

tiempo, dinero y personal (sin embargo, el ahorro sería una manera harto extraña de justificar el desconocimiento del brocardo *nulla poena sine iudicio*). Lo importante está en que se termina por reconocer que este procedimiento aparece como forma agravada del inquisitivo.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

UI-MER. *Earl Warren and the Brown Decision*. v. DERECHO CONSTITUCIONAL.

ZANDER. *Access to a Solicitor in the Police Station*. v. DERECHO PENAL.

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

D'AGOSTINO, FRANCESCO. *La fenomenologia dell'uomo giusto. Un parallelo tra Kierkegaard e Platone*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", IV serie, XLIX, núm. 2, abril-junio, 1972, pp. 153-172. Milán, Italia.

D'Agostino, quien es asistente de profesor en la Universidad de Roma, revive aquí el tema central de una obra poco conocida del filósofo danés Søren Kierkegaard: *Indøvelse i Christendom* —cuya segunda traducción al italiano acaba de aparecer con el título *Esercizio del Cristianesimo* (Roma, ed. Studium, 1971), bajo la supervisión de Cornelio Fabro, estudioso especialista del pensamiento del célebre filósofo de la "angustia", precursor del existencialismo moderno—, a saber: la fundamentación de la existencia en la aparición histórica de Cristo y la imitación como elemento necesario del "ejercicio del cristianismo", en el sentido de una participación personal en el dolor y en la cruz (sufrimiento).

El autor quiere, sin embargo, asumir en este trabajo una interpretación de dicha obra muy conectada con el tema tan discutido sobre la *esencia* de la vida cristiana, centrando su atención en un pasaje de la primera parte del libro de Kierkegaard, a propósito de la posibilidad de una confrontación entre Cristo y un hombre justo mundano —de entre los muchos de que da fe la historia, por ejemplo, Sócrates— que haya padecido de sus contemporáneos el mismo trato injusto, y de la cual resulta que, en el segundo caso, la historia rehabilita al sacrificado como espíritu noble y grande, pero olvida su humillación, mientras que en el caso de Cristo no ocurre lo mismo, porque "entre su vida y su cruz no ha habido una relación casual" sino que él la ha querido precisamente para salvar a los hombres, haciéndoles ver que la *verdad debe sufrir*. Pasaje éste de la obra kierkegaardiana en el que D'Agostino ve lo que él llama "la fenomenología de la vida del hombre justo".

A continuación, el profesor italiano aborda otro caso anterior en la literatura filosófica (400 años antes de Cristo) de análisis de la figura del "justo", a saber: la realizada por Platón en el Libro Segundo de la *República*, en el que existe un pasaje similar, relativo a la discusión sobre la justicia entre Sócrates y Glaucón (discípulo de Platón) que desemboca en la conclusión, por boca del segundo, de que la vida del injusto es mejor (más feliz) que la del justo, el cual "será azotado, atormentado, encadenado, se le

quemarán los ojos y, en fin, después de haberle hecho sufrir toda clase de males, *se le crucificará*". Pasaje éste que en modo alguno traduce la tesis platónica sobre la justicia, sino una desviación de Glaucón dentro del diálogo —en realidad, para el filósofo griego la justicia es un bien en sí, una especie de salud interior del hombre—, que para el tema del artículo de D'Agostino tiene la siguiente importancia: pone de relieve la imposibilidad de separar la cruz de la justicia absoluta.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

MANFREDI, Mario. *Aspetti formalistici della filosofia giuridica di T. Hobbes*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", iv serie, XLIX, núm. 2, abril-junio, 1972, pp. 173-199. Milán, Italia.

