

CAPÍTULO II

LAS PRETENSIONES DEL DERECHO

¿Puede aplicarse al derecho el abstractísimo análisis de la autoridad hecho en el capítulo anterior? ¿Tenemos alguna razón para esperar que la noción de autoridad juegue un papel importante en nuestro entendimiento del derecho o al describir nuestra actitud hacia él? Dos objeciones preliminares tienen, primeramente, que ser resueltas.

(1) Es muy conocida la opinión de que el derecho goza de autoridad efectiva o *de facto*. Su análisis supone dichos conceptos pero no necesariamente el de autoridad legítima. Esto es un error. Sostener que un gobierno es un gobierno *de facto* es conceder que su pretensión de ser gobierno *de jure* es reconocida por un número suficiente de gente dotada suficientemente de poder que le asegura el control sobre cierta área. Una persona tiene autoridad efectiva o *de facto*, sólo si la gente sobre la cual tiene autoridad lo considera autoridad legítima. Esto usualmente implicaría aunque no siempre, necesariamente, que él pretende ser la autoridad legítima. Es suficiente que otros lo consideren como autoridad legítima. Esta condición puede que deba ser atenuada. Puede ser innecesario para la población relevante creer genuinamente que la persona que tiene autoridad efectiva sea la autoridad legítima; es suficiente si, ellos, por cualquier razón, confiesan tal creencia. Más aún, podríamos encontrar situaciones en las cuales únicamente algunos entre la población reconozcan la autoridad de la persona relevante, siempre que ellos sean suficientemente prominentes o poderosos para permitirle imponer su gobierno sobre los demás.

Las razones por las cuales la población relevante acepta la autoridad de una persona varían y no pertenecen al análisis del concepto de autoridad *de facto*. La población puede reconocer la autoridad legítima de una persona, en base a que es ella la que tiene el control (y que cualquier intento por cambiar las cosas conduciría al caos, etcétera). Esto no debe conducir a la conclusión de que el control es suficiente y que la aceptación de la preten-

sión de autoridad legítima no es una condición lógica necesaria para la existencia de una autoridad *de facto*.

No necesitamos preocuparnos de las condiciones precisas para ser autoridad legítima. Probablemente éstas difieren con respecto a diferentes tipos de autoridades efectivas: jurídicas, de conducción política, eclesiástica, etcétera. Un factor común de todas las autoridades efectivas es que ellas presuponen la creencia de algunos de que la persona en cuestión tiene autoridad legítima.¹

(2) La autoridad ha sido analizada dentro del contexto de una persona con autoridad y de sus expresiones *autoritativas*. Tales análisis podrían, en principio, aplicarse a un legislador y a sus actos legislativos. Pero no todo derecho es legislado. Las normas consuetudinarias pueden ser jurídicamente obligatorias. ¿Pueden estas normas ser *autoritativas* no obstante el hecho de que no son emitidas por una autoridad? Es posible hablar directamente de la autoridad del derecho mismo. La autoridad de una persona ha sido explicada con referencia a sus expresiones: ella es autoridad si sus expresiones son razones protegidas para actuar, *i.e.* razones para realizar las acciones que ellas indican y para pasar por alto (ciertas) consideraciones en contra. El derecho tiene autoridad si la existencia de una norma jurídica que requiere cierta acción es una razón protegida para realizar tal acción; *i.e.* una norma jurídica es *autoritativa* si su existencia es una razón para realizar una acción y para excluir consideraciones en contra. 'Razón' significa aquí una razón válida o justificable, puesto que es la autoridad legítima del derecho la que es así definida. El derecho goza de autoridad si, como vimos, sus súbditos, o algunos de ellos, consideran su existencia como una razón protegida para obedecer. Estas aclaraciones muestran que tiene sentido referirse a la autoridad del derecho y que si su análisis supone la noción de autoridad efectiva, también supone la de la autoridad legítima. Esto puede ser suficiente para mostrar que la noción de autoridad está inextricablemente ligada con la del derecho. Es en verdad obvio que para determinar nuestra propia actitud hacia el derecho, tenemos

