



Tesis para defender el título de Maestría en Ciencias Humanas
Opción Filosofía Contemporánea

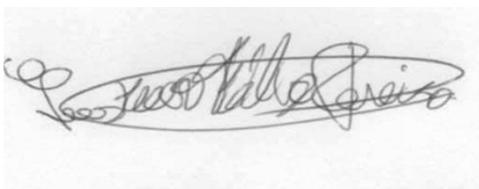
LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL EN EL POSITIVISMO JURÍDICO DE JOSEPH RAZ

Autora: Gianella Bardazano
Tutor: Prof. Gustavo Pereira

Montevideo, febrero 2015

Montevideo, 5 de febrero de 2015

Por la presente dejo constancia que la maestranda Gianella Bardazano ha culminado el proceso de elaboración de su tesis titulada “La relación entre derecho y moral en el positivismo jurídico de Joseph Raz”. En mi calidad de tutor de dicha tesis avalo su presentación a los efectos del inicio del proceso de defensa.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Gustavo Pereira", enclosed within a hand-drawn oval shape.

Profesor Titular Dr. Gustavo Pereira
Departamento de Filosofía de la Práctica

INDICE

<i>CUESTIONES METODOLÓGICAS RELATIVAS AL POSITIVISMO JURÍDICO</i>	4
1. Presentación	4
1.1. Aspectos generales y justificación	4
1.2. Antecedentes	7
1.2.1. Evolución de las tesis centrales del positivismo e impacto del embate de Dworkin: esquema general	7
1.2.2. La relevancia del debate	10
1.2.3. Algunas aclaraciones sobre la interpretación de la tesis de la separación en la tradición positivista	17
1.2.3.1. Antecedentes históricos de la tesis de la separación en la teoría del derecho	17
1.2.3.2. Las interpretaciones de la tesis de la separación	20
1.3. Algunas puntualizaciones acerca de la perspectiva de Raz.....	25
1.3.1. Clasificación metateórica	25
1.3.2. Teoría del derecho y análisis conceptual	26
1.3.3. Análisis conceptual del sistema jurídico	27
1.3.4. Nuestro concepto de derecho.....	30
2. El positivismo jurídico como teoría descriptiva y general.....	35
2.1. Antecedentes	35
<i>EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN</i>	42
1. Sobre la existencia del derecho	42
1.1. Antecedentes. Evolución de la respuesta positivista.....	42
1.2. La regla de reconocimiento	43
1.2.1. Características	43
1.2.2. Raz sobre la regla de reconocimiento	47
1.3. El punto de vista interno y el punto de vista externo	49
1.5. El punto de vista interno en la teoría de Raz	55
1.6. Privilegio conceptual y privilegio epistémico.....	58
1.7. Razones para la acción	65
2. Razones para la acción y sistema jurídico	66

2.1. Introducción	66
2.2. Razones y reglas.....	68
2.2.1. Normas jurídicas y razones para la acción.....	71
2.2.1.1. Planteo.....	71
2.2.1.2. Normas. Breve acotación.....	71
2.2.1.3. Concepto de razón	74
2.2.1.4. Normas jurídicas como razones excluyentes	77
3. Sistemas institucionalizados. Instituciones aplicadoras de normas.....	79
3.1. Presentación	79
3.2. Los sistemas institucionalizados y las razones excluyentes	80
3.3. Estructura genética y estructura operativa de los sistemas jurídicos	83
<i>LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO</i>	86
1. Aspectos generales	86
1.1. La pretensión de autoridad legítima como parte de la naturaleza del derecho	86
1.2. A propósito de la posesión y aplicación del concepto de autoridad	90
2. La normatividad del derecho como problema teórico	90
3. La concepción de la autoridad como servicio.....	93
3.1. Introducción	93
3.2. El concepto de autoridad	94
4. La tesis de las fuentes.....	99
4.1. Las tesis vinculadas a la naturaleza del positivismo jurídico como teoría del derecho	99
4.1.1. La tesis social: planteo.....	100
4.1.2. La tesis moral: planteo.....	101
4.1.3. La tesis semántica: planteo	101
4.2. La tesis de las fuentes sociales como tesis central del positivismo	102
4.3. La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales	105
4.4. El fundamento de la tesis social: el derecho como institución social.....	111
<i>CONCLUSIONES</i>	115
<i>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	123

PRIMERA PARTE

CUESTIONES METODOLÓGICAS RELATIVAS AL POSITIVISMO JURÍDICO

1. Presentación

1.1. Aspectos generales y justificación

El tema de la tesis se centra en el problema de las relaciones entre el derecho y la moral, a partir del análisis del debate acerca de la incorporación o no de la moral al derecho, con especial referencia a la respuesta que Joseph Raz ofrece para esta cuestión. Se tomarán en cuenta, para ilustrar los antecedentes de la discusión teórica sobre la conexión entre derecho y moral y la relevancia que el debate ha tenido en las últimas décadas, las diferentes formulaciones de las tesis de la teoría positivista, pero otorgándole un lugar central a la propuesta del llamado *positivismo jurídico exclusivo o excluyente*. Según esta corriente teórica, es la denominada tesis de las fuentes¹ sociales la que hace referencia a la relación entre el derecho y la moral.

La teoría del derecho de Joseph Raz ha sido identificada con dicha corriente excluyente, en el entendido de que el autor sostiene que resulta incoherente desde el punto de vista conceptual incluir a los principios morales en la regla de reconocimiento (o sea, en la práctica de los tribunales que permite identificar las

¹ Raz lista tres tesis acerca del relacionamiento entre derecho y moral que han sido sostenidas por las diferentes corrientes teóricas de las últimas décadas. Esas tres tesis son: la tesis de las fuentes sociales (la totalidad del derecho surge de fuentes, por lo cual su existencia y contenido pueden ser identificados por referencia exclusivamente a hechos sociales), la tesis de la incorporación (el derecho surge de una fuente social o de la autorización de una fuente, por lo cual puede verse enriquecido o ampliado por la incorporación de normas no basadas en fuentes sociales) y la tesis de la coherencia (el derecho consiste en las directivas que surgen de las fuentes jurídicas, “*junto con la justificación moralmente más apropiada del derecho basado en fuentes*”) (Raz 2001b: 228). La primera tesis es la defendida por Raz, la segunda es la que se le atribuye a Hart y al denominado positivismo incluyente y la tercera, que postula la conexión necesaria entre derecho y moral, se le atribuye a Dworkin.

fuentes del derecho reconocidas por éstos) de un sistema jurídico (Raz 1982: 55). Para esta versión del positivismo, por tanto, es necesario excluir toda consideración moral en la identificación de la existencia y el contenido del derecho (Ródenas 2003: 418). La validez jurídica entendida como identificación de las reglas que pertenecen al sistema jurídico no puede depender de criterios de moralidad sino hacer referencia exclusivamente a hechos sociales (tesis de las fuentes sociales). En definitiva, para este enfoque, aquello que es el derecho puede identificarse con independencia de lo que debería ser, de allí que las razones morales no intervengan en la identificación de la existencia y contenido del derecho de una comunidad (Ródenas 2003: 417).

Sin perjuicio de lo anterior, las particularidades de la doctrina de la autoridad legítima como núcleo del concepto de derecho en la obra de Raz, vuelve problemática –en principio- su adscripción al positivismo jurídico, si bien la literatura lo incluye entre los exponentes del positivismo jurídico excluyente, circunstancia ésta que revela la pertinencia de intentar reconstruir los elementos centrales de la propuesta de Raz con el objetivo de aproximarnos a su particular enfoque del relacionamiento entre derecho y moral.

Será necesario abordar el tratamiento de categorías esenciales de la teoría jurídica, como las de validez, eficacia, legitimidad, autoridad, entre otras. Si bien haré mención al tema, no ingresaré a fondo en el análisis de la cuestión de la existencia o no de una obligación de obediencia al derecho², que exigiría un estudio minucioso de las llamadas actitudes morales hacia el derecho y del problema de la desobediencia civil (Raz 1982: 291-341; Raz 2001b: 364-378; Raz 2013: 180-186; Bayón 1991a: 691-725).

² La cuestión se relaciona –además- con el abordaje de las llamadas paradojas de la autoridad, es decir, con la cuestión de la compatibilidad lógica de la autonomía moral y la autoridad legítima (Raz 2001b: 379-394; Raz 1986b: 39; Bayón 1991b: 27). Y, más en general, con la cuestión de la compatibilidad de la racionalidad con la autoridad (Shapiro 2013: 31-44). La aceptación de la autoridad y de las razones de la autoridad como razones para la acción ha generado numerosas reflexiones que entienden que la aceptación de la autoridad no es consistente con nuestra condición de agentes morales (Raz 2001b: 228).

Una teoría acerca de la naturaleza de los sistemas jurídicos constituye uno de los elementos centrales de la filosofía jurídica que, junto con una teoría acerca de la decisión judicial³, proporciona el fundamento conceptual de la comprensión del derecho como un tipo particular de institución social⁴. Ambas teorías constituyen la base para la evaluación crítica del derecho, que es otro componente de la filosofía jurídica (Raz 1986: 251; Raz 2001b: 211). La importancia del derecho en la sociedad se hace visible por su papel central como sistema normativo y por su interacción con otras instituciones sociales. Precisamente, la explicación de la importancia del derecho requiere tener en cuenta que los sistemas jurídicos son sistemas institucionalizados comprensivos, supremos y abiertos. El derecho *“es un sistema para guiar la conducta y para resolver las disputas que pretende autoridad suprema para interferir en cualquier clase de actividad”* (Raz 1991: 179).

En definitiva, la cuestión que abordaré acerca de la relación entre derecho y moral tiene que ver con el problema teórico de si es posible afirmar que una norma sea una norma jurídica debido a que es moralmente obligatoria y que una norma pueda considerarse no obligatoria jurídicamente en virtud de su inaceptabilidad moral (Raz 2001b: 227). La compatibilidad de postular la validez jurídica como una función de su fuente social y no de su contenido, con la obligatoriedad de consideraciones que no pertenecen al sistema jurídico en la teoría de Raz, será lo que procuraré mostrar a lo largo del presente trabajo; lo cual -en definitiva- implica centrar el estudio en la

³ Identificar la tarea de la teoría del derecho como acotada a la teoría de la adjudicación e identificar lo jurídico (las consideraciones jurídicas) con aquellos elementos o consideraciones en las cuales resulta apropiado que se basen los tribunales constituye una reducción inadecuada que ignora lo que Raz entiende como una distinción sumamente relevante para la organización social: la distinción entre la etapa de deliberación y la de ejecución (Raz 2001b: 225). En otras palabras, Raz entiende, que ese enfoque limitado para definir el campo de la teoría del derecho *“ignora la conexión entre el derecho y la distinción entre las consideraciones ejecutivas y las deliberativas”* (Raz 2001b: 226). De todos modos, es fundamental tener en cuenta que la resolución (fallar, decidir) constituye un deber básico de los jueces. Decidir las disputas reguladas, las reguladas parcialmente y las no reguladas es una función primaria que permite apreciar la posición clave del sistema judicial en cualquier sistema jurídico (Raz 1982: 215-222).

⁴ La doctrina de la naturaleza del derecho debe ocuparse de proveer una explicación del derecho situada en el contexto más amplio de las instituciones sociales y políticas en el cual el derecho se inserta (Raz 2001b: 225).

aceptación de la tesis de las fuentes sociales como criterio para la identificación de la existencia y el contenido del derecho, y de la doctrina de la autoridad legítima como centro de la explicación de la naturaleza del derecho. El objetivo es identificar los principales nudos conceptuales del pensamiento de Raz acerca del derecho de forma de presentar su concepción del relacionamiento entre derecho y moral. La tarea es, entonces, básicamente de carácter exploratorio.

La tarea de proporcionar una explicación acerca del problema de la normatividad del derecho es lo que justifica la atención especial a la cuestión del vínculo entre derecho y moral teniendo en cuenta la necesidad de una identificación del derecho socialmente orientada. Ello porque los sistemas jurídicos son sistemas normativos que se identifican por características que indican su papel como instituciones sociales (Raz 1991: 193).

1.2. Antecedentes

1.2.1. Evolución de las tesis centrales del positivismo e impacto del embate de Dworkin: esquema general

El siguiente esquema, para cuya presentación seguiré la propuesta de Moreso (2002), permite visualizar panorámicamente los ejes del debate Hart-Dworkin en torno a las tesis centrales del positivismo jurídico, así como el debate contemporáneo al interior del positivismo. En efecto, el esquema presenta las formulaciones hartianas de las tesis centrales, las principales objeciones de Dworkin a dichas tesis y, por último, las variaciones o reformulaciones que se atribuyen a las versiones incluyente y excluyente del positivismo, respectivamente.

Las tesis centrales del positivismo jurídico del siglo XX, identificado fundamentalmente con la teoría del derecho de H.L.A. Hart, pueden resumirse en la siguiente formulación:

A. La tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales, es decir de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad. Identificar el derecho implica reconocer ciertos hechos sociales que dan lugar a la creación de normas jurídicas⁵.

B. La tesis de la separación conceptual entre derecho y moral: la validez jurídica de una norma (o sea, su pertenencia a un sistema) no conlleva necesariamente su acuerdo con la moralidad, y la validez moral de una norma no comporta necesariamente su validez jurídica.

C. La tesis de los límites del derecho o de la discrecionalidad judicial: el contenido de las normas jurídicamente válidas no determina la calificación normativa de todas las acciones. En los casos no determinados o no regulados, entonces, los jueces tienen discreción a la hora de decidir las controversias que son llamados a resolver.

Las críticas efectuadas por Dworkin a las tesis centrales del positivismo jurídico pueden presentarse en la siguiente enunciación:

A. Contra la tesis de las fuentes sociales, sostiene que hay estándares aplicables jurídicamente (los principios morales) que no se originan en un hecho social (su validez no depende de su *pedigree*).

B. Lo anterior implica, contra la tesis de la separación de derecho y moral, que hay estándares jurídicamente válidos porque son moralmente válidos.

⁵ Se identifica el derecho en virtud de la existencia de un cierto tipo de hechos sociales. En la versión de Hart, se hace referencia a la existencia de una práctica por parte de las autoridades que establece los criterios de validez. Es práctica social compleja comprende dos elementos, cuales son la conducta convergente y una actitud reflexiva hacia dicha conducta, esto es, su aceptación (punto de vista interno). En ese sentido, aceptar una regla desde el punto de vista interno consiste, según Hart, en apelar a esa regla como una razón para la acción (Orunesu 2007: 25).

C. La concepción del derecho vinculado a la moral, conduce a la tesis de que los jueces nunca tienen discreción (en sentido fuerte, es decir, ausencia de criterios que guíen su decisión).

Dentro del positivismo contemporáneo se reformulan las tesis centrales en los siguientes términos, considerando la incorporación de la moral al derecho:

A. La existencia y contenido del derecho de una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales, esto es, de un conjunto de acciones de los miembros de esa sociedad que contingentemente pueden apelar a determinados estándares morales convirtiéndolos así en jurídicamente válidos.

B. No es necesariamente el caso que la adecuación a la moralidad de determinadas normas sea condición de su validez jurídica⁶.

C. Algunas veces, en las que el Derecho apela a la moralidad, determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y, en dichos casos, no concede a los jueces discreción.

Por su parte, también dentro del positivismo contemporáneo, se formulan las tesis centrales sin considerar la incorporación de la moral:

A. La existencia y contenido del Derecho de una sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales, esto es, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que puede ser descrito sin recurrir a la moralidad⁷. El

⁶ De acuerdo a las versiones incorporacionistas o inclusivas del positivismo jurídico, la incorporación de la moral al derecho es contingente y, por tanto, la tesis de la separación entre derecho y moral es presentada como una tesis empírica. Cuando las disposiciones normativas incorporan conceptos o consideraciones morales, la identificación del derecho debe hacerse recurriendo a esos conceptos y consideraciones; por lo cual, en la actividad de adjudicación, los jueces aplican el derecho identificado recurriendo a criterios morales y el razonamiento judicial deviene en razonamiento genuinamente moral (Moreso 2012).

⁷ La afirmación del positivismo excluyente consiste en sostener que la existencia y el contenido del derecho depende exclusivamente de hechos sociales, esto es, de si la fuente se encuentra en la legislación, el precedente o la costumbre. La corrección moral no puede constituir un criterio para determinar la validez jurídica. Por tanto, una vez establecidos los hechos sociales apropiados (por

abandono de la tesis de las fuentes, para Raz⁸, supone dejar sin posibilidad de análisis un elemento fundamental del derecho, que tiene que ver con la relevancia de éste, que es la autoridad.

B. La adecuación a la moralidad de determinadas normas necesariamente no es nunca condición de su validez jurídica.

C. Cuando el Derecho apela a la moralidad, concede a los jueces discreción para decidir los casos, lo cual no implica de ninguna manera que la moralidad se convierta en derecho preexistente⁹.

1.2.2. La relevancia del debate

El debate Hart-Dworkin reabrió, en el campo de la teoría del derecho de finales de los años setenta del siglo pasado, la histórica polémica sobre el papel que juega la moral en la existencia y el contenido del derecho. A raíz de ese debate, generado a partir de las críticas de Dworkin al positivismo jurídico en general y, específicamente, a la teoría positivista de Hart; los autores positivistas se han replanteado el problema de

ejemplo, cuando una autoridad ha emitido válidamente una formulación normativa y se ha determinado su significado) nos encontramos ante los límites del derecho existente (Coleman 1996; Orunesu 2007). Podría ocurrir que sea el propio derecho el que autorice a los jueces a fundar una decisión en una pauta moral, es decir, en un elemento extrajurídico; con lo cual los estaría autorizando a ir más allá de los límites del derecho en la búsqueda de las razones para decidir.

⁸ La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales que sostiene Raz es una tesis conceptual. Uno de los rasgos esenciales del derecho es la pretensión de autoridad, lo cual implica suministrar a los destinatarios razones que desplacen el balance de razones. Si la referencia a conceptos morales en la formulación de las disposiciones normativas fuese entendida como una incorporación de pautas morales por el derecho, entonces éste no podría pretender autoridad, en la medida que esas pautas son válidas para sus destinatarios independientemente de lo que establezca la autoridad (Moreso 2012).

⁹ Sostiene Coleman (1998: 405) que en la formulación raziana de la tesis de los límites del derecho hay una distinción entre validez jurídica y obligatoriedad, según la cual es posible que un estándar moral no sea parte del derecho y, sin embargo, los jueces estén obligados a decidir de conformidad con él (Moreso 2012). Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores, pero no todas las pautas que son obligatorias (vinculantes) para ellos son jurídicamente válidas, en el sentido de pertenecer al sistema jurídico. Ejemplos de esas pautas vinculantes pero no pertenecientes al derecho de la comunidad en cuestión serían: el derecho extranjero, la normativa de clubes sociales, otros sistemas normativos (como la moral). Los jueces están autorizados por el derecho a utilizar esas otras pautas o principios. En otras palabras, no todo lo que los jueces están autorizados u obligados a aplicar pertenece al sistema jurídico de la comunidad.

la relación entre el derecho y la moral. Claramente luego de la publicación en 1994 del *Postscriptum* a la segunda edición de *El Concepto de Derecho* de Hart se desarrollan dos corrientes, a partir de dos modos de identificar el derecho: el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente¹⁰. Sin perjuicio de la particular reformulación de las tesis centrales del positivismo jurídico que ofrece cada una de estas corrientes (expuestas en el apartado 1.2.1.), es pertinente enfatizar que en el centro del debate entre ambas corrientes se encuentra la compatibilidad de la inclusión de criterios sustantivos para determinar la validez jurídica con la tesis de las fuentes sociales del derecho (Himma 2002; Kramer 1999; Kramer 2004; Moreso 2004; Paulson 2011). El positivismo jurídico incluyente se apoya en la posibilidad de que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan o incorporen los principios morales. Ello supone aceptar que la regla de reconocimiento pueda contener criterios morales para identificar al derecho, lo cual pone en cuestión la tesis positivista de las fuentes sociales¹¹. La identificación del derecho (su existencia y su contenido), por el contrario, para el positivismo jurídico excluyente depende exclusivamente de hechos sociales. Se trata de una versión fuerte de la tesis de las fuentes, al contrario de la versión débil que sostiene la corriente incluyente. Sostener la versión débil de las fuentes sociales supone separar la práctica social y los criterios de validez, postulando que mientras el origen del derecho es

¹⁰ Kramer (2004:3) sitúa el nacimiento de ambas como reacción a las críticas formuladas por Dworkin al positivismo de Hart. Jiménez (2008:189), por el contrario, concuerda con la afirmación de Kramer solamente en relación al positivismo jurídico incluyente, pero no con relación al positivismo jurídico excluyente, cuyas tesis centrales son previas al debate Hart-Dworkin. Lo que, en todo caso es posterior a éste, sostiene Jiménez, es el calificativo de “excluyente” o “exclusivo”. Por otro lado, Escudero entiende que bajo la expresión “positivismo jurídico” hay lugar para la pretensión de que la moral pueda determinar la existencia y el contenido del derecho, sin necesidad de hacerle al positivismo ningún tipo de corrección (2004: 206).

¹¹ Los defensores del positivismo incluyente agregan que dicha perspectiva tiene mayor capacidad explicativa en contextos en los cuales se acepten explícitamente criterios sustantivos de validez jurídica, como es el caso de ordenamientos cuyas Constituciones poseen un denso contenido material en tanto establecen derechos fundamentales, referencias a derechos humanos, principios o valores. Según Waluchow (2007: 21) este enfoque brinda una mejor explicación de una práctica común, en la medida que permite que la moral política figure en la determinación del significado de la Constitución y las declaraciones de derechos y -con ello- permite que impacten en la validez y en la determinación del significado de las normas inferiores, como las leyes.

fáctico (una práctica social), los criterios de validez que la práctica contiene lo son contingentemente. Es decir que aunque se postula que el origen del derecho reside en un hecho social, se acepta que contingentemente los criterios de validez jurídica puedan consistir en principios morales. De este modo, para el positivismo incluyente, la existencia y el contenido del derecho no estarían determinados en todos los casos por hechos sociales sino que, en ocasiones, puede estar determinado por la moral¹².

Dentro del positivismo jurídico, además, la discusión acerca de las relaciones entre la moral y el derecho y la cuestión de la incorporación de la primera al segundo, adquiere especial relevancia en la medida que las respuestas que se han dado a este problema pretenden ofrecer una descripción plausible de los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales, en especial, para explicar el hecho de que las constituciones de dichos ordenamientos incluyen constantes remisiones a estándares de moralidad (por ejemplo, las declaraciones de derechos que la mayoría de ellas contienen)¹³. Un rasgo central en la cultura jurídica de las democracias contemporáneas es la constitucionalización¹⁴, por lo cual algunos autores consideran

¹² La pregunta que se sigue de la afirmación incluyente acerca de que es conceptualmente posible que la moral forme parte de los criterios de validez jurídica es: ¿a qué moral se hace referencia? Si se tienen en cuenta la moral individual, social, concertada y objetiva; la única que no puede ser reconducida a hechos y, por tanto, quedar fuera de la tesis de las fuentes sociales en sentido fuerte es la moral objetiva, con lo cual se agrega a la tarea de identificar el derecho los problemas asociados al cognoscitivism moral. Evidentemente, esta circunstancia impide la compatibilidad del denominado positivismo incluyente con los compromisos metodológicos del positivismo como teoría del derecho. No desarrollaré los argumentos vinculados al tema del objetivismo moral y su pertinencia como criterio de validez jurídica porque excede el asunto al que la tesis pretende ajustarse.

¹³ En la literatura sobre la interpretación constitucional se plantean dos opciones o extremos (las llamadas lectura moral y lectura originalista) entre los cuales se encuentran varias propuestas intermedias. El originalismo sostiene que cuando la Constitución emplea conceptos valorativos, la determinación del sentido de las disposiciones constitucionales consiste en recuperar las intenciones de los autores; es decir, que el texto constitucional debe ser interpretado a la luz de su significado original (Scalia 1997). Por otro lado, la lectura moral propone que se interpreten las disposiciones constitucionales en el entendido de que en ellas invocamos principios morales acerca de moralidad política y justicia (Dworkin 1996).

¹⁴ Se hace referencia al fenómeno de la aparición de textos constitucionales que surgen luego de la Segunda Guerra Mundial y especialmente a partir de la década del setenta del siglo XX que no se ocupan solamente de establecer competencias, fijar diseños institucionales y separar los poderes públicos, sino que incluyen un número muy importante de normas sustantivas “*que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos*”, a la vez que “*contienen*

que el positivismo jurídico se ha vuelto inadecuado para dar cuenta de esos ordenamientos jurídicos¹⁵. En ese sentido, se sostiene que las teorías positivistas del derecho brindan una descripción adecuada de los Estados legales de derecho y no de los Estados constitucionales de derecho. La anterior afirmación no es, obviamente, compartida por los autores positivistas. Específicamente, Raz señala que un enfoque positivista del derecho es la única propuesta apta para dar cuenta de la naturaleza del derecho. Para este autor, un rasgo esencial de los ordenamientos jurídicos consiste en su *pretensión de autoridad*, de forma tal que es inconcebible un sistema jurídico cuyas autoridades no pretendan legitimidad, y considera que no existe una obligación general de obedecer al derecho, sino eventualmente una obligación moral individualmente considerada¹⁶ (Raz 1979: 233 y ss., Raz 1982: 311-323, Raz 2001b:378; Gaido 2011: 121). En términos generales, de acuerdo con Raz, una teoría del derecho brinda una explicación acerca de la naturaleza del derecho (Raz 2005: 48;

amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos..." (Carbonell 2010: 154).

¹⁵ Ferrajoli distingue dos modelos de Estado de derecho. En sentido formal o débil, "Estado de derecho" designa un ordenamiento en el cual los poderes públicos son conferidos por la ley y en el cual esos poderes se ejercen con los procedimientos legalmente establecidos (Ferrajoli 2003: 13). Esta caracterización corresponde al paradigma del derecho coherente con el surgimiento del Estado moderno: "*cada Estado debe ser un Estado de derecho en el sentido de que cada Estado es un ordenamiento jurídico*" (Kelsen 1960: 351), que Ferrajoli describe como el modelo paleo-positivista del Estado legislativo de derecho. En sentido fuerte o sustancial, designa solamente a los ordenamientos en los cuales –además– los poderes públicos están sujetos a la ley respecto de los contenidos y no solo respecto de lo formal o procedimental, lo cual supone que las normas constitucionales establecen principios sustanciales y que Ferrajoli describe como el Estado constitucional de derecho, surgido luego de la Segunda Guerra Mundial en virtud de la difusión en Europa de la Constituciones rígidas y del mecanismo del control de constitucionalidad de las leyes (Ferrajoli 2003: 14).

¹⁶ Guibourg recuerda la posibilidad de sostener que hay una obligación moral "en principio" de obedecer el derecho; "*pero esta no es una afirmación que integre el sistema de pensamiento del positivismo metodológico: es una afirmación que puede integrar el sistema de pensamiento moral de algunos positivistas metodológicos, tal como integra el de muchos iusnaturalistas. De hecho, se observan numerosos acuerdos de actitud moral entre positivistas e iusnaturalistas, porque la divergencia entre ambos enfoques (...) no es moral sino epistemológica*" (Atienza 2003: 899). De este modo, quien considere que la calificación de una norma como jurídica es una razón para obedecerla lo hace desde un punto de vista moral; y, "*a menos que se trate de lo que Bobbio llamaría un positivista ideológico (es decir un iusnaturalista del poder político), es casi seguro que impone límites (siempre morales, acaso matizados con otros prudenciales) a aquella supuesta obligación de acatamiento*" (Atienza 2003: 899).

Raz 1998). En el mismo sentido, Shapiro (2011) sostiene que al preguntarnos sobre la naturaleza del derecho, lo que buscamos es proporcionar un conjunto de propiedades que constituyen instancias del concepto de derecho: ser derecho es lo que hace al derecho derecho. El autor propone un paralelismo con la naturaleza del agua: *“Being H2O is what makes water water. With respect to law, accordingly, to answer the question ‘What is law?’ on this interpretation is to discover what makes all and only instances of law instances of law and not something else”* (Shapiro 2011: 9)¹⁷.