Después de hacer algunas consideraciones fundamentales introductorias sobre el pacto (contrato) constitutivo de la soberanía, sobre la coercibilidad del derecho y la institución del derecho como paz en las relaciones humanas, dentro de la concepción jurídico-política de Hobbes, el profesor Manfredi —asistente de la Universidad de Bari (Italia)— se propone destacar la tendencia formalística del pensamiento hobbesiano, fundada sobre la condición civil y del Estado. No obstante la aparente función fundante de las leyes naturales, requisito previo del surgimiento del estado civil, el principio mismo del *pactis standum*, que es una ley natural, y el principio de la *coercibilidad* son signo inequívoco de la intención de Hobbes de subordinar no sólo su construcción teórica sino la organización del derecho en la sociedad a un criterio de conformidad originaria y de deducción coherente con el valor jurídico fundamental.

El hilo conductor de esta orientación es una concepción formal de la justicia, que elimina la discusión metafísica sobre ésta y reduce su problemática a la ley civil y al Estado, dando así una definición negativa de aquélla a través de la definición positiva de la injusticia. Esta consistiría en la inobservancia de la ley positiva y de los pactos. No hay acciones justas o injustas en sí (*mala in se*), sólo hay acciones ordenadas por la ley o prohibidas por ella (*mala prohibita*), ya que no es la sabiduría sino la autoridad del soberano la que crea la ley. A la base de este sistema jurídico-formal, pues, no está la persecución de un valor sustantivo: la *paz civil*, sino un principio formal: la *observancia de lo pactado*. Ésta es la norma fundamental del sistema jurídico positivo para Hobbes, la cual no tiene un contenido concreto, pero es susceptible de ser llenada con cualquiera, con la diferencia de que para el célebre filósofo inglés esta norma es una ley natural —no una hipótesis de trabajo, como para los formalistas modernos—, a partir de la cual Hobbes tratará, por vía deductiva, de construir todo el edificio de su teoría sobre el ordenamiento jurídico.

Particular interés, dentro del cuerpo de este trabajo, reviste la afinidad teórica e histórica que Manfredi advierte entre el formalismo jurídico hobbesiano, por una parte, y el formalismo jurídico kelseniano, por la otra; afinidad que el autor italiano desarrolla en su interesante estudio a través de una referencia intermedia, como puente de enlace entre ambos formalismos, a la epistemología empírico-analítica, con sus sistemas normológico-deductivos.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

MATHIEU, Vittorio. *Sistemi logici e sistemi giuridici*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", iv serie, XLVII, núm. 2, abril-junio, 1970, pp. 225-231. Milán, Italia.

Recordando que ya Leibniz buscaba en su época analogías entre matemática y derecho, el profesor Mathieu, de la Universidad de Turín (Italia), desarrolla en este breve pero profundo estudio un paralelo en el campo del derecho para el famoso teorema del filósofo y matemático checo Kurt Gödel, quien en 1930 demostró que un sistema lógico formal cualquiera —por tanto, también uno jurídico— no está en condiciones de suministrar, con elementos internos al sistema, una demostración de su propia coherencia (no contradicción) o "legitimidad"; es decir, no puede garantizar que su aplicación no conduzca a contradicciones. Un sistema jurídico constituye una formalización de lo "justo" y lo "injusto", pero no puede, a partir de sí mismo, dar una demostración formal de la justicia. Su coherencia sólo puede demostrarse en el contexto de un sistema más vasto que lo comprenda, pero con base en criterios extrasistemáticos.

Aclara Mathieu que en uno y otro tipo de sistemas debe distinguirse entre la coherencia de una proposición aislada con el resto del sistema y la coherencia del sistema mismo como un todo, la cual únicamente puede darse si existe al menos una proposición extrasistemática. Análogamente: un sistema jurídico sólo es legítimo (coherente o no contradictorio) si puede decidir internamente sobre la ilegitimidad de una acción, por ejemplo, una conducta prohibida (fumar en un sitio prohibido) es ilícita únicamente si la norma que establece esta prohibición emana de una autoridad legítimamente constituida.

El profesor de Turín especifica, además, que dentro de las normas de un sistema jurídico debe distinguirse también entre normas reguladoras del comportamiento lícito de los sujetos y normas reguladoras de la legitimidad de las demás normas (Constitución), de lo cual deriva la posibilidad de que todo sistema jurídico autorregule su propia creación y modificación, incluso de su norma fundamental. Pero, con todo, un sistema jurídico formal no puede derivar de sí su propia legitimidad, el fundamento de ésta sólo puede ser *no formal*.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

MONTANARI, BRUNO. *La questione della rappresentanza politica in Hans Kelsen*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", iv serie, XLVIX, núm. 2, abril-junio, 1972, pp. 200-223. Milán, Italia.

