

REVISTA DE REVISTAS

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

243

tada medida particular se apoya en un reglamento o en una resolución de carácter general.

Esta excepción, según la jurisprudencia constituye un medio subsidiario y accesorio, cuando se trata de una decisión aparentemente regular, que no resulta afectada por un vicio cualquiera de nulidad, y la razón por la que pueda invocarse, es la nulidad de la resolución general o del reglamento en el cual se apoya.

Por otra parte si la cuestión se plantea ante un tribunal nacional, el único procedimiento es el de la cuestión prejudicial y corresponde a ese tribunal nacional y no a las partes, el accionar ante la Corte de las Comunidades en las condiciones previstas por el tratado respectivo y el protocolo que contiene el Estatuto de la Corte.

Además, y contrariamente a lo que ocurre en varios ordenamientos nacionales de los cuales fue tomada la institución, el efecto de la sentencia que declara procedente la citada excepción de ilegalidad no consiste en la declaración general de inaplicabilidad del reglamento o de la resolución también general, sino exclusivamente la del acto concreto que constituye la aplicación y que se combate ante la Corte de las Comunidades, y esta situación puede traer desventajas en opinión del autor, en cuanto la estabilidad de la administración de las Comunidades puede llegar a sufrir la inseguridad resultante de la posibilidad de declaraciones de inaplicabilidad en gran escala, y concluye en el sentido de que quizá hubiera sido más conveniente ampliar el derecho de accionar en nulidad.—Héctor FIX ZAMUDIO.

MEZGER. *Vers la consécration aux Etats-Unis . . .* v. DERECHO CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DEL ESTADO.

MORSE. *The Scope of Judicial Relief . . .* v. DERECHO CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DEL ESTADO.

ZEBALLOS. *La intimación de pago en el juicio ejecutivo.* v. DERECHO MERCANTIL.

#### TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CASTÁN TOBEÑAS, José. "La idea de justicia. (Su trayectoria doctrinal y su actual problemática)". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XVI, segunda época, núms. 2 y 3, febrero-marzo, 1968, pp. Madrid, España.

En la introducción del artículo que constituye la materia de la presente reseña trata de la idea de justicia como preocupación constante a través de la historia de la cultura.

Al referirse a la estructura de la justicia, Castán Tobeñas trata de las diversas acepciones de la justicia y reconoce que la justicia no presenta unos contornos claros y definidos. Por lo que toca a los elementos lógicos de la idea de justicia se puede advertir un acuerdo en lo que se refiere a la igualdad y correlación del trato entre los hombres y de proporción armónica que guardan éstos en su trato recíproco. En general se puede afirmar que los diversos pensadores a través del tiempo han aportado algo a la integración de los elementos lógicos de la idea de justicia. La materia o contenido de la justicia debe examinarse a la luz de las concepciones y escuelas filosófico-jurídicas.

Se pueden distinguir varias etapas en la sucesión de las concepciones filosóficas que se refieren al contenido de la justicia. Dentro de estas etapas podemos mencionar las siguientes: *a*) las concepciones tradicionales, *b*) las direcciones filosóficas modernas y *c*) el momento presente. Por lo que hace a las clasificaciones de la justicia hay que considerar la clasificación tradicional aristotélico-escolástica, y las aportaciones así como los puntos de vista en lo que se refiere a la clasificación de la justicia que hace la doctrina actual en relación con estos temas.

Por lo que toca al contenido de la idea de justicia, es conveniente seguir a través de la historia su trayectoria. Encontramos ya la idea de justicia en el pensamiento hebreo. Resplandece esta idea en el pensamiento griego, principalmente en Platón y Aristóteles, en la filosofía estoica greco-romana, cuyo principal representante es Cicerón. Brilla la idea de justicia en la filosofía patristica y en la escolástica. Alcanza alturas inconmensurables la idea de justicia en el pensamiento de los juristas teólogos de los siglos *xvi* y *xvii*, y, por último, se escuchan los últimos ecos de la idea de justicia en el sentido de virtud general en la concepción de Godofredo Guillermo Leibniz.

