de aplicación del método trascendental al campo del derecho, esto es, la teoría pura intenta llevar al dominio normativo el método de la *Crítica de la razón pura*.

No obstante, sostiene R. Treves, este intento será menos fiel que el realizado por R. Stammler;² en efecto, Kelsen se limita a la transposición de la sola lógica con la exclusión de la estética y la dialéctica transcendentales. Así, después de haber señalado que el pensamiento kelseniano se sitúa dentro del kantiano, el profesor italiano remarca, en la parte relativa a la confrontación del sistema de Kelsen con el de Hermann Cohen, que aquello en que el pensamiento kelseniano se aleja del kantiano se debe a razones bien determinadas y precisas. Si se considera que la teoría pura, limitándose a la determinación de las formas *a priori* del conocimiento jurídico, se ha valido del método de la primera de las *Críticas* haciendo abstracción de la estética y de la dialéctica, se puede fácilmente concluir, comenta el autor, que Kelsen, en el planteamiento del problema jurídico, ha llegado a aportar en el dominio normativo las mismas reformas que Cohen aportó al pensamiento kantiano en el campo de la lógica. Después de un rápido examen, R. Treves sostiene que la *Lógica del conocimiento puro* de Hermann Cohen constituye el fundamento filosó-

¹ Ver Morones, Armando. *Ética y teoría jurídica pura*. UNAM (tesis), México, 1967, pp. 73-81; Tamayo y Salmorán, Rolando. *L'Etat, sujet des transformations juridiques*. Faculté de Droit et des Sciences Economiques (tesis de grado), París, 1970, pp. 106-111; cf. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pp. 68-69.

² Ver mi reseña al *Tratado de filosofía del derecho* de R. Stammler, en "Boletín Bibliográfico del Instituto de Investigaciones Jurídicas" de la UNAM, año 11, núm. 1, agosto 1970, México.

fico de la teoría pura, quien la aplica de manera más fidedigna que la misma *Ética de la voluntad pura* del propio Cohen.

En el último apartado de su trabajo R. Treves destaca la influencia que ejercieron sobre el pensamiento kelseniano los escritos de Windelband y de Simmel, así como la doctrina de la economía del pensamiento de E. Mach y la filosofía del *Als Ob* de G. Vaihinger. De este último análisis realizado por el autor se desprende que si bien son muchos los elementos que la teoría pura tomó de estas doctrinas, el genio de Kelsen se vio obligado a proceder a una inversión metodológica valiéndose esencialmente del sistema de Hermann Cohen. El autor termina diciendo —y parece que estas palabras se dirigieran a los antikelsenianos mexicanos— que si se quiere hacer una verdadera crítica de la obra de Kelsen no es posible quedarse en la superficie sino que se requiere penetrar hasta el fundamento teórico en el cual la teoría pura encuentra su razón de ser. Es necesario, en consecuencia, examinar las bases epistemológicas sobre las cuales se apoya la filosofía de la Escuela de Marburgo.

Por último, debemos señalar que es muy lamentable que un artículo semejante se encuentre tan mal traducido, tanto que la traducción da lugar a confusiones y a errores. Es necesario estar familiarizado con estos temas para resolver los acertijos que esta traducción plantea. Por otro lado, es de notar un manifiesto descuido en el cotejo de las citas alemanas, pues éstas no corresponden en español; ejemplo de ello es la cita número 20, en la que se le hace decir a Cohen un absurdo supino.—Rolando TAMAYO y SALMORÁN.

WOODMAN, Gordon R. *Some Realism about Customary Law. The West African Experience*. "Wisconsin Law Review", vol. 1969, núm. 1, pp. 128-152. Madison, Wisconsin, E. U. A.

Con referencias a la experiencia jurídica de los nuevos Estados africanos de Ghana y Nigeria, el profesor Woodman, conferencista en la universidad del primero de dichos países, hace un ensayo de definición del "derecho consuetudinario", tomando en cuenta la doble perspectiva sociológica y jurídica. Al respecto, sociólogos y juristas ofrecen una divergencia de enfoques, que centralmente gira en torno a *cuáles hechos* han de considerarse como básicos para la investigación del asunto: el comportamiento de los miembros de la sociedad en función de las normas que ésta considera obligatorias, o bien lo que los tribunales determinan en sus fallos que es costumbre jurídica.

