

PREFACIO A LA EDICIÓN INGLESA

El derecho reclama nuestra sumisión y obediencia. Todos los sistemas jurídicos^a pretenden autoridad. Pero ¿qué autoridad tiene el derecho sobre nosotros? ¿Qué autoridad debemos reconocer como debida al derecho? Ésta es la cuestión fundamental que este libro intenta resolver.

¿Qué tipo de respuesta puede proporcionar la filosofía? Expectativas irreales, al principio, conducen necesariamente a una injustificada decepción. La cuestión es de gran importancia práctica^b en muchos aspectos de la vida diaria. Su importancia crece a medida que el derecho penetra más y más en cada resquicio de la actividad social e individual. Pero, mientras más profunda es la penetración del derecho en varios aspectos de la vida, más complejo se vuelve el problema de la autoridad del derecho y más desespera uno por la posibilidad de dar una respuesta filosófica general al problema.

Considérese a cualquier hombre en cualesquiera del gran número de situaciones, más bien comunes. Piénsese, por ejemplo, en un director de escuela que objeta el proyecto de construir un camino cerca de su escuela. ¿Cómo debe actuar? ¿Debe limitarse a presentar su caso a la autoridad local competente o debe tratar de abandonar el procedimiento en virtud de que éste, jurídicamente, se encuentra inclinado en contra de su causa? ¿Debe organizar un paro o escoger otro tipo de acción?

Como muchas consideraciones tienen que ser tomadas en cuenta su combinación bien puede hacer de éste un caso único. La naturaleza del daño que la ejecución del plan propuesto causará; los

^a La expresión 'sistemas jurídicos' es la traducción literal de '*legal systems*' que en la tradición jurídica del *Common Law* es el término canónico que corresponde a la expresión: 'orden jurídico', más propia de nuestra tradición jurídica. Hemos conservado la expresión 'sistema jurídico' porque se relaciona más con la teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos. (Cfr. Raz, J. *The Concept of a Legal Systems. An Introduction to the Theory of Legal Systems*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1980). Para una exposición detallada de su teoría véase Tamayo y Salmorán, "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año xiv, núm. 42, pp. 1147-1195. N.T.

^b Por *práctico* se entiende las cuestiones que tratan sobre lo que *se debe hacer*. N.T.

beneficios que acarreará; las probabilidades de haberlo cambiado por los varios cursos de acción abiertos al director; el peligro de que el plan sea sustituido por uno peor; el costo que la acción del director representará para su escuela en términos de reputación, afectando, por ejemplo, la posibilidad de obtener dinero de antiguos miembros; el impacto del plan en su reputación a los ojos de sus alumnos; las consecuencias en su vida personal y familiar. ¿Examinan realmente los filósofos o necesitan examinar todas estas consideraciones?

La respuesta tiene que ser tanto afirmativa como negativa. La dificultad de cada caso individual surge en razón de la forma particular en que en él se combinan las consideraciones generales. La deliberación filosófica ayuda a determinar qué consideraciones generales son relevantes para las decisiones *prácticas* e incrementa nuestro entendimiento sobre su valor e importancia. Este entendimiento es de lo más valioso para tomar decisiones bien informadas en casos concretos, pero no es suficiente. La decisión real tiene que basarse en complejos juicios sobre la manera en que esas consideraciones se manifiestan, por sí mismas, en el caso a mano y sobre la forma correcta de resolver conflictos entre ellas. La filosofía puede proporcionar una guía, pero es incapaz de evitarnos nada de la agonía de la decisión real.

La filosofía jurídica proporciona sólo una parte de la respuesta filosófica a las cuestiones *prácticas*. Por supuesto, cada problema concreto comprende, también, muchos otros aspectos. En cuanto a la filosofía del derecho, ella se preocupa sólo del aspecto jurídico de todos los problemas *prácticos*, es decir, de la forma en que debe afectar la deliberación *práctica*, en general, y las consideraciones morales, en particular, el hecho de que cierta acción tenga alguna consecuencia jurídica. Esta es la cuestión de la autoridad del derecho.