Termina la primera parte del artículo que nos ocupa con una recapitulación, en la cual se trata: *I*) de la unidad de la interpretación de la justicia que hace la tradición en su vinculación con las concepciones de la filosofía moral y de la religión, y *II*) del contenido de la justicia en cuanto se encuentra ligado a las corrientes tradicionales del derecho natural.

En la segunda parte de su trabajo, expone Castán Tobeñas el contenido de la justicia según las concepciones modernas que relativizan la idea de justicia y, como consecuencia de esto la disocian del clásico derecho natural que, según él, es aquel propio de la tradición greco-romana y cristiana.

Al sistema jurídico de base teológica y ética lo suceden los sistemas de base lógica y gnoseológica, los cuales son: el racionalismo que se funda en las cualidades sensibles del hombre y dentro de esta concepción encontramos: *1*) la concepción del derecho que se basa en la naturaleza sociable del hombre y *2*) la concepción del derecho que se funda en la naturaleza egoísta del hombre.

El jusnaturalismo de tipo racional: *a*) la concepción del orden jurídico que se basa sobre la libertad inalienable del hombre. Rousseau; *b*) la concepción del derecho como forma racional que tiene por objeto la libertad. Al parecer en el pensamiento jusnaturalista de Rousseau y Kant se cambia la consideración científica en torno de la moral y del derecho que fue nota distintiva del siglo *xviii* y el derecho natural se transforma en derecho racional.

Las escuelas de orientación neokantiana representan una resurrección mo-

dema del derecho natural. Dos escuelas inspiradas en esta orientación son las principales: la culturalista de Baden y la logicista de Marburgo. Expone Castán Tobeñas en el artículo que se reseña el historicismo y el positivismo jurídico como direcciones que desconocen o niegan el derecho natural.

En la actualidad se advierte una coincidencia en torno a la apreciación y estimación de la justicia: 1) se entiende la justicia en sentido social y jurídico, 2) se mantiene el concepto estructural y formal de la justicia, 3) en la época actual, como en las anteriores, se le concede una gran importancia a la idea de justicia. Dentro de las direcciones representativas de la restauración de la filosofía del derecho, según Castán Tobeñas, que a su vez intentan superar los inconvenientes del positivismo jurídico, del criticismo formalista y del relativismo, se encuentran: 1) El idealismo ético o jusnaturalista Del Vecchio. 2) La reciente orientación jusnaturalista que se refiere al contenido material de la justicia. 3) Los puntos de vista del jusnaturalismo actual en relación con el contenido de la justicia. 4) La orientación arqueológica, en donde se expone el contenido de la justicia y su vinculación con el tema de la axiología jurídica. 5) La teoría de los postulados universales de la justicia de Brecht.

Carlos Cossio con su teoría egológica del derecho y Miguel Reale con su teoría tridimensional del derecho se pueden mencionar como ejemplos de una pretensión de superación del jusnaturalismo. No obstante el renacimiento del derecho natural se advierte que las posiciones poco favorables a la estimativa jurídica se siguen desarrollando tales como la de Kelsen, la de Perelman, la de Marx y la de Pierre Teilhard de Chardin.

Se expone también en el artículo las siguientes cuestiones: la génesis y preponderancia actual del personalismo jurídico, la compatibilidad entre el principio personalista y el comunitario y los límites necesarios del personalismo jurídico.—Leandro AZUARA PÉREZ.

DELGADO OCANDO, J. M. "Sobre el Derecho y la Justicia de Alf Ross." *Revista de la Facultad de Derecho*, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre, 1967, pp. 9-26. Maracaibo, Venezuela.