¹ Esta concepción es, de hecho, incluida en los análisis más comunes sobre la autoridad. Si, a primera vista, ésta parece controvertible es sólo porque se encuentra implícita más que explícita en muchas descripciones conocidas de la autoridad *de facto*. Es generalmente aceptado que la autoridad no puede basarse sólo en la fuerza o en la amenaza de la fuerza; depende de influencia, de la aceptación, etcétera. Análisis posteriores mostrarán que estas nociones suponen una pretensión de autoridad y su reconocimiento.

que examinar si el derecho tiene autoridad sobre nosotros la cual debiéramos reconocer. Pero ¿necesitamos usar el concepto de autoridad para explicar la naturaleza del derecho? ¿Juega dicho concepto un papel no sólo en la determinación de nuestra obligación hacia el derecho sino, también, en nuestro entendimiento del mismo? La respuesta es afirmativa, puesto que es un rasgo esencial del derecho que pretenda autoridad legítima.

Esto puede sonar excesivamente misterioso, pero se le puede realmente dar un significado bastante preciso. Debemos concentrarnos en las circunstancias en las cuales la conducta no conforme es o no una violación del derecho. Necesitamos primero establecer que el derecho pretende que la existencia de normas jurídicas sea una razón de la conducta obediente. Esto no debe ser confundido con la pretensión falsa de que el derecho requiere obediencia motivada por el reconocimiento de la fuerza obligatoria del derecho, de su validez. Es una verdad de Perogrullo que el derecho acepta obediencia por otras razones (conveniencia, prudencia, etcétera). Si los pronunciamientos emitidos desde el tribunal pueden ser considerados como el portavoz del derecho² algunas veces el derecho recibe con beneplácito respaldo en otras razones (en una moral independiente) para que se haga lo que éste requiere. Supóngase, sin embargo, que —poniendo a un lado al propio derecho— hay insuficientes razones para hacer lo que el derecho requiere. Supóngase que sobre la balanza —excluyendo de ella la presencia del derecho— uno no debe realizar el acto requerido y que ésta es la opinión tanto del súbdito del derecho como del juez. La no realización del acto en tales circunstancias es un incumplimiento del derecho. ¿Significa esto que el derecho requiere que se actúe contra la razón? No, significa meramente que el derecho, *i.e.* la existencia de la norma jurídica relevante, sostiene, por sí mismo, ser una razón que inclina la balanza y proporciona una razón suficiente para el acto requerido. La manera de interpretar el hecho de que la obediencia es requerida aún en ausencia de otras razones para ello es que el propio derecho se presenta como tal razón. No importa si la conformidad es motivada por el reconocimiento de tal pretensión. Lo que importa es la naturaleza de tal pretensión.

La pretensión de autoridad legítima del derecho no es mera-

² La legitimidad de proceder así se explica en el capítulo III y en otros capítulos de la *segunda parte*.

mente la pretensión de que las normas jurídicas son razones. Contiene la pretensión de que son razones excluyentes para pasar por alto razones para la no conformidad. En los siguientes ensayos, voy a hacer, en general, caso omiso de este aspecto de la pretendida autoridad del derecho. Sin embargo, algunas consideraciones pueden ser hechas aquí. Muchos sistemas jurídicos contienen doctrinas destinadas a permitir a los individuos desviarse de lo que, de otra forma, es un requerimiento jurídico obligatorio, si ellos mismos se consideran obligados por poderosas razones a hacerlo así. Los derechos de libertad de conciencia y objeción de conciencia no son sino dos ejemplos significativos de tales doctrinas. En muchos países la discrecionalidad en la persecución penal es dispuesta por el derecho para tomar en cuenta tales consideraciones. Pero, en todos los sistemas jurídicos el reconocimiento dado por el derecho a tales razones no jurídicas es limitado y estrictamente regulado por el propio derecho. Las razones no jurídicas no justifican la desviación de una disposición jurídica salvo cuando tal justificación es permitida por una específica doctrina jurídica.