Bruno Montanari, investigador del "Istituto di Filosofia del Diritto" de la Universidad de Roma, desarrolla aquí el problema que da rubro a esta reseña, para lo cual hace, en primer lugar, un planteamiento de la cuestión a través de los dos modelos de representación política que Kelsen distingue en su obra *General Theory of Law and State* y en su *Teoría Pura del Derecho*, y que históricamente ubica antes y después de la Revolución Fran-

cesa, respectivamente: el "prerrevolucionario" y el "posrevolucionario" o actual, y cuya diferencia radica en que, conforme al primero, existe un mandato imperativo que debe ser acatado por los representantes so pena de revocación, mientras que el segundo concibe la existencia de un vínculo indirecto pero sustancial.

Según Kelsen, sólo el modelo prerrevolucionario establecía entre los sujetos una verdadera relación representativa, jurídicamente relevante, en tanto que el modelo actual traduce una "ficción política". Sin embargo, Montanari advierte una variación en el tratamiento teórico conceptual que el tema recibe en la primera y en la segunda de las obras kelsenianas arriba mencionadas; tratamiento diferencial que el jurista italiano desarrolla en su artículo, siguiendo el orden cronológico de dichas obras, primero en la *General Theory* (1945) y después en la segunda edición alemana de la *Reine Rechtslehre* (1960).

A continuación, refiérese Montanari a una distinción entre los conceptos de "adscripción" (*Zuschreibung*) y "ficción", que aparece en dicha segunda edición de la *Teoría pura*, con el primero de los cuales Kelsen alude a una ficción jurídica que consiste en "adscribir" al representado los derechos y deberes inherentes a la actividad desarrollada por el representante en interés de aquél, y a cuyo instituto llama Kelsen: "representación jurídica", puesto que la fuente de los poderes del representante la constituye una norma jurídica; concepto éste (*adscripción*) al que no hace falta apelar tratándose de la diversa representación negocial o voluntaria, puesto que en ésta opera "un contrato a cargo o a favor de un tercero". En cuanto al concepto de "ficción", el problema surge con la necesidad de distinguir el sentido *jurídico* del sentido *político* del término.

Concluye Montanari que existe en el pensamiento kelseniano un dato cierto y constante: que la verdadera representación política es la que se funda sobre el mandato imperativo y está sancionada por la revocación, así como que, en su actual estructuración, la mencionada institución (representación) constituye una función política de contenido ideológico.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

PATTARO, Enrico. *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*. "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", IV serie, XLVIII, 1971, enero-marzo, núm. 1, pp. 61-126. Milán, Italia.

Pattaro, profesor de la Universidad de Bolonia, publica aquí su "Introducción" al libro de Karl Olivecrona: *La struttura dell'ordinamento giuridico* (versión al italiano del original en inglés *Law as Fact*, 2a. ed., London); en la cual se propone el doble fin de informar sobre las ideas del ilustre jurista escandinavo y sobre la filosofía de Uppsala, en general, a la vez que exponer algunas de las razones por las que, según él, puede sostenerse que la concepción *realistica del derecho* es preferible a la *iuspositivista*, dedicándole los tres primeros párrafos de su introducción al tema expositivo y uno final al de su apreciación de referencia.

Considera necesario nuestro autor hacer una confrontación de la teoría de Olivecrona con otras más recientes, para determinar en qué medida

aquella satisface los propósitos que la han generado y si responde a las metas científicas del positivismo jurídico tradicional. Para ello, hace una exposición de tipo informativo y algunas indicaciones de carácter general, presentándonos al "realismo jurídico" de aquél como una alternativa frente al "iuspositivismo", ofreciéndonos una larga semblanza sobre la vida y obra de Olivecrona, su formación y la influencia recibida de Axel Hägerström, por conducto del otro gran exponente de la Escuela de Uppsala, Vilhelm Lundstedt.