El trabajo del profesor Delgado Ocando se dirige a hacer un comentario al libro de Alf Ross denominado *Sobre el Derecho y la Justicia*. Las ideas centrales que se sostienen en éste son: 1) la aplicación en el estudio del derecho de los patrones de observación y verificación; 2) la consideración de que las nociones jurídicas fundamentales son hechos sociales, lo cual implica que se rechaza la idea de una validez *a priori*; 3) análisis relativista de la política jurídica, es decir, se rechaza la idea de un principio *a priori* de justicia como inspiración de la legislación, y se acepta la existencia de valores hipotéticos que son admitidos como válidos por grupos influyentes dentro de la sociedad; 4) rechazo de la idea de que el conocimiento jurídico constituya un conocimiento normativo específico e interpretación del pensamiento jurídico con base en la misma lógica que sirve de fundamento a las ciencias empíricas. Según Ross los problemas de la filosofía del derecho son: el del concepto del

derecho, el de la idea de derecho y el de la interacción entre derecho y sociedad.

Por lo que toca a la vigencia se afirma que un orden está vigente, cuando las normas que lo integran son obedecidas, porque se las vive en cuanto socialmente obligatorias. Distingue Ross tres clases de fuentes, las cuales son: completamente objetivada (la ley); parcialmente objetivada (costumbre y precedente); no objetivada (razón y tradición de cultura). El objeto de la interpretación es predecir el sentido que los tribunales darán a la norma que va a servir de pauta para la decisión de un caso jurídico determinado. Comparte Ross la opinión de Hart formulada en el sentido de que es necesario un análisis del uso del lenguaje con la finalidad de entender el carácter funcional y operativo de los conceptos jurídicos. Por lo que toca al derecho es conveniente encontrar la expresión jurídica más idónea para que pueda cumplir su principal finalidad, es decir, que sea vivido en forma lícita por los miembros de la comunidad.

Según Ross el concepto de derecho subjetivo no contiene ninguna referencia semántica, no es un hecho que se inserte entre los fenómenos condicionantes y las consecuencias condicionadas, sino el medio que permite representar el conjunto de normas jurídicas o sea aquellas que relacionan cierta pluralidad de hechos condicionantes y de consecuencias condicionadas. Se ocupa Delgado Ocando del pensamiento de Ross en torno del contenido y significación del derecho público y del derecho procesal, de la idea de justicia del autor mencionado y de comentarla. Por último, el autor de referencia expone el pensamiento de Ross en relación con el conocimiento y la acción y el papel del jurista como político, al cual lo considera como un técnico racional, y en tanto tal se limita a poner su conocimiento y habilidad al servicio de los que detentan el poder público.—Leandro AZUARA PÉREZ.

HUGHES, Graham. "Rules, Policy and Decision Making." *The Yale Law Journal*, vol. 77, núm. 3, enero, 1968, pp. 411-439. Massachusetts, EUA.

Si se quisieran señalar las más peligrosas tentaciones que han influido en la filosofía legal norteamericana en el siglo veinte, tres destacarían del resto. El elemento nativo tendría un énfasis sociológico proveniente de Holmes, Pound y otros, con sus brillantes escritos de los veinte y los treinta. En una esfera de especulación jurídica diferente se encuentra el trabajo de Hans Kelsen que, si bien carece de escuela en los Estados Unidos, tiene gran relevancia en Europa y esto ha excitado el interés de los escritores norteamericanos. La última posición se debe al profesor H. L. A. Hart de Oxford, quien aplica a las cuestiones jurídicas una técnica general de investigación filosófica, llamada análisis lingüístico o filosofía del lenguaje ordinario. El realismo podría ser considerado como una vía de exploración de la naturaleza del sistema legal, mientras que los trabajos de Hart y Kelsen han de estimarse como un tipo diferente de investigación. El realismo fue una invaluable invitación al análisis empírico de la forma como los juzgadores resuelven dentro de un régimen legal. Kelsen y Hart se han ocupado de identificar los

