

BIBLIOGRAFÍA

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

RAZ, J. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* 256

RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. v-292.

Este excelente libro constituye una respuesta a varios de los más importantes problemas de la filosofía del derecho. Como el propio título indica, el libro se ocupa de la naturaleza del derecho y su relación con la moral. Pero no únicamente. Especialmente atractivas son las explicaciones sobre el positivismo y los rasgos característicos del derecho. Sobre este particular cabe destacar que el autor insiste en su tesis sobre el carácter normativo e institucional de los órdenes jurídicos.

Joseph Raz comienza con el análisis del concepto de autoridad legítima en donde sostiene la primacía de este concepto sobre el de autoridad de *facto*. Continúa con la muy convincente explicación de la autoridad del derecho. A este respecto se pregunta: ¿qué autoridad tiene el derecho sobre nosotros? En relación con esto cabe decir que ésta es la cuestión fundamental que el libro pretende resolver.

Intentaremos reseñar en este breve espacio los aspectos más importantes que contiene el trabajo. Nos limitaremos a hacer una exposición más bien descriptiva teniendo en cuenta que la aparición de la versión española de esta obra, hecha por nosotros y publicada por este Instituto es inminente.

En la descripción del contenido seguiremos fundamentalmente el orden y las explicaciones del *prefacio*.

El libro se divide en cuatro partes. 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 estos argumentos tratan de mostrar que nuestros criterios para identificar qué es y qué no es derecho le aseguran cierto contenido moral.

La segunda y tercera partes 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 a solucionar la perenne cuestión de las condiciones que el derecho tiene que satisfacer para merecer respeto moral.

En el capítulo III: *Positivismo jurídico y fuentes del derecho*, explica Joseph Raz 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. En el capítulo IV: *Razones jurídicas, fuentes*

del derecho y lagunas, explora el autor algunas de las consecuencias del enfoque alternativo generalmente conocido como "positivismo jurídico", el cual concibe al derecho como una 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. En este capítulo defiende Joseph Raz la concepción del derecho, como creación de fuentes, de las acusaciones de incoherencia. Asimismo, explica el autor 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 ciertos casos, en consideraciones extrajurídicas.

La concepción del derecho como creado por fuentes es una de las más valiosas aportaciones de Joseph Raz la cual es descrita 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, la discusión de la imagen del derecho que surge del positivismo no es llevada demasiado lejos. Una explicación más completa y más fundamentada sobre el tema la ofrece Joseph Raz en los dos últimos capítulos de su libro *Practical Reasons and Norms* (Londres, Hutchinson, 1975, pp. 107-177).

Señala Joseph Raz que uno de los principales escollos que enfrentan los positivistas ha sido el uso del lenguaje normativo en el discurso jurídico, *id est* la misma terminología que se usa en derecho es usada en el discurso moral. La circunstancia de que el derecho sea descrito en términos de deberes, obligaciones, de lo justo e injusto, ha sido desde hace tiempo considerada como apoyando la pretensión del iusnaturalismo, de que el derecho es ineludiblemente moral. Dice J. Raz que 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. En una reformulación de Kelsen, pero, con la que J. Raz espera liberarla "de muchas de sus oscuridades".

En la segunda parte del libro rechaza Raz un tipo de argumentación para demostrar autoridad moral del derecho y, al mismo tiempo, 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; en ella se ocupa J. Raz de la refutación de tres conocidos argumentos. *Primero*: "el entendimiento del derecho inevitable supone un entendimiento de sus funciones y de que éstas no pueden ser descritas sino de

forma marcadamente moral". El capítulo IX: *Las funciones del derecho*, J. Raz proporciona una refutación indirecta al mostrar cómo pueden ser analizadas las funciones jurídicas en términos valorativamente neutros. Segundo: "como la decisión judicial invoca y debe invocar argumentos morales, el derecho no puede ser separado de la moral". Este argumento es brillantemente refutado por J. Raz desde el capítulo IV: *Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas*, en el que establece las bases para separar conceptualmente el derecho y los valores en la decisión judicial. En el capítulo X: *Derecho y valor en la decisión judicial*, el autor examina más de cerca el proceso jurisdiccional y explora el tema de la separación y relación del derecho y la moral en el tribunal. Tercero: (argumento íntimamente relacionado con la filosofía del derecho de Lon Fuller): "hay ciertos valores procesales inseparables del derecho, los cuales constituyen su moral interna". Este argumento es examinado por J. Raz en el capítulo XI: *La norma jurídica y su virtud*; considera el autor que ésta no se encuentra destinada a garantizar ningún valor moral inherente al derecho.