El libro se divide en cuatro partes. La segunda y tercera primordialmente critican varios intentos para establecer una relación conceptual entre derecho y moral que asegure una inevitable autoridad moral al derecho. La cuarta y última parte proporciona un argumento constructivo que establece la naturaleza de la autoridad moral del derecho y contribuye, aunque sólo muy poco, a la perenne cuestión de las condiciones que el derecho tiene que satisfacer para merecer respeto moral.

La primera parte constituye una introducción al argumento del

libro; suministra un análisis filosófico del concepto de autoridad legítima. Este análisis es presupuesto en la última parte, en la parte constructiva, especialmente en los capítulos XII: *La obligación de obedecer el derecho* y XIII: *El respeto por el derecho*. A este análisis le siguen varios capítulos que refutan, de manera directa o por implicación, una variedad de argumentos tradicionales del derecho natural. Algunos de esos argumentos tratan de mostrar que nuestros criterios para identificar qué es y qué no es derecho aseguran al derecho contenido moral.

En el capítulo III: *Positivismo jurídico y las fuentes del derecho*, se explican las razones para rechazar cualquier teoría del derecho que asuma que la determinación de la validez jurídica de cualquier pauta de conducta implica un argumento moral. El capítulo IV: *Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas*, explora algunas de las consecuencias del enfoque alternativo, generalmente conocido como 'positivismo jurídico', el cual considera al derecho como creación de fuentes sociales; de forma que la existencia y contenido de los sistemas jurídicos pueden ser determinados en base a hechos sociales sin recurrir a argumentos morales. Este ensayo defiende la concepción del derecho como creación de fuentes de las acusaciones de incoherencia. Asimismo, explica por qué y en qué sentido todos los sistemas jurídicos tienen lagunas que reclaman de los tribunales el ejercicio de la discrecionalidad y la fundamentación de sus decisiones en consideraciones extra-jurídicas, en ciertos casos.

La concepción del derecho como creación de fuentes es descrito con mayor detalle en los capítulos V: *La identidad de los sistemas jurídicos*, y VI: *La naturaleza institucional del derecho*. Como el objetivo primordial del libro consiste en el examen de argumentos en favor de la autoridad moral de las disposiciones jurídicas,^e la discusión de la imagen del derecho que surge en la pesquisa del positivismo no es llevada demasiado lejos. Para una explicación

^e Hemos traducido 'a law' por 'disposición jurídica'. Dicha expresión inglesa es usada para designar la unidad fundamental en que se divide el sistema jurídico. Ciertamente dentro de nuestra tradición jurídica estamos habituados a denominar tales unidades: 'normas'. Sin embargo, conservamos 'disposición jurídica' porque J. Raz usa 'norma' para designar una *disposición jurídica* (a law) que regula el comportamiento humano imponiendo deberes o confiriendo facultades. (Cfr. *The Concept of a Legal System*, cit., p. 75.) Norma es pues una especie de disposición jurídica. N.T.

completamente articulada y más fundamentada el lector puede ver los dos últimos capítulos de mi *Practical Reasons and Norms*.¹

Uno de los principales escollos que enfrentan los iuspositivistas ha sido el uso del lenguaje normativo en el discurso jurídico, *id est* la misma terminología que es usada en el discurso moral. La circunstancia de que el derecho sea descrito en términos de deberes, obligaciones, de lo justo e injusto,² ha sido desde hace tiempo, considerada, por muchos, como apoyando la pretensión del iusnaturalismo de que el derecho es ineludiblemente moral. La mejor explicación sobre el uso del lenguaje normativo en el derecho fue sugerida por Kelsen y es discutida en el capítulo VII: *La teoría de Kelsen de la norma fundamental*. En el capítulo VIII: *La validez jurídica*, se ofrecen los lineamientos de una explicación del discurso jurídico ampliamente derivada de Kelsen, pero liberada, espero, de muchas de sus obscuridades y de otras doctrinas kelsenianas que no están relacionadas de forma esencial.