aspectos de un sistema legal que distinguen de la conducta humana no regulada y de otras formas de comportamiento en que las reglas juegan cierto papel. Al perseguir esta finalidad, han concentrado su atención en las formas lógicas del lenguaje imperativo y en los aspectos estructurales que dan unidad a las disposiciones contenidas en un sistema legal. Este tratamiento tiene sus ventajas y fue un antibiótico contra el virus del sociologismo que los realistas norteamericanos trataban de imponer. Pero también tiene sus peligros, tanto al trabajar con preocupaciones exóticas como la estructura formal de las proposiciones, como al olvidar las advertencias de la necesidad de examinar más de cerca la realidad dentro del sistema legal. Ni Kelsen ni Hart pueden ser culpados de creer que las decisiones judiciales se alcanzan por medio de la lógica formal o por un procedimiento formal de deducción, y ambos toman en cuenta el papel creativo del juez. Pero el interés de Kelsen en este campo no pasa de la mera designación del juez como el agente autorizado para concretar la norma superior; mientras que los comentarios de Hart son superficiales en este punto. Los trabajos de Hart se estiman irrelevantes e inapropiados por gran número de escritores norteamericanos, por no dirigirse a lo que ellos consideran vital, y afirma que han fallado en señalar claramente lo que en Hart es inadecuado. Es por ello que Hughes destina su artículo a elucidar por qué, en el concepto de Hart, la idea del derecho es inadecuada en términos de los razonamientos legales y de las decisiones judiciales, y por qué esto es importante cuando se intenta conocer más de la naturaleza del sistema, lo cual estuvo implícito en los trabajos de los realistas norteamericanos.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

HADDEN, T. B. "Law and Philosophy. The Contribution of Mr. Roy Stone." *The Cambridge Law Journal*, vol. 26, parte I, abril, 1968.

Al tratar el problema del derecho en los tribunales y los valores jurídicos considera el autor del artículo que se reseña que es indudable el impacto que han hecho las investigaciones empíricas y sociológicas sobre el pensamiento jurídico. Ahora bien, es necesario advertir que la concepción del derecho entendida en el sentido de la forma en que los jueces se comportan en los tribunales y la comprensión de las reglas de derecho como predicciones de este comportamiento, es posible que no hayan tenido un origen directamente sociológico, pero existe una relación entre estas ideas y la tradición de la observación empírica desinteresada de las instituciones sociales que se encuentran funcionando.

Por otra parte, cabe decir que las decisiones de carácter jurídico han llegado a ser consideradas como la consecuencia o resultado de un tipo particular de emisión de la decisión e implican tanto la jerarquía de los tribunales como la existencia de reglas especiales que regulan el procedimiento. Esto es lo que permite distinguir la decisión jurídica de otros tipos de decisión. En este sentido se puede afirmar válidamente que la jurisprudencia consiste en el análisis de las características esenciales de los tribunales y de los procedimientos que se siguen ante ellos. La decisión jurídica y la norma jurídica no son reconocidas ni por su materia, ni por su forma lógica, sino por la vía en que son pronunciadas y por la manera en la que puede hacerse cum-

plir. Al concluir el artículo que se reseña se afirma que la filosofía del derecho del profesor Stone no agota las posibilidades de la jurisprudencia. Entre las razones que explican lo anterior podemos mencionar que hay otros estudios, como el de Hart, en relación con la naturaleza de las normas jurídicas, al cual se hace referencia en el cuerpo del artículo de que se trata. Por otra parte, cabe decir que hay un campo muy amplio para un análisis más profundo de las reglas de la argumentación, las cuales son aplicables al razonamiento jurídico. La finalidad en este caso consiste en entender el procedimiento jurídico como un todo y su relación con los conceptos jurídicos. La función de la jurisprudencia o filosofía jurídica consiste en explicar la dinámica de la producción de la decisión jurídica y dilucidar la naturaleza del lenguaje jurídico.—Leandro AZUARA PÉREZ.