Se podría pensar que el derecho debe reconocer todas las consideraciones relevantes; que la falta de tal reconocimiento es un defecto moral del derecho por no permitir a los tribunales tomar en cuenta, algunas veces, la relevancia de ciertas consideraciones. Pero, si este es el caso, es un defecto inevitable. Quizás, muchas de las consideraciones que no son, por ejemplo, normalmente reconocidas, por los tribunales ingleses, debieran serlo. Pero, es prácticamente imposible para el derecho reconocer todas las consideraciones relevantes de los casos a los cuales se aplica. Si el derecho tiene autoridad moral, entonces esta autoridad moral tiene que ser establecida, mostrando, entre otras cosas, que es mejor no permitir a los tribunales aplicar ciertas consideraciones a no tener derecho del todo.

La imposibilidad práctica del derecho para otorgar a las razones que pueden afectar a un agente todo su peso es particularmente obvio cuando el costo de aplicar un reconocimiento apropiado de tales razones o del probable abuso de tal forma, si ésta no es apropiadamente aplicada, parece sobrepasar los beneficios. Esto es probable que ocurra en cantidad de ocasiones.

Cuando se concentra la atención en ciertos casos individuales, se siente con frecuencia que los argumentos para hacer de tal caso una excepción a la regla son aplastantes y que los individuos o, en última instancia, los tribunales tienen que estar dotados de facul-

tades para reconocer tales excepciones, *i.e.* disponer de un poder general para exceptuar de la norma, fundándose en la falta de justicia. Esto puede ser justificado con respecto a ciertos problemas jurídicos. Pero, en muchas áreas, el remedio sería peor que la enfermedad. Puede ser mejor ocasionar injusticia en pocos casos que crear incertidumbre en muchos.

La incertidumbre frustra las expectativas, impide la planificación, favorece los abusos del derecho al estimular las tentativas para explotar sus vagos límites y el uso de tales normas supone inmiscuirse en los asuntos privados de los individuos. En situaciones en que tales consideraciones son importantes y en las que la injusticia o el perjuicio son raros, la certeza es el *praemium* y los tribunales están desprovistos justificadamente de poderes de excepción. El resultado es que las razones de mucho peso para desviarse del acto jurídicamente requerido en una específica ocasión pueden haber sido excluidas. Otra causa del no reconocimiento es la inadvertencia. Al establecerse el derecho uno puede no haberse percatado de que existen o existirán en el futuro razones muy apremiantes para desviarse de él en una cierta clase de casos a los cuales se aplica. La lentitud de los procedimientos de reforma frecuentemente impide que el derecho sea enmendado incluso después de que muchos están conscientes de sus resultados.

He mencionado la imposibilidad práctica y la inadvertencia como razones para que el derecho no dé el total peso a todas las razones que pueden afectar un caso. Tales observaciones están hechas para explicar no para justificar. No se sostiene aquí que tal razonamiento siempre, o verdaderamente, justifique la autoridad del derecho. Volveremos a tocar este problema en la cuarta parte del libro.³ El propósito de tales consideraciones es el de delinear meramente los tipos de argumentos generalmente invocados para explicar y defender el hecho de que el derecho, algunas veces, pasa por alto razones válidas y de peso, puesto que el problema no consiste en cómo justificar estos hechos sino cómo interpretarlos.