Posteriormente, Pattaro realiza una comparación del realismo jurídico escandinavo con otras corrientes del neoempirismo contemporáneo, con vistas a destacar que el primero constituye una de las más vigorosas manifestaciones del segundo a la vez que a esclarecer las tendencias antipositivistas de aquél. Finalmente, el profesor italiano hace una breve consideración sobre el positivismo jurídico italiano, a través de sus más egregios defensores: Norberto Bobbio (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965) y Uberto Scarpelli (*Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965), cuyas respectivas obras se inspiran en la epistemología del neoempirismo actual.—Fausto E. RODRÍGUEZ.

RAZ, Joseph. *The Identity of Legal Systems*. "California Law Review", vol. 59, núm. 3, mayo, 1971, pp. 795-815. Berkeley, Cal., E. U. A.

Dice el profesor Raz que los filósofos del derecho han intentado, persistentemente, explicar por qué el derecho forma un "sistema jurídico". Varias teorías al respecto han sido sugeridas, pero la continuación del debate muestra lo complicado del problema. Afirma Raz que esta complicación se debe, en gran medida, a la oscuridad en el entendimiento del problema mismo. Por ello en este artículo se intenta clarificar la naturaleza del problema, formulándolo con mayor precisión.

El autor comienza indicando que el "sistema jurídico" no es un término jurídico técnico, esto es, no pertenece al lenguaje del derecho. El término es primariamente usado cuando se habla o se piensa sobre el derecho. Se usa en libros de teoría del derecho (*Jurisprudence*) y de derecho comparado, pero no en libros de derecho civil, administrativo, etcétera. Cuando el teórico trata de explicar la noción de "sistema jurídico" no intenta clarificar el sentido en que lo usa el legislador, el juez o el abogado. El teórico trata, dice el profesor Raz, de forjar un concepto-instrumento útil para el entendimiento de la naturaleza del derecho.

Pero, se pregunta el autor, ¿es éste realmente el objeto del teórico cuando intenta buscar un concepto que sirva para identificar el "sistema jurídico"? ¿Para cuántos problemas jurídicos sería relevante este concepto? ¿Y si ésta no es su finalidad, cuál es? Tratando de resolver este problema Joseph Raz distingue dos posibles conceptos de la unidad de los sistemas jurídicos: el concepto material y el concepto formal.

La unidad material del sistema depende, dice Joseph Raz, de su contenido. Ahora bien, distinguir el problema de la unidad formal de la material constituye lo que él llama el "problema de la identidad" de los "sistemas jurídicos".

La identidad del "sistema jurídico" consiste en buscar el criterio o conjunto de criterios que determine qué derecho es parte de un sistema y cuál no. De una manera general, un criterio más o menos claro de identidad de sistema jurídico es presupuesto en cualquier investigación de la unidad material: el investigador necesita conocer cuáles derechos e instituciones forman parte del sistema, antes de que pueda indagar en sus características distintivas. Sin embargo, afirma el profesor Joseph Raz, la investigación sobre la unidad material puede ayudar a resolver algunos casos-frontera en lo que concierne a la identidad del sistema.

El problema de la identidad de los sistemas jurídicos es la búsqueda de los criterios que provean un método que permita determinar si un conjunto de enunciados es, si es verdad, una completa descripción de un sistema jurídico. A este respecto Joseph Raz dice que un enunciado es un enunciado normativo puro si y sólo si la existencia de una norma es la condición necesaria para su verdad. El conjunto de los enunciados puros que se refieren a un sistema jurídico se llama "el conjunto total" de ese sistema y todo conjunto de enunciados puros que es lógicamente equivalente al conjunto total del sistema constituye una completa descripción del sistema.