MCBRIDE, William Leon. "El papel esencial de los modelos y las analogías en la Filosofía del Derecho." *New York University Law Review*, vol. 43, núm. 1, marzo, 1968, New York, EUA.

Se empezó por explicar, en el artículo que se reseña, lo que entiende su autor por el concepto de modelos y analogías y su rechazo a deducir de estos patrones culturales distinciones sutiles; luego se discuten las perspectivas alternativas de considerar al derecho como un sistema lógico o matemático, o bien, considerarlo como un conjunto de normas. Finalmente se concluye que la utilidad de cualquier filosofía del derecho no puede ser valorada partiendo de la base de los títulos que presente cualquier teórico profesional, ni a través de la división de las teorías en ramas opuestas, sino con fundamento en la evaluación que se haga en relación con el nivel teórico de su competencia de acuerdo con la realización de los propósitos expuestos por la superación de las visiones jurídicas de aquellos a quienes examina.

Se ha escrito bastante en relación con la utilización del razonamiento analógico en la práctica jurídica, pero se ha puesto menos atención en la literatura por lo que se refiere al papel de esta clase de pensamiento en la construcción de las teorías jurídicas. La excepción a este respecto la constituyen los filósofos del lenguaje quienes han estado influenciados por la filosofía de Wittgenstein, pero aun el más conocido de ellos, H. L. A. Hart, ha hecho relativamente poco en la forma en que ha aplicado sus ideas acerca de la definición y teoría en jurisprudencia a los tipos de teoría jurídica muy diferentes del suyo o, alternativamente, a los elementos sistemáticos dentro de su propia teoría. Hart trata el problema de la analogía afirmando que el sistema jurídico es como el ser humano, en primer término hay que considerarlo como no nacido; en un segundo estadio no como totalmente independiente de su madre; después con una existencia independiente, más tarde decae y finalmente muere.

El modelo de que se sirve Kelsen para enfocar el derecho es de tal modo penetrante que sus seguidores ni siquiera lo discuten. Este modelo es concebido como un sistema axiomático, lógico-matemático e hipotético-deductivo. No es difícil demostrar la preeminencia de este modelo en la concepción del derecho de Kelsen. Las normas de cualquier sistema jurídico se ordenan

jerárquicamente, de tal suerte que la norma de grado más elevado es la razón de validez de la norma de grado inferior. La norma fundamental hipotética es el fundamento de validez de todo el sistema normativo.

Hay dos tipos de pensamiento jurídico el sistemático y el asistemático. Santo Tomás de Aquino y Hegel pueden ser considerados dentro del primer tipo de pensamiento, y, en nuestros días, la obra de Kelsen constituye un ejemplo clásico de pensamiento jurídico sistemático. Por el contrario, Hart, quien emplea frecuentemente analogías que no mantienen conexión entre sí, las cuales las utiliza dentro del ámbito de la teoría jurídica, puede ser considerado como un pensador asistemático.—Leandro AZUARA PÉREZ.

TATE, Albert Jr. "The Law Making Function of the Judge." *Louisiana Law Review*, vol xxviii, febrero, 1968, núm. 2, pp. 211-234. Baton Rouge, Louisiana, EUA.

El autor de este interesante estudio es magistrado de una de las Cortes de Apelación del Estado de Louisiana y ha sido también profesor de la Facultad de Derecho. Admite que los jueces, como es sabido, no sólo aplican sino que también crean el derecho; pero es mucho más frecuente el caso de la mera aplicación que el de la creación jurídica. Sólo en casos excepcionales se crea el derecho, pero el litigante y el juez normalmente sólo tienen el problema de encontrar cuál es el derecho preestablecido aplicable a una situación dada. Sin embargo, el autor estima que, aunque no desde un punto de vista cuantitativo sí desde el ángulo cualitativo, es de suma importancia el papel creador de jueces y magistrados.

El autor trata de limitarse al derecho privado, para no estar envuelto en las grandes discusiones sobre casos constitucionales de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos. De esta manera estima que puede examinarse mejor el papel de los jueces, por no haber tantos factores emocionales y se hace un mejor servicio a la práctica diaria de los abogados.