La segunda parte del libro no avanza mucho en cuanto a mostrar que el derecho posee autoridad moral. En ella se rechaza un tipo de argumentación para tal efecto y, al mismo tiempo, se defiende una concepción sobre la naturaleza del derecho y del discurso jurídico. La tercera parte es similar a la anterior, aunque menos unificada alrededor de un tema central; se ocupa de la refutación de tres conocidos argumentos. Primero, de que el entendimiento del derecho inevitablemente supone un entendimiento de sus funciones y de que éstas no pueden ser descritas sino de forma marcadamente moral. De ahí se siguen, se alegan, frecuentemente, varias consecuencias sobre la moralidad del derecho. El capítulo IX: *Las funciones del derecho*, ofrece una refutación indirecta al mostrar cómo pueden ser analizadas las funciones jurídicas en términos valorativamente neutros. El segundo argumento es el de que como la decisión judicial³ invoca y debe invocar argumentos morales, el

¹ Londres, Hutchinson, 1975, pp. 107-177.

² En el original aparece 'rights' y 'wrongs' términos que en inglés aparecen regularmente en el discurso moral como 'duty' (deber) o bien 'obligation' (obligación). La circunstancia de que el derecho sea descrito en términos de *rights* y *wrongs* parece respaldar la pretensión de que el derecho es necesariamente moral. N.T.

³ En el original dice '*legal adjudication*'. En derecho inglés como en el derecho de Estados Unidos por '*adjudication*' se entiende el acto de decidir o resolver una controversia judicialmente. (Cfr., Walker, D. M., *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 24). "The judgement or decision of a court" (Jowitt, E., *The Dictionary of English Law*, Londres Sweet and Maxwell, Ltd., 1154, T. I, p. 57). Hemos evitado usar el término 'adjudicación' porque

derecho no puede ser separado de la moral. Este argumento es refutado desde el capítulo iv: *Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas*, en el que se establece la posibilidad de separar conceptualmente el derecho y los valores en la decisión. El capítulo x: *Derecho y valor en la decisión judicial*, examina más de cerca el proceso y explora el tema de la separación y relación del derecho y la moral en el tribunal. Por último, el tercer argumento, íntimamente relacionado con Lon Fuller, de que hay ciertos valores procesales inseparables del derecho, los cuales constituyen su moral interna, es examinado en el capítulo vi: *La norma jurídica y su virtud*, donde consideramos que ésta no se encuentra destinada a garantizar ningún valor moral inherente al derecho.

La segunda y tercera partes del libro son consagradas a la refutación de algunos argumentos iusnaturalistas. Corresponde a la última parte desarrollar una concepción de la autoridad del derecho consistente con el positivismo jurídico. Aunque algunos argumentos iusnaturalistas son consistentes con el positivismo jurídico, he tratado de explicar en el capítulo xii: *La obligación de obedecer el derecho*, que aun estos argumentos no logran fundamentar la autoridad moral del derecho. El resultado es que no se puede explicar por qué el derecho tiene autoridad moral. Puede no tener ninguna. Si un cierto sistema jurídico tiene autoridad moral, ésta, justamente, no es resultado de su *status* de derecho o de caracterís-

éste significa dentro de nuestra tradición jurídica: "La apropiación ó aplicación que en herencias y participaciones públicas o subastas suele hacerse de una cosa mueble ó inmueble, de viva voz ó por escrito, a favor de alguno, con autoridad del juez" (Escriche, J. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 2a. ed. París, Librería de Garnier Hermanos, 1876, p. 89). Por 'adjudicar' se entiende "declarar el juez a uno de viva voz o por escrito la pertenencia de alguna cosa" (Escriche, J. *op. ul. cit.*, p. 90). Esto es, la adjudicación es una decisión *autoritativa* (dotada de un carácter de autoridad) generalmente judicial (o notarial) con efecto traslativo de dominio. Desde Roma se entiende por adjudicación (*adiudicatio*) "La parte de la fórmula por la cual el juez estaba autorizado a adjudicar (*adiudicare*) el objeto a las partes de un proceso de las llamadas acciones divisorias (*actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*). Además de las controversias referidas a la división de la propiedad común, la *adiudicatio* del juez aparece también cuando adjudica la propiedad de alguien a otro o al fisco" (Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Nueva York, The American Philosophical Society, 1968, p. 349). La versión francesa de *The Concept of Law* de H.L.A. Hart traduce 'adjudication' por 'decisión' (*judicare*) y 'rules of adjudication' por 'reglas de decisión' (Cfr. *Le concept de droit*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 122). La versión española usa la expresión 'adjudicación'. Cfr. *El Concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (esta obra fue reimpressa: México, Editora Nacional, 1978), p. 120. N.T.

ticas implicadas por su aspecto jurídico. El sistema jurídico tiene que basar su pretensión en las características sustantivas que posee, de las cuales, sin embargo, un sistema jurídico puede carecer. De esta forma el verdadero problema es: ¿Cómo debe ser un sistema jurídico para que su pretensión de autoridad sea justificada? Esto se parece mucho a la cuestión: ¿cómo es un sistema jurídico bueno?, la cual, obviamente, no puede ser discutida aquí. En su lugar son examinadas las implicaciones y presuposiciones de varias posturas morales sobre el derecho; esto en los capítulos XII: *La obligación: de obedecer el derecho* y XIII: *El respeto por el derecho*. Asimismo, señaló, de forma más bien dogmática, en los dos últimos capítulos: *¿Derecho a disentir? Resistencia cívica* y *¿Derecho a disentir? Objeciones de conciencia*, algunas características morales que un derecho tiene que poseer, para que su autoridad sea consistente con la autonomía individual.

Una palabra sobre la estructura del libro. Éste se compone de ensayos independientes por dos razones. El problema central del libro: la autoridad del derecho y, más ampliamente, el problema del derecho y su relación con la moral, roza casi todos los aspectos de nuestro entendimiento del derecho. Quería estar libre para explorar algunas cuestiones incidentales (tales como la naturaleza de la autoridad o de las lagunas del derecho) con mayor extensión que la que hubiera sido apropiada en un más entretendido libro sobre derecho y moral. Aún más, los diferentes aspectos del tema central me obligaron a extenderme ampliamente sobre distintas cuestiones. Los capítulos I, XI, XII, XIII, XIV y XV pertenecen básicamente a la filosofía política; los capítulos II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X a la filosofía jurídica analítica. Igualmente, el tema me obligó a emplear varios estilos de argumentación. Los capítulos I y IV son muy técnicos y muchos lectores pueden preferir saltarlos. De ahí que pensara aconsejable optar por una estructura más flexible, en la cual cada capítulo fuera un ensayo completamente independiente, de forma que los lectores pudieran leer cualquier número de ellos en cualquier orden.

La forma de ensayo me permitió, también, incorporar al libro cuatro estudios que no habían sido específicamente escritos para el libro (los ensayos que constituyen los capítulos V, VI, VII y IX), los cuales, sin embargo, parece que proporcionan elementos adicionales al argumento general. Todos los otros ensayos fueron escritos teniendo en mente este libro, aunque algunos de ellos

fueron publicados anticipadamente. Los ensayos que constituyen los capítulos IV, V, VII, IX y X, han sido revisados. Por lo demás, he introducido cambios mínimos en todos ellos.

Quisiera agradecer a las siguientes entidades el permiso para reproducir los estudios que a continuación se indican:

A los organizadores del *World Congress of Legal Social Philosophy, 1977: Legal Reasons, Sources and Gaps*, a los editores de "*California Law Review*": *The Identity of Legal Systems*; al editor de "*Modern Law Review*": *The Institutional Nature of Law*; al editor de "*The American Journal of Jurisprudence*": *Kelsen's Theory of the Basic Norm*; al editor de "*Archiv für Rechts —und Social philosophie*": *Legal Validity*; al profesor A.W.B. Simpson y a *Oxford University Press*: *The Functions of Law*; al *The Liberty Fund* y al editor de "*Law Quarterly Review*": *The Rule of Law and its Virtue*.