El trabajo del Woodman analiza algunas definiciones importantes, con especial referencia a los mencionados Estados africanos, que tienen una organización judicial de tipo anglo-americano y cuyos tribunales invocan a menudo la aplicación de la costumbre jurídica, y llega a la conclusión de que, siendo válidas por igual, en sus respectivos campos, la perspectiva sociológica y la jurídica, es necesario sin embargo que exista una colaboración interdisciplinaria entre una y otra, y si bien es cierto que desde el punto de vista de la experiencia jurídica prevalece el criterio del juzgador acerca de lo que el derecho consuetudinario es, debe no obstante el jurista tener en cuenta las luces que la investigación sociológica le pueda aportar en la normación de su criterio oficial al resolver las controversias.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Il modello teorico dell'applicazione della legge*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", año XLIV, serie III, fasc. I, enero-marzo, 1967, pp. 10-30. Milán, Italia.

El autor, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Łódź (Polonia), ensaya en este artículo la formulación de un modelo teórico (paradigma) sobre el proceso de aplicación de la ley, a través de su descomposición en los diversos momentos que lo integran. Dicho "modelo", que es válido para los ordenamientos jurídicos de corte continental-europeo, viene a ser una especie de esquema o construcción mental que Wróblewski elabora por la vía de una formalización de la actividad intelectual que despliega todo juzgador al pronunciar su sentencia.

Distingue al efecto el autor cuatro "estadios" o etapas dentro de ese proceso aplicativo de la norma general y abstracta al caso concreto, a saber: 1) Determinación, dentro del sistema u ordenamiento jurídico en juego, de la norma aplicable y comprensión de su sentido o significación en función del caso a resolver; 2) Determinación de la situación de hecho integradora del caso, a través de la comprobación de sus circunstancias con los medios de prueba adecuados y su traducción conceptual a los términos empleados por la ley aplicable; 3) Subsunción del caso en la norma aplicable, y 4) Determinación imperativa de las consecuencias legales imputables al hecho probado, con base en la norma aplicable.

Dedica Wróblewski sendos párrafos al análisis de cada uno de estos cuatro momentos del proceso aplicador de la ley, aclarando que dicho "modelo" parte de una concepción simplista, limitándose a considerar la actuación de la ley substantiva en el caso concreto. Compara en seguida esta aproximación al problema por él sugerido (modelo teórico) con otras dos posibles que se basarían, una "en los procesos psicológicos del órgano juzgador (individual o colegiado)" que conducen al fallo, y otra referida a "las motivaciones de la resolución dictada", a partir del análisis de materiales de decisiones judiciales, destacando la relación de forma a materia en que su "modelo teórico" se encuentra respecto de los dos últimos enfoques de referencia.

Finalmente, el autor se ocupa de la relación de los momentos primero, segundo y cuarto de su "modelo teórico" con el valor de la certeza del derecho, para concluir con algunas reflexiones sobre la discusión entre los que sostienen el carácter necánico-lógico del razonamiento judicial y los que consideran que la sentencia tiene un aspecto irracional oculto tras de motivaciones pseudo-lógicas.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

DERECHO DEL TRABAJO

BLAGOIEV, Borislav. *L'intervention des pouvoirs publics et des organes représentatifs des travailleurs dans l'établissement et la rupture des relations de travail en Yougoslavie*. "Journées Juridiques". Centre français de droit comparée. Cinquièmes Journées Juridiques Franco-Yougoslaves (Paris-Nancy-Strasbourg, 23-28 mayo, 1960), 1968, pp. 51-72. París, Francia.

En este interesante artículo del decano de la Facultad de Derecho de Skopje, se advierte que en Yugoslavia ha habido un cambio en las relaciones de trabajo