Partiendo de un sistema de derecho legislado considera que puede haber lagunas —problema que se discute en la doctrina— y que entonces es necesaria la labor creadora del juez. Pero que cuando existe un sistema coherente de una rama del derecho, como el Código Uniforme de Comercio, entonces la tarea judicial es más limitada, se trata de problemas de interpretación y de una creación limitada y complementaria.

De acuerdo con Cardozo, afirma que la función de los tribunales es mantener el derecho al día, conforme con las costumbres y dándole un nuevo contenido constantemente. Que aunque esto es tarea legislativa, el juez tiene que hacerla y el juez legisla bajo su responsabilidad. Los jueces pueden ser como cualquier otro hombre, o aun intelectualmente inferiores, pero de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos tienen no sólo el derecho sino también el deber de legislar como jueces. En el derecho privado se ha sostenido que también es el legislador el que establece normas generales, pero que un buen legislador lo hace sólo cuando como resultado de la práctica diaria los jueces han ido creando precedentes.—Lucio CABRERA ACEVEDO.

SMITH, J. C. "La naturaleza peculiar de los conceptos del derecho occidental." *The Canadian Bar Review*, vol. XLVI, núm. 2, mayo, 1968.

En la primera parte del artículo que constituye la materia de la presente reseña se compara al derecho de propiedad y el contrato según la concepción moderna y sus equivalentes en derecho primitivo y arcaico. Es importante advertir que esta comparación muestra que las estructuras jurídicas son exclusivas del derecho romano, del derecho civil y del *common law*. La comparación de referencia servirá de apoyo a la tesis de que la superioridad del derecho moderno comparado con el primitivo descansa en que el primero está dotado de estructuras. La presencia de estructuras en el derecho occidental ha permitido que se extienda a una gran población del globo, la cual lo ha adoptado en diversos grados y formas, aun en naciones como Turquía y Japón han substituido sus sistemas jurídicos tradicionales ya sea por el derecho civil o por el *common law*.

En la segunda parte del artículo de que se trata muestra que las estructuras jurídicas aparecieron por primera vez en el derecho romano y que esto constituyó el factor más importante del desarrollo del derecho romano clásico. En la parte mencionada se esboza y defiende la tesis de F. S. C. Northrop, la cual consiste en que el desarrollo de las estructuras jurídicas fue la consecuencia de un importante cambio conceptual entre los romanos, y que este cambio se debió al desenvolvimiento de la matemática y la filosofía física de los griegos.

En la parte tercera, se muestra cómo las estructuras del derecho romano fueron asimiladas por el *common law*, lo cual hizo posible su transformación de un sistema jurídico arcaico en uno moderno. Por último, en la conclusión, se hacen sugerencias basadas en las características de las estructuras jurídicas, las cuales se enfatizan por medio del método comparativo en tanto técnica que sirve para el análisis, el que además es útil para dar una idea más clara sobre su naturaleza.—Leandro AZUARA PÉREZ.

#### DERECHO DEL TRABAJO

CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand: "Integración latinoamericana y derecho del trabajo." *Revista Jurídica del Perú*, año XIX, núm. II, junio de 1968, Lima, Perú.

El doctor Cuadros Villena se refiere a un tema muy interesante y de actualidad. Hoy en día la palabra "integración" provoca polémicas, comentarios y hasta legislación, es decir, que se ha convertido en un problema interesante en cuanto a su forma de resolverse y en cuanto que será el alivio de muchos otros problemas de índole económica y social; efectivamente, el desarrollo de los países subdesarrollados, como la mayoría de los latinoamericanos, requiere necesariamente la colaboración para iniciar, como lo apunta el doctor Cuadros, un proceso de liberación de las trabas para el desarrollo. Dentro de dicha planeación uno de los renglones principales lo ocupa el derecho del