El problema de la identidad, afirma el autor, tiene dos aspectos: el relativo a la dimensión (*scope*) del sistema y el de su continuidad. Las cuestiones de la dimensión se refieren al problema de determinar si ciertos elementos forman parte del sistema, y las cuestiones de continuidad, versan sobre el término y remplazo de un sistema. Ahora bien, el objetivo principal en la elaboración de un concepto-instrumento, que sirva para la identificación de un sistema jurídico, lo constituye el hecho de ayudar a los tribunales y a las demás personas a encontrar respuestas a ciertos problemas jurídicos. Ya sea que se refieran a cuestiones sobre la dimensión o la continuidad del sistema. En esto, considera Raz, se diferencia su solución de las dadas por Bentham, Austin, Gray, los realistas americanos, Kelsen y Hart, puesto que ellos fueron impulsados por un diferente objetivo.

Existen tres aspectos (*issues*) sobre los cuales se debe pensar en relación con los problemas de la identidad de los sistemas jurídicos: *a*) la distinción entre la existencia del derecho y su eficacia, *b*) la distinción entre hacer un nuevo derecho y aplicar uno existente, y *c*) las relaciones del derecho y el Estado. Al respecto, dice Raz, que si el derecho existe solamente dentro de sistemas jurídicos entonces preguntarse por la existencia de un derecho equivale a preguntarse si es parte de un sistema jurídico. Por tanto, el problema se refiere a la identidad del sistema.

Con respecto al problema de la eficacia y existencia del derecho se han presentado, dice Raz, varias soluciones de compromiso como las de Kelsen (*The Pure Theory of Law*, 1967, p. 11) o las de Laswell y Kaplan (*Power and Society*, 1950, p. 75). Sin embargo, dice Raz, es posible otra solución: la que enfatiza la acción de las instituciones aplicadoras del derecho haciendo del reconocimiento de los órganos de aplicación una condición necesaria de la existencia del derecho.

En relación a la distinción, entre la creación de un nuevo derecho y la aplicación de uno existente, dice Raz que en atención a que los órganos aplicadores del derecho se encuentran ante la opción de aplicar un derecho

existente en el sistema jurídico o crearlo, cuando se está habilitado para ello, entonces este problema se refiere directamente al de la identidad del sistema (en el aspecto de la continuidad). Al respecto opina Raz que el profesor H. L. A. Hart es el único que se haya enfrentado al problema. Por ello, considera necesario presentar los aspectos relevantes de su teoría. Dice el profesor Raz que dentro de la concepción de Hart la distinción entre la aplicación de derecho nuevo y la aplicación de uno previo se reduce al problema de la existencia o ausencia del *deber de aplicar el derecho*. Esto es, cuando el tribunal aplica un derecho que *debía aplicar* entonces actúa de conformidad a un derecho existente. Por lo contrario, cuando aplica una regla que *no debía aplicar* entonces no actúa de conformidad a un derecho preexistente. Esto, dice Joseph Raz, es consecuencia de la doctrina de Hart sobre la norma de reconocimiento (*the rule of recognition*). Después de exponer los momentos más importantes de esta doctrina, Raz expone los puntos que, a su juicio, son criticables y que requieren de aclaración (por ejemplo, dice que no hay razón para suponer que cada sistema jurídico posea sólo una norma de reconocimiento).

Por último, en relación con las relaciones entre el derecho y el Estado el profesor Raz estima que este problema afecta los dos aspectos de la identidad —la dimensión (*scope*) y la continuidad. El Estado, considera Joseph Raz, es la organización política de la sociedad, esto es, constituye el “sistema político” que es, a su vez, subsistema de un sistema más amplio: el sistema social. El sistema político, dice Raz, se encuentra en interacción con todos los demás subsistemas del sistema social, así como con otros sistemas políticos. El sistema jurídico, afirma Raz, es sólo parte de las normas que constituyen el sistema político. Ahora bien, como el sistema jurídico es parte del sistema político, aquél se ve afectado, en lo que respecta a su continuidad, por las normas no-jurídicas que componen el sistema político. Por tanto, afirma Raz, la continuidad del sistema jurídico depende de la interacción constante entre las normas jurídicas y las no-jurídicas que componen el sistema político. Sobre el aspecto relativo a la dimensión de la identidad es necesario distinguir entre las normas jurídico-políticas de aquellas normas jurídicas que no son parte del sistema político (derecho civil, mercantil, etcétera). Es de esta manera como el problema de la identidad de los sistemas jurídicos se ve afectado por las relaciones entre Estado (sistema político de la Sociedad), y el sistema jurídico (subsistema del sistema social), y en parte, incluido en el sistema político (derecho constitucional, derecho administrativo).—Rolando TAMAYO Y SALMORÁN.

SUMMERS, Robert S. *The Technique Element in Law*. “California Law Review”, vol. 59, núm. 3, mayo, 1971, pp. 733-751. Berkeley, Cal. E. U. A.

El profesor Summers dice que los juristas han hecho posible emerger los *elementos* constitutivos del derecho y que en la vasta literatura, tanto de la teoría jurídica como de la filosofía del derecho, estos elementos se han intensivamente analizado. Sin embargo, el elemento técnico del derecho ha

sido, hasta hoy, bastante descuidado. Afirma Summers que el profesor Hans Kelsen es uno de los pocos jusfilósofos que se han interesado en estas cuestiones, y que su ensayo *The Law as a Specific Social Technique*¹ es clásico en la materia. Es por ello que en este *Festschrift*² el profesor Summers presenta un reporte de los progresos que se han llevado a cabo en este tema.

Comienza Summers indicando que es necesario distinguir, perfectamente, entre las técnicas sociales y las funciones sociales, puesto que las técnicas sociales constituyen los procedimientos idóneos para la realización de las funciones.

De una manera general las técnicas sociales pueden dividirse en jurídicas, y no jurídicas; las jurídicas, dice Summers, son aquellas que dan respuesta a cómo el derecho puede ayudar a realizar las funciones sociales.

Para el hombre común no existen más que dos técnicas posibles: el derecho penal y el derecho civil. El profesor Kelsen agregó una tercera: el derecho administrativo. Sin embargo, cree Summers, puede existir un lugar independiente para cinco técnicas básicas: a) la técnica de reparación de daños (*The grievance-remedial technique*); b) la técnica penal (*The penal technique*); c) la técnica regulatoria-administrativa (*The administrative-regulatory technique*); d) la técnica de otorgamiento de beneficios públicos (*The public benefit conferral technique*), y e) la técnica de la acción privada (*The private arranging technique*).

Aunque pudiera parecer que esta división se basa en múltiples criterios de diferenciación, la verdad es, dice Summers, que cada técnica difiere de las demás en lo que puede ser llamado su impulso primario: una es reparativa, una prohibitiva, una regulativa, una distributiva y, finalmente, una habilitativa de opciones privadas. No obstante estas diferencias, no debe pensarse que cada una de estas técnicas tenga su exclusivo campo de aplicación; por lo contrario, todas ellas pueden ayudar a realizar una función social en uno y mismo tiempo.

La utilidad de esta clasificación, afirma Summers, opera en tres diferentes aspectos: descriptivo, normativo y pedagógico. Es útil a la descripción porque refleja más fielmente que la *división de poderes* es la verdadera naturaleza del derecho, puesto que la separación en funciones distorsiona la colaboración combinada de las técnicas jurídicas; además, esta separación minimiza el papel de los particulares. Es útil normativamente, porque invita al teórico a acumular sabiduría respecto a las óptimas condiciones en el uso de cada técnica. Por último, es útil pedagógicamente porque la división de las técnicas ofrece un mayor entendimiento de las disposiciones legales.

Termina Summers indicando la conveniencia de incorporar a la división de las técnicas que hace Kelsen la suya propia, en virtud de ser más exhaustiva.—Rolando TAMAYO y SALMORÁN.

¹ "University of Chicago Law Review", vol. 9, 1945, p. 75.

² El volumen 59, núm. 3, mayo, 1971 de la "California Law Review", en donde se encuentra inserto este artículo, está dedicado a Hans Kelsen.