Las consideraciones mencionadas son razones excluyentes típicas. Supóngase que existe una disposición jurídica que requiere

³ Hay más de una cuestión de justificación implicada. Uno tiene que distinguir entre '¿es correcto que el derecho (o el legislador) pretenda dicha autoridad en tales circunstancias?' y '¿está moralmente obligado el individuo a reconocer tal autoridad?'. Algunas veces una respuesta afirmativa a la primera pregunta estará combinada con una respuesta negativa a la segunda.

que uno ϕ . Permítasenos asumir que en una ocasión particular existe una muy apremiante razón, R , para no ϕ - r . El derecho requiere que uno no actúe por esa razón. ¿Es porque el derecho reclama para sí peso absoluto, el cual supera a R , o es porque el derecho reclama para sí el *status* de una razón protegida que excluye a R ? Se deben buscar las razones estándares por las cuales el derecho rechaza R . Éstas son las razones expresadas por los tribunales como justificaciones para no excusar a alguien que actuando en base a R , viola el derecho y las razones expresadas en ocasiones similares. Sostengo que estas razones son las que mencioné arriba y otras razones relacionadas. Algunos, serán, por tanto, argumentos de que permitir a todos actuar en base a R tendría, en general, peores resultados en virtud del grado de error en hacerlo propiamente (la gente se equivocaría con frecuencia al pensar que R existe en su caso, etcétera).

Pero, el hecho de que haga, con mayor probabilidad, más mal que bien, tratar de actuar por una cierta razón (R) para ϕ - r , en virtud del grado de error en hacerlo propiamente, no es una razón para no ϕ - r . Es una razón para no actuar por R . Indirectamente atenúa el caso para ϕ - r , pero, directamente, es una razón excluyente: una razón para excluir R .

De manera similar, el hecho de que, aunque la disposición jurídica de que uno debe ϕ - r deba ser cambiada (en virtud de que, todas las cosas consideradas, uno no debe ϕ - r), que no deba ser cambiada, aquí, ahora o por mí, no es una razón para ϕ - r que supere las razones para no- ϕ - r , sino, más bien, una razón por la que debo pasar por alto las razones para no- ϕ - r . Es el carácter esencialmente excluyente de una disposición jurídica que resiste la reforma permanente. Es inmune a la pretensión de que debe ser reexaminada con la perspectiva de posibles reformas en todos los casos a los que se aplica.⁴ Esta regulación del método apropiado de reformar disposiciones jurídicas se basa no en la creencia de que hasta que se revisen las razones para el acto requerido se superan todas las razones en conflicto, sino en la más racional y menos misteriosa creencia de que hasta que ésta se reforme es justificable excluir otras razones en conflicto.

Una última advertencia: lo que se excluye por una disposición jurídica no son todas las demás razones, sino, meramente, todas

⁴ Cfr. Raz, J., *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 49-84.

aquellas que no están jurídicamente reconocidas. No debemos concebir el derecho como un conjunto de disposiciones jurídicas aisladas en que cada una tiene su función propia, separada e independiente, sino como un conjunto de razones (potencialmente en conflicto y reforzándose mutuamente) las cuales determinan, en conjunto, lo que es requerido por el derecho.

Si este análisis es correcto entonces el derecho pretende *autoridad*. El derecho se presenta como un conjunto de patrones *autoritativos* y requiere de todos aquellos a los que se aplica *que* reconozcan su validez. Ésta, por supuesto, no es una tesis muy novedosa. De una u otra manera es muy común pensar *que* el derecho pretende autoridad. El propósito de este capítulo, *como* el del anterior, es el de interpretar esta noción común, darle *significado* preciso y reivindicarla para una más amplia tesis sobre la naturaleza de la autoridad y otros hechos conocidos sobre el derecho. Al hacer esto queda definido y presentado el problema central de este libro. Ahora bien, puesto que el derecho requiere autoridad, cabe preguntar: ¿debe ser reconocida su pretensión?, ¿está justificada?, ¿hay una obligación de someterse a la autoridad del derecho? Si no es así ¿es absolutamente permitido hacerlo?, ¿está condicionada la legitimidad de la autoridad del derecho por un reconocimiento jurídico del derecho a disentir?