De alguna manera, lo que se considera problemático de la teoría positivista de Hart en la discusión teórica contemporánea son, entre otras, dos cuestiones, según el análisis de Gaido: *“1) en qué sentido el derecho es fuente de razones justificatorias para aquellos agentes que no adoptan la perspectiva interna; y 2) en qué medida la idea de justificación relevante para explicar la normatividad del derecho puede ser mantenida de manera independiente de todo componente moral”* (Gaido 2010: 153).

Ahora bien, como se verá, el centro del enfrentamiento entre las dos corrientes del positivismo jurídico mencionadas ha sido la llamada tesis de las fuentes sociales del derecho (Bulygin 2006: 109; Raz 1979: 56; Coleman 2001: 75), formulada en su versión fuerte (positivismo excluyente) o bien aceptando que la corrección moral constituya –contingentemente– un posible criterio de validez jurídica y que, por tanto,

¹⁷ La denominada tesis de la aspiración moral del derecho (*moral aim thesis*) –propuesta por Shapiro (2011)– para hacer referencia a la naturaleza del derecho es similar (sin perjuicio de sus diferentes características) a la pretensión de autoridad legítima propuesta por Raz. En efecto, Shapiro no sostiene que los ordenamientos jurídicos alcancen usualmente a cumplir con tal aspiración moral. Por el contrario, afirma que está históricamente demostrado que el derecho a menudo falla en el cumplimiento de dicha misión u objetivo primario. Lo que hace al derecho derecho es que posee ese objetivo o esa aspiración moral (se trata de una propiedad esencial del derecho), no que la satisfice (Shapiro 2011: 212, Plunkett 2013: 564). En el mismo sentido, para Raz es la pretensión de autoridad legítima lo que constituye el centro de la naturaleza del derecho, lo cual no implica que –efectivamente– los ordenamientos jurídicos concretos posean autoridad legítima (Raz 2003b; Raz 2007a). La tesis de la aspiración moral del derecho plantea un desafío similar al que plantea la doctrina de la autoridad legítima de Raz, en cuanto a su compatibilidad con los principales lineamientos del positivismo jurídico. Por un lado, la tesis de Shapiro establece una íntima conexión entre derecho y moral; una conexión que resulta fundamental en la explicación de la naturaleza del derecho. Por otro lado, el positivismo jurídico se ha entendido a sí mismo –canónicamente– como una perspectiva teórica que postula una separación entre derecho y moral (Plunkett 2013: 567).

ciertas normas morales pertenezcan a un sistema jurídico en virtud de su valor moral, aun cuando no posean una fuente social adecuada (positivismo incluyente).

A modo de resumen de lo que constituye el punto central del debate corresponde tener presente que, en lo que concierne a la relación entre el derecho y la moral, tradicionalmente el positivismo jurídico ha negado la existencia de una conexión necesaria entre ambos órdenes normativos. El vínculo entre ambos sería, entonces, meramente contingente. A partir de la circunstancia de que en los textos constitucionales (fundamentalmente en las disposiciones que refieren a la protección de derechos fundamentales) es frecuente encontrar referencias o remisiones a predicados morales, consideraciones morales, pautas valorativas y principios morales, se vuelve problemático a nivel de la teoría del derecho dar cuenta de la identificación y determinación del contenido del derecho, por ejemplo, cuando los tribunales ejercitan el control de constitucionalidad o en casos de conflictos entre principios constitucionales. En esas ocasiones, los tribunales recurren para justificar sus decisiones a argumentaciones que trascienden el derecho e ingresan en el campo de la política y la moral (Orunesu 2007: 24). Es a partir de esa circunstancia que surge la controversia en el seno de la teoría positivista sobre la posibilidad de una particular conexión entre el derecho y la moral, en la cual los autores pertenecientes a la corriente inclusiva o incluyente postulan la viabilidad de armonizar o compatibilizar los postulados positivistas con atribuirle a los principios morales el estatus de fuentes jurídicas vinculantes (Orunesu 2007: 24) y los autores pertenecientes a la corriente exclusiva o excluyente postulan que la validez jurídica de una norma no puede depender de consideraciones morales.

Por otra parte, se ha asumido que afirmar el contingente valor moral del derecho (una cosa es la existencia del derecho y otra su evaluación) como corolario de la tesis de las fuentes sociales, resume el centro de la actitud metodológica, general y

descriptiva, del positivismo jurídico como teoría del derecho¹⁸ (Jiménez 2008: 283), pero no agota el campo de la reflexión iusfilosófica, que incluye aspectos morales y políticos. En ese sentido, el compromiso con una teoría moral es una opción personal¹⁹ del teórico del derecho, no en tanto positivista, sino como filósofo del

¹⁸ Bayón entiende que en esa afirmación (identificada con una de las formulaciones tradicionales de la tesis de la separación) subyacen dos tesis independientes, que a su vez se relacionan de un modo diferente con la tesis de las fuentes sociales. A la primera la denomina "*tesis de la no conexión identificatoria entre el derecho y la moral*" (esto es, aludiendo a la idea de que "*nada es derecho simplemente porque sea justo o que nada deja de ser derecho simplemente porque sea injusto*") y sería equivalente a decir que la tesis de las fuentes sociales (en su versión fuerte) implica lógicamente la tesis de la no conexión identificatoria. "*porque si se asume de entrada que la existencia y el contenido del derecho están determinados exclusivamente por hechos sociales complejos, entonces, por definición, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y por tanto no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)*" (Bayón 2002b: 8). Por eso, como dice Raz, la idea de no confundir el derecho que es y el derecho que debería ser evita confusiones al separar nítidamente la descripción del derecho de su evaluación, pero no aporta una razón en favor de la aceptación de la tesis social, sino que, por el contrario, la presupone (Raz 1982: 62). A la segunda tesis conectada con esa afirmación, Bayón la denomina "*tesis del valor moral contingente del derecho*" que -a diferencia de la tesis de la no conexión identificatoria- no es una implicación de la tesis social, lo cual supone que "no habría contradicción alguna en aceptar ésta y sostener al mismo tiempo que todo derecho posee necesariamente valor moral (aunque sea un valor moral no absoluto o concluyente, sino meramente prima facie)" (Bayón 2002b: 9).

¹⁹ Ricardo Guibourg (Atienza 2003), al ilustrar la diferente conformación de las fronteras de la teoría del derecho según la correspondiente demarcación del objeto de estudio, enumera las tres posibilidades que históricamente constatamos: a) si el derecho es entendido como un sistema normativo, la teoría del derecho se ocupará de reflexionar acerca de la estructura de dicho sistema (lo cual incluiría su base lógica, sus instituciones o conceptos jurídicos fundamentales, el análisis de los mecanismos que determinan la unidad o la pluralidad de los sistemas, la creación y eliminación de normas, el fenómeno de la competencia, por ejemplo); b) si el derecho es entendido como un sistema de valores, la teoría del derecho será una teoría ética, o al menos en una propuesta moral; c) si el derecho consiste en un estado de cosas que tienen lugar en la esfera social, la teoría del derecho será una teoría sociológica, o bien una teoría política (esto último, especialmente, si se combinan los moral y sociológico). La expresión "filosofía del derecho" es amplia y no toma explícitamente partido entre aquellas opciones. Agrega Guibourg que tomar partido por el primero de los enfoques listados (es decir, postular que la teoría del derecho se limita al análisis del derecho positivo) no implica que "*hayamos de ser moralmente indiferentes, ni que sea moralmente obligatorio acatar cualquier arbitrariedad del gobernante de turno, [ni] quiere decir (...) que el jurista deba cerrar los ojos ante la ineficacia de las normas, ni ante la ceguera de los legisladores respecto de las necesidades sociales, ni ante el papel ideológico que el lenguaje jurídico desempeña a favor de quienes ejercen el poder de hecho, para calmar o desactivar las eventuales rebeldías o para justificar su represión*" (Atienza 2003: 897-898). Implica que, si bien todas esas reflexiones puedan ser ejercidas por una misma persona, "*no pueden ejercerse a partir de los mismos métodos ni en el marco de una misma disciplina, especialmente si ella se pretende científica y sujeta a alguna clase de teoría o filosofía*" (Atienza 2003: 897). En definitiva, Guibourg afirma que "*los conflictos internos que asuelan la teoría del derecho (y con más fuerza si el ámbito se amplía a la filosofía del derecho) son siempre los mismos: hay ejércitos de ideas que nacen en las actitudes valorativas y luchan por el predominio en el pensamiento jurídico (lo que incluye la conquista de ese preciado baluarte emotivo que es el lenguaje del derecho)*" (Atienza 2003: 898).

derecho en sentido amplio²⁰ (Jiménez 2008: 246). Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin que ello afecte el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral.

1.2.3. Algunas aclaraciones sobre la interpretación de la tesis de la separación en la tradición positivista

1.2.3.1. Antecedentes históricos de la tesis de la separación en la teoría del derecho

La separación conceptual entre el derecho y la moral era planteada por Bentham y por Austin haciendo referencia a la distinción entre *el derecho que es y el derecho que debe ser*, vinculada a las tareas de descripción (propias del *expositor*, en términos de Bentham) o de prescripción (identificadas con la actividad crítica del *ensor*). Austin, en el mismo sentido, afirmaba que la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra.

²⁰ Lo mismo puede decirse de la defensa del Estado de derecho como ideal regulativo (o como doctrina política orientadora). Es decir, desde un punto de vista jurídico acotado, dicho modelo consiste en un conjunto de principios cuya enumeración no resulta problemática, como el principio de legalidad, la publicidad del derecho, la irretroactividad de la ley, el debido proceso legal, la independencia judicial, entre otros (Raz 2001b: 395). Sin embargo, apenas se consideran los presupuestos institucionales y éticos de tales principios, la cuestión se vuelve controvertida, tal que tanto su significación política como su justificación moral pueden variar en las diferentes sociedades. Sostiene Raz que el Estado de derecho no constituye un imperativo moral universal (2001b: 395), en tanto que –como otras doctrinas políticas– *“puede tener distintos significados y justificaciones morales en distintos países, precisamente debido a que varía en cuanto a sus detalles, y a que prospera en una variedad de entornos políticos y culturales”* (2001b: 375). En ese sentido, hace referencia al valor del Estado de derecho en sociedades democráticas y pluralistas para asegurar *“un delicado equilibrio entre el poder de la legislatura democrática y la fuerza basada en la tradición”* (2001b: 403), tal que las virtudes destacables del modelo serían *“la justicia burocrática (la protección del individuo en un espacio social anónimo) y la continuidad democrática”* (2001b: 404). Dichas virtudes son alcanzables en el marco de un entorno democrático y una cultura de legalidad, que cuenten con una tradición de independencia judicial, una profesión jurídica fuerte, una función pública independiente que sea leal al derecho y una fuerza policial que no sea corrupta (2001b: 404). A la luz de dichas exigencias, es obvio que no se trata de *“un ideal que pueda asegurarse con la sanción de unas cuantas leyes. Tampoco se trata de un ideal libre de toda mancha. Acarrea los problemas de la denegación del acceso efectivo a los tribunales, y de la alienación con respecto al derecho. La conciencia de su existencia debe disciplinarnos, debemos hacer lo posible para minimizarlas, y ser modestos en nuestro orgullo con respecto al Estado de derecho”* (Raz 2001b: 404).

Conforme el pensamiento de Hart, la *tesis de la separación conceptual del derecho y la moral* sostiene que, si bien existen conexiones entre el derecho y la moralidad, de manera que muy frecuentemente ocurre una coincidencia o solapamiento *de facto* entre el derecho de algún sistema dado y las exigencias de la moralidad, dichas conexiones son contingentes; por tanto, no se trata de conexiones necesarias desde el punto de vista lógico o conceptual (Hart 1980: 4). Señala Hart que la pretensión de que la tesis es falsa y de que, por el contrario, existe una conexión necesaria entre la validez jurídica y la validez moral es un rasgo central de las teorías clásicas del Derecho Natural. Respecto de la construcción intermedia propuesta por Dworkin (en términos “anti positivistas”) Hart señala que, a diferencia de alguna teoría ortodoxa del derecho natural, no sostiene que lo que es jurídicamente correcto es siempre moralmente correcto (1980: 4).

En el debate de la teoría del derecho de los últimos treinta y cinco años ha incidido de manera evidente la formulación realizada por Ronald Dworkin²¹ del *derecho como*

²¹ Según el enfoque de Dworkin, en primer lugar, todas las decisiones judiciales se basan en consideraciones de moral política y la teoría del derecho es, ella misma, un ejercicio de teoría moral y política normativa (Dworkin 1985; Dworkin 1986). Raz (igual que todos los positivistas) admitirían sin inconvenientes la afirmación acerca de la incidencia de las consideraciones de moral política como base de la decisión judicial en los casos en que el derecho basado en fuentes sociales se encuentra indeterminado o en los casos en que ocurre el conflicto de normas, es decir, en aquellos casos que suelen denominarse como “casos difíciles”. Dworkin sostiene que también se aplica a los casos normales (“fáciles”) que involucran una interpretación no problemática de la ley o la decisión de aplicarla. Ahora bien, si ello “*no significa que cada vez que los jueces aplican una ley consideren y renueven su fe en la democracia representativa, o en alguna otra doctrina de moral política de la cual se desprenda que deben aplicar tales leyes*” y “*simplemente significa que se presentan a sí mismos como personas que creen en la existencia de tal doctrina*”, lo que resulta es que las sentencias representan decisiones morales en la medida que expresan una posición moral (Raz 2001: 241), con lo cual Raz no tiene discrepancias. En segundo lugar, en la concepción del derecho como integridad los jueces tienen un deber (o responsabilidad profesional) que les exige que apliquen las normas que surgen de las fuentes jurídicas del país y, en caso de indeterminación o conflicto, que resuelvan guiados por los mejores principios de la moral política que constituye el fundamento del derecho de la comunidad y que permiten interpretar la historia jurídica del país como expresando “*un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta*” (Dworkin 1986: 160). Es decir, las decisiones judiciales deben proporcionar la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad. El principio adjudicativo del derecho como integridad le exige a los jueces que identifiquen los derechos y deberes a partir de la creencia de que fueron establecidos por un mismo autor o una misma persona moral (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad (Dworkin 1986: 164). A la luz de la teoría de la naturaleza del derecho como

integridad, y las críticas que este modelo ha dirigido a las tesis centrales del positivismo jurídico: tesis de las fuentes sociales del derecho, tesis de la separación conceptual entre moral y derecho y tesis de la discrecionalidad judicial o de los límites del derecho. El objetivo principal de las críticas de Dworkin a la teoría hartiana del derecho era la refutación de las citadas tesis, para lo cual centró su enfoque en el rechazo de la *regla de reconocimiento*, postulando su insuficiencia para identificar estándares jurídicamente vinculantes como los principios morales, que fundan su validez jurídica en su validez moral.

La defensa del positivismo a los embates de Dworkin, tomó la forma de una dicotomía teórica interna a la corriente positivista: el positivismo jurídico *inclusivo* y el positivismo jurídico *exclusivo*. En efecto, algunos autores²², tomando por base de su construcción la respuesta que el propio Hart da a las críticas de Dworkin en el *Postscriptum* a la segunda edición de la obra *El Concepto de Derecho*, admiten la incorporación de principios morales en el derecho, siempre que la misma se realice por los instrumentos normativos habilitados al efecto por el mismo derecho. Por otro lado, autores como Joseph Raz, rechazan la posibilidad de que la moral determine la existencia y el contenido de las normas; es decir, que ello no es admisible dentro de una teoría positivista del derecho (Escudero 2004: 17 y ss.), si bien no excluye la vinculación entre ambos sistemas normativos como parte de su teoría sobre la naturaleza del derecho.

dotado de autoridad propuesta por Raz, estas exigencias normativas para la decisión judicial que propone Dworkin son inadmisibles, en la medida que ignoran que el derecho posee una pretensión de autoridad y que debe tener la capacidad de poseer autoridad legítima. Para ello, el derecho cumple un papel de mediador (como toda autoridad) entre los preceptos de la moral y su aplicación para juzgar la conducta de las personas (Raz 2001: 244).

²² Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Gregorio Peces-Barba, José Juan Moreso, entre otros.

1.2.3.2. Las interpretaciones de la tesis de la separación²³

Resulta útil a los efectos de distinguir los contenidos de la tesis de la separación en la tradición positivista, tener presente que el positivismo jurídico –en tanto teoría del derecho– constituye un modo general y descriptivo de proporcionar una teoría acerca de lo que el derecho es. Una teoría positivista del derecho se distingue por el modo general y descriptivo de explicar, definir y sistematizar el conjunto de fenómenos jurídicos (Jiménez 2008: 14). Esta caracterización se vincula con el enfoque metodológico al que refiere Bobbio cuando aborda el “positivismo metodológico” (Bobbio 1965: 41-43); esto es, vinculado al criterio de demarcación del objeto de estudio de la ciencia jurídica²⁴ y, por tanto, a la pertinencia de la distinción entre derecho real y derecho ideal o entre derecho como hecho y derecho como valor, o bien, entre el derecho que es y el derecho que debe ser. En otras palabras, y recurriendo al contenido de la tesis de las fuentes sociales, el eje de la teoría positivista radica en la afirmación de que en cualquier sistema jurídico la validez de una norma jurídica depende de su fuente, no de su mérito. De ahí que Bulygin considere a la tesis de la separación entre derecho y moral también en términos de validez: *“la validez jurídica de una norma no implica necesariamente su validez moral y la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez*

²³ Un análisis pormenorizado acerca de las diferentes interpretaciones o alcances de la tesis de la separación, puede verse en Bayón (2002b), que realiza un interesante abordaje de algunas confusiones metodológicas que se generan a partir de la afirmación de que *“el contenido del positivismo metodológico se resume en la tesis de la separación conceptual (o de la “no conexión necesaria”) entre el derecho y la moral y se sostiene que su aceptación o rechazo marca una divisoria nítida entre positivistas y no positivistas”* (2002b: 2). En ese sentido, entiende que la insistencia en manejar la tesis de la separación como si expresara una idea unitaria o como si tuviese una interpretación unívoca, *“está produciendo una enojosa y sistemática ofuscación en la teoría del derecho”* (Bayón 2002: 3). En el mismo sentido, que la afirmación de la conexión necesaria entre derecho y moral puede hacer referencia a cuestiones diversas ha sido sostenido, entre otros, por Nino (2014), Waluchow (1998), Calsamiglia (1998) y Bayón (1991).

²⁴ Como modo de acercarse al estudio del derecho, señala Bobbio, *“el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo”* (1965: 41).

jurídica” (2006: 73). En el mismo sentido, la caracterización de Bobbio del positivismo jurídico como forma de delimitar el objeto de estudio del derecho refiere a la centralidad de la aceptación de la derivación de hechos verificables²⁵ como criterio para distinguir una regla jurídica de otros tipos de reglas. La correspondencia o no con algún sistema de valores o fines no es relevante para la demarcación del objeto de la ciencia jurídica y, por tanto, no incide en la identificación del derecho. Lo que se rechaza es la inclusión de elementos finalistas en la definición del derecho (como la obtención del bien común, la promoción del bienestar, la actuación de la justicia) en tanto ello determinaría que se rechacen como parte del objeto (por considerarlas no jurídicas) las reglas que, no obstante emanar de órganos autorizados mediante los procedimientos establecidos, no sirvan para alcanzar esos fines a pesar de que –en la práctica- puedan constituir el fundamento para evaluar y regular comportamientos (Bobbio 1965: 42).

La preocupación de los filósofos del derecho relativa a la especificación de las diferencias entre ambos sistemas normativos (el derecho y la moral) es planteada en la bibliografía positivista más relevante del siglo XX como un problema de demarcación²⁶ (Kelsen 1960, Hart 1961, Raz 1982, Raz 1997) de acuerdo al cual la validez jurídica no puede depender de la validez moral, sea en todos o en algunos de los ordenamientos jurídicos posibles (Leiter 2011). En tanto el concepto de derecho debe su existencia a la existencia de fenómenos sociales intencionalmente producidos para resolver problemas de coordinación, la caracterización del derecho que entiende

²⁵ Que sea el producto de un determinado procedimiento, que sea dictada por ciertos órganos, que sea efectivamente obedecida o aplicada.

²⁶ Leiter –sin perjuicio de que su perspectiva recupera las corrientes realistas en la teoría del derecho y, por ende, su escepticismo- entiende que dos cuestiones son las que determinan que para autores como Kelsen, Hart y Raz sea necesario centrarse en la distinción entre derecho y moral como un problema de demarcación. En primer lugar, el hecho de que una norma sea jurídicamente válida no implica que sea moralmente obligatoria (o moralmente atractiva). En segundo lugar, el hecho de que una decisión tomada por un operador jurídico pueda ser moralmente atractiva no implica que sea jurídicamente obligatoria (Leiter 2011: 670).

que su naturaleza de institución social debe ocupar un lugar central en la teoría del derecho.

Intentaré mostrar que una interpretación de la tesis de la separación como la negación de la vinculación entre derecho y moral es inaceptable para Raz, quien, afirma que si la tesis es entendida como afirmando que *“una teoría pertenece a la tradición positivista sí y sólo si sostiene que las características necesarias del derecho pueden ser establecidas sin el uso de concepto moral alguno”* (Raz 2007a: 20), entonces su teoría acerca de la naturaleza del derecho no puede ser considerada parte de la tradición positivista, en la medida que la propiedad necesaria o esencial del derecho es –según su enfoque conceptual- que pretende autoridad legítima y, justamente, el concepto de autoridad legítima es un concepto moral (Raz 2007a: 20). Ahora bien, Raz considera que la clasificación de las teorías del derecho como positivistas o anti positivistas no es productiva y que puede llevar a equívocos, sin perjuicio de lo cual menciona que la tesis de la separación entendida de ese modo no es sostenida como uno de los componentes del concepto de derecho por ningún autor. La satisfacción de un valor moral –la autoridad legítima- *“puede fracasar en la práctica, pero la pretensión de que se lo satisface no se puede negar de manera explícita sin contradicción”* (Gaido 2011: 191). Teniendo en cuenta lo anterior, trataré de mostrar cómo la tesis de la separación posee capacidad explicativa en la teoría del derecho de Raz vinculada, no al concepto de derecho, sino a la identificación del derecho (Gaido 2011: 191, Moral Soriano 2000: 341), lo cual la conecta con la tesis de las fuentes (Himma 2002; Marmor 2011).

En definitiva, entre las diferentes formulaciones de la tesis de la separación que suelen encontrarse en la literatura, quizás la que remite a una intuición más firme es la formulación que pone el énfasis en que el derecho es un artefacto creado por el hombre, que constituye un producto de acciones de seres humanos, una práctica social; es decir, una realidad convencional (Bayón 2002b: 5, Leiter 2011: 664). Lo habitual es que se presente esta idea como "tesis de las fuentes sociales" (Raz 2001b)

o "tesis social" (Raz 1982) que, en una caracterización gruesa podría expresarse a través de la siguiente formulación de carácter conceptual: *“la existencia y el contenido del derecho, o lo que es lo mismo, qué es y qué no es derecho, es algo que depende (queriendo decir, por lo general, que depende exclusivamente) de hechos sociales complejos”* (Bayón 2002b: 6).

Destinaré los apartados siguientes a desarrollar las particularidades de los compromisos metodológicos que Raz asume al atribuirle al análisis conceptual o elucidación conceptual un rol central en la tarea de la teoría del derecho, previo a lo cual me propongo abordar algunas cuestiones metateóricas relativas al objetivo positivista tradicional de constituirse como una teoría general y descriptiva del fenómeno jurídico. En la segunda parte me ocuparé de la reformulación de la importancia del punto de vista interno para la comprensión de *nuestro* concepto de derecho -teniendo en cuenta el distanciamiento de Raz respecto de Hart en este punto-, al que se le concede primacía conceptual. El concepto de derecho para Raz no es introducido por el teórico con el objetivo de explicar la práctica jurídica, sino que se trata de un concepto que forma parte de nuestra propia auto-comprensión de la sociedad. En ese sentido, la intención de la filosofía del derecho *“es poner en claro la manera en que el derecho es concebido por quienes están sujetos a él, hasta el punto en que esto es una investigación conceptual más que empírica”* (Ruiz Manero 1991: 335).

Entendidas como razones para la acción (Raz 1991), la función de las directivas autoritativas en el razonamiento jurídico –que es un tipo de razonamiento práctico- es la de excluir el balance de razones. El razonamiento legislativo y el razonamiento judicial son los ejemplos por excelencia del razonamiento jurídico y, precisamente, en ambos una directiva autoritativa *“excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar”* (Moral Soriano 2000: 341). La fundamentación de esa función excluyente es el centro de la teoría de la autoridad legítima que propone Raz. De este

modo, los dos elementos centrales y complementarios entre sí de la teoría del razonamiento práctico jurídico en la teoría de Raz son la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la autoridad legítima. A su vez, la tesis de las fuentes sociales es la que se conecta con la perspectiva del autor respecto de la separación entre el derecho y la moral, en tanto la función normativa excluyente de las directivas autoritativas (normas jurídicas) es explicada por la denominada doctrina de la autoridad legítima.

Luego de algunas precisiones relativas al tipo de teoría del derecho que Raz elabora, que involucra detenerse en presentar el análisis de los sistemas jurídicos en términos de análisis conceptual que privilegia el punto de vista interno o de los participantes, abordaré los elementos centrales de su concepción de las reglas como razones excluyentes, así como, en la tercera parte de este trabajo, presentaré los elementos centrales de la doctrina de la autoridad legítima que, como se verá, es fundamental para dar cuenta de la normatividad del derecho. La importancia de la tesis de las fuentes y de la doctrina de la autoridad en la comprensión del razonamiento jurídico será expuesta teniendo en cuenta las tres tesis o condiciones que hacen parte de la doctrina de la autoridad legítima, cuales son: la tesis o condición de la justificación normal, la tesis o condición de la independencia y la tesis del reemplazo²⁷. Finalmente, teniendo en cuenta que –desde la perspectiva del participante- el derecho tiene autoridad legítima si bien puede fracasar en su propósito, propondré algunas conclusiones sobre el vínculo entre derecho y moral en la teoría de Raz. En el apartado siguiente, me dedicaré a presentar algunos elementos metodológicos

²⁷ Dejamos anotado que estas tesis aparecen en diferentes textos de la obra de Raz con distintas denominaciones. En el texto sobre autoridad, moral y derecho (Raz 1985, traducido al español en Raz 2001) hace referencia a las tres tesis del siguiente modo: *the dependence thesis, the normal justification thesis, the preemption thesis* (Raz 1985: 299) traducidas como tesis de la dependencia, tesis de la justificación normal y tesis de la exclusividad. Específicamente acerca del término *preemption*, en la traducción del texto sobre la autoridad de Shapiro (2013: 31) se escoge “*prevalencia*”. Esta opción supone que en algunos textos se hace referencia a “razones excluyentes” y en otros a “razones prevalentes”. En otras oportunidades (Raz 2006; Raz 2013) las tesis son presentadas como la tesis de la justificación normal, la tesis de la independencia y la tesis del reemplazo. Emplearemos esta última denominación por tratarse de la que se encuentra en los textos más recientes.

vinculados al análisis conceptual en el enfoque teórico de Raz, teniendo en cuenta que el autor entiende que su teoría del derecho intenta explicar *nuestro* concepto de derecho.

1.3. Algunas puntualizaciones acerca de la perspectiva de Raz

1.3.1. Clasificación metateórica

Tradicionalmente, las teorías se han agrupado en teorías descriptivas y prescriptivas (Jiménez 2008: 40; Bix 2006: 17). Ahora bien, Bix (2006: 17-22) distingue cuatro tipos de teorías del derecho: las puramente descriptivas o empíricas (pretenden determinar cuál es el caso, ofreciendo un relevamiento de las prácticas o concepciones²⁸); las analíticas o conceptuales (realizan proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución²⁹); las que se encuentran entre la descripción y la prescripción y, las puramente prescriptivas, normativas o críticas (argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformuladas). No obstante, Bix considera que los tres primeros tipos pueden englobarse dentro de la categoría de teorías descriptivas.

Las teorías descriptivas pueden, entonces, subclasificarse en teorías puramente descriptivas o empíricas y teorías analíticas o conceptuales. Las primeras buscan exclusivamente describir o explicar su objeto ofreciendo enunciados o apreciaciones generales de las observaciones sobre éste; por lo cual suelen ser asociadas a los abordajes sociológicos, antropológicos o psicológicos de lo jurídico, o bien, a las teorías históricas que se ocupan de las causas y procesos que han llevado a los sistemas jurídicos particulares, a desarrollarse de la manera en que lo hicieron (Jiménez 2008: 41). Las teorías analíticas o conceptuales, por otra parte, también

²⁸ Las teorías puramente descriptivas se proponen únicamente describir, exponer o explicar su objeto, “ofreciendo una apreciación global de las observaciones sobre el mismo” (Jiménez 2008: 41).

²⁹ Se ha señalado que no son puramente descriptivas, en la medida que al buscar lo general (la naturaleza o la esencia) de un concepto o práctica, los teóricos no simplemente reportan o informan datos y observaciones sino que analizan las cosas de las cuales se ocupan (Jiménez 2008: 41).

pretenden ser descriptivas, pero intentan dar cuenta de la “naturaleza” o la “esencia” de un concepto o práctica (Bix 2006: 20). Esta característica (la pretensión de dar cuenta de la naturaleza o la esencia), precisamente, vuelve controvertida la caracterización de los enfoques conceptuales como enfoques descriptivos, en la medida que es posible extraer conclusiones normativas de premisas conceptuales (Bix 2006: 98). Es decir, la pregunta de una teoría conceptual no sería sobre cuáles son las prácticas asociadas al término “derecho”, sino sobre cuáles son las prácticas que forman parte de la naturaleza del derecho³⁰. Para ello, Raz se refiere a la pretensión de autoridad legítima como rasgo necesario o como naturaleza del derecho (Bix 2003).

1.3.2. Teoría del derecho y análisis conceptual

Me detendré en la presentación, siguiendo la propuesta de Bix (2006), de los tipos de teorías del derecho como práctica social y los propósitos que persigue cada uno. Como acaba de verse, una división general de las teorías acerca de las prácticas sociales consiste en distinguir teorías descriptivas, teorías analíticas o conceptuales, y teorías normativas, prescriptivas o críticas (Bix 2006: 18).

Las teorías descriptivas del derecho, en términos generales, suelen presentarse como miradas sociológicas, antropológicas o psicológicas acerca del modo en que la gente se comporta en situaciones jurídicas o de acuerdo a regulaciones jurídicas; o bien, como reseñas históricas sobre desarrollos de sistemas jurídicos particulares. La perspectiva de Hart apunta a construir una teoría del derecho que conciba la práctica, al menos en parte, desde el punto de vista interno o perspectiva del participante que

³⁰ Otro aspecto controvertido de los enfoques conceptuales se vincula a la naturaleza de los límites del concepto, especialmente si el concepto relevante está conectado con prácticas sociales. Al respecto, Bix observa que las afirmaciones tradicionalmente asociadas al positivismo jurídico (del tipo “*la existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito otra*” o “*la teoría se ocupa del derecho que es y no del derecho que debe ser*”) como rival de los enfoques iusnaturalistas, de alguna manera asumen que ya sabemos, con cierto grado de certeza qué es y qué no es derecho. En otras palabras, podría objetarse que parece una empresa teórica compleja (si se trata de elaborar una teoría descriptiva, valorativamente neutral) construir una teoría acerca de lo que el derecho es cuando eso (el derecho o la práctica de comprender el derecho) puede estar cambiando todo el tiempo (Bix 2006: 99).

acepta el sistema jurídico como proveedor de razones para actuar (Bix 2006: 19; Hart 1994: 79-91).

1.3.3. Análisis conceptual del sistema jurídico

La teoría del derecho es el estudio de una forma específica de organización social, que incluye el estudio acerca de la identidad y la estructura de los sistemas jurídicos, el tratamiento de la cuestión de si existe algún contenido necesario al derecho, así como el estudio de categorías propias de lo normativo como las de validez y eficacia del derecho. El derecho es un aspecto de un sistema político (Estado, tribu, Iglesia, etc.) y, por ella, su existencia e identidad se encuentran vinculadas a la existencia y la identidad del sistema político del cual es parte (Raz 1986: 253). Un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para la acción y, en base a ello, la cuestión de la identidad de un sistema es la cuestión de qué razones son jurídicas (Raz 1986: 253).

En ciertas áreas del conocimiento, la pregunta por determinados objetos (la posibilidad de elaborar una teoría que permita identificar y explicar qué es lo que lo hace ese objeto y no otro) no indica dónde ir a buscar dichos objetos o cuál es el método apropiado para determinar su existencia. Ese es el caso de la filosofía del derecho (Bouvier et al. 2007: 10). La tarea de la filosofía (y de la filosofía del derecho, obviamente) consiste en el análisis de conceptos. Ahora bien, los desacuerdos acerca de los conceptos y del análisis conceptual afectan a la teoría del derecho de manera relevante.

Raz emplea la expresión “*una teoría del derecho*” en sentido restringido: “*haciendo referencia a una explicación de la naturaleza del derecho*”. Y entiende que el éxito de una teoría del derecho depende de que satisfaga los siguientes criterios: 1) que la teoría consista en proposiciones necesariamente verdaderas acerca del derecho y, 2)

que dichas proposiciones expliquen lo que el derecho es (Raz, 2005: 47-48). Por otra parte, la naturaleza del derecho refiere a aquéllas características o propiedades del derecho que hacen a su esencia (que hacen que sea lo que es). Las propiedades esenciales son características universales del derecho, porque no hay derecho sin ellas. Ello no significa que no haya otras instituciones sociales que compartan con el derecho ciertas propiedades, pero no las esenciales, de forma que, aunque en numerosas sociedades a lo largo de la historia existan sistemas normativos que se parecen al derecho, si carecen de las propiedades esenciales, obviamente, no son sistemas jurídicos (Raz 2005:57).

Sostiene Bix que elaborar una teoría acerca de la naturaleza del derecho resulta una empresa difícil, en la medida que *“el derecho parece ser una combinación de lo inmutable y lo contingente, de institución social y razonamiento práctico, de voluntad política y elaboración razonada”* (2006: 15). A partir de esa duda, plantea la pertinencia de afirmar que las teorías acerca de la naturaleza del derecho son necesariamente parciales, y que la complejidad del derecho, eventualmente, solo puede ser capturada por la combinación de teorías (Nino 2014: 39-44).

Para determinar cuál es el objeto de la teoría del derecho de conformidad con la postura de Raz (Bouvier et al. 2007: 36-39), pueden presentarse las siguientes afirmaciones:

1. La tarea de la teoría del derecho es explicar la naturaleza del derecho, lo cual está estrechamente vinculado (aunque no se agota en) a explicar el concepto de derecho (elucidación conceptual). Nótese que el autor distingue entre el concepto de un objeto y la naturaleza del objeto a que refiere el concepto.
2. Los conceptos se ubican entre las palabras y el mundo; o mejor, entre las palabras y sus significados, por un lado, y la naturaleza de la cosa a la que ellos se aplican, por otro.

3. Un concepto es una forma de concebir aspectos del mundo. Raz sostiene que debe distinguirse entre el manejo completo de un concepto (que equivale a conocer todas las propiedades esenciales (necesarias) del objeto al cual el concepto refiere) y el manejo de condiciones mínimas de posesión (que pueden involucrar propiedades necesarias y no necesarias del objeto). La alusión al *manejo* (completo o incompleto) de los conceptos permite acercar a Raz a la concepción que vincula a los conceptos con habilidades.
4. Es necesario tomar distancia de las posturas que asocian analizar un concepto con analizar solamente el significado de expresiones o palabras. Explicar un concepto consiste en explicar su posesión y comprensión, haciendo hincapié en las habilidades que involucra su manejo.

Admitir que el concepto de derecho es el producto de una cultura específica, un concepto que no estaba disponible para integrantes de culturas anteriores, no muestra que dichas culturas carecieran de derecho (Raz 2005:78). Para Raz, la acusación de que *“una teoría del derecho debe ser local en tanto se aplica sólo a países que poseen nuestro concepto de derecho, o a países que poseen algún concepto de derecho, es errada”* (Raz 2005:79). En efecto, el derecho puede existir en culturas que no consideran a sus instituciones jurídicas como tales, y lo que se propone una teoría del derecho es, precisamente, explicar el derecho dondequiera que se encuentre, aún en comunidades que no poseen el concepto de derecho (Raz 2005:79).

Recordemos que Dworkin (1986) asume que ser conscientes del concepto de derecho es necesario para la existencia del derecho en una comunidad: el derecho es una práctica interpretativa que sólo existe en comunidades que son conscientes de la naturaleza de esa práctica y de su carácter interpretativo, y, por tanto, poseen el concepto de derecho. Raz, en este punto, sigue lo sostenido por Hart, en cuanto a que poseer el concepto de derecho no es una precondition para que la sociedad sea gobernada por el derecho (Raz 2005:77).

En definitiva, que el concepto de derecho sea local no implica que la teoría del derecho lo sea. La teoría del derecho sólo puede desarrollarse en culturas que poseen el concepto de derecho, *“pero sus conclusiones, si son válidas en algún sentido, se aplican a todos los sistemas jurídicos, incluyendo aquellos que, si hay tales sistemas, tienen lugar en sociedades que no tienen nuestro concepto de derecho”* (Raz 2005: 79). No es del todo claro el alcance que Raz le asigna al calificativo “local”. Si refiere a que el concepto de derecho surge dentro de una cultura determinada o en el marco de una situación histórica concreta, entonces, todos los conceptos son locales y no existen conceptos universales (Bulygin 2006: 108). Ahora bien, Raz sostiene que en el uso de conceptos las personas podemos ignorar algunos aspectos relativos a ellos y podemos también usarlos incorrectamente; en la medida que, si bien, las reglas que gobiernan el uso de los conceptos son reglas de la comunidad, la comprensión completa de dichas reglas puede escapar a algunas personas o inclusive a todos. Al conceder la posibilidad de la ignorancia parcial de la naturaleza de nuestros conceptos, agrega Raz, estamos reconociendo que los mismos son entidades sociales y que deben sus rasgos o propiedades a una comunidad de hablantes. En definitiva, si bien existen conceptos comunes, podemos no conocer todos sus rasgos (Raz 2006: 148).

1.3.4. Nuestro concepto de derecho

Raz elabora una teoría del derecho que consiste en el análisis conceptual e intenta explicar *“nuestro concepto de derecho”* (Raz 2005: 79; Bix 2006: 20).

Una teoría que se ocupa de la naturaleza del derecho es general en sentido formal³¹; es decir, en el sentido de que su método de investigación y las conclusiones a las que arriba son aplicables a todos los sistemas jurídicos. Los que han existido o podrían

³¹ Señala Jiménez que resulta dudoso que la teoría del derecho pueda ser general en sentido material, es decir, en el sentido de pretender ofrecer los rasgos esenciales o necesarios del derecho en todo tiempo y lugar (2008: 72).

existir, incluyendo las sociedades que pese a no tener concepto de derecho disfrutaban del fenómeno jurídico (Raz 2005: 67 y 84-86). La generalidad a la que se hace referencia, entonces, tiene que ver con que las conclusiones de la investigación teórica puedan extenderse a cualquier sociedad, no en el sentido de que sus resultados valgan para todo fenómeno jurídico de cualquier sociedad, sino en el de que *“la investigación sobre la naturaleza del derecho junto con la comparación de los conceptos o la extrapolación del nuestro puede realizarse en cualquier tiempo y sociedad”* (Jiménez 2008: 72). A su vez, sostiene Raz que no hay que olvidar que así como ha crecido el conocimiento acerca de las diferentes culturas ha aumentado la interacción de unas culturas con otras. Ese fenómeno junto al multiculturalismo han permitido que *nuestro* concepto de derecho sea cada vez más inclusivo y, por ello, cada vez más general (Raz 2005: 68).

Explicar los conceptos puede hacerse explicando qué es tenerlos y comprenderlos, es decir, estableciendo cuáles son las condiciones en las cuales es verdadero afirmar que se tiene un concepto y se lo comprende (Raz 2005: 51). A su vez, un concepto se distingue de otro en virtud de la información requerida para poseerlos y comprenderlos, a la vez que por las habilidades que están involucradas en su posesión (Raz 2005: 51). Los anteriores son dos supuestos que Raz asume acerca de los conceptos. Por otro lado, considera que poseer el dominio completo de un concepto consiste en conocer y comprender todos los rasgos necesarios (las propiedades esenciales) de los objetos a los que el concepto se aplica. La posesión completa de un concepto se diferencia, a su vez, de la posesión incompleta o mínima; por lo cual, Raz (2005: 53) sostiene que en la explicación de un concepto hay cuatro partes: 1) establecer las condiciones para conocer los rasgos esenciales (dominio completo); 2) explicar qué tipo de comprensión³² está involucrada en el dominio completo de un concepto; 3) explicar las condiciones para la posesión mínima o incompleta de un

³² Comprender consiste en conocer relaciones importantes entre las propiedades o rasgos esenciales de los objetos a los cuales los conceptos se aplican, así como comprender las relaciones entre esas propiedades esenciales y otras propiedades (Raz 2005: 53).

concepto (propiedades esenciales y no esenciales de aquello de lo que el concepto es un concepto); 4) explicar las capacidades³³ que son requeridas para la posesión mínima o incompleta de un concepto.

En definitiva, explicar un concepto es una tarea cercana a explicar la naturaleza de aquello de lo que es un concepto. En ese sentido, explicar la naturaleza del derecho es la tarea principal de una teoría del derecho. Explicar el concepto de derecho es, en todo caso, una tarea secundaria de la teoría del derecho, en la medida que explicar cómo las personas comprenden y perciben al derecho es parte de la tarea de explicar la naturaleza del derecho (Raz 2005: 56). Las propiedades esenciales del derecho son aquellas propiedades (universales) sin las cuales el derecho no sería derecho; de manera que si un sistema normativo comparte alguna de las características del derecho pero no tiene los rasgos esenciales, no se trata de un sistema jurídico³⁴ (2005: 57). Lo que en definitiva cuenta es la naturaleza de la institución social (sistema normativo) que el concepto de derecho designa. Ahora bien, el concepto de derecho (*nuestro* concepto de derecho) es *local*, en la medida que no todas las sociedades lo poseen³⁵; en tanto, la teoría del derecho que Raz ofrece es *universal*, en la medida que se ocupa de la naturaleza del derecho “*cuando quiera y donde quiera concebiblemente hallarse, y su existencia no presupone la existencia de su concepto*” (2005: 74). De acuerdo a lo anterior, en la teoría del derecho se encuentra una tensión entre lo local y lo universal: la teoría es local porque entre sus propósitos está explicar una institución social designada por un concepto local (producto de la civilización moderna occidental) y, por otro lado, la teoría es universal pues se propone explicar

³³ Raz refiere a las capacidades o destrezas verbales (dar explicaciones acerca del concepto o su uso) y no verbales (se manifiestan en el uso correcto del concepto).

³⁴ La naturaleza del derecho refiere a las características o propiedades del derecho que hacen a su esencia (que hacen que el derecho sea lo que es). Esas características son universales.

³⁵ Asimismo sostiene que es posible que exista derecho en una sociedad que no posee el concepto de derecho. En otras palabras, considera que es posible que una sociedad tenga un sistema jurídico a pesar de no ser consciente de que es un sistema jurídico (Raz 2005: 73).

la naturaleza del derecho dondequiera que un sistema jurídico exista (Raz 2005: 74), incluyendo sociedades que no poseen el concepto de derecho.

En resumen, el propósito de la teoría del derecho de Raz es proveer una explicación de la naturaleza (rasgos o propiedades esenciales) del tipo de institución social designada por *nuestro* concepto de derecho, con lo cual, a pesar de centrar la actividad de la teoría en la explicación de la naturaleza o esencia, su teoría no involucra una metafísica platónica (Bix 2006: 20). La comprensión raziana de la teoría del derecho como análisis conceptual supone que el objetivo de la teoría es explicar nuestro concepto de derecho, no un concepto universal o intemporal (platonista) del derecho (Bix 2003). La universalidad de la teoría no se afecta por el hecho de que el concepto de derecho sea local y eventualmente no compartido por todas las culturas y personas que viven bajo el derecho. Se trata de un concepto que captura una institución social que puede existir inclusive en sociedades que carecen del concepto de derecho (Raz 2005: 85).

Esta tensión entre lo local y lo universal está implicada en entender que el análisis conceptual es parte fundamental de la teoría del derecho. Raz, asumiendo una concepción antiplatonista, sostiene que los conceptos “*se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por otro*” (Raz 2005: 50), es decir, se encuentran entre las palabras y el mundo. Teniendo en cuenta que la cuestión que subyace a la discusión acerca del alcance del análisis conceptual en la teoría de Raz es la relación entre mente, lenguaje y mundo. Nuestro concepto de derecho es parte de los conceptos que estructuran la comprensión que tenemos de nosotros mismos y de nuestra sociedad, a la vez que moldea la realidad que buscamos comprender. En ese sentido, hablar de nuestro concepto de derecho es hablar del concepto de derecho que poseemos como comunidad cultural. Los conceptos, como ya mencioné, son entidades sociales, sus rasgos son producto de una construcción social (Gaido 2010: 154).

De ese modo, el propósito de la filosofía del derecho sería establecer los estándares que rigen el uso correcto del concepto de derecho, ofreciendo una herramienta para su mejor comprensión (Gaido 2011: 47). Asimismo, la tarea de analizar el concepto de derecho incluye el establecimiento de relaciones con otros conceptos, la ubicación del concepto de derecho en una red conceptual más amplia, así como la determinación de cuáles son las habilidades o destrezas vinculadas a la posesión mínima del concepto y a su manejo acabado (Gaido 2011: 49). La elucidación del concepto de derecho contiene una tarea evaluativa en tanto requiere justificar por qué se considera que ciertos rasgos constituyen los rasgos esenciales; y ello es así porque lo que se espera del teórico del derecho es que identifique, sobre la base de buenas razones, los elementos necesarios para que haya derecho. En ese sentido, en la medida que la argumentación evaluativa exigida al teórico es distinta de la argumentación moral, se sostiene que el carácter evaluativo de la teoría raziana es débil (Gaido 2011: 50). Sin embargo, si se considera que el punto de vista de los participantes (punto de vista interno) tiene, a los fines teóricos, privilegio conceptual³⁶, entonces, la teoría tendría un carácter evaluativo fuerte, en la medida que se compromete con una argumentación moral. Y ello porque, en el contexto de la práctica jurídica los participantes están comprometidos con la idea de que el derecho tiene autoridad legítima (Gaido 2011: 113). En el apartado siguiente abordaré la caracterización tradicional del positivismo jurídico como una teoría del derecho descriptiva y general e intentaré mostrar en qué medida la de Raz es una teoría que se sitúa dentro del marco teórico positivista, aun caracterizando la elucidación conceptual del concepto de autoridad legítima como explicativa y normativa.

A lo largo del texto, y especialmente en la tercera parte, mostraré que un rasgo necesario del derecho es su pretensión normativa, vinculada a su pretensión de autoridad legítima. Está en la naturaleza del derecho pretender autoridad; a la vez

³⁶ La importancia del punto de vista interno como punto de vista teórico es tratada en los apartados 1.3 al 1.5 de la segunda parte.

que, por lo general, es tratado como derecho solamente por quienes aceptan tal pretensión (Gaido 2011: 18). A continuación, presentaré las pretensiones centrales del positivismo jurídico como teoría que, en definitiva, constituye el trasfondo teórico dentro del cual me propuse identificar e interpretar los principales nudos conceptuales del pensamiento de Raz acerca del derecho de forma de que su concepción del relacionamiento entre derecho y moral pueda ser presentada de un modo compatible con las asunciones básicas del positivismo jurídico.

2. El positivismo jurídico como teoría descriptiva y general

2.1. Antecedentes

El positivismo jurídico surge en la época en que tiene lugar en occidente el cambio de paradigma científico implicado por la consolidación del positivismo científico y filosófico (a lo largo del siglo XIX y hasta entrado el siglo XX). Sin perjuicio de ello, la asunción de que hay un solapamiento del positivismo jurídico respecto del positivismo científico y filosófico (Jiménez 2008: 30), no es aceptada unánimemente en el campo teórico del derecho. En ese sentido, numerosos autores han considerado que se trata de corrientes autónomas. Raz, por ejemplo, afirma que *“está bien establecido que el positivismo jurídico es esencialmente independiente (aunque no históricamente desconectado) tanto del positivismo de la filosofía del siglo XIX como del positivismo lógico [del siglo XX]”* (Raz 1979: 55).

Al positivismo jurídico se le atribuyen dos características en tanto teoría del derecho, cuales son la actitud general y descriptiva. Ahora bien, no es sencillo distinguir entre las diferentes teorías o escuelas que se han denominado positivistas en los siglos XIX y XX. En ese sentido, el positivismo jurídico continental del siglo XIX se caracteriza por ser formalista y prescriptivo. Si bien tiene pretensiones de generalidad en la medida que se centra en la construcción de conceptos generales aplicables a los diferentes ordenamientos jurídicos, sus intenciones también tienen un fuerte

componente dogmático. A este positivismo puede atribuírsele la creencia de que lo único que no es cambiante en la realidad jurídica es su forma, de modo que sólo a ella puede considerársela válida en términos generales o universales. Por lo tanto, la teoría jurídica es una teoría general de las formas, entendiendo por “forma” tanto los “principios superiores” del derecho como un “sistema conceptual” elaborado para la explicación del derecho o, como “formas puras de la conciencia” (González 1961: 47; Jiménez 2008: 34). El derecho no era ya, para los positivistas del siglo XIX, el derecho natural entendido como conjunto de principios universales e inmutables del cual era posible deducir otros principios y normas, sino que los juristas trabajaban con un derecho proveniente de acuerdos sociales, que cambiaba geográfica y temporalmente. El derecho, entonces, está integrado por elementos cambiantes y por una estructura formal estable que, precisamente por esa característica, va a constituirse en el objeto de la ciencia jurídica formalista.

Teniendo en cuenta lo anterior, el positivismo jurídico decimonónico es susceptible de ser caracterizado en los términos que Bobbio presenta al “positivismo teórico”, el cual sostiene las siguientes tesis fundamentales: a) el derecho es un fenómeno coactivo; b) la norma jurídica es un imperativo y tiene la estructura de un mandato; c) supremacía de la ley como fuente del derecho; d) el derecho en tanto sistema es completo y coherente, por lo cual no presenta ni lagunas ni antinomias; e) la función judicial es una actividad mecánica y deductiva. Ahora bien, es importante tener en cuenta que estas características del derecho no son una consecuencia de la consideración metodológica del derecho como un hecho, sino la consecuencia de haber identificado en un determinado momento histórico (coincidente con la concentración de la producción normativa en los órganos estatales) el fenómeno jurídico con el complejo de normas producidas por el Estado (Bobbio 1965: 46). En ese sentido, el positivismo jurídico como teoría es el reflejo, en el pensamiento de los juristas, de la formación del Estado moderno (Bobbio 1965: 48).

El modelo del legislador racional forma parte de la tesis de la completitud y coherencia del derecho, de modo que, para la dogmática, las normas jurídicas son un dogma racional, producto de la voluntad legítima de un legislador racional. De este modo, de acuerdo con la dogmática, si el legislador es racional (o debe serlo), las leyes no tienen (o no deben tener) contradicciones ni insuficiencias o vacíos. A pesar de la pretensión descriptiva declarada, la dogmática del siglo XIX tenía un fuerte componente prescriptivo no explicitado. La racionalidad del legislador, sumada a la teoría mecanicista de la aplicación del derecho, formaba parte de la defensa de la dogmática a determinados valores asociados a la separación de poderes como doctrina política. Se concluye que *“los jueces, por su parte, debían limitarse a aplicar mecánicamente el derecho y, en ningún caso, crearlo. La realidad jurídica, con independencia de que fuera así, debía ser así. El derecho, entonces, no debía contener lagunas ni contradicciones, pues en otro caso los jueces estarían en condiciones de crear derecho. Es separación de funciones otorgaba legitimidad al poder del Estado y a su criatura más directa: el derecho”* (Jiménez 2008: 36).

Junto con la separación de poderes, agrega Jiménez, la certeza del derecho y la seguridad jurídica constituyen los valores por antonomasia en los condicionamientos ideológico-jurídicos del siglo XIX. La seguridad se garantizaba con las leyes generales, abstractas, claras y sencillas. La certeza, por su parte, otorgaba al derecho positivo autoridad moral, en la medida que el derecho entendido como coherente, pleno y cierto aseguraba ya sea la justicia, el orden, la paz social³⁷ (Jiménez 2008: 37). Esa valoración positiva del derecho tenía, entonces, que ser observada por el jurista en su tarea de explicación y reconstrucción de los materiales normativos, pero, además, le exigía adhesión moral al derecho; por lo cual el jurista dogmático-

³⁷ A este ideal de certeza pueden reconducirse algunas posiciones contrarias a la incorporación de la moralidad en el derecho, en tanto asumen que si el derecho emplea predicados morales o conceptos valorativos, los comportamientos obligados o prohibidos quedarán indeterminados. En ese sentido, la reducción del margen de discrecionalidad de los jueces o, en otras palabras, reducir el ámbito del desacuerdo y la discrepancia es el objetivo de diferentes posiciones contrarias a las tesis incorporacionistas.

positivista debía obediencia jurídica y moral al derecho, lo cual constituye un rasgo del denominado “positivismo ideológico”³⁸ (Bobbio 1993: 229). El paso de la teoría a la ideología, entonces, es el paso de la verificación de un hecho (por ejemplo, que la fuente principal es la ley) a considerarlo valioso (el criterio para juzgar la justicia de la ley coincide con el que se adopta para determinar su validez) (Bobbio 1965: 47).

La literatura iusfilosófica no encuentra hasta mediados del siglo XX (con la teoría de Hart) una versión del positivismo jurídico que acepte la caracterización, sin mayores dificultades, de ser una teoría general y descriptiva sin pretensiones ideológicas. La jurisprudencia analítica inglesa combina la epistemología empirista y un método analítico que emplea instrumentos de la pandectística alemana (Jiménez 2008: 37). De acuerdo con Losano, tal vez uno de los problemas del positivismo jurídico para ser una teoría efectivamente descriptiva radique en que se sitúa entre dos modelos teóricos: la *jurisprudence* angloamericana y la teoría general del derecho de Europa

³⁸ La atribución de un valor positivo al derecho positivo se presenta por dos vías argumentales: a) el derecho positivo, por el hecho de ser tal (es decir, por emanar de una voluntad dominante), es justo; b) el derecho, como conjunto de normas impuestas por quien monopoliza la fuerza, sirve con su mera existencia (e independientemente del valor moral de su contenido) a la obtención de ciertos fines colectivos deseables, cuales son el orden, la paz, la certeza y la justicia legal (Bobbio 1965: 47). En ambos casos, la consecuencia es que las normas jurídicas deben ser obedecidas en cuanto tales, tal que, la obediencia al derecho es un deber moral (en el sentido, de obligación interna), debido por respeto a la ley y no una obligación externa o por temor a la sanción. De todas maneras, en la argumentación a) hay una adhesión al contenido del derecho cuya obediencia se afirma y, en la argumentación b) la adhesión al contenido es indiferente, en la medida que a lo que se considera valioso es al derecho como institución social adecuada para alcanzar ciertos fines. En este segundo caso, el deber de obediencia no impide la posibilidad de crítica ético-política a los contenidos del derecho. Resulta interesante –si bien no nos ocuparemos especialmente de ello– explorar si algunas afirmaciones de Raz acerca de la obediencia y la crítica moral al derecho son compatibles con esta versión moderada de positivismo ideológico. Por ejemplo, Raz entiende que las directivas autoritativas pueden ser moralmente vinculantes sin perjuicio de que sean moralmente defectuosas, ya que desde la perspectiva de los participantes, de su aceptación de la autoridad como legítima se sigue la normatividad del derecho. Por tanto, para el destinatario (el juez) toda directiva cuyo origen se encuentra en una fuente que es aceptada como autoridad legítima es una norma válida y debe ser obedecida y aplicada, lo que no excluye la facultad de los participantes para criticar moralmente el contenido de las directivas (Gaido 2011: 120-121; Raz 2001b: 378). Por otro lado, el derecho como institución social contribuye al mantenimiento de la organización social en la medida que pretende proporcionar un marco para la conducción de todos los aspectos de la vida social (Raz 1991: 179-194), con lo cual tiene algún mérito moral. En ese sentido, “*siempre se tiene una razón prima facie para obedecer el derecho porque allí donde éste existe contribuye al mantenimiento del orden social existente*” (Raz 1991: 194-195).

continental. En tanto la primera “*busca las nociones comunes del ordenamiento jurídico a través de un procedimiento inductivo que parte generalmente del Common Law y, en este sentido, es una teoría que nace de lo empírico, la teoría general del derecho, por su parte, es más idealista en cuanto que desciende a través de un procedimiento deductivo desde la idea de derecho (...) hasta los elementos comunes a todo lo que se presenta como derecho (...), pero no a todos los derechos empíricos*” (Losano 1978: 315-318).

En la jurisprudencia analítica del siglo XIX, Bentham (1789) diferenciaba, por un lado, la actividad de los teóricos del derecho que se dedicaban a la jurisprudencia local o a la jurisprudencia universal, dependiendo de si su objeto de estudio consistía en un ordenamiento jurídico nacional o en los ordenamientos jurídicos en su conjunto. Por otro lado, distinguía la *jurisprudencia expositiva* de la *jurisprudencia censoria*, según se tratase de una actividad consistente en describir y explicar el derecho tal como *es*, o bien, de una actividad consistente en ocuparse del derecho como *debía ser*, aplicando al derecho la distinción tradicional en el ámbito filosófico.

Posteriormente, Austin (1861) diferenció entre un modo o punto de vista descriptivo de acercarse al derecho y otro normativo, prescriptivo, crítico, moral o político de hacerlo. El primero, relativo a la jurisprudencia, se ocupaba del derecho positivo de una sociedad; en tanto el segundo, relativo a la ciencia de la legislación, se ocupaba del derecho que *debía ser*: “*la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra (...) las más perniciosas leyes, y por consiguiente aquellas que son más opuestas al testamento de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia*”. A su vez, Austin también distinguía una jurisprudencia particular o nacional y una jurisprudencia general o filosofía del derecho positivo, siendo la última la que debían practicar los iusfilósofos que se ocupaban del derecho de un modo general y descriptivo.

Por otra parte, el positivismo jurídico caracterizado como acercamiento general y descriptivo al fenómeno jurídico aparece, en 1934, representado por Hans Kelsen, quien entendía que la teoría pura del derecho se ocupaba de dar cuenta de la naturaleza de éste y determinar su estructura y sus formas típicas, absteniéndose de juzgar axiológicamente los contenidos del derecho positivo.

Contemporáneamente a la teoría de Hart, Bobbio señala que la actitud o abordaje metodológico del positivismo hacia el derecho consiste en formular juicios descriptivos y no de valor.

En los últimos años, en el marco de los desarrollos del positivismo incluyente, Coleman (1982: 34) sostiene que el positivismo posee una pretensión analítica o conceptual acerca del derecho, en virtud de la cual, no puede confundirse con intereses normativos, a pesar de que algunos positivistas sí los tengan.

Con relación al enfoque conceptual de Raz, ya mencioné que el autor elabora una teoría del derecho que consiste en el análisis conceptual e intenta explicar “*nuestro concepto de derecho*” (Raz 2005: 79; Bix 2006: 20). Se trata de una teoría que se ocupa de la naturaleza del derecho y que es general en sentido formal; esto es, que su método de investigación y las conclusiones a las que arriba son aplicables a todos los sistemas (Raz 2005: 67 y 84-86).

Raz (1979: 58-62) asume, por otro lado, que es un rasgo definitorio de la tradición positivista la tesis de separar la descripción del derecho en términos evaluativamente neutros de su evaluación; de modo que la tarea de la teoría del derecho consiste en la descripción de la naturaleza del derecho, en términos generales o universales.

Este punto requiere destinar algunos párrafos de este trabajo al tratamiento del tema del punto de vista teórico en la concepción de Raz, teniendo en cuenta los antecedentes de la tradición positivista en la que se ubica y, en ese sentido, las diferencias de su propuesta con la de Hart. Esta cuestión resulta significativa para

comprender el abordaje de la normatividad del derecho y, con ello, las especificidades que presenta considerar a la pretensión de autoridad legítima como una propiedad necesaria o esencial del derecho. Dedicaré, por tanto, la segunda parte de este trabajo a profundizar en la importancia del punto de vista interno del participante de la práctica como perspectiva que –desde la teoría- debe ser privilegiada, de manera de alcanzar el objetivo de dar cuenta de la naturaleza normativa del derecho.

SEGUNDA PARTE

EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN

1. Sobre la existencia del derecho

1.1. Antecedentes. Evolución de la respuesta positivista

La respuesta teórica de Austin y Bentham a la pregunta por las condiciones de existencia de derecho en una comunidad determinada se basa en atribuir relevancia a la existencia de un soberano que posee el poder último en la comunidad y cuyos mandatos (órdenes generales dirigidas a clases de acciones e individuos, cuyo cumplimiento es reforzado por la amenaza de sanciones) son obedecidos de modo habitual por los habitantes de la comunidad. En este modelo imperativo simple, un sistema jurídico podría ser identificado a través de hechos tales como los de mandar y obedecer, sin recurrir al contenido de los mandatos y con independencia de la legitimidad del soberano (Vilajosana 2007: 31). Entre las críticas más importantes que ha recibido la teoría imperativa se ubica la realizada por Hart (1961) en relación al escaso rendimiento explicativo que tiene la noción de “orden con amenaza de sanción” para dar cuenta de todos los tipos de disposiciones relevantes en el ámbito jurídico (como las reglas de cambio, las reglas de adjudicación y las reglas de reconocimiento). A su vez, la teoría imperativa resulta insuficiente porque no distingue el hábito de obediencia del seguimiento de reglas³⁹ y, con ello, no da cuenta del carácter normativo del derecho. Esta última objeción a la posición de Austin

³⁹ La existencia de un hábito reposa en la existencia de una conducta recurrente, en cambio, la existencia de una regla requiere, además de la regularidad de la conducta, la convicción de la obligatoriedad de esa conducta. Se exige, señala Vilajosana (2007: 33), una “*actitud crítico-reflexiva, que se manifiesta en la conciencia de que esa conducta que se sigue es de obligado cumplimiento y en las críticas a quienes no la realizan*”.

parece respaldarse, como veré, en la introducción de la regla de reconocimiento concebida como convención⁴⁰.

1.2. La regla de reconocimiento

1.2.1. Características

La sofisticación del modelo imperativo requiere, señala Vilajosana (2007: 34-37), tener en cuenta la distinción, dentro de los hechos sociales (aquellos cuya existencia depende de la existencia de estados intencionales⁴¹), entre hechos no convencionales y convencionales. Esa diferenciación se vincula a la comprensión de la noción de “hecho social” en sentido general y en sentido particular, respectivamente. En sentido general, la expresión “hechos sociales” refiere a comportamientos, actitudes y creencias de los integrantes de una sociedad. En sentido particular, la expresión “*se reserva para una subclase de esos comportamientos, actitudes y creencias, caracterizada por la presencia, entre otros rasgos, de creencias mutuas (Lagerspetz 1995), intencionalidad colectiva (Searle 1995) o conocimiento mutuo (Lewis 1969)*” (Vilajosana 2007: 35). Precisamente, la insuficiencia de una explicación del derecho que lo reduce a hábitos de obediencia para dar cuenta del carácter normativo del sistema jurídico, por un lado, y, por otro, la vinculación del punto de vista del participante de la práctica (punto de vista interno) con la noción de creencia mutua o conocimiento mutuo, requieren incorporar en el análisis de las condiciones de existencia de un sistema jurídico lo relativo a los hechos sociales convencionales (hechos sociales en sentido particular) (Vilajosana 2007: 35). En ese sentido, las

⁴⁰ En el tratamiento de la dimensión constitutiva de las convenciones, Vilajosana (2007: 44-45) propone recurrir a la distinción entre reglas regulativas y constitutivas. Las primeras prohíben u obligan una determinada conducta. Las segundas contribuyen a la creación de la realidad social y su fórmula canónica es “X cuenta como Y en el contexto C” (Searle 1995). Propone considerar a la regla de reconocimiento como una regla o convención constitutiva, ya que lo que cuenta como derecho en una determinada comunidad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho compartidos por los juristas (Vilajosana 2007: 44).

⁴¹ La existencia de los hechos naturales es independiente de cualquier estado intencional. Por el contrario, los hechos sociales existen sólo si existen ciertos estados intencionales, como creencias, deseos, actitudes (Vilajosana 2007: 34).

condiciones de existencia de un hecho convencional serían las siguientes (Vilajosana 2007: 35-36): 1) la mayoría de los integrantes de un grupo realiza un determinado comportamiento cuando tienen lugar determinadas circunstancias; 2) la mayoría de los integrantes del grupo cree que 1; 3) la creencia de que se da 1 constituye una razón para realizar ese comportamiento en esas circunstancias; 4) hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los integrantes del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas, de modo que: las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

Las dos condiciones de existencia de un sistema jurídico para Hart (1961: 145) son: en primer lugar, la existencia de una regla de reconocimiento que permita conocer cuáles son los criterios de pertenencia de las demás reglas al sistema jurídico y, en segundo lugar, que las reglas que sean identificadas a partir de la regla de reconocimiento sean eficaces (es decir, que se cumplan por el grueso de la población) (Vilajosana 2007: 37). Con relación a la regla de reconocimiento, es importante recordar que Hart afirma que la misma existe como una práctica compleja y normalmente concordante de funcionarios y particulares a la hora de identificar cuál es el derecho en una comunidad determinada, y que el contenido de la regla de reconocimiento se manifiesta por el uso que esas personas hacen de los criterios de identificación de las fuentes del derecho⁴² (Hart 1961: 137). De ese modo, el uso de criterios compartidos para la identificación del derecho presupone una determinada actitud: el punto de vista interno. *“Las autoridades de una determinada sociedad, y*

⁴² Recordemos que autores como Waluchow y Coleman proponen como rasgo común del positivismo jurídico la tesis convencionalista: el derecho es una función de prácticas sociales. Indicar cuáles son los criterios que determina qué normas son parte del derecho es una cuestión enteramente convencional. Ello remite al carácter social de la regla de reconocimiento, lo cual, según los mencionados autores, salvaguarda la tesis de las fuentes sociales, cuya verdad es contingente, en tanto la verdad de la tesis convencionalista es necesaria (pues, tanto pueden existir como no existir sistemas jurídicos que acepten que las prácticas incorporen las convenciones que reconozcan una norma como derecho en virtud de su valor o contenido). Bayón (2002a: 66-67), con referencia al argumento de Waluchow y Coleman, objeta que la pretensión de aceptar la incorporación de criterios materiales de validez jurídica no es sostenible en tanto no parece posible defender la idea de la existencia de una convención de seguir criterios no convencionales (Orunesu 2007). Bayón entiende que una regla convencional solo existe si existe una práctica convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo.

entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el derecho válido de esa sociedad. Ellos se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones” (Vilajosana 2007: 38). Esto supone adoptar una versión convencionalista de la primera condición de existencia de un sistema jurídico. En ese sentido, Hart (1961: 105-106) postula la necesidad de una regla de cierre del sistema que confiera validez a las demás reglas pero de la cual no tenga sentido predicar su validez. De ahí que la existencia de la regla de reconocimiento sea una cuestión de hecho, al no poder ser derivada de otras reglas. Se trata, además, de un hecho convencional, en la medida que presupone una práctica⁴³ coordinada de identificación del derecho. *“Son las acciones de identificación del derecho por parte de los juristas y las creencias y actitudes mutuas o recíprocas asociadas a ellas las que generan la regla de reconocimiento y, a través de ella, contribuyen a la existencia del derecho de una sociedad”* (Vilajosana 2007: 60). La regla de reconocimiento, como criterio para determinar la validez de las demás reglas del sistema jurídico, tiene que ser considerada desde el punto de vista interno (de los participantes de la práctica) como un criterio común y público para decidir los casos judiciales concretos. Supone la aceptación de criterios de validez jurídica comunes o compartidos por los funcionarios del sistema (Hart 1961: 144-145).

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter convencional constitutivo de la regla de reconocimiento, es necesario agregar algunas consideraciones acerca de la normatividad del derecho. Si bien cada regla de reconocimiento refleja o da cuenta de las circunstancias históricas y las convicciones políticas de la comunidad en

⁴³ Se discute en la literatura quiénes son los individuos cuyo comportamiento es relevante en la determinación de la regla de reconocimiento. No creemos necesario presentar esa discusión en este trabajo. En todo caso, la regla de reconocimiento es una práctica compartida entre, por lo menos, los jueces y otras autoridades.

cuestión⁴⁴, cada juez puede emplear los criterios de identificación sea por razones morales, estratégicas, políticas, etc., pero todos deben coincidir en emplear esos criterios y no otros, porque los demás emplean esos y no otros. En otras palabras, la cuestión de la normatividad no se responde, sostiene Vilajosana siguiendo a Marmor (1996) *“indagando acerca de si los jueces deben seguir o no una determinada regla de reconocimiento (...). Está claro que esta cuestión solo puede ser contestada acudiendo a un punto de vista moral o político (...). La existencia de una práctica social, en sí misma, por tanto, no supone una obligación moral ni política de comprometerse en dicha práctica. Una regla de reconocimiento sólo define cuál es la práctica (...). Pero hay que añadir a continuación: una vez uno se compromete en esa práctica, jugando el papel de juez, existe la obligación jurídica definida por las reglas del juego”* (Vilajosana 2007: 45).

En cuanto a la segunda condición de existencia de un sistema jurídico corresponde señalar que la eficacia es un concepto gradual: una norma puede ser más o menos eficaz según el grado de cumplimiento que obtenga, esto es, dependiendo de la amplitud del conjunto de personas que la obedezcan en relación con el conjunto de destinatarios y de la cantidad de actos de obediencia que genere (Vilajosana 2007: 53). Puede distinguirse la *eficacia normativa* (los destinatarios se comportan de acuerdo con lo dispuesto por la norma, siendo irrelevante conocer los motivos de su comportamiento) de la *eficacia causal* (la norma ha motivado el comportamiento, es la razón del acto de cumplimiento). Vilajosana, aproximándose a la posición de Raz, considera que *“conceptualmente no es posible una sociedad con un sistema jurídico cuyas normas no tengan una eficacia causal”* (2007: 55) De este modo, una de las condiciones de existencia de un sistema jurídico es la existencia de una autoridad normativa efectiva. La autoridad normativa, como clase de autoridad práctica, implica

⁴⁴ En efecto, el problema de coordinación que resuelve la regla de reconocimiento tiene que ver con el establecimiento de los criterios de identificación del derecho, es decir, criterios para saber cuál es el derecho en una determinada comunidad. Determinar cuáles son esos criterios en cada caso es una cuestión vinculada a la historia institucional de cada comunidad (Vilajosana 2007: 47).

la pretensión de ser obedecido. El deber de obediencia a las normas que emanan de la autoridad no implica meramente comportarse como la autoridad ordena, sino hacerlo *porque* la autoridad lo ha ordenado. En ese sentido, las normas jurídicas constituyen razones para la acción, independientemente de su contenido. La existencia de un sistema jurídico requiere una autoridad efectiva y, a su vez, la existencia de una autoridad efectiva requiere un cumplimiento generalizado de sus normas porque las ha dictado la autoridad (requiere eficacia causal de las normas jurídicas) (Vilajosana 2007: 56). Ahora bien, sostiene Raz, que los participantes aceptan el derecho en virtud de consideraciones morales, en la medida que –de acuerdo con nuestro concepto de derecho- toda imposición de un deber a un tercero (aplicar una regla) no admite otra justificación que no tenga como base una razón moral (Gaido 2010: 156-157). *“Los jueces que aceptan la regla de reconocimiento aceptan una regla que les requiere aceptar otras reglas que imponen obligaciones a otras personas. Ellos, por lo tanto, aceptan una regla que solo puede ser aceptada de buena fe por razones morales”* (Raz 1984: 130). Ellos, por lo tanto, o bien aceptan la regla de reconocimiento por razones morales o, al menos, pretenden que así lo hacen.

1.2.2. Raz sobre la regla de reconocimiento

Raz resume la doctrina de la regla de reconocimiento hartiana en seis postulados, la mayoría de los cuales acepta. Esos son: 1) una regla de reconocimiento exige de los funcionarios que apliquen reglas identificadas a través de los criterios de validez incluidos en ella; 2) todo sistema jurídico tiene al menos una regla de reconocimiento⁴⁵; 3) ningún sistema jurídico tiene más de una regla de reconocimiento; 4) toda regla de reconocimiento es aceptada y practicada por los funcionarios del sistema al que la regla pertenece; 5) pero no es necesario que los

⁴⁵ La unidad del sistema no depende de que contenga una sola regla de reconocimiento sino del hecho de que contiene solamente reglas que los órganos primarios están vinculados a aplicar. A su vez, los órganos primarios que han de considerarse pertenecientes a un mismo sistema son aquellos que se reconocen mutuamente el carácter autoritativo de sus determinaciones aplicativas (Raz 1991: 169).

funcionarios aprueben la regla de reconocimiento como una regla moralmente buena o justificada; 6) un sistema jurídico consta de su regla de reconocimiento y todas las reglas identificadas mediante ella.

La discrepancia de Raz está con las características 3 y 6 atribuidas por Hart a la regla de reconocimiento. Con relación a la existencia de más de una regla de reconocimiento⁴⁶, señala que no hay ninguna razón para creer que normas válidas que pertenezcan al mismo sistema no puedan estar en conflicto, por lo que aunque todo sistema jurídico debe contener al menos una regla de reconocimiento, puede contener más de una. Ahora bien, si el sistema está en vigor, las reglas de reconocimiento son reglas consuetudinarias practicadas por los órganos primarios del sistema. De todos modos, que los órganos primarios sigan y apliquen las reglas de reconocimiento no implica que consideren que éstas están moralmente justificadas. Es normal que los sujetos de un sistema institucionalizado entiendan que éste está moralmente justificado, pero esos hechos, si bien son comunes, no son lógicamente necesarios. Que una persona siga una regla exige sólo que la considere válida, esto es, que crea que los sujetos normativos están justificados a seguirla, *“justificados, quizá, sólo porque esa regla ya existe y es practicada y a pesar del hecho de que no debiera haber sido hecha y de que incluso debiera ahora ser cambiada”* (Raz 1991: 170). También el funcionario puede seguir la regla sin tener ninguna creencia sobre por qué está justificado al hacerlo así, o por razones prudenciales (su manera de evitarse una situación social difícil, por ejemplo), o por razones morales que se base en su rechazo moral del sistema⁴⁷.

⁴⁶ Hart sostiene que los diferentes criterios de validez deben estar ordenados jerárquicamente para impedir la posibilidad de conflictos entre reglas igualmente válidas.

⁴⁷ Un anarquista que sea juez, puede hacerlo en el entendido de que si sigue el derecho la mayor parte del tiempo, podrá desobedecerlo en algunas ocasiones en las cuales la desobediencia contribuya a socavarlo. Otro sujeto puede llegar a ser juez porque considera que al aplicar normas que desaprueba, si hace un buen uso de los poderes que tienen los jueces para hacer nuevas normas y cambiar las existentes de cuando en cuando (Raz 1991: 170).

Con relación al postulado 6, señala Raz que, aunque es verdad que los sistemas jurídicos contienen todas las reglas de reconocimiento que se aplican a sus órganos primarios⁴⁸ y todas las reglas que aquéllas exigen que apliquen los órganos primarios, dichos sistemas pueden contener otras reglas. Las normas que constituyen un sistema institucionalizado incluyen, en primer lugar, las normas dirigidas a los órganos primarios y, en segundo lugar, las dirigidas a los individuos ordinarios (las cuales, por medio de las dirigidas a los órganos primarios, se exige que éstos apliquen). Este segundo tipo de normas son las que se identifican mediante las reglas de reconocimiento. El primer tipo incluye a las reglas de reconocimiento pero puede también incluir otras normas dirigidas a los órganos primarios. La limitación es que si el sistema en cuestión está en vigor, esas reglas no sólo deben estar dirigidas a los órganos primarios sino que deben ser seguidas por ellos (Raz 1991: 171).

1.3. El punto de vista interno y el punto de vista externo

Tal como he afirmado, en la elucidación del concepto de derecho la perspectiva del participante tiene privilegio o primacía conceptual; es decir que no sólo sería necesaria la existencia de participantes de la práctica jurídica para la existencia del derecho, sino que su perspectiva es la vía de acceso a la comprensión de la naturaleza del derecho (Gaido 2010: 149). Esta posición en cuanto a la prioridad del punto de vista interno en nuestra comprensión de la naturaleza del derecho lo aleja de Hart, en la medida que si bien Hart considera que la perspectiva del participante es relevante en la explicación del concepto de derecho (1961: 111), no asume dicha perspectiva como la perspectiva teórica. Justamente, es en la observación externa de los casos paradigmáticos o centrales de derecho (unión de reglas primarias y secundarias) en

⁴⁸ Los sistemas jurídicos como sistemas institucionales cuentan con tres tipos principales de órganos. Unos son los encargados de crear (modificar, derogar) el derecho expresado en normas generales (legisladores en sentido amplio). Otros son los competentes para ejecutar físicamente la coacción (órganos ejecutivos, policiales). Otros son los que tienen competencia para qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer su cumplimiento efectivo (jueces en sentido amplio). Estos últimos son los que Raz denomina órganos primarios.

donde apoya Hart su explicación del concepto de derecho. En ese sentido, los rasgos definitorios del derecho son determinados por el teórico, con independencia de los esquemas conceptuales con los cuales están comprometidos los participantes de la práctica jurídica.

El punto de vista interno es el de los sujetos que aceptan o “*entienden el derecho como fuente justificatoria de comportamientos*” (Gaido 2010: 149), es decir, como guías de conducta o razones para actuar; en tanto el punto de vista externo es el de los sujetos que se ocupan de las reglas como meros observadores que no las aceptan como vinculantes (Hart 1961: 110).

Hay, entonces, dos puntos de vista teóricos diferentes con relación al derecho. Por un lado, la teoría puede pretender describir el comportamiento social referido al seguimiento de reglas sin recurrir a las creencias y actitudes de aquellos cuyo comportamiento está sujeto a los requerimientos de las instituciones legales. Ante la falta de la información que proveen esas creencias y actitudes, el observador se conforma con registrar regularidades en el comportamiento de una comunidad determinada en relación a la aplicación de sanciones. Esta perspectiva teórica coincide con el denominado punto de vista externo extremo. En contraste, la teoría puede pretender describir el comportamiento social teniendo en cuenta las actitudes de los miembros del grupo. Este punto de vista “hermenéutico” o “no comprometido” busca describir el derecho pero otorgándole relevancia al punto de vista interno (Shapiro 2006: 1160). Ahora bien, una distinción considerada fundamental en la teoría de Hart es entre el punto de vista práctico y el punto de vista teórico. El primero es aquel que posee el participante que debe decidir cómo va a responder a las exigencias del derecho. El segundo es el del observador que, muchas veces (aunque no necesariamente) es un *outsider* que estudia el comportamiento de un grupo con relación al derecho. De este modo, respecto del punto de vista práctico son posibles dos actitudes por parte del participante con relación a las reglas: aceptación o no aceptación. Quien acepta las reglas adopta –según Hart- el punto de vista interno.

Quien no las acepta⁴⁹ adopta el punto de vista externo (Shapiro 2006: 1160). La aceptación consiste en la disposición de los individuos para adoptar las reglas como guía para la propia conducta y también como estándares para la evaluación y crítica de la conducta de otros.

Volviendo al punto de la regla de reconocimiento, en la teoría de Hart, su existencia se muestra como una práctica, esto es: en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales y funcionarios en general, ya por los particulares o sus consejeros (Hart 1961: 127). El uso por los tribunales de la regla de reconocimiento para identificar reglas particulares del sistema jurídico, es lo que caracteriza al punto de vista interno, en la medida que el uso pone de manifiesto la aceptación de la regla como pauta orientadora. Los enunciados internos constituyen, entonces, enunciados de validez. En tanto, los enunciados externos constituyen enunciados fácticos, porque forman parte del lenguaje de un observador externo del sistema que –sin aceptar la regla de reconocimiento– enuncia el hecho de que otros la aceptan (Hart 1961: 128).

De acuerdo con Hart, los enunciados externos pueden ser de dos tipos, según el observador –sin aceptar las reglas– afirme que el grupo las acepta (refiriéndose entonces, desde afuera, al modo en que los participantes entienden las reglas) o según el observador se limite a registrar *“las regularidades de conducta observable en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones o castigos, que enfrentan las desviaciones”* (Hart 1961: 111). En otras palabras: de acuerdo con Hart, el observador externo puede tener un interés práctico o un interés teórico. Tienen un interés práctico quienes buscan adecuar su conducta a las reglas por temor al castigo o por la esperanza de obtener un beneficio, tal que sería precisamente el temor al

⁴⁹ Sea porque se trata del “bad man” al que refiere Holmes (1897) y adopta el punto de vista práctico pero no acepta las reglas o sea porque se trata de un observador. El punto de vista teórico, a su vez, puede consistir en el punto de vista hermenéutico (Hart) o en el punto de vista externo extremo (conductista).

eventual castigo o la esperanza de un eventual beneficio la razón para actuar; no la regla. Por el contrario, tienen un interés teórico aquellos que solamente están interesados en el análisis, explicación o justificación de las reglas (Gaido 2010: 152; Shapiro 2006: 1160).

Ahora bien, agrega Hart que, si el observador se atiene exclusivamente a registrar regularidades y no ofrece una explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta, la descripción no será una descripción en términos de reglas. Ese punto de vista externo rígido no puede explicar la manera en que las reglas funcionan en la vida de *“los funcionarios, abogados o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad”* (Hart 1961: 113). En ese sentido, Hart entiende que una de las dificultades que enfrenta una teoría que pretende dar cuenta de la naturaleza del derecho como una cuestión de reglas es no perder de vista la existencia de ambos puntos de vista.

En la definición hecha por Hart del punto de vista interno (1961: 111-113 y 249), se mezclan un componente cognitivo y uno volitivo, de modo que se presentan como inescindibles la comprensión del seguimiento de reglas en tanto fenómeno social (no meras regularidades de conducta) y la aceptación de dichas reglas (Bayón 1991a: 25). Sin perjuicio de ello, Hart admite que ambos componentes son separables, lo cual ha permitido incorporar al esquema de Hart, por ejemplo, los aportes de Raz. En ese sentido, *“si la comprensión de fenómenos sociales en términos de seguimiento de reglas es separable de la aceptación de esas mismas reglas, entre los enunciados desde un punto de vista externo extremo, que se limitan a registrar regularidades de conducta, y los genuinos enunciados internos, con los que el hablante manifiesta su*

aceptación de una regla y hace uso de ellas como criterio de evaluación de conductas, queda espacio para un tercer tipo de enunciados” (Bayón 1991a: 27), a los cuales Raz denomina “imparciales” o “no comprometidos”. Dichos enunciados exhiben un uso del lenguaje normativo por el hablante y que éste los formula desde el punto de vista de quien acepta la regla, pero sin aceptarla él, a su vez. La relevancia de los enunciados “no comprometidos” o “hermenéuticos” radica en que, por una parte, constituyen enunciados sobre lo que el derecho es o sobre lo que el derecho requiere para un caso y, por otra parte, quien formula tales enunciados o argumenta en base a ellos lo hace adoptando el punto de vista interno, sin ser él mismo un participante, lo cual significa que no comparte sus premisas ni está vinculado por sus compromisos normativos (Colomer 2006: 295). La particularidad de estos enunciados es que permiten emplear el lenguaje prescriptivo en la descripción de un sistema jurídico sin que por ello se asuma un compromiso valorativo (es decir, sin que sea necesaria la aceptación de las reglas). En otras palabras, estos enunciados permiten “diferenciar con éxito entre la exigencia de reconocer la prioridad del punto de vista del participante sostenida por Dworkin y la necesidad de la aceptación de las reglas del sistema que caracteriza a éste. (...) Se trata de confirmar la tesis epistémica de la neutralidad según la cual para identificar una práctica social –como el derecho- no es necesario comprometerse con ella uno mismo (...) o no es necesario asumir personalmente que la práctica jurídica de que se trate sea valiosa o esté justificada” (Colomer 2006: 295).

Por su parte, Bayón (1991: 27-28) entiende que entre ambos tipos de enunciados hay diferencias, en tanto, el tercer tipo de enunciado desde el punto de vista externo (Hart) es un enunciado *acerca del hecho* de que otros individuos aceptan reglas y actúan guiados por ellas; los enunciados imparciales (Raz), por su parte, no son enunciados acerca de esos hechos, sino formulados *desde el punto de vista* de aquellos que aceptan las reglas (pero que el hablante formula hipotéticamente, sin hacerlo suyo o sin comprometerse con dicho punto de vista, esto es, sin proferir

genuinos juicios prácticos). En ese sentido, según Bayón, se aproximan más a los enunciados de deber ser en sentido descriptivo kelsenianos (Kelsen 1960; Hart 1983)⁵⁰.

Para Hart, en definitiva, la existencia del derecho como sistema de reglas “*depende de que algunos de los integrantes de la práctica jurídica (de manera típica los jueces) acepten o, dicho en otras palabras, adopten el punto de vista interno respecto de una práctica social consistente en reconocer competencia para ser fuente de derecho a ciertos hechos del mundo*” (Gaido 2010: 151).

Quienes adoptan dicha perspectiva aceptan al derecho como constitutivo de pautas o guías de conducta que emplean como fundamento para la propia acción, así como para la crítica del comportamiento de quienes se apartan de ellas (Gaido 2010: 151; Perry 2006: 1172; Shapiro 2006: 1157). Ahora bien –según Hart- el derecho es constitutivo de razones justificatorias solamente para quienes adoptan el punto de vista interno (Nino 2014). Por lo cual, el derecho en sí no constituiría un sistema particular de razones para la acción, sino que “*su existencia como conjunto de razones depende del dato subjetivo de su aceptación*” (Gaido 2010: 151). Raz se aparta de Hart en tanto considera que el componente subjetivo es insuficiente para afirmar la existencia de una razón para actuar y, además, considera que no es posible explicar la normatividad jurídica sin vincularla a un valor moral (la autoridad legítima, en el caso de Raz). Ambas afirmaciones se siguen de otorgar privilegio conceptual al punto de vista interno (Gaido 2010: 153). Ahora bien, sostiene Colomer que la diferencia entre el punto de vista “no comprometido” y el del aceptante permite a Raz rechazar que los criterios de relevancia de algunos rasgos del objeto de reflexión sean, en la teoría del derecho, los mismos criterios morales y políticos del participante (2006: 296). Es decir, diferenciar los puntos de vista permite distinguir la

⁵⁰ La proximidad del significado con los enunciados de deber ser en sentido descriptivo a los que hace referencia Kelsen es planteada por Raz (1981) y es puesta en duda por Bulygin (1981: 56) y por Vernengo (1986). Me remito a lo expuesto por Bayón (1991: 28-29).

diferencia entre los intereses y criterios evaluativos del teórico y del participante. De este modo, la argumentación de Raz que refiere a la cuestión de la naturaleza del derecho en general descansa en ciertos hechos no discutidos y en consideraciones evaluativas, pero la evaluación implicada no es una evaluación moral. La argumentación refiere a ciertos aspectos del razonamiento práctico y, más en general, a lo que considera relevante para nuestra consideración de los procesos sociales que forman parte de nuestro entorno (Colomer 2006: 296).

1.5. El punto de vista interno en la teoría de Raz

Siguiendo a Gaido (2010 y 2011), entiendo que conceder al punto de vista interno privilegio conceptual supone asumir que hay un único concepto de derecho (el *nuestro* en cuanto comunidad cultural) y que los participantes de las prácticas jurídicas tienen una ventaja en su acceso a éste. Lo anterior se afirma en el entendido de que, conforme Raz, es nuestro concepto de derecho el que es necesario elucidar y, para ello, la manera en que el mismo es entendido por quienes aceptan al derecho como razones objetivas⁵¹ para la acción es lo que marca la línea de su correcta comprensión. La perspectiva de la teoría del derecho, entonces, requiere la adopción del concepto de derecho asumido desde el punto de vista interno (Raz 1995; Raz 1996; Caracciolo 1991; Gaido 2010). El punto de vista interno adecuadamente entendido consiste en la perspectiva de quienes aceptan la legitimidad de la pretensión de autoridad del derecho (Perry 2006: 1201).

Raz afirma que *“admitimos la prioridad del punto de vista del participante, incluso el observador, a fin de adquirir una comprensión razonable del derecho, debe concebirlo como lo haría un participante”* (2001b: 321). A su vez, afirma; *“como*

⁵¹ Raz entiende que el derecho es fuente de razones objetivas para la acción, lo que supone entender que no se trata de deseos, creencias, intereses, etc. (razones subjetivas). La existencia de razones subjetivas depende de un componente motivacional subjetivo, en tanto la existencia de razones objetivas es independiente de todo componente motivacional subjetivo (Redondo 1996, Caracciolo 2000, Gaido 2010).

para entender el derecho tenemos que entender la forma en que el derecho se entiende a sí mismo (esto es, la forma en que sus funcionarios y aquellos que aceptan su legitimidad lo entienden), lo tenemos que entender como sería entendido por la gente que lo considera éticamente justificado, al menos, en el sentido de que es éticamente correcto obedecerlo y, por tanto, lo tenemos que entender como si fuera así justificado” (Raz 1996: 34-35).

Es típico de nuestras prácticas jurídicas que se persiga la imposición de deberes a terceros (aplicación de reglas); de modo que el derecho, para aquellos que participan en tales prácticas (los jueces), al tener una función justificatoria, no puede dejar de tener un fundamento moral. Ello porque, según Hart, el participante no puede aceptar - si es sincero- reglas que imponen deberes a otras personas a menos que tenga razones morales (Raz 1984: 130) para hacerlo. Si este es el rasgo determinante para comprender la normatividad del derecho y, por tanto, la naturaleza de su carácter justificatorio, es necesario elucidar el tipo de vínculo que se traba entre derecho y moral desde el punto de vista interno o de los participantes (Gaido 2010: 157). Los jueces, cuando adoptan la regla de reconocimiento como guía para identificar el derecho, lo que hacen es aceptar una regla que les exige que acepten otras reglas que imponen deberes a terceros (Raz 1984). De manera que, por razones conceptuales, los participantes deben considerar al derecho como una particular fuente de razones morales. Más precisamente: desde la perspectiva de los participantes la aceptación implica una específica creencia moral, la cual sostiene que el derecho es una estructura de autoridad moral o legítima (Gaido 2010: 157). Se presupone, además, que esa autoridad legítima es afirmada por quienes emiten las directivas autoritativas, dada la particular naturaleza de los intereses afectados por las reglas. La autoridad legítima es entonces el valor moral al que está vinculado el derecho⁵². Raz define a la

⁵² Privilegiando el punto de vista interno para la elucidación del concepto de derecho, la pretensión de autoridad legítima determina que para los participantes el derecho es fuente de razones justificatorias (aunque en los hechos no lo sea). Los participantes, entonces, poseen un concepto de derecho que

autoridad de facto como una entidad que o bien pretende autoridad legítima o bien respecto de la cual existe la creencia de que tiene autoridad legítima, y que, a su vez, es efectiva en imponer su voluntad respecto de aquellos sobre quienes pretende tener autoridad, tal vez porque su pretensión de legitimidad es reconocida por un importante número de esos sujetos (Raz 2001b; Perry 2006: 1202). Nuestros conceptos de derecho y de sistema jurídico no requieren que la efectiva posesión de autoridad legítima sea una condición necesaria de su existencia, pero sí requieren que el sistema político de que se trate tenga al menos autoridades de facto en el sentido de Raz. Es importante insistir en cuanto a que tanto la pretensión de ser una autoridad legítima como la aceptación de la legitimidad de una autoridad involucran creencias acerca de que se posee autoridad legítima y acerca de que se está sujeto a una autoridad de ese tipo (Perry 2006: 1202; Raz 1986b: 65).

En ese sentido, a pesar de que, conceptualmente, el derecho –desde el punto de vista interno- es fuente de razones justificatorias o razones objetivas para actuar, no lo es necesariamente en los hechos, puesto que puede fracasar en su propósito⁵³. En ese sentido, es concebible la aceptación de las directivas de la autoridad a pesar de que la creencia efectiva en su legitimidad no esté presente. *“Si por una razón conceptual la aceptación de la autoridad expresa o manifiesta la creencia en la proposición afirmada, éste es el dato relevante, no la efectiva actitud psicológica que tuvo el autor de la afirmación. Lo que tiene que contar, para Raz, son los compromisos conceptuales que el aceptante adquiere, no sus contingentes componentes psicológicos”* (Gaido 2010: 158). Bastaría el acto de usar las reglas como razones para afirmar que hay aceptación, si bien es posible conceptualmente pensar en la existencia de un sistema jurídico cuyos aceptantes no crean en su legitimidad. Puede

incluye un valor moral. En otras palabras, la clave para comprender en qué sentido el derecho es normativo se encuentra en el privilegio conceptual otorgado a la perspectiva del participante.

⁵³ La distinción entre autoridad legítima y autoridad de facto está relacionada con esta afirmación. La autoridad de facto pretende ser legítima (o alega serlo, o es considerada así) y es eficaz en la imposición de su voluntad sobre una cantidad de personas. No obstante, no necesariamente tiene legitimidad (Raz 2001: 228).

ser innecesario para los participantes creer genuinamente que la autoridad efectiva o *de facto* sea la autoridad legítima; es suficiente si ellos confiesan tal creencia (Raz 1982: 46-49; Perry 2006: 1201-1202). Adoptar el punto de vista interno es, de alguna manera, equivalente a la creencia en que la pretensión de legitimidad alegada por una autoridad de facto está justificada (Perry 2006: 1202).

Por otra parte, el derecho será fuente de razones objetivas para actuar sólo si su autoridad es efectivamente legítima. La legitimidad de la autoridad, en cada caso, no se evalúa considerando todas y cada una de sus directivas ni tampoco teniendo en cuenta a la totalidad de los destinatarios de modo general, sino que se evalúa desde el punto de vista de cada individuo (Raz 1986b: 73-105), razón por la cual no es posible hacer referencia a la existencia de un deber general de obediencia del derecho o de una obligación general de obedecer. De acuerdo a la interpretación que Gaido realiza de la teoría de Raz, se afirma que *“si las disposiciones jurídicas son válidas –esto es, si tienen como origen a la autoridad legítima- tienen fuerza vinculante (moral) para todos aquellos que sean sus destinatarios”* (2010: 159). De manera que Raz no equipara legitimidad moral con corrección moral y que, por tanto, puede haber normas cuyo origen sea una autoridad legítima pero que, individualmente consideradas, sean moralmente incorrectas. Por el contrario, si la autoridad (fuente de origen) no es legítima, el carácter de razón justificatoria de la disposición puntual no se verifica. En definitiva, la normatividad del derecho es un dato eventual, que depende de la legitimidad de la autoridad.

1.6. Privilegio conceptual y privilegio epistémico

Señalé en oportunidad de abordar el tema del análisis conceptual en la teoría de Raz que es posible distinguir entre poseer un concepto y dominar un concepto. Se posee un concepto cuando se está en condiciones de identificar casos que lo ejemplifiquen, en circunstancias normales, con independencia de que las propiedades que se tenga en cuenta constituyan rasgos esenciales del objeto al cual el concepto hace referencia. Es

posible que se cometan errores en la identificación porque las propiedades tenidas en cuenta solamente son útiles en circunstancias normales, pero no en cualquier ocasión. En ese sentido, es posible que el participante de la práctica jurídica pueda cometer errores en la identificación de casos concretos que ejemplifican el concepto de autoridad legítima (aceptando como autoridad legítima a una institución que carezca de tal atributo), aun poseyendo el concepto de autoridad legítima (Gaido 2010: 160). Por el contrario, se domina un concepto si se tiene conocimiento de todas las propiedades necesarias o esenciales del objeto al cual hace referencia el concepto. Aún en este caso, es posible el error en la aplicación, en la medida que en casos en los cuales el dominio del concepto es completo es posible padecer déficits pragmáticos que afecten la identificación de ejemplos correctos del concepto; con lo cual queda excluida *“cualquier posibilidad de conexión necesaria entre creencia en la legitimidad de una autoridad de facto y su legitimidad efectiva”* (Gaido 2010: 160). Esta particularidad permite a Gaido distinguir dos niveles de prácticas subyacentes en el análisis del concepto de derecho: una práctica jurídica y una conceptual; lo cual le permite distinguir entre participantes de la práctica jurídica y participantes de la práctica conceptual. *“En el contexto de la práctica jurídica los participantes están comprometidos con la idea de que el derecho tiene autoridad legítima. Desde esta perspectiva, negar la existencia de la autoridad legítima es incompatible con afirmar la existencia del derecho. Quienes participan de la práctica conceptual (...) podrían señalar que quienes participan en una determinada práctica jurídica están equivocados respecto de la práctica justificatoria con la cual manifiestan estar involucrados”* (Gaido 2010: 161). Esta distinción implica diferenciar el privilegio de quien recorta cuáles son las ideas relevantes (privilegio conceptual) respecto de quien tiene su completo dominio (privilegio epistémico) y, concluye Gaido, Raz pone el acento en la primera de ambas nociones. Ello es lo que le permite afirmar que es posible pensar en la posibilidad de error tanto en el manejo acabado cuanto en la aplicación del concepto de derecho.

En definitiva, es necesario concluir que -desde el punto de vista interno- la relación entre el derecho y la moral es una relación necesaria. El derecho tiene autoridad legítima desde la perspectiva del participante. Afirmar la ausencia de autoridad legítima desde esa perspectiva es afirmar la ausencia de derecho. Comprender la normatividad del derecho requiere conceder “primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo. Es obvio que si no hay sujetos que adopten el punto de vista interno hacia el ítem práctico en cuestión, no hay fenómeno que pueda ser observado desde la perspectiva externa. Pero es menos obvio que esa observación externa no se pueda desarrollar apropiadamente sin tener en cuenta el punto de vista interno de los sujetos” (Nino 2014: 51)⁵⁴.

⁵⁴ Aun si empleamos un concepto puramente de descriptivo de derecho, que sería el tipo que habilita una perspectiva externa (a diferencia de un concepto puramente normativo), no es posible que la perspectiva teórica se desentienda del punto de vista interno de los participantes en el desarrollo del derecho como institución social. Esa perspectiva interna, agrega Nino, está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva (la cual tiene que ver con la dimensión justificatoria del derecho) (Nino 2014: 53-54). Según Nino, el discurso jurídico interno no es un discurso insular, sino que forma parte de un discurso justificatorio más amplio y complejo, en el cual son empleadas nociones normativas como la propia noción de derecho y la de validez jurídica (Nino 2014: 195). El derecho, por una parte, “*visto desde la perspectiva interna está esencialmente conectado a ciertos principios ideales de justicia y moralidad social, que constituyen la fuente de las razones justificatorias en el discurso jurídico*” (Nino 2014: 196). Pero, por otra parte, dichos principios de justicia “*no se aplican directamente a las acciones o decisiones jurídicas, sino que se aplican a prácticas colectivas, de modo que si estas resultan justificadas por aquellos, las acciones y decisiones tienen que ser, por un lado, compatibles con la preservación de tales prácticas y, por otro, tienen que contribuir a que la práctica se acerque lo más posible a dichos principios ideales de justicia y moralidad*” (Nino 2014: 196). Finalmente, resulta que esos principios, “*por lo menos en cuanto a su carácter intersubjetivo, no se conocen de un modo suficientemente fiable, por la mera reflexión individual aislada, sino a través de procesos colectivos de carácter democrático*” (Nino 2014: 196). De acuerdo con la opinión de Nino, en la medida que el discurso jurídico interno forma parte de un discurso justificatorio más amplio, permite la apertura a todos de los procesos de discusión. En el entendido de que –condicionado a ciertos presupuestos y acotado a ciertas materias– “*el proceso democrático tiene una tendencia general, aunque de valor sólo comparativo (...) hacia soluciones moralmente correctas, el desarrollo de ese proceso refuerza la vigencia de principios ideales de justicia (...) [y esa vigencia de los principios] contribuye a que se satisfagan en mayor grado las precondiciones que determinan el valor epistémico del proceso democrático*” (Nino 2014: 197). De alguna manera, estas reflexiones de Nino pueden ser vinculadas a la crítica que ha recibido la concepción de la autoridad raziara por parte de Shapiro (2002: 431-432) que, si bien defiende el positivismo jurídico excluyente de Raz, entiende cree que su concepción de la autoridad fracasa porque se centra casi exclusivamente en el valor instrumental del derecho. Por el contrario, para Shapiro, el valor de un derecho democrático no está en su valor instrumental, en la medida que la democracia

La creencia moral o política en la legitimidad del derecho aunque sea una creencia equivocada, tiene que ser reconocible (Raz 1997). En este sentido, el alcance de la noción de creencia moral es de carácter mínimo: *“para que una creencia acerca de cómo se deben comportar otras personas sea reconocible como una creencia moral tiene que, por lo menos, aparentar ser sostenida sobre la base de una justificación que excede el autointerés”* (Gaido 2010: 162).

Está en la naturaleza del derecho pretender o reclamar autoridad legítima sobre todos los integrantes de una comunidad política. Es decir: todo sistema jurídico pretende poseer un poder moral para exigir obediencia a los sujetos que pertenecen a una comunidad política. Para que ello efectivamente sea así, es necesario que el ordenamiento jurídico en cuestión sea capaz de tener autoridad (Marmor 2010; Marmor 2011), para lo cual –a su vez- es requerido que los sujetos que integran la comunidad puedan identificar las directivas de la autoridad sin recurrir a consideraciones morales, es decir, sin recurrir al propio juicio moral. En eso consiste el rol mediador de la autoridad política, en la medida que quien ejerce dicha autoridad se interpone entre los individuos y las razones que éstos tienen para actuar. Las directivas de la autoridad pretenden reemplazar las razones de los sujetos mediante una directiva excluyente. En esto consiste esencialmente la concepción de la autoridad como servicio formulada por Raz (Raz 2006; Ródenas 2006). Si los sujetos necesitaran recurrir al propio balance de razones para decidir qué deben hacer en cada caso, entonces la autoridad política no estaría actuando como tal (Perry 2006: 1201; Raz 2006).

tiene un valor intrínseco como procedimiento de decisión colectiva. El derecho resultante de un proceso de ese tipo está en condiciones de reclamar obediencia. La desobediencia a las directivas autoritativas que son expresión de la voluntad democrática sería como intentar establecer unilateralmente los términos de la cooperación social (Shapiro 2002: 437-438). En sentido similar se expresa Marmor acerca de las condiciones de legitimidad de la autoridad cuando alude a la función y los objetivos de la práctica institucional, así como a que los sujetos tengan buenas razones para cooperar con la práctica (Marmor 2011: 14).

No se comprende al derecho si no se lo considera moralmente inteligible, esto es, la actitud de las personas con relación al derecho es moralmente inteligible (que ellos crean que el derecho debe ser moralmente obligatorio). El concepto de autoridad legítima no asume que el derecho sea bueno ni que las creencias de las personas hacia el derecho sean sólidas, pero implica un supuesto normativo en la medida que, por un lado, la distinción entre lo que es moralmente inteligible y lo que no lo es, es una distinción que depende de valoraciones, y, por otro lado, aunque el derecho sea moralmente defectuoso o carezca de toda autoridad, pretende que tiene autoridad (moral) y es, por tanto, contemplado de ese modo por las personas que lo aceptan como obligatorio (Raz 1997: 212). *“Que el derecho sea moralmente inteligible se sigue del hecho de que muchas personas que viven bajo él creen que es moralmente adecuado o aceptable”* (Raz 1997: 212). Si es necesariamente el caso que la aceptabilidad moral de un sistema jurídico es una creencia de muchos de los participantes en la práctica, entonces el derecho debe ser moralmente inteligible, ya que debe ser inteligible que ellos tienen esa actitud hacia su derecho. Ello es consistente con la situación de amplias poblaciones que viven bajo el yugo de un derecho opresor hacia el cual no sienten lealtad alguna. Esto es verdad incluso si solamente un grupo de los participantes en la administración del derecho, en la dirección del gobierno, y algunos de los que se benefician de ello creen en la validez moral del derecho. Raz se pregunta ¿por qué los involucrados en crear o aplicar el derecho deben creer en su aceptabilidad moral? Porque el derecho pretende determinar o reflejar los derechos y deberes (morales) de sus sujetos (Raz 1997: 212). En eso consiste la pretensión de autoridad, cual es el rasgo esencial del concepto de derecho. Sostiene Gaido que es posible inferir de estas afirmaciones de Raz que la creencia moral implicada en el acto de justificar la imposición de deberes a otras personas introduce en nuestro concepto de derecho un estándar de excelencia moral que afirma que el valor intrínseco del derecho es ser legítimo (Gaido 2010: 163). La

idea de legitimidad constituiría el estándar de excelencia propio del derecho⁵⁵. En ese sentido, *“no obstante ser necesaria la idea de legitimidad para comprender la idea de derecho, la existencia de derecho no dependería de la verificación de su legitimidad”* (Gaido 2010: 163). Lo que hace a la excelencia intrínseca del derecho una excelencia moral es el hecho de que consiste en una estructura de autoridad. *“Necesariamente, el derecho pretende tener autoridad legítima moral sobre sus súbditos. De ahí que su virtud intrínseca es tener tal autoridad. Decir esto es decir que su virtud es ser moral pero de un modo especial, reuniendo las condiciones de legitimidad”* (Raz 2003b: 14).

Que el derecho sea efectivamente legítimo es una cuestión contingente. El rasgo necesario del derecho es que pretende ser una estructura de autoridad legítima. Teniendo en cuenta esta distinción entre la pretensión de autoridad legítima (que constituye la naturaleza del derecho) y la contingencia de que el derecho efectivamente la posea, se plantea la pregunta de si afirmar tal cosa no supone el abandono de la perspectiva del participante como punto de vista teórico. En otras palabras: aun admitiendo que cualquier persona *“que tenga un mejor manejo del concepto puede constatar que no siempre el que cree que es una autoridad legítima lo es, o no siempre de quien se cree que tiene autoridad legítima la tiene, si desde el punto de vista de los participantes no hay derecho sin autoridad legítima, en los*

⁵⁵ Marmor entiende que la legitimidad de la autoridad está conectada con el tipo de práctica de que se trate y los términos en los cuales se participa en dicha práctica, es decir, si se trata de una práctica en la que se participa voluntariamente o no voluntariamente (Marmor 2010; Marmor 2011). De acuerdo con su concepción institucional de la autoridad, la legitimidad de las autoridades prácticas depende especialmente de la naturaleza de la institución en la cual la autoridad opera y de la forma de participación en dicha institución. Lo anterior opera como un límite acerca de lo que puede generalizarse acerca de las condiciones de legitimidad de las autoridades, en la medida que las prácticas y las instituciones varían considerablemente en diferentes aspectos y dimensiones y, aun las que pueden considerarse buenas prácticas pueden presentar aspectos problemáticos que influyen en la legitimidad de algunas relaciones autoritativas al interior de esas prácticas. Es imposible –entiende Marmor- generalizar las condiciones que hacen a las autoridades legítimas. Existen demasiados aspectos que influyen en esta cuestión en los casos particulares. En ese sentido, afirma que nuestras razones para cooperar con instituciones o prácticas de diversos tipos son tan variadas y sensibles al contexto que no permiten contar con una fórmula general que sea aplicable a todos los casos (Marmor 2011: 17-18).

casos donde se verifique la ausencia de autoridad legítima habrá que concluir que no hay derecho” (Gaido 2010: 164). Por lo que, Gaido entiende, para poder afirmar que el rasgo necesario del derecho es la pretensión de autoridad legítima, y no la autoridad legítima efectiva, Raz abandona el compromiso metodológico de atribuirle prioridad conceptual al punto de vista interno (Gaido 2010: 164).

Ahora bien, el principal hallazgo de Raz en la caracterización de la autoridad se encuentra en la afirmación de que es racional actuar siguiendo la directiva de otro cuando al hacerlo el sujeto tiene más posibilidades de cumplir u obedecer las razones que se le aplican en las circunstancias relevantes. Una persona tiene autoridad sobre otra si es más probable que el sujeto que cumple con las razones que ya se le aplican (que no son las de la autoridad) acepta las directivas de la (supuesta) autoridad como vinculantes, e intenta seguirlas, en lugar de intentar él mismo seguir las razones que se le aplican directamente. En esta afirmación es que se basa la tesis de la justificación normal, es decir, sobre la racionalidad del acatamiento de las directivas de la autoridad cuando el sujeto –siguiendo la directiva- cumple mejor (reemplazo) con las razones que ya se le aplican que si intentara seguir esas razones directamente⁵⁶. Por eso se entiende que las autoridades existen para proveer un servicio: el de hacer que los sujetos actúen por las razones adecuadas que se les aplican, sin tener que entender por sí mismos esas razones o actuar directamente por ellas (Marmor 2010: 4). Lo anterior se vincula a la naturaleza de reemplazo (*preemptive*) que poseen las razones protegidas⁵⁷. Que una directiva autoritativa exija

⁵⁶ En este punto corresponde tener presente el contenido de la llamada tesis de la dependencia, ya que es pertinente plantearse si puede la autoridad expedir cualquier tipo de directiva y, por tanto, si puede exigir una conducta a los sujetos independientemente de su punto de vista. La tesis de la dependencia tiene como principal objetivo que las directivas de las autoridades se basen en razones aplicables a los sujetos, es decir, en circunstancias cubiertas por las mismas. Las autoridades serán legítimas y sus directivas constituirán razones para actuar en la medida en que tales directivas se basen en razones que sean aplicables a los sujetos. no puede la autoridad -o podrá sin ser legítima- expedir cualquier directiva que le parezca.

⁵⁷ El derecho posee autoridad legítima sólo cuando los individuos tienen más seguridad de actuar conforme a las razones correctas si obedecen las normas jurídicas que si intentan actuar conforme a dichas razones directamente. Si se cumple la condición de legitimidad, los individuos pueden aceptar

realizar una acción, es una razón para actuar en correspondencia; es una razón que no se debe agregar a otras razones relevantes al momento de determinar qué se debe hacer. Esas razones, que son producto de la directiva, reemplazan a las otras razones: *“The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them”* (Raz 1994: 198; Raz 2001b).

1.7. Razones para la acción

La de Raz es (a diferencia de Hart) una versión objetivista de las razones para actuar⁵⁸, en la medida que éstas existen como hechos independientes de las creencias, actitudes, disposiciones y comportamientos efectivos de los individuos para quienes son razones para la acción. Las razones se aplican a esos individuos y éstos las cumplen cuando realizan el acto requerido, aun cuando no lo hayan determinado subjetivamente (Caracciolo 2001: 78). Como las normas válidas pertenecen a la clase de las razones excluyentes, su existencia es una cuestión objetiva, aun cuando no existan como prácticas de comportamiento. *“Inversamente, los que aceptan que ciertas prescripciones son normas válidas, tienen que creer que constituyen razones objetivas para actuar”* (Caracciolo 2001: 79). Pero la validez es distinta de la creencia en la validez. En la medida que el deber supone restricciones al

la autoridad política sin que haya menoscabo de su autonomía como seres racionales. A esta condición Raz agrega la denominada “cláusula de la autonomía”, según la cual el Estado sólo puede tener autoridad legítima sobre aquellas materias en las que es más importante actuar de acuerdo con las razones correctas que decidir por uno mismo (Raz 1994: 365-366).

⁵⁸ Para abordar la caracterización de Raz de las reglas, conviene tener presente que, en términos históricos, en el afán teórico de determinar los rasgos de las reglas que permitan distinguirlas de otras normas que no son reglas, podemos distinguir la teoría imperativa, la teoría de la práctica y, contemporáneamente, la teoría de las razones para la acción. La teoría imperativa (Austin) de las normas prestaba atención al modo de origen y las caracterizaba como imperativos establecidos por un individuo o grupo con la intención de guiar la conducta. La teoría de la práctica tiene como representante a Hart (1961) y, básicamente, sostiene que en toda sociedad compleja existe una regla de reconocimiento que permite identificar las reglas sociales (y, por ende, las jurídicas) del grupo por medio de los criterios especificados en ella (Hart 1961: 137). Dicha regla de reconocimiento, una vez aceptada, impone un deber a los jueces y demás funcionarios que consiste en considerar ciertos criterios específicos como identificadores de los estándares jurídicos que deben aplicar en sus decisiones (Hart 1980: 7).

comportamiento de los destinatarios, las razones objetivas para justificar la autoridad no pueden basarse en el autointerés de los sujetos que la constituyen. De acuerdo al sentido genuino de “validez” y de “deber”, semejantes razones tienen que ser razones morales, que se imponen más allá de los intereses y preferencias individuales (Raz 1984). Quienes pretenden autoridad sinceramente y quienes la reconocen creen que sus enunciados internos son verdaderos. Creen que la autoridad es legítima (Caracciolo 2001: 79).

Para la versión objetivista de Raz, la creencia en las razones morales define la condición de aceptante (participante) en la medida que los enunciados internos afirma la existencia de razones objetivas. Si se admite esta tesis –sostiene Caracciolo– *“es coherente sostener que el punto de vista interno es una alternativa al punto de vista externo: mientras los enunciados externos se refieren a conductas y actitudes subjetivas, los internos versan sobre razones objetivas”* (2001: 80). Por tanto, la primacía o el privilegio conceptual indican que es preferible una noción comprometida de autoridad para comprender lo que significa pretender y reconocer autoridad. En el apartado siguiente me ocuparé de ampliar la teoría explicativa de las normas, entendidas como razones para la acción.

2. Razones para la acción y sistema jurídico

2.1. Introducción

Según Raz las normas jurídicas son razones para la acción. Su tesis es que hay diferentes clases de normas, a saber: mandatos y permisos, que exigen o autorizan un determinado comportamiento constituyéndose de ese modo, en razones para la acción de un tipo peculiar. También están las normas potestativas que, por su naturaleza, son distintas de las anteriores, pero que se caracterizan como normas por estar relacionadas lógicamente con aquellas (Raz 1991).

Las razones para la acción pueden caracterizarse como consideraciones que cuentan o inciden en favor de esa acción; “*son fundamentos suficientes para emprender la acción y, excepto casos de ignorancia razonable u otras excusas, [son] fundamentos para encontrar algo reprochable en la conducta del agente, si éste no emprende la acción*” (Raz 1991: 231).

El concepto de razones para la acción es el concepto nuclear del discurso práctico. “*A partir de la constatación de que los contextos de uso del término ‘razones’ son básicamente dos, la explicación de la conducta y su justificación, los analistas del discurso práctico proponen una distinción básica entre razones en sentido explicativo y razones en sentido justificativo*” (Bayón 1991a: 44).

Raz, por su parte, considera que hay dos tipos básicos de razones (Raz 1991:17-18): las razones explicativas (o razones para la creencia) y las razones justificatorias (o razones para la acción)⁵⁹. Más estrictamente, distingue razones operativas, razones auxiliares y razones completas⁶⁰ (Raz 1991: 33-35). Una razón operativa es aquella que justifica una actitud práctica hacia una acción, es decir, la formación de una intención. Una razón auxiliar es un juicio descriptivo que identifica el tipo de acción que tenemos una razón operativa para ejecutar. Una razón completa es el conjunto de premisas no redundantes de un razonamiento práctico, lo que incluye siempre una razón operativa y una o varias razones excluyentes (Bayón 1991a: 86)⁶¹. Tomando como criterio la delimitación del concepto de razón completa y de fuerza o peso de las razones, se distinguen los siguientes tipos de razones: a) razón concluyente: es toda razón para la acción que no es superada por ninguna otra razón; b) razón absoluta: aquella razón respecto de la cual no puede ser nunca el caso que sea

⁵⁹ Retomaremos esta distinción en el apartado 2.2.1.3.

⁶⁰ Retomaremos esta distinción en el apartado 2.2.1.3.

⁶¹ Teniendo esta clasificación a la vista, afirma Bayón que los deseos constituyen razones operativas; las creencias constituyen razones auxiliares y la combinación de ambos, constituye una razón completa. La mayoría de las razones operativas son deseos, valores o intereses. Las normas son también razones operativas, aunque no son valores (Raz 1991: 38).

superada por otra (no hay razón posible que la supere); c) razón prima facie: toda razón que no es ni concluyente ni absoluta (Raz 1991: 31).

2.2. Razones y reglas

Una de las tesis de Bayón es que las razones para la acción son el elemento mínimo en términos del cual podemos explicar y reconstruir la estructura del discurso práctico (Bayón 1991a: 243). Raz identifica las razones para la acción con la estructura lógica que caracteriza a enunciados que poseen la cláusula “*es una razón para...*” (Raz 1991: 18). En tanto que forman parte del razonamiento práctico, las razones para la acción son pre requisitos de la decisión de actuar de un cierto modo; pero al estar la acción humana condicionada en ciertos aspectos por lo que el mundo es, los hechos y las creencias también forman parte del análisis, en la medida que tales hechos y creencias constituyen los contenidos significativos de las razones para actuar, en tanto premisas del razonamiento práctico. Las razones, en definitiva, para Raz, son los hechos⁶² en sentido amplio que justifican o explican los enunciados del discurso práctico. “*Lo que guía nuestra acción es el mundo, pero dado que inevitablemente lo hace por medio de nuestro conocimiento de él, nuestras creencias son importantes para la explicación y el enjuiciamiento de nuestra conducta*” (Raz 1991: 25), es

⁶² El significado atribuido a “hechos” es tan amplio que incluye las creencias de los agentes aun cuando sean erróneas y por lo tanto, con independencia de la verdad de los contenidos proposicionales de tales creencias. Desde esta perspectiva, los valores también son hechos, en tanto operan respecto de la acción de un modo similar

a como lo hacen las razones con relación a las creencias (Abril 2011: 61). Al mismo tiempo, Raz sostiene que las razones para la acción constituyen operadores que expresan relaciones entre hechos y agentes. La representación simbólica de tal relación es la siguiente: “ $R(\emptyset) p.x$ ”, que significa: “el hecho de que p es la razón para que x haga

\emptyset ” (Raz 1991: 22). Por ello, se afirma que el análisis del concepto de razón para la acción incluye una ambigüedad. Es decir: por una parte, las razones son caracterizadas como enunciados lingüísticos con determinada estructura sintáctica (contienen la cláusula “*es una razón para...*”) y, por otra parte, las razones son identificadas con los hechos referidos por tales enunciados. En otras palabras, “*las razones para la acción concebidas como razones explicativas de acciones que un agente lleva a cabo dadas ciertas condiciones establecerían relaciones entre hechos reales o posibles*” (Abril 2011: 61). En cambio, “*las razones justificatorias son razones de un orden superior y actúan como variables predicativas que toman a clases especiales de operadores (razones explicativas) como valores de esas variables*”, son razones dependientes de otras razones (Abril 2011: 61-62).

decir, únicamente los hechos son razones que explican la conducta en términos de las creencias que uno tengo y lo mismo puede afirmarse para la valoración o enjuiciamiento de la conducta.

Si bien la determinación de la primacía de una razón por su peso o fuerza relativa respecto de otras razones reproduce el modo en que habitualmente son resueltos los conflictos de razones, esta modalidad no abarca todo el proceso por el cual los conflictos prácticos obtienen solución. Según Raz, la cuestión se clarifica si se distinguen diferentes niveles de razones (razones de primer y segundo orden)⁶³. Sostiene que, si bien es cierto que los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por el peso relativo de las razones, esto no ocurre en los casos de conflictos entre razones de niveles diferentes y que, por tanto, requiere de un tipo distinto de razones (Abril 2011: 63).

Una razón excluyente es una razón de segundo orden para no actuar por una razón. Entonces, el conflicto⁶⁴ entre razones de diferentes niveles no se resuelve en función

⁶³ La razón para la acción es la razón no derrotada o no excluida en el conflicto de razones. Los conflictos entre razones de primer orden se resuelve ponderando la fuerza de todos los argumentos o razones en conflicto (balance de razones) y decidiendo de conformidad con la razón de mayor peso. En este caso, el razonamiento práctico de valoración del peso o fuerza de las razones, se mantiene en el nivel deliberativo. Por su parte, los conflictos entre razones de primer orden con razones de segundo orden excluyentes, se resuelven a favor de la razón excluyente. Ello ocurre, no por una cuestión de peso, sino en virtud de la función de excluir otras razones de la consideración (excluye el balance de razones). Finalmente, los conflictos entre razones de segundo orden se resuelve igual que el conflicto entre razones de primer orden; es decir, mediante el balance o evaluación de la fuerza de las razones (Moral Soriano 2000: 338-339). Por tanto, tanto en el conflicto entre razones de primer orden como en el conflicto entre razones de segundo orden, la razón para la acción (no derrotada) será la de mayor peso o fuerza. En el caso de conflicto entre razones de diferente orden, serán las razones de segundo orden las razones para la acción, en tanto cumplen una función ejecutiva o excluyente en el razonamiento práctico (Moral soriano 2000: 340). Un principio general del razonamiento práctico es que las razones excluyentes prevalecen cuando están en conflicto con razones de primer orden (Raz 1991: 45).

⁶⁴ Ocurre un conflicto de razones cuando un agente tiene razón tanto para realizar como para no realizar cierta acción. Una precisión a propósito del conflicto de razones que vale la pena dejar anotada: las razones pueden derrotar otras razones con las cuales están en conflicto, lo cual no significa que crean excepciones a las mismas (no son las razones las que tienen excepciones sino, en todo caso, las reglas). Toda regla se basa en un conjunto de razones y “refleja un juicio de que esas razones derrotan, dentro del alcance de la regla, a diversas, aunque no todas, razones en conflicto” (Raz 1991: 232). Las reglas son, en ese sentido, expresiones de compromisos o de juicios acerca del resultado de

de su peso o fuerza relativa, sino en virtud del principio general del razonamiento práctico que determina que las razones excluyentes siempre prevalecen cuando entran en conflicto con razones de primer orden⁶⁵. Por su parte, las razones excluyentes pueden ser superadas por otras razones del mismo nivel, salvo que no sean derrotables.

Raz distingue entre intención y decisión, señalando que la decisión (que es el resultado de una deliberación tendiente a resolver un problema práctico⁶⁶) da lugar a que se constituya una intención. La decisión es tomada con antelación a la acción. De estas características Raz infiere que la decisión es, simultáneamente, una razón de primer orden y una razón excluyente⁶⁷ (Raz 1991:45-52; Bayón 1991a: 525; Marmor 2011).

Ahora bien, en la medida que al evaluar o guiar acciones no suele emplearse directamente el discurso de las razones para la acción, sino más bien el de las reglas o las normas, el autor propone poner de manifiesto de qué modo las reglas o normas pueden ser analizadas como estructuras complejas de razones para la acción. Más allá de la complejidad del tema del significado de “regla” y “norma”, al cual dedicaré un apartado a continuación (2.2.1.2.), sin pretensión de exhaustividad, el tipo de regla relevante a los efectos de este trabajo es el de reglas regulativas o prescripciones.

conflictos. En general, a propósito de la cuestión de las excepciones, se entiende que los casos no están alcanzados por la regla si las principales razones que la respaldan no son aplicables a ellos. Por el contrario, un caso cae bajo una excepción a la regla cuando alguna de las principales razones que la respaldan son aplicables al caso, *“pero el compromiso reflejado en la regla considera que prevalecen otras consideraciones en conflicto”* (Raz 1991: 232). En definitiva, las razones en conflicto, *“aunque pueden derrotar a las razones con las que están en conflicto, no crean excepciones a las mismas”*. Las reglas –no las razones– son las que tienen excepciones (Raz 1991: 232).

⁶⁵ El alcance (*scope*) de las razones excluyentes está dado por el conjunto de razones de primer orden que excluye (Bayón 1991: 502; Moral Soriano 2000: 340; Raz 1991: 52).

⁶⁶ Decidir es formar una intención que es resultado de una deliberación que, por lo general, tiene algún grado de anticipación respecto al momento de la acción.

⁶⁷ A juicio de Raz, el concepto de decisión no se comprende cabalmente si no se tiene en cuenta que *“las decisiones son ellas mismas razones, y ello en el doble sentido de ser por un lado razones -de primer orden- para realizar la acción decidida y, por otro razones –excluyentes- para no tomar en cuenta razones y argumentos adicionales”* (Bayón 1991: 525).

2.2.1. Normas jurídicas y razones para la acción

2.2.1.1. Planteo

En la teoría del derecho contemporánea el concepto de razón para la acción es uno de los conceptos considerados relevantes para el abordaje de varios problemas, entre otros: el problema de la autoridad normativa, el problema de la existencia o validez de las reglas y el problema de lugar de las reglas en el razonamiento del destinatario. Por tanto, se trata de una noción central en el análisis de tres conceptos fundamentales de la teoría del derecho, cuales son la normatividad del derecho, la aceptación como condición de existencia de un sistema jurídico y la justificación de las decisiones judiciales (Redondo 1996: 146).

2.2.1.2. Normas. Breve acotación

Dedicaré este apartado a dar cuenta de algunos antecedentes y discrepancias teóricas en torno al concepto de norma jurídica. Por tratarse de un concepto central en la teoría del derecho entiendo que se justifica el tratamiento del tema, si bien breve, aunque no sea estrictamente necesario a los efectos de abordar el pensamiento de Raz.

A los efectos de elucidar el concepto de norma jurídica, resulta imprescindible partir del hecho de la ambigüedad del sintagma, que admite diversos sentidos. Para la concepción hilética las normas son significados normativos (sentidos) de ciertas expresiones lingüísticas⁶⁸. En consecuencia, se trata de entidades ideales. La teoría positivista ha adoptado, en general, esta concepción semántica, según la cual una norma es un significado no proposicional, susceptible de expresarse mediante un lenguaje (Redondo 1996: 148). Para la llamada concepción expresiva, en cambio, lo

⁶⁸ Las normas serían el significado de los enunciados normativos, así como las proposiciones son el significado de los enunciados descriptivos. La distinción es presentada –aparentemente– como una distinción semántica, en la medida que los enunciados normativos poseerían un significado prescriptivo o directivo, no descriptivo (Bayón 1991: 255).

relevante no es la dimensión semántica sino en la dimensión pragmática⁶⁹: “*una norma sería el resultado específico de un tipo de acto de habla (prescribir u ordenar)*” (Bayón 1991a: 255).

Varios autores han relevado los diferentes significados con que encontramos la expresión “norma jurídica”, en diferentes contextos (Carrió 1965). Nino (1985: 134) menciona cuatro conceptos de norma jurídica:

a) como hecho social o fenómeno histórico: la norma jurídica como algo que nace en un determinado tiempo, perdura durante un lapso y luego desaparece. Este concepto de norma jurídica como practica social es tomado especialmente por Hart (1961) y sus condiciones constitutivas son: por un lado, una regularidad de comportamientos análogos y, por otro lado, la persistencia de actitudes críticas (que presuponen el punto de vista interno) frente a las desviaciones de aquella regularidad;

b) como acto lingüístico de un tipo particular, que consiste en expresar la intención de que otro haga algo tomando en cuenta la expresión de esa intención. Puede considerarse a la norma como constituida por la mera expresión lingüística o entender que la norma se completa con la recepción de la expresión por los destinatarios. En este sentido, las normas se asemejan a órdenes, si bien pueden identificarse diferencias relevantes;

c) como disposición o formulación lingüística que puede recibir interpretaciones;

d) como el juicio o enunciado que constituye el significado de la formulación lingüística.

Nino se pregunta cuál de estos conceptos es compatible con concebir la norma jurídica como una razón operativa para justificar una acción o decisión, tal como la decisión judicial (1985: 135). En principio, se descartan los tres primeros sentidos, ya

⁶⁹ Lo particular de las normas no es que son el significado prescriptivo de los enunciados normativos, sino que la clave está en prestar atención a los diferentes usos que se hace de los enunciados.

que ni los hechos ni las cosas pueden ser razones operativas. La existencia de una práctica social implica que la gente cree que hay razones para actuar, no que haya efectivamente tales razones. Podría decirse que los juicios acerca de esos hechos o entidades podrían ser intercalados en un razonamiento práctico, pero, no obstante ello, esos juicios serían proposiciones normativas, las cuales no podrían tomarse como razones operativas, en la medida que se trata de juicios descriptivos.

El cuarto de los sentidos expuestos resulta consistente con la comprensión de la norma jurídica como una razón operativa para actuar, en tanto estamos frente a juicios prácticos que tienen, a primera vista, las propiedades necesarias para servir de premisa mayor en razonamientos justificatorios⁷⁰.

Pues bien, conforme Nino, una pregunta central de la filosofía del derecho es la que se refiere a si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones, como las judiciales (1985: 125). Teniendo en cuenta este problema, propone tentativamente asimilar las normas jurídicas a las órdenes o mandatos, distinguiéndolas de los juicios descriptivos y de los valorativos (como los juicios de validez jurídica). Nino distingue, entonces, entre mandatos (u órdenes, imperativos o prescripciones) y juicios de deber (o juicios valorativos) entendiendo que los mandatos son enunciados que el hablante formula asumiendo una posición de superioridad, con la intención de que su emisión sea tomada por los destinatarios

⁷⁰ Sin embargo, Nino (1985: 136-137) no encuentra satisfactoria esta respuesta, en la medida que no considera acertado entender que las normas jurídicas constituyen razones operativas, cuando son concebidas como juicios prácticos que constituyen el significado de ciertos símbolos, el contenido de ciertos actos lingüísticos o la expresión de actitudes críticas que componen una práctica social. El fundamento de Nino para el cuestionamiento mencionado se vincula a los rasgos que le asigna a las razones operativas (autonomía, generalidad, universabilidad, integración) y a que no todos ellos están presentes en las normas jurídicas concebidas como juicios prácticos: su validez depende esencialmente de su formulación o aceptación por una autoridad, sin que parezcan derivar de juicios prácticos autónomos. Por otra parte, una norma puede ser aceptada para regular ciertas situaciones que se dan en cierto tiempo y espacio y no ser aceptada otras situaciones relevantemente análogas que se dan en otros tiempo y espacio, sin que tiempo y espacio aparezcan en la misma norma como propiedades relevantes (de lo contrario, debería decirse que una norma cambia, por ejemplo, si su vigencia es prorrogada). Finalmente, Nino no advierte claramente la integración de las normas jurídicas con otro tipo de razones operativas justificatorias (Nino 1985: 137). Retomamos estas distinciones en el apartado 2.2.1.3.

como una razón para actuar (en la medida que el destinatario reconoce tal superioridad y dicha intención). Es decir, su formulación está destinada a afectar las razones para actuar de los destinatarios. En segundo lugar, este tipo de enunciados no implica necesariamente enunciados acerca de la existencia de razones para actuar.

Los juicios de deber, por su parte, se caracterizan por los rasgos opuestos; esto es: a) son enunciados con los cuales el hablante expresa la existencia de razones para realizar la conducta indicada, y; su formulación no está destinada a constituir una razón para actuar (Nino 1985: 121, Bayón 1991: 306).

2.2.1.3. Concepto de razón

Pueden distinguirse dos tipos de razones: las explicatorias o subjetivas y las justificatorias u objetivas. Las razones explicatorias se identifican con los motivos; es decir, constituyen causas de acciones. Constituyen estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. Las razones justificatorias no sirven para entender por qué se realizó una determinada acción o para predecir cursos de acción, sino para valorarla, ya sea desde el punto de vista moral, prudencial o jurídico (Nino 1985: 126). Ahora bien, la distinción entre ambos tipos de razones, no excluye que existan conexiones conceptuales entre ellos, tal que pueda establecerse un puente entre los valores y los antecedentes causales de las acciones. Según Raz (1991), el concepto de razón explicatoria presupone lógicamente el de razón justificatoria: mi creencia de que va a llover explica mi acción de salir con paraguas, porque yo creo que el hecho de que llueva justifica, prudencialmente, la acción de salir con paraguas (Nino 1985: 128). Por tanto, una razón explicatoria sería una creencia en una razón justificatoria.

Afirmé que Raz entiende que las razones justificatorias constituyen hechos. Al respecto, sostiene Nino, que la noción de hecho empleada por Raz es tan amplia que es comprensiva de la validez de principios morales, de tener ciertos deseos, o de

acontecimientos; sin perjuicio de que el propio Raz manifiesta que la mayoría de esos hechos solamente constituyen *parte* de una razón para actuar cuando se combinan con otros fenómenos relevantes (Nino 1985: 129).

Ahora bien, para reconstruir el concepto de razón justificatoria es necesario partir del concepto de razonamiento práctico, en la medida que la función primaria de las razones justificatorias consiste en servir como premisas de un razonamiento que conduce a una acción, más precisamente a evaluar, fundamentar o guiar una acción (Nino 1985: 129-130).

Señala Raz que solemos llamar razones a cualquiera de las premisas de un razonamiento práctico y, como entre esas premisas debe haber también juicios descriptivos, un juicio de ese carácter puede constituir también una razón. Sin embargo, de acuerdo con Raz, pueden realizarse las siguientes precisiones conceptuales: una *razón completa* está formada por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido; una *razón operativa* consiste en la premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para una acción⁷¹; una *razón auxiliar*⁷² es un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa (Raz 1991: 37-38; Nino 1985: 131).

Nino (1985: 132-133) identifica las siguientes características o propiedades implícitas del concepto de razón operativa justificatoria: autonomía, generalidad, universabilidad, superveniencia, integración.

⁷¹ "Llamaré a cualquier razón una razón operativa si, y sólo si, la creencia en su existencia implica tener la actitud crítica práctica" (Raz 1991: 37).

⁷² "A una razón que no sea una razón operativa la llamaré una razón auxiliar" (Raz 1991: 37). Pueden tener distintas funciones en el razonamiento práctico. Pueden tener el papel de razones identificadoras, cuya función "es ayudar a identificar el acto que hay que realizar" (Raz 1991: 38-39) Pueden también ser razones que afectan la fuerza de la razón operativa (son importantes en casos de conflicto de razones y su función es contribuir a determinar qué razón tiene más peso) (Raz 1991: 39).

a) una es que la validez de un juicio práctico, o sea su capacidad para servir como razón justificatoria operativa de un razonamiento práctico, o bien no depende de del hecho de que alguna persona o grupo de personas lo haya formulado o aceptado o, si depende de un hecho tal, ello debe ser en virtud de otro juicio práctico que haga relevante ese hecho, sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado. Esto sería el carácter autónomo de las razones justificatorias operativas y del razonamiento práctico del cual forman parte.

b) los juicios que constituyen razones operativas justificatorias no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o descripciones definidas, sino que deben hacerlo mediante propiedades genéricas. Esto sería el carácter de generalidad de los juicios prácticos que sirven como razones justificatorias operativas.

c) En cuanto a su aplicabilidad, los juicios prácticos que pueden ser premisas en un razonamiento justificatorio, tienen la siguiente característica: si uno de tales juicios es aceptado para evaluar una situación particular, también debe serlo para evaluar cualquier otra situación que no difiera de la anterior en una propiedad que esté recogida en el antecedente del mismo juicio. En esto consiste la universalidad de las razones operativas.

d) la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos situaciones a los fines de una razón operativa no solo debe ser genérica (o sea: debe tratarse de una propiedad genuina), sino que también debe ser fáctica (en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de esa u otra razón operativa). A este rasgo se lo denomina *superveniencia* de las razones operativas.

e) las razones justificatorias operativas son comparables entre si y, en principio, jerarquizables. Un juicio práctico que puede constituir, considerado aisladamente, una razón operativa justificatoria, puede dejar de serlo cuando entra en conflicto con un juicio práctico de jerarquía superior. Este es el principio de unidad del razonamiento práctico, que evita la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de

razones. Este es el rasgo de integración de las razones, ya que consiste en la propiedad de agruparse en un sistema guardando cierto orden jerárquico.

2.2.1.4. Normas jurídicas como razones excluyentes⁷³

No todas las manifestaciones autoritativas son normas, pero dado que todas las manifestaciones autoritativas son razones excluyentes⁷⁴, las normas dictadas por una autoridad son razones excluyentes. Las razones excluyentes son -como señalé en apartados anteriores- “razones para no actuar por ciertas razones” (Raz 1991: 226). La caracterización del derecho elaborada por Raz se conforma con el análisis de su noción de autoridad legítima, la cual –a su vez- no resulta inteligible si no se tiene presente la noción de razón excluyente (que Raz sitúa como un elemento clave en su reconstrucción de la estructura del razonamiento práctico) (Bayón 1991b: 25).

El propósito de la teoría de las normas como razones para la acción es mostrar que si la autoridad ha de justificarse por las exigencias de la coordinación, es necesario considerar a sus manifestaciones como razones excluyentes. Ello porque la autoridad puede asegurar la coordinación solamente si los ciudadanos afectados dejan de lado su juicio y, en lugar de actuar sobre la base del balance de razones, lo hacen sobre la base de las instrucciones de la autoridad. Considerar a alguien como una autoridad implica considerar a algunas de sus manifestaciones como autoritativas, aunque puedan ser incorrectas sobre la base del balance de razones. En eso consiste considerar a una manifestación autoritativa como una razón excluyente (Raz 1991: 73). En otras palabras, suele aceptarse que el reconocimiento de una autoridad como legítima implica aceptar su derecho a mandarme y mi deber de obedecerle (Bayón

⁷³ Algunas críticas a la noción de razón excluyente como centro del aparato conceptual que Raz propone para reconstruir el razonamiento práctico son realizadas por Bayón (1991a; 1991b), Comanducci (1996), Green (2005), Reagan (1989), Redondo y Navarro (1991), entre otros. No nos ocuparemos de ellas para no distraernos de nuestro interés concreto en esta ocasión, si bien una cuestión que debería ser retomada a los efectos de considerar análisis alternativos del razonamiento práctico que puedan articularse con el concepto de autoridad.

⁷⁴ Son también razones excluyentes las promesas, las órdenes y las decisiones (Bayón 1991b: 41; Raz 1991: 78-79).

1991b: 26), a la vez que ese reconocimiento implica que una directiva de la autoridad no es sólo una razón para comportarse como ella ordena, sino también una razón para no seguir razones que chocan con la directiva⁷⁵ (Raz 2013: 155).

Las oraciones acerca de la existencia de normas se usan, fundamentalmente, con tres propósitos, cuales son decir que una norma es válida (esto es, justificada), o bien que la norma es practicada (esto es, eficaz), o bien que ha sido prescrita por una cierta persona u órgano. Expondré a continuación con más detalles estos propósitos.

En primer lugar, una norma es válida si, y solo si, los sujetos normativos están justificados en guiar su conducta por ella siempre que ella sea aplicable; es decir, siempre que se den sus condiciones de aplicación. Ahora bien, la cuestión de la validez se distingue de otras cuestiones de justificación, en la medida que una norma puede ser válida y sin embargo su sujeto normativo puede no estar justificado en realizar el acto normativo en ciertas circunstancias (porque pueden estar presentes otras razones en conflicto no excluidas por la norma, que deben prevalecer) (Raz 1991: 91).

Agrega Raz que, una norma legislada puede ser válida aunque la autoridad legislativa no estuviera justificada al dictarla. Sin embargo, una vez dictada, los sujetos normativos tienen razones para considerar esa norma como vinculante, a pesar del hecho de que no debiera haber sido dictada.

En definitiva, cuando se hace referencia a la validez de las normas se está aislando un problema de justificación, cual es: ¿deben los sujetos guiar su conducta por la norma?

En segundo lugar, una norma válida puede ser practicada o no. Que sea practicada implica que al menos algunos creen que es válida, pero de ninguna manera esto implica que sea válida⁷⁶.

⁷⁵ En esto consiste la noción de reemplazo que retomaremos en la tercera parte del texto.

En tercer lugar, una norma es prescrita si es establecida por un individuo o grupo como una norma para guiar la conducta de terceros. Una norma prescrita es una norma establecida por un acto de habla que pretende ser tomado por los sujetos normativos como una razón excluyente para actuar (Raz 1991: 93).

Cuando se afirma la existencia de normas, en definitiva, la afirmación implica que éstas poseen una o más de estas propiedades (válidas, practicadas, prescritas). De las tres dimensiones, la de validez es sin duda la más relevante: sólo las normas válidas son razones válidas (o buenas) (Raz 1991: 95-96).

La presencia de órganos primarios –que caracteriza a un genuino sistema normativo como lo es el sistema jurídico- supone el funcionamiento combinado de dos tipos de relaciones de autoridad. Por un lado, tales órganos resuelven conflictos con arreglo a criterios provenientes de fuentes a las que consideran dotadas de autoridad⁷⁷ y, por otro lado, son considerados a su vez como autoridades por otros órganos⁷⁸ (Bayón 1991b: 33).

3. Sistemas institucionalizados. Instituciones aplicadoras de normas

3.1. Presentación

Los sistemas institucionalizados son conjuntos de normas que o bien establecen ciertas instituciones aplicadoras de normas o bien están internamente relacionados con ellas de alguna manera. Para comprender la naturaleza de los sistemas institucionalizados, abordaré el tema de en qué consisten las instituciones aplicadoras

⁷⁶ Según Raz, esta es una de las razones del fracaso de la teoría de las normas como prácticas, en la medida que es un error pensar que explicando lo que es que una norma sea practicada se explica lo que es una norma (1991: 92-93).

⁷⁷ Es decir, que los jueces aceptan una justificación para no fundar sus decisiones en el balance de razones, sino en las directivas de las autoridades legislativas (Bayón 1991b: 34).

⁷⁸ “...los órganos ejecutores aceptan una justificación para un doble reemplazo: de las razones de orden general aplicables al caso por las directivas de las autoridades legisladoras; y de su juicio acerca de lo que exigen éstas por la decisión al respecto de los órganos primarios” (Bayón 1991b: 34).

de normas y cuáles son las relaciones entre las normas que crean a dichas instituciones y el resto de las normas del sistema (Raz 1991: 151-152). En primer lugar, me ocuparé de analizar cuáles son los rasgos distintivos de los órganos de aplicación de normas, deteniéndome específicamente en las instituciones que Raz llama “órganos primarios”: *“instituciones con poder para determinar la situación normativa de individuos concretos, a los cuales se exige que ejerzan esos poderes aplicando normas existentes, pero cuyas decisiones son vinculantes aun cuando son incorrectas”* (Raz 1991: 156).

Es decir, se trata de una clase de instituciones que contienen normas que confieren poderes a órganos centralizados para hacer determinaciones aplicativas vinculantes. Los tribunales y otros órganos judiciales son el ejemplo más importante de órganos primarios.

Afirmar que la presencia de un órgano primario es un rasgo definitorio de los sistemas institucionalizados se basa, sostiene Raz, en el conocimiento común de casos típicos de sistemas jurídicos y otros sistemas semejantes y, fundamentalmente, en el especial papel que dichas instituciones juegan, cuando existen, en la regulación de las relaciones sociales. *“La presencia de instituciones primarias indica que el sistema normativo de que se trate proporciona una manera institucionalizada y autoritativa de resolver las disputas”* (Raz 1991: 158).

3.2. Los sistemas institucionalizados y las razones excluyentes

Precisamente, la importancia de las instituciones primarias radica en que proveen un método autoritativo institucionalizado de resolver las disputas. Además, tienen el deber de aplicar reglas existentes. Es decir que los órganos primarios añaden al sistema la dimensión de las valoraciones autoritativas de la conducta. Valoración que se realiza sobre la base de los estándares que los órganos primarios del sistema están obligados o vinculados a aplicar.

Los sistemas institucionalizados –al contrario de los sistemas de discreción absoluta⁷⁹- son sistemas coordinados de guía y de valoración: contienen normas que guían la conducta y, a su vez, contienen instituciones para valorarla y juzgarla (Raz 1991: 160). A su vez, los sistemas institucionalizados constan de normas que los tribunales están vinculados a aplicar con independencia de su opinión sobre su mérito. Constan de normas que los órganos primarios del sistema no están en libertad de no tomar en consideración. “*Les está permitido actuar sobre la base de sus propias opiniones sólo hasta el punto en que ello está permitido por aquellas normas*”⁸⁰ (Raz 1991: 160).

Los estándares sobre cuya base deben actuar los órganos primarios son las reglas del sistema bajo el que operan, y deben excluir los estándares que no forman parte del sistema; esto es: los órganos primarios deben actuar sobre la base de ciertas razones con exclusión de todas las demás. En otras palabras están sujetos a una razón excluyente para no actuar sobre la base de ciertas razones (Raz 1991: 164).

Los tribunales juzgan a los individuos sobre la base de las reglas jurídicas, excluyendo las demás consideraciones; por consiguiente, deben juzgar a los individuos como si éstos debieran tomar a los estándares jurídicos como razones excluyentes. Ello porque las reglas del sistema que se aplican a los individuos son idénticas a las reglas mediante las cuales los órganos primarios deben juzgar la conducta de los individuos (Raz 1991: 166).

⁷⁹ A los tribunales de un sistema de discreción absoluta no se les exige que decidan sobre la base de normas especificadas; por lo cual no constituyen órganos primarios. La característica definitoria de un sistema de discreción absoluta es que sus tribunales están sujetos a una sola directiva para tomar sus decisiones: han de tomar siempre la decisión que consideren que es la mejor, sobre la base de todas las razones válidas (Raz 1991: 159).

⁸⁰ En muchos casos, el derecho exige que los tribunales decidan en casos para los cuales el conjunto de normas al cual están vinculados no proporciona una respuesta correcta, a causa de la vaguedad, textura abierta o incompletitud. O bien, el sistema excluye determinadas soluciones como incorrectas. Si el sistema exige que los tribunales no se nieguen a resolver la disputa en estos casos, entonces se exige que determinen el caso de acuerdo con sus propias concepciones de lo correcto (Raz 1991: 161).

En ese sentido, a partir de la distinción entre reglas jurídicas de mandato, permisivas y que confieren poderes (Raz 1986; Raz 1991), Raz especifica: (1) toda regla jurídica que exija la realización de una acción (u omisión) es una razón para la realización (u omisión) de esa acción y también una razón excluyente para no actuar sobre la base de razones en conflicto que no sean ellas mismas normas jurídicas o razones jurídicamente reconocidas; (2) toda regla jurídica permisiva es también una permisión excluyente, es decir, una permisión para realizar el acto normativo y una permisión de segundo orden para no actuar sobre la base de razones para no realizar el acto normativo que no sean ellas mismas normas jurídicas o razones jurídicamente reconocidas; (3) toda regla jurídica que confiera poderes está relacionada con normas jurídicas de mandato y normas jurídicas permisivas del siguiente modo: se asemejan a las normas permisivas y difieren de las de mandato en que tienen una fuerza normativa, sin ser ellas mismas razones completas para la acción. *“Su fuerza normativa se manifiesta en que los enunciados de las normas que confieren poderes son premisas de inferencias prácticas que afectan a la conclusión de la inferencia. Al considerar si se realiza una acción, el hecho de que tenga ciertas consecuencias normativas es una consideración relevante. No es ella misma una razón para realizar la acción o para abstenerse de realizarla (...) Pero, como las normas permisivas, las normas que confieren poderes son normativas y puede decirse que guían la conducta a causa de su contribución a inferencias prácticas, a la solución de problemas prácticos”* (Raz 1991: 120).

En definitiva, un sistema normativo que contenga normas que guíen a los individuos y normas que establezcan instituciones para resolver las disputas surgidas de la aplicación de las primeras; esto es, un sistema basado en órganos primarios, es necesariamente un sistema excluyente (sus normas excluyen la aplicación de razones que no pertenezcan al sistema o que no sean reconocidas por el sistema). El punto de vista jurídico es un punto de vista excluyente: puede haber normas jurídicas en conflicto y al decidir qué debe hacerse puede corresponder ponderar consideraciones

jurídicas en conflicto, pero el derecho es un sistema excluyente y excluye la aplicación de razones extrajurídicas (Raz 1991: 167).

Ahora bien, ya mencioné al definir los órganos primarios que sus determinaciones aplicativas son vinculantes aunque estén equivocadas. Las determinaciones aplicativas de tales órganos no sólo excluyen todas las razones de fuera del sistema sino que también excluyen las reglas del sistema que están en conflicto con ellas. Por otra parte, mencioné que –en general- explicar un concepto (*nuestro* concepto) es una actividad cercana a explicar la naturaleza (propiedades esenciales) de aquello de lo que es un concepto. Es decir que –específicamente- explicar la naturaleza del derecho, de sus propiedades esenciales, es explicar la naturaleza de cierto tipo de institución social que ocupa un rol central en nuestra comprensión de la sociedad; de modo que cuando estudiamos la naturaleza del derecho nos ocupamos de la naturaleza de nuestra propia autocomprensión (Raz 2013: 44).

3.3. Estructura genética y estructura operativa de los sistemas jurídicos

Raz propone la distinción entre dos tipos de estructuras de los sistemas jurídicos, teniendo en cuenta el análisis de la cuestiones vinculadas a la continuidad del sistema en el tiempo y a al alcance o extensión del sistema en un determinado momento⁸¹.

La teoría de la estructura genética es fundamental para el estudio de los llamados sistemas jurídicos no momentáneos, es decir tomando en cuenta la existencia en un extenso período temporal. Se ocupa, entre otros asuntos, de las relaciones entre las disposiciones jurídicas que autorizan la creación de otras, de los procedimientos para el cambio, modificación o derogación de disposiciones pertenecientes al sistema, de los conflictos entre disposiciones y la manera de resolverlos, de los grados de anulabilidad de las disposiciones, de los problemas de la validez con relación al

⁸¹ De alguna manera la distinción guarda similitud con la distinción kelseniana entre sistema normativo dinámico y sistema normativo estático (Kelsen 1960, cap. IV y V; Raz 1986: 220).

tiempo (retroactividad, etc.) (Raz 1986: 221). La teoría de la estructura operativa, por el contrario, es relevante para el estudio de los sistemas jurídicos momentáneos. *“No se ocupa de la forma en que las disposiciones jurídicas fueron creadas, sino del efecto de las disposiciones jurídicas que existen en un determinado momento”* (Raz 1986: 221).

El sistema jurídico como sistema normativo es parte del sistema político. La continuidad del orden jurídico, entonces, se vincula a la continuidad del sistema político (es una función del sistema político), por lo que se puede ver afectado por eventos vinculados a las normas no jurídicas que integran el sistema político. En definitiva, la relación entre ambos sistemas (a los que podríamos referirnos en términos de derecho y Estado o en términos de derecho y comunidad política), en relación a la continuidad, puede basarse en los siguientes puntos: *“...la continuidad depende de la interacción de las normas jurídicas y de las no jurídicas y de la extensión y forma de su cambio”* y *“...que de entre las normas jurídicas existen algunas [las de contenido político] que son más relevantes que otras⁸²”* (Vilajosana 1997: 127). Luego de presentar brevemente esta conexión del derecho con la política, a continuación me ocuparé de las cuestiones centrales de la doctrina de la autoridad legítima, es decir de la conexión del derecho con la moral. Las reglas jurídicas son directivas autoritativas, *“y esa cualidad les pertenece en virtud de su jerarquía en una comunidad política a la que pertenecen y que, en parte, constituyen”* (Raz 2013: 113). Por lo cual, *“su carácter autoritativo está conectado con el hecho de ser el derecho de una comunidad política”* (Raz 2013: 113).

Raz considera que nuestro concepto de derecho es un concepto normativo, en la medida que involucra un estándar de excelencia, cual es la idea de autoridad legítima. Es la autoridad legítima el valor moral que constituye el estándar de excelencia del concepto de derecho (Gaido 2011: 45). En ese sentido, refiriéndose al Estado como

⁸² El derecho constitucional y derecho el administrativo son más importantes que el derecho contractual, por ejemplo (Vilajosana 1997: 127).

concepto normativo (Green 1990), Raz señala que el hecho de que el mismo pretenda autoridad suprema y comprehensiva⁸³ es parte de lo que hace que una institución social sea un Estado. El concepto de Estado es el concepto de una organización política que pretende autoridad suprema. A su vez, es el concepto de una organización política que solo es buena si tiene la autoridad que pretende (Raz 2003a: 31; Marmor 2010; Marmor 2011).

Un buen sistema jurídico sería aquel que pretende autoridad legítima. Recordemos que los sistemas jurídicos son un aspecto o una dimensión de los sistemas políticos (Estado, comunidad⁸⁴), tal que la existencia y la identidad de un sistema jurídico se vincula con la existencia e identidad del sistema político del cual constituye una dimensión. Entre los rasgos que están presentes en todos los sistemas jurídicos y que explican el papel especial que el derecho tiene en el sistema político Raz menciona que sea abierto⁸⁵, comprehensivo⁸⁶ y supremo⁸⁷ (1986: 253-254). En el capítulo siguiente abordaré la concepción de la autoridad de Raz y su vinculación con la tesis de las fuentes sociales del derecho.

⁸³ Pretende autoridad para regular cualquier tipo de conducta.

⁸⁴ La comunidad política es vista como un agente capaz de decisión y acción y, en ese sentido, decide cómo deben comportarse sus integrantes. En general, el derecho representa los estándares considerados obligatorios en la comunidad por ser, precisamente, expresiones de las decisiones de la comunidad. Al respecto, Raz se aparta explícitamente de la noción de comunidad propuesta por Dworkin (1986) en cuanto a que las comunidades poseen intereses con peso moral que son independientes de los intereses de los individuos (Raz 2013: 114).

⁸⁵ La cuestión de si el derecho es un sistema normativo abierto o cerrado, es decir, de hasta qué punto el derecho es autosuficiente para guiar a los integrantes de la comunidad y a los funcionarios del sistema por medio de sus propios recursos, y de hasta qué punto es abierto, esto es, toma en préstamo normas morales, sociales y otras se resuelve teniendo en cuenta que el derecho es una institución social. Es decir, si se los concibe como sistemas institucionales, los sistemas jurídicos son sistemas necesariamente abiertos, cuyas normas son producto de la costumbre, del precedente o de la legislación (fuentes sociales) (Ruiz Manero 1991: 325).

⁸⁶ Pretenden autoridad para regular todo tipo de conducta de una determinada comunidad (Raz 1991: 175).

⁸⁷ Señala Raz que esta condición está implícita en la condición de comprehensividad de los sistemas jurídicos. “Significa que todo sistema jurídico pretende autoridad para regular el establecimiento y la aplicación de otros sistemas institucionalizados por su comunidad-sujeto”. Es decir, que “todo sistema jurídico pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre el establecimiento y funcionamiento de todas las organizaciones normativas a las que pertenecen los miembros de la comunidad-sujeto” (Raz 1991: 176).

TERCERA PARTE

LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO

1. Aspectos generales

1.1. La pretensión de autoridad legítima como parte de la naturaleza del derecho

Una teoría general de la autoridad se ocupa de establecer lo que ha de darse para que exista una autoridad legítima. Por tanto, establece que *“una persona puede tener autoridad sobre otra sólo si hay razones suficientes para que esta última esté sometida a deberes cuando así lo diga la primera”* (Raz 2006: 150). Asimismo, una teoría de la autoridad no nos brinda información acerca de quién tiene autoridad sobre quién y con respecto a qué esferas de conducta, en la medida que determinar esas cuestiones es el resultado de la evaluación de casos individuales (Raz 2006: 150).

Una teoría del derecho debe servir para comprender los rasgos más relevantes del tipo especial de institución social que el derecho es. Una característica que distingue al derecho de los demás órdenes coactivos es la pretensión de autoridad. Es un rasgo esencial del derecho su pretensión de autoridad legítima (Raz 1982: 49). Todos los sistemas jurídicos pretenden autoridad, en el sentido de que reclaman obediencia. Las autoridades jurídicas tienen la pretensión de que sus normas sean legítimas y que efectivamente tengan la capacidad de crear pautas vinculantes de comportamiento. Eso es, en definitiva, tener autoridad. Ahora bien, para Raz no es posible construir un concepto de autoridad que sea explicativamente neutro⁸⁸. Para esclarecer qué es una autoridad es necesario comprender qué es lo que nos lleva a afirmar que una autoridad es legítima. Es decir, que debemos *“tener una teoría normativa respecto de*

⁸⁸ Los conceptos normativos –como el de autoridad– no admiten explicaciones normativamente neutrales (Raz 2006: 145).

qué es la autoridad legítima” (Ródenas 2006: 179). Para la elaboración de una concepción institucional de la autoridad Marmor parte de la idea intuitiva de que las autoridades prácticas⁸⁹ no son necesariamente legítimas; lo cual permite separar la cuestión de en qué consiste tener autoridad práctica de la cuestión de la legitimidad de la autoridad. Sostiene Marmor que, por un lado, poseer autoridad práctica está determinado por una práctica social o institucional y, por otro lado, la legitimidad de la autoridad está conectada con el tipo de práctica de que se trate y los términos (voluntario o involuntario) en los que se participa en dicha práctica (Marmor 2011: 1). Las directivas de la autoridad son actos de habla del tipo que pretende motivar la conducta en la medida que los destinatarios reconocen la emisión de la directiva como una razón para la acción⁹⁰ (Marmor 2011). De todas formas, aún sin el acto de habla es del tipo adecuado deben tener lugar exigencias adicionales para que la directiva sea efectivamente autoritativa; es decir que quien emite la directiva debe poseer poder normativo⁹¹. Marmor agrega dos puntos adicionales a la caracterización de la autoridad práctica, cuales son que la posesión de poder normativo en el sentido relevante solo puede estar garantizada por normas (reglas o convenciones) que confieren potestades y que esas normas están apoyadas en una práctica o tienen

⁸⁹ Marmor (2011) caracteriza la autoridad práctica como aquella que tiene la potestad de modificar la situación normativa de un tercero (es el caso de las autoridades legales, obviamente, pero también de la autoridad paterna sobre los hijos, de la autoridad del empleador sobre sus empleados, de los árbitros o jueces de los juegos sobre los jugadores, entre otros casos similares). Ser una autoridad normativa implica tener poder normativo para imponer obligaciones a otros. En definitiva, alguien es considerado una autoridad práctica cuando se encuentra en una posición normativa tal que puede imponer una obligación a otra persona a través de la expresión de una directiva que se constituye para el sujeto como una razón para actuar como lo manda la directiva (Raz 2009: 134).

⁹⁰ Con esta característica se vincula considerar a las razones para cumplimiento con las directivas autoritativas como independientes del contenido (*content-independence*) (Green 1990: 36-40).

⁹¹ Hohfeld (1995) define este tipo de derecho como la habilidad, en sentido normativo, del titular del poder para introducir cambios en las relaciones normativas entre partes relevantes. De manera que A tiene poder sobre B en la materia C si B está sujeto a la decisión de A en cuanto a la variación de su estatus normativo en determinadas circunstancias (Marmor 2011: 3). De este modo, el poder normativo involucra dos nociones: la habilidad de introducir cambios en la situación normativa existente entre las partes relevantes y la idea de que la introducción de ese cambio es unilateral, es decir, sujeto a la discrecionalidad o decisión del titular del poder (con un rango determinado de opciones). Por consiguiente, Marmor (2011: 4) entiende que no tiene sentido referirse al poder sin que se encuentre determinado un particular contexto normativo (esto es: una división entre los derechos y obligaciones de las partes relevantes que la autoridad está en posición de cambiar).

naturaleza institucional (Marmor 2011: 4; Marmor 2010). Teniendo en cuenta estas afirmaciones de Marmor, puede decirse que, en primer lugar, tener autoridad práctica es tener un poder normativo de cierto tipo⁹²; en segundo lugar, dicho poder está fundado o constituido por normas, y; en tercer lugar, las normas que confieren poderes son esencialmente institucionales (forman parte de una institución o práctica social). La cuestión de la legitimidad de la autoridad es, entonces, una cuestión distinta a la caracterización de la autoridad práctica. Cuando la participación en la práctica es voluntaria la justificación de la sujeción a las reglas o convenciones de la práctica está basada en el consentimiento. Cuando la participación en una práctica determinada no es voluntaria (en los sistemas legales, por ejemplo), la legitimidad de la autoridad depende de si –en primer lugar- los participantes tienen buenas razones para ser participantes y, por tanto, de las funciones que la autoridad desempeña. Las razones para la participación y en el nivel de cooperación o compromiso con la práctica tienen una relación crucial con la legitimidad de la autoridad, de modo que la falta de consentimiento no opera en detrimento del compromiso con la práctica. La legitimidad de la autoridad práctica no puede analizarse aislada del complejo de consideraciones que determina la legitimidad de la práctica de la cual la autoridad es parte. En otras palabras, la autoridad es legítima si existen buenas razones para contar con la práctica concreta de la cual la autoridad es parte (Marmor 2011: 14-15; Raz 1986b: 53). En un sentido similar, de acuerdo a la concepción de la autoridad como servicio propuesta por Raz, una autoridad es legítima si es más probable que los sujetos actúen de conformidad con las mejores razones que se les aplican si siguen las directivas de la autoridad en lugar de recurrir al propio balance de razones. En eso

⁹² Las autoridades prácticas tienen poder “sistémico” (por oposición al poder “ad hoc” o singular). El poder sistémico es complejo, está constituido por normas, supone la facultad de elegir entre un rango determinado de opciones (Marmor 2010: 134; Marmor 2011: 5-6, Schiavello 2007). Típicamente, las autoridades prácticas funcionan hacen parte de prácticas institucionales (no suelen formar parte de prácticas sociales que no cuenten con cierto grado relevante de institucionalización). Ello porque las autoridades prácticas están constituidas por poderes sistémicos fundados en un complejo entrelazado de normas. La existencia de esa compleja estructura normativa requiere un nivel significativo de institucionalización, que se muestra –fundamentalmente- en la existencia de reglas secundarias, mecanismos de sanción (Hart 1961; Marmor 2011).

consiste la idea central de la tesis de la justificación normal. Es decir que la legitimidad de la autoridad, en última instancia, depende de las razones que se aplican a los sujetos; las razones para participar en la práctica (voluntaria o no) son parte de las razones en juego (Marmor 2011: 16). La solidez (*soundness*) –en términos de Marmor- de la directiva es a lo que refiere la tesis de la justificación normal cuando alude a la posibilidad de que los sujetos actúen según las razones que les son aplicables siguiendo la directiva autoritativa (Marmor 2011: 16).

La pretensión de autoridad no da cuenta de que las autoridades sean legítimas, dado que la verificación de la legitimidad depende de pautas morales que son independientes de las normas jurídicas. Lo que se presupone es que necesariamente el derecho posee autoridad de facto (Orunesu 2012: 249; Tucker 2012) y que necesariamente pretende autoridad legítima (Raz 1985; Raz 2006). Por tanto, una teoría del derecho tiene que ocuparse de explicar en qué consiste tener autoridad y en qué condiciones es posible que el derecho la tenga (Raz 2006). La naturaleza autoritativa del derecho requiere que las normas jurídicas actúen como razones excluyentes para la acción, es decir, que modifiquen, desplacen o guíen las razones individuales para actuar. Y para que las normas desplacen del balance de razones a las razones ordinarias, el derecho requiere que sus normas puedan ser identificadas sin que sea preciso recurrir a argumentos de tipo moral, pues, si para identificar una directiva de la autoridad o su contenido el sujeto tuviese que revisar las consideraciones sustantivas que se supone que ya fueron evaluadas por la autoridad, la autoridad no cumpliría su función mediadora (Raz 2006; Stoltz 2008: 35).

En cuanto a los jueces, la concepción autoritativa requiere una cierta actitud frente a las normas que no exige la creencia en la corrección moral de su contenido (o la adhesión a su contenido), sino solamente que los jueces entiendan o acepten la presencia de una norma originada en la autoridad como razón excluyente. De este modo, la aceptación del carácter vinculante de una norma no depende de su contenido sino de su origen. En definitiva, la naturaleza autoritativa del derecho supone la

adhesión a la tesis de las fuentes sociales del derecho, en la medida que dicha tesis es la única que permite identificar el derecho sin acudir a consideraciones morales.

1.2. A propósito de la posesión y aplicación del concepto de autoridad

Como ya mencioné, la concepción de la autoridad como servicio incluye una explicación de lo que es tener autoridad y estar sometido a ella. No es una teoría acerca de lo que la gente piensa que es tener autoridad o estar sometido a ella. De este modo, la teoría es compatible con afirmar que las personas poseen diferentes creencias acerca de estas cuestiones, aunque pueda seguirse de la teoría que esas creencias son falsas o equivocadas, o que las personas poseen el concepto de autoridad pero su comprensión es parcial (Raz 2006: 144). Ahora bien, las personas pueden estar equivocadas acerca de la posibilidad⁹³ de la autoridad legítima y no necesariamente estar también equivocadas respecto del concepto de autoridad (Raz 2006: 145-146), de modo que *“su error, si es que están equivocadas, pudiera estar en algunas de sus creencias normativas, más que en su comprensión conceptual”* (Raz 2006: 146).

2. La normatividad del derecho como problema teórico

El derecho puede ser abordado como objeto normativo desde dos perspectivas. Por un lado, se trata de una institución social, que es posible de ser descrita desde un punto de vista externo, valorativamente neutral y mediante el uso de enunciados con valor veritativo. Por otro lado, el derecho es esencialmente práctico, en tanto permite justificar acciones y decisiones, empleando a las normas jurídicas como razones para actuar (Bayón 1991a: 17, Postema 1987: 81, Nino 1985: 177, Caracciolo 1988: 22).

⁹³ Se refiere a la existencia de ejemplos de nuestro concepto actual de autoridad y, por tanto, tiene relación con la cuestión de la historicidad de los conceptos (Raz 2006: 146-147). La historicidad del concepto de autoridad implica: *“primero, que hubo un tiempo en el cual el concepto no existía en absoluto y, segundo, que nuestro concepto es un descendiente de conceptos anteriores”* (Raz 2006: 147).

Ahora bien, entre ambas perspectivas o aspectos del fenómeno jurídico existe una tensión consistente en que: si el derecho consiste en un conjunto de hechos sociales complejos que pueden ser identificados sin compromisos valorativos, resulta poco sencillo explicar de qué modo ese conjunto de hechos sociales identificado sirve como razón justificativa de ciertas acciones y decisiones (Bayón 1991a: 18).

Entiende Bayón, que otro modo de plantear el problema de la normatividad del derecho consiste en presentarlo como una dificultad interna de la tradición del positivismo jurídico para conciliar la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la falibilidad moral (o del carácter moralmente no concluyente) del derecho, las cuales son manifestaciones de la idea de separación conceptual entre el derecho y la moral (Bayón 1991a: 18-19). En virtud de estas dos tesis parece posible deslindar o distinguir el derecho que *es* y el derecho que moralmente *debe ser*. Según el autor, el problema surge en la medida que se sostiene que el derecho que *es* debe (jurídica, no moralmente) ser aplicado. Porque si los enunciados mediante los cuales es identificado lo que el derecho dispone son puramente descriptivos, no se ve con claridad el modo en que puede construirse con ellos un razonamiento práctico justificatorio tal que su conclusión entrañe una actitud práctica, sin que esa conclusión esté ya presente en la aceptación de las premisas. Por el contrario, si los enunciados acerca de lo que el derecho dispone son enunciados prácticos, es decir, si el derecho se concibe como un conjunto de deberes (o normas entendidas como juicios de deber ser), resulta necesario aclarar cómo el derecho puede estar en relación causal con hechos sociales, pertenecientes al mundo del ser (Bayón 1991a: 20).

El problema de la normatividad del derecho, entonces, puede presentarse también como el problema consistente en explicar la forma en que están relacionados dos conceptos o sentidos en los que hablamos de “normas” o en que afirmamos que “existe una norma”: las normas como *fenómenos sociales* y las normas como *juicios de deber* (Bayón 1991a: 19-20).

Señala Bayón (1991: 20), coincidiendo con Raz, que la solución al problema esbozado no se encuentra en el denominado reduccionismo semántico: si esos enunciados acerca de normas se consideran equivalentes o traducibles a enunciados descriptivos de cualquier clase de hechos (Raz 1981: 441-459; Vernengo 1986: 79-97). El aspecto fundamental de la objeción radica en que, interpretados de este modo, los enunciados relativos a lo que el derecho dispone (o a lo que jurídicamente se debe hacer) quedan privados de su carácter práctico o normativo, deviniendo incapaces de captar el sentido en que son usados para exigir o justificar acciones o decisiones, esto es: para la guía y la evaluación de conductas (Bayón 1991a: 23-24). Esta afirmación, la encontramos ya en Hart (Hart 1958; Hart 1961: 102-113), concretamente al referirse a la clase de enunciados jurídicos (o clase de normas) que pueden ser explicados como descriptivos de alguna clase de hechos y que son empleados para exigir, justificar o criticar acciones. Se trata de enunciados que expresan juicios prácticos con los cuales se manifiesta la aceptación de una regla, de la cual se hace uso como criterio de evaluación de conductas. En ese sentido, los sujetos que adoptan este punto de vista (el punto de vista interno o del participante de la práctica), formulan enunciados internos y actúan en consecuencia. Por tanto, desde fuera, es posible que un mero observador que no adopta para sí aquel punto de vista, constate una serie de regularidades de comportamiento, de las cuales puede dar cuenta a través de enunciados externos, meramente descriptivos (punto de vista externo).

Retomando la crítica al reduccionismo semántico, el principal defecto que encuentran estos autores consiste en que se pierde de vista el primer tipo de enunciados (los enunciados internos). Más aún: el reduccionismo semántico interpreta cualquier clase de enunciado que se formule acerca del derecho como un enunciado externo, lo cual implica una grave distorsión del punto de vista de los sujetos que aceptan las reglas y las adoptan como criterio de evaluación de conductas (Bayón 1991a: 24; Shapiro 2006).

3. La concepción de la autoridad como servicio

3.1. Introducción

Una de las cuestiones centrales de las que se ha ocupado la teoría del derecho consiste en la explicación del doble carácter del derecho como hecho social y como orden normativo. En la tradición iusnaturalista ese doble carácter se articula a partir de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral. En la tradición positivista, por el contrario, el abordaje supone la separación conceptual entre derecho y moral. En el caso de Raz, el derecho es considerado como un sistema que pretende autoridad. La pretensión de ser una estructura de autoridad legal es considerada un rasgo necesario del concepto de derecho. En ese sentido, fácticamente puede fracasar en su propósito, de modo que ser efectivamente legítimo es una cuestión contingente: *“no obstante se necesaria la idea de legitimidad para comprender la idea de derecho, la existencia del derecho no depende de la verificación de su legitimidad”* (Gaido 2011: 112). Teniendo en cuenta lo anterior, puede precisarse que la teoría positivista de Raz deja abierta la cuestión de si los ciudadanos deben reconocer la autoridad del derecho. El derecho pretende autoridad, en el sentido que se presenta como un conjunto de pautas autoritativas que requiere de sus destinatarios que reconozcan su validez (Tucker 2012). Las preguntas que la teoría de la autoridad del derecho raziana busca responder son las siguientes. ¿Debe ser reconocida la pretensión de autoridad del derecho? ¿Dicha pretensión está justificada? ¿La legitimidad de la autoridad del derecho está condicionada por un reconocimiento jurídico del derecho a disentir? (Raz 1982: 53)

En cuanto al tratamiento de la justificación de la autoridad, Raz (1982: 21-23) recorre diferentes análisis (unos centrados en las condiciones que de hecho son necesarias o suficientes para tener autoridad efectiva, otros centrados en la descripción de las condiciones necesarias para tener autoridad legítima o *de iure*).

Concluye que de dichos modelos de explicación resultan insuficientes⁹⁴, en la medida que no explican “*qué se tiene cuando se tiene autoridad*” (Raz 1982: 23) y no recupera la conexión entre autoridad y razón práctica; por lo cual propone indagar cuáles serían los argumentos cuya invocación equivalga a una pretensión de autoridad, asumiendo como orientación para esa indagación que “*la autoridad es una habilidad para realizar ciertos tipos de acción*” (Raz 1982: 23).

La autoridad es un concepto práctico, de ahí que los enunciados que confieren autoridad a algunas personas son susceptibles de formar parte de inferencias prácticas. Es precisamente el carácter específico de la autoridad del derecho, en cuanto a la relevancia de sus enunciados en el razonamiento práctico, el centro del análisis de Raz del concepto de autoridad (Raz 1982: 28). Teniendo en cuenta dicha relevancia práctica, es que el autor prefiere explicar la autoridad en términos de razones, específicamente en términos de razones excluyentes. Una regla jurídica es autoritativa, entonces, “*si su existencia es una razón para realizar una acción y para excluir consideraciones en contra*” (Raz 1982: 48).

3.2. El concepto de autoridad

El concepto de autoridad propuesto por Raz se estructura en tres tesis (Raz 2001b: 231; Raz 1982; Raz 1985; Raz 1986b; Raz 2001a). Una formulación de esas tesis podría ser la siguiente:

- a) Tesis de la dependencia: todas las instrucciones dotadas de autoridad o directivas autoritativas deben basarse en razones que son aplicables a los destinatarios, y que refieran a las circunstancias cubiertas por tales directivas. Esas razones se denominan razones dependientes.

⁹⁴ El análisis de la autoridad legítima no es suficiente para comprender la noción de autoridad, sino que para ello es necesario incluir un análisis de la autoridad efectiva. Si bien la noción de autoridad legítima no presupone la noción de autoridad efectiva, lo contrario no es cierto. La noción de autoridad legítima es presupuesta por la de autoridad efectiva (Raz 1982: 25).

- b) Tesis de la justificación normal: la autoridad está justificada si el destinatario tiene más posibilidades de cumplir con las razones subyacentes que le son aplicables (distintas a las órdenes dotadas de autoridad) si guía su comportamiento por las directivas autoritativas e intenta cumplirlas, que si intentara seguir las razones que se le aplican de manera directa (es decir, cumple mejor con las razones subyacentes si se guía por las directivas de la autoridad que si lo hace por su propia deliberación).
- c) Tesis del reemplazo: las directivas de la autoridad proporcionan razones para la acción que desplazan otro tipo de razones para actuar⁹⁵.

El planteo de Raz sobre la concepción como servicio incorpora dos problemas básicos sobre la autoridad, uno teórico y uno moral. Partiendo de la idea de que la autoridad es un derecho a gobernar, la pregunta teórica refiere a cómo entender la existencia de una directiva autoritativa (producto del derecho a gobernar). Si la directiva fue emitida por quien tiene un derecho a gobernar, sus destinatarios tienen la obligación de obedecer (Raz 2006: 149). El problema teórico de la concepción de la autoridad se relaciona, entonces, con su derecho a imponer deberes. El problema moral tiene que ver con la pregunta por ¿cómo puede ser que alguien tenga un deber de someter sus propios voluntad y juicio a los de otra persona? (Raz 2006: 149). La respuesta remite al cumplimiento de dos condiciones relativas a las tesis antes mencionadas. Es decir, la autoridad está justificada, en primer lugar, cuando quien está sometido a la autoridad se conformaría mejor con razones que de todos modos le son aplicables si procura ser guiado por las directivas de autoridad que si no lo hace (Raz 2006: 150; Himma 2007; Tucker 2012; Hershovitz 2011a; Hershovitz 2011b). Raz se refiere así a la condición o tesis de la justificación normal, que es la clave para

⁹⁵ La tesis del reemplazo es presentada también como tesis de la exclusividad y formulada de la siguiente manera: “*el hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas*” (Raz 2001b: 231).

la justificación de la autoridad: la autoridad ayuda a nuestra capacidad racional⁹⁶, cuya función es asegurar la conformidad con la razón (Raz 2006: 153). La autoridad puede ser legítima, entonces, si la conformidad con ella mejora la conformidad de uno mismo con la razón (Raz 2006: 152). En segundo lugar, la otra condición que debe darse es que las cuestiones con respecto a las cuales se reúne la primera condición son tales que, en relación a ellas es mejor conformarse con la razón que decidir por uno mismo (Raz 2006: 150-151). En otras palabras, actuar por uno mismo es menos importante que conformarse con la razón. La autoridad es un mecanismo cuyo uso les permite a las personas alcanzar la finalidad (*telos*) de su capacidad para la acción racional, aunque no a través de su uso directo (Raz 2006: 154).

Se espera de una autoridad legítima que considere las razones relevantes que se aplican a los sujetos que están sometidos a su autoridad. Su legitimidad depende de la adecuada ponderación de esas razones subyacentes (o “razones dependientes”) y de que con carácter excluyente determinen qué razones para la acción deben seguir los sujetos (Marmor 2010: 5). De este modo, una directiva autoritativa es a la vez una razón preferente (o que reemplaza) y protegida: la directiva reemplaza razones para la acción que puedan haber tenido los sujetos, y la razón para la acción constituida por una directiva autoritativa es una razón de primer orden para la acción a la vez que una razón excluyente (Marmor 2010, Hershovitz 2011) de las potenciales razones en conflicto.

La condición de independencia *“tiene como premisa la idea de que es importante que las personas decidan por sí mismas cómo dirigir sus vidas, y que, especialmente en algunas áreas, con sólo limitada confianza en el consejo directo, más aún en el caso de órdenes, de otras personas”* (Raz 2006: 161). Someterse a la autoridad es una forma de reducir o desplazar las cargas de la decisión y de la indagación, y sólo puede estar justificada si es consistente con la condición de independencia. A la vez que, la

⁹⁶ La autoridad permite a nuestra capacidad racional alcanzar su propósito con más éxito (Raz 2006: 153).

condición de justificación normal permite que *“cumplir con la carga de la decisión y la indagación sea uno de los beneficios que las autoridades pueden aportar”* (Raz 2006: 162). ¿Cuál es el servicio que ofrece la autoridad? La autoridad sirve a aquellos que se encuentran sujetos a ella cumpliendo el papel de mediar entre ellos y las razones para actuar que les son aplicables, haciendo que los destinatarios no tengan que sopesar por sí mismos las razones aplicables (Orunesu 2012: 250; Hershovitz 2011b).

La concepción de la autoridad como servicio consiste, de un lado, en que ésta traduce en directivas las razones subyacentes que los destinatarios deberían tener en cuenta en su balance de razones. De otro lado, consiste en que los destinatarios se guíen por las directivas de la autoridad en lugar de efectuar el balance de razones que subyacen a las directivas. De ahí que la directivas de la autoridad reemplacen a las razones subyacentes y permitan que el destinatario acceda a seguir el juicio de la autoridad en lugar del suyo propio (Orunesu 2012: 250). Cuando los destinatarios toman las directivas de la autoridad como razones excluyentes, entonces la autoridad es legítima.

Las consecuencias que se siguen de afirmar que alguien tiene autoridad se concretan en la tesis del reemplazo. La particularidad de la autoridad tiene que ver con la manera en que restringe nuestra capacidad de actuar independientemente. En ese sentido, las directivas de la autoridad reemplazan a las razones en contra de la conducta que exigen. Se supone que la autoridad está pensada para tener en cuenta ella misma dichas razones al decidir sus directivas (Raz 2006: 154). *“La disposiciones jurídicas legítimas, y en general las directivas de las autoridades legítimas, reemplazan a las razones subyacentes que podrían militar en contra de las directivas autoritativas y las sustituyen por sus propios requerimientos”* (Raz 2006: 154).

En definitiva –sostiene Raz- la tesis del reemplazo afecta dos tipos de razones: a) se reemplazan razones en contra de la conducta requerida por la directiva de la autoridad; b) se reemplazan razones que militan en contra de la conveniencia de emitir la directiva⁹⁷ (Raz 2006: 154). La fuerza del reemplazo es parte de la naturaleza de la autoridad: *“no puede tener éxito como autoridad (o sea, éxito en mejorar nuestra conformidad con la razón) si no reemplaza a las razones de fondo. La función de las autoridades es mejorar nuestra conformidad con esas razones de fondo haciendo que tratemos de seguir sus instrucciones en lugar de las razones de fondo”* (Raz 2006: 154).

La tesis del reemplazo da cuenta de que las autoridades son capaces de funcionar (sus directivas sustituyen a las razones de fondo) porque sus directivas son el producto de decisiones tomadas por agentes cuya función es determinar qué es lo que debemos hacer y ordenarnos hacerlo. Asimismo, las autoridades son legítimas si al hacer eso logran como resultado una mejor conformidad con la razón (Raz 2006: 155).

Con relación al problema teórico, puede decirse que –a pesar de su carácter especial- cuando la autoridad está sometida a las condiciones de justificación normal e independencia, es un caso más de razones para la acción. En ese sentido, la pregunta por cómo pueden las personas crear razones al actuar con la intención de hacerlo, se responde afirmando que esto ocurre cuando consideraciones que son independientes de la voluntad humana así lo determinan (Raz 2006: 155). La autoridad produce razones generadas por acciones diseñadas para hacerlo, porque consideraciones independientes de la voluntad humana validarán tal creación de razones. De ese modo, al seguir las directivas de la autoridad seguimos a la razón y ejercemos nuestro juicio al aceptar la fuerza vinculante de actos que reemplazan nuestra libertad de actuar por algunas de las razones de fondo (Raz 2006: 155; Marmor 2010; Marmor 2011). El concepto de autoridad legítima se refiere a una autoridad aceptada por los

⁹⁷ Por ejemplo, razones como que la cuestión debería dejarse al arbitrio individual, que la directiva podría tener efectos colaterales indeseables.

destinatarios, pero es importante no confundir cuál es el objeto de la aceptación. El sujeto que es destinatario de la directiva autoritativa lo que acepta es la función excluyente de la autoridad práctica. Acepta que la directiva autoritativa tenga carácter preferente y protegido y que, en definitiva, excluya el propio juicio del sujeto. Por tanto, lo específico es que la aceptación no es respecto al contenido de la directiva autoritativa, sino respecto a su carácter excluyente en el razonamiento práctico. Las tres tesis que expuse en el presente apartado (la tesis de la dependencia, la tesis de la justificación normal, y la tesis del reemplazo) concentran las implicaciones que en el razonamiento práctico tiene la doctrina de la autoridad articulada con la tesis de las fuentes sociales del derecho en su versión fuerte. En el apartado siguiente me ocuparé de presentar la versión de la tesis de las fuentes sostenida por Raz, a la que debe atribuírsele un papel central en la conformación de su teoría del derecho como una teoría positivista.

4. La tesis de las fuentes

4.1. Las tesis vinculadas a la naturaleza del positivismo jurídico como teoría del derecho

La controversia acerca de la naturaleza del positivismo jurídico se sitúa en tres áreas que se vinculan, respectivamente, a la identificación del derecho, a su valor moral y al significado de sus términos básicos, y que pueden identificarse como la tesis social, la tesis moral y la tesis semántica⁹⁸, respectivamente (Raz 1982: 57). La tesis social, más allá de matices y elaboraciones según los diferentes teóricos, supone que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales; la tesis moral afirma que el valor o mérito moral del derecho es una cuestión contingente⁹⁹ (y, en ese sentido,

⁹⁸ En este apartado destinado a presentar una introducción a la tesis de las fuentes emplearemos la terminología de Raz en *La autoridad del Derecho* (1982): tesis social, tesis moral y tesis semántica.

⁹⁹ Algunas de las consecuencias de explicar la naturaleza del derecho como institución social (esto es, de una teoría del derecho de tipo conceptual en la que la explicación se centra en los criterios generales de existencia e identidad de los sistemas jurídicos) resultan claramente incompatibles con los

dependiente de las circunstancias de la sociedad en que se aplica y el contenido del derecho); por último, la tesis semántica tiene una formulación negativa y sostiene que términos como “derecho” y “deber” no pueden emplearse con el mismo significado en el discurso jurídico y en el discurso moral (Raz 1982: 58).

4.1.1. La tesis social: planteo

La tesis social establece que el derecho es una cuestión de hechos sociales y separa nítidamente la descripción del derecho de su evaluación (Raz 1982: 61; Moreso 2004: 49-50; Himma 2002; Kramer 1999; Kramer 2004; Moreso 2004; Paulson 2011). Una formulación sencilla de la tesis social sería afirmar que la existencia del derecho depende de la existencia de determinados hechos sociales, esto es, que el derecho sobreviene o es producto de determinados hechos sociales. Para el positivismo jurídico, la existencia de esos hechos sociales es condición necesaria¹⁰⁰ y suficiente de la existencia del derecho, en la medida que el derecho de una comunidad política no existiría sin determinados comportamientos y actitudes de los integrantes de esa comunidad y que tales conductas son lo único que se requiere para dar lugar a un

postulados iusnaturalistas. En ese sentido, si el derecho consiste en estándares institucionales ello no es consistente con propuesta alguna que refiera a la conexión necesaria entre derecho y moral. Precisamente, la tesis de la separación rechaza la imposición de calificativos morales como condición de la validez jurídica de una disposición o de un orden normativo, por más que los mismos puedan ser objetables desde el punto de vista moral. En otras palabras, el derecho puede tener propiedades morales necesarias, pero no es adecuado imponer condiciones morales independientes para identificarlo, ya que ello implicaría que no todas las disposiciones que lo componen son derecho (Raz 1982: 64-65).

¹⁰⁰ Según la teoría del derecho de Dworkin, por el contrario, la existencia de determinados hechos sociales es una condición necesaria, pero no suficiente, de la existencia del derecho. Ello porque, de acuerdo a la etapa preinterpretativa del derecho, esos hechos son relevantes para la identificación del derecho, pero se agrega la exigencia de que los contenidos de las normas jurídicas producto de esos hechos no contradiga lo dispuesto en un modelo ideal. De acuerdo con Dworkin, la coerción debe emplearse de conformidad con un conjunto de principios moralmente justificados, de modo que una comunidad posee un sistema jurídico sólo si cumple con ese ideal. El derecho está compuesto, entonces, por todas las consideraciones que los jueces de una determinada comunidad deben aplicar por estar moralmente justificadas, independientemente de que dichas consideraciones estén determinadas por fuentes (origen en hechos sociales). Para identificar el derecho de una determinada comunidad, en definitiva, Dworkin (1977 y 1986) entiende que es necesario comprometerse con un argumento político y moral que sea consistente con la mejor interpretación de las prácticas jurídicas a la luz de ese ideal (Vilajosana 2007: 48).

sistema jurídico (Vilajosana 2007: 30). Ahora bien, teniendo en cuenta la distinción al interior del positivismo jurídico entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente, es menester tener en cuenta otra distinción adicional: entre las condiciones de existencia de los criterios de pertenencia de las normas a un sistema jurídico y el contenido de esos criterios. En ese sentido, para la corriente positivista excluyente, ambas cuestiones remiten a hechos sociales; en tanto para la corriente incluyente, los hechos sociales son condición necesaria de la existencia de los criterios de pertenencia de las normas a un sistema jurídico, pero no aparecen como contenido de dichos criterios (Vilajosana 2007: 30; Moreso 2004: 51 y ss.).

4.1.2. La tesis moral: planteo

La tesis moral afirma que el valor moral de una disposición normativa o de un orden jurídico es una cuestión contingente que depende del contenido del derecho en una sociedad determinada. Esta tesis no implica que no pueda producirse una conexión contingente entre derecho y moral. Tampoco implica que tal conexión pueda ser distintiva de un determinado sistema jurídico, como ocurre con los sistemas constitucionales¹⁰¹. Lo que se sostiene con la tesis moral es que dicha conexión no es nunca necesaria. En otras palabras, lo que esta tesis niega es la afirmación de que la conexión necesaria entre derecho y moral sea uno de los rasgos esenciales o definitorios del concepto de derecho; esto es, que sea una característica aplicable a todo sistema jurídico (Jiménez Cano 2013: 88).

4.1.3. La tesis semántica: planteo

¹⁰¹ Recordemos que el desafío que se plantea al positivismo jurídico en la literatura teórica de las últimas décadas es, precisamente, si sigue siendo una buena teoría para explicar los Estados constitucionales de derechos, en la medida que los textos constitucionales de los Estados contemporáneos han incorporado estándares valorativos o bien, predicados morales en muchas de sus disposiciones.

La tesis semántica, a diferencia de las anteriores, es una tesis negativa. Afirma que términos como “deberes” y “derechos”, por ejemplo, no pueden ser considerados con el mismo significado en el ámbito jurídico y en el ámbito moral¹⁰².

4.2. La tesis de las fuentes sociales como tesis central del positivismo

Raz (1982) considera que la tesis social es la tesis fundamental o central del positivismo jurídico: la existencia de una norma jurídica o de un orden jurídico se origina en una fuente social. Es el origen y no el contenido del derecho lo que determina la existencia jurídica. El derecho es, esencialmente, un producto social cuya particularidad es que pretende autoridad para regular las relaciones sociales a partir de un marcado carácter institucional, caracterizado por la instauración de órganos e instituciones competentes para crear y aplicar el derecho (Stoltz 2008: 30). Una de las consecuencias de la tesis de las fuentes sociales del derecho está vinculada a los límites de lo jurídico, en la medida que el derecho (identificado en base a fuentes sociales) no contiene todos los estándares justificativos ni todas las convenciones necesarias para dar respuesta a todos los conflictos o controversias que puedan plantearse ante los órganos de aplicación. Por el contrario, contiene un subconjunto de esos estándares y convenciones: aquellos que están relacionados con las funciones de las instituciones judiciales relevantes. Al mismo tiempo la tesis de las fuentes sociales implica la imposibilidad de imponer principios o estándares morales como criterios de validez jurídica, en la medida que dichos principios o estándares están dispuestos al margen de los criterios institucionales (Stoltz 2008: 31). Sin perjuicio de lo anterior, en las ocasiones en las cuales el propio derecho ordena recurrir a la moral para la resolución de controversias que no están

¹⁰² Para este tema nos remitimos a la literatura sobre el llamado “aguijón semántico” (Dworkin 1986; Bonorino 1999; Raz 1998, entre otros).

jurídicamente reguladas, el positivismo jurídico tiene el desafío de ofrecer salidas teóricas que den cuenta de este problema¹⁰³.

Opera un límite epistemológico en relación a qué tipo de teoría del derecho es una teoría aceptable. En otras palabras, se trata de una tesis acerca de las propiedades generales de cualquier criterio¹⁰⁴ aceptable sobre la existencia y la identidad de los órdenes jurídicos (1982: 60). A la tesis social se debe la denominación “positivismo”, en tanto asume que el derecho es puesto. Ahora bien, es común que la bibliografía considere que la tesis social exige que también se acepten las tesis moral y semántica. Recurriendo a los términos de Raz, se podría parafrasear esa necesidad señalando que suele pensarse que *“puesto que, en virtud de la tesis social, lo que es derecho es una cuestión de hechos sociales y la identificación del derecho no supone argumentos morales, entonces, se sigue, que la conformidad a valores e ideas morales, no es, de ninguna manera, condición para que algo sea derecho o jurídicamente obligatorio”* (Raz 1982: 58), tal que la conformidad o adecuación del derecho con valores no es necesaria sino contingente a las circunstancias específicas de creación, interpretación y aplicación. En ese sentido, el valor del derecho depende de factores contingentes

¹⁰³ Este problema remite –nuevamente- a la discusión entre las corrientes incorporacionista o incluyente y excluyente del positivismo. Como vimos, el incorporacionismo presupone que el contenido de los principios morales a los que el derecho acude se incorporan al derecho. Ahora bien, la distinción se relaciona con el carácter débil o fuerte de la tesis de las fuentes sociales. La versión fuerte (todas las normas jurídicas pueden ser descritas sin recurrir a la moralidad) hace que la tesis de la no conexión entre derecho y moral sea una verdad necesaria. Por su parte, la versión débil de la tesis de las fuentes presenta dos niveles: a) en el primer nivel señala que los criterios de identificación del derecho dependen de hechos sociales exclusivamente; b) en el segundo nivel afirma que es posible que algunos criterios de identificación –convencionalmente aceptados- requieran para su satisfacción, el desarrollo de un razonamiento moral. Esto es: de conformidad con la versión débil de la tesis, lo que tiene naturaleza convencional es la identificación de los criterios de identificación del derecho, no forzosamente éstos últimos (Stoltz 2008: 32). Entonces, en caso de aceptarse el segundo nivel de la versión débil, ya no puede sostenerse la tesis de la no conexión entre derecho y moral como una tesis conceptual (o una verdad necesaria), sino solamente su versión empírica o contingente (Stoltz 2008: 32).

¹⁰⁴ El derecho es un sistema que pretende autoridad. Raz (1982) concluye que no puede explicarse por qué tiene autoridad moral a partir del examen de las actitudes morales hacia el derecho. Uno de los objetivos de Raz, especialmente en *La autoridad del derecho* es establecer cuáles son las características sustanciales del derecho (cómo debe ser un sistema jurídico para que su pretensión de autoridad esté justificada) y cuáles son las características morales que un derecho debe tener para que su autoridad sea consistente con la autonomía individual.

(tesis moral). De lo anterior se sigue la tesis semántica; esto es: si expresiones como “derechos” y “deberes” son empleadas para describir la existencia de derechos y deberes jurídicos que pueden contradecir (y en muchos casos lo hacen) derechos y deberes morales, entonces, dichos términos no pueden ser empleados con el mismo significado en ambos contextos.

Ahora bien, Raz considera que el argumento reseñado es falaz y que, por el contrario, ni la tesis moral ni la semántica se siguen de la tesis social, sino que sostener que *“lo que es y lo que no es derecho es puramente una cuestión de hechos sociales, deja abierta la cuestión de si los hechos sociales por los cuales identificamos el derecho o determinamos su existencia, le proporcionan valor moral. Si lo hacen, queda abierta todavía la cuestión de si, dada la naturaleza humana y las condiciones generales de la existencia humana, todo orden jurídico que es, de hecho, el derecho efectivo de alguna sociedad, debe conformarse, por necesidad, a algunos valores e ideas morales”* (1982: 59).

Por otra parte, es suficiente sostener –desde la perspectiva positivista- que el uso del lenguaje normativo que describe el derecho no siempre implica que quien describe avale el derecho descrito como obligatorio. Desde el punto de vista de Raz (1982) la versión del positivismo que sostiene en *La autoridad del derecho* es una versión “moderada” y no necesita entrar en conflicto con los postulados iusnaturalistas en cuanto al análisis semántico de las expresiones normativas y a la relación entre el derecho y la moral. En ese sentido, considera que hay puntos de vista que se asocian al iusnaturalismo que son compatibles con el positivismo que defiende, a saber: a) *“tener un deber jurídico”* significa que se tiene un deber porque el derecho requiere la realización tal acción; b) existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral social (la moral respaldada y practicada por la población); c) la pretensión de autoridad que posee todo orden jurídica es una pretensión justificada (Raz 1982: 59).

4.3. La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales

Como ya se dijo, la tesis social o tesis de las fuentes sociales es mejor considerada, conforme la perspectiva de Raz, no como una tesis de primer orden, sino como un límite vinculado a qué tipo de teoría del derecho es una teoría aceptable, esto es: se trata de una tesis sobre algunas propiedades generales de un criterio (*test*) de demarcación aceptable sobre la existencia e identidad de los órdenes jurídicos (Raz 1982: 58; Moreso 2004). Precisamente, de los cuatro¹⁰⁵ problemas centrales de la teoría de los sistemas jurídicos, los dos que tienen mayor relación con la tesis de las fuentes son el de la identidad de los sistemas jurídicos y el de su estructura. De acuerdo con la *versión fuerte de la tesis* de las fuentes sociales una teoría del derecho es aceptable únicamente cuando los criterios para la determinación de la existencia del derecho y la identificación de sus contenidos dependen exclusivamente de hechos de conducta humana que pueden ser descritos sin acudir a argumentos morales y en términos valorativamente neutros (1982: 60). La tesis social asume que una teoría completa del derecho incluye criterios para determinar la existencia del derecho e identificar su contenido. Una teoría que no los contenga (que son la mayoría, según Raz) no proporciona respuestas “*a algunas cuestiones que caen dentro del campo de la ciencia del derecho (jurisprudence)*” (Raz 1982: 60) y son, por tanto, teorías del derecho incompletas.

La tesis social también asume que existe “*un vocabulario suficientemente rico de términos valorativamente neutros*”, pero no asume la existencia de una nítida o tajante diferencia entre expresiones libres de carga valorativa y expresiones que poseen carga valorativa; ni se compromete en la disputa entre el iusnaturalismo y el antiiusnaturalismo. “*Que el criterio sea susceptible de ser descrito en términos*

¹⁰⁵ Los problemas principales de la teoría de los sistemas jurídicos son: la existencia de los sistemas, si existe algún contenido necesario al derecho, la identidad y la estructura de los sistemas jurídicos (Raz 1986: 252).

*valorativamente neutros*¹⁰⁶ no significa que una conclusión axiológica o deóntica no pueda ser implicada por él” (