La última parte la consagra el autor a la explicación de una concepción de la autoridad del derecho consistente con el positivismo jurídico. Aunque algunos argumentos iusnaturalistas son consistentes con el positivismo jurídico, como lo prueba Raz en el capítulo IV, posteriormente trata de explicar en el capítulo XII: *La obligación de obedecer el derecho*, que ni aun estos argumentos logran fundamentar la autoridad moral del derecho. El resultado de estos argumentos es que no se puede explicar por qué el derecho tiene autoridad moral. Puede no tener ninguna. Si un cierto sistema jurídico —señala Raz— tiene autoridad moral, no es resultado de su *status* de derecho o de algunas características implicadas por su aspecto jurídico. El derecho tiene que basar su pretensión en las características sustantivas que posee, de las cuales, sin embargo, un derecho puede carecer. De esta forma —dice el autor— el verdadero problema es: ¿cómo debe ser un sistema jurídico para que su pretensión de autoridad sea justificada?

En los capítulos XII: *La obligación de obedecer el derecho* y XIII: *El respeto por el derecho*, examina J. Raz las implicaciones y presuposiciones de varias posturas morales sobre el derecho. Asimismo señala, de forma más bien breve en los dos últimos capítulos: ¿*Derecho a disentir?* I. *Resistencia cívica* y ¿*Derecho a disentir?* II. *Objeciones de conciencia*, algunas características morales que un derecho tiene que poseer, para su autoridad sea consistente con la autonomía individual.

Señala Joseph Raz que el libro 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. Esta situación

le permite cierta libertad para explorar algunas cuestiones incidentales (tales como la naturaleza de la autoridad o de las lagunas del derecho) con mayor extensión que la que le hubiera permitido un más entretendido libro sobre derecho y moral. De esta forma —señala Raz— los diferentes aspectos del tema central le llevaron a entenderse 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.

Dice el autor que el tema le obligó a emplear varios estilos de argumentación. Los capítulos I y IV son muy técnicos y muchos lectores pueden preferir omitirlos. Por ello J. Raz pensó aconsejable optar por una más flexible estructura en la cual cada capítulo fuera un ensayo completamente independiente de manera que los lectores pudieran leer cualquier número de ellos en cualquier orden.

La forma de ensayo también permitió al autor incorporar 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 —señala el propio Raz— fueron escritos teniendo en mente este libro, aunque algunos de ellos se publicaron anticipadamente.

Con este libro J. Raz logra, con éxito, formular y demostrar la importancia de problemas capitales de la filosofía jurídica enormemente complicados que, sin embargo, en alguna forma se habían olvidado. Joseph Raz introduce, con gran claridad, muy prometedores enfoques y contribuye sustancialmente a la solución de los problemas que plantea una teoría de los sistemas jurídicos.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

RICO, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, Siglo XXI Editores, 1979, 153 p.

José M. Rico es ya ampliamente conocido por los lectores hispanoamericanos, sobre todo a causa de su importante libro *Crimen y justicia en América Latina* (México, Siglo XXI, 1977), el cual reseñamos anteriormente (véase *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 31-32 enero-agosto de 1978, pp. 183-188).

En este nuevo libro, el destacado criminólogo aborda dos de los grandes temas del derecho penal: por un lado, el de las medidas sustitutivas de la pena de prisión, la cual está siendo cada vez más cuestionada; y por otro lado, el de la llamada tendencia a la “descriminalización”, en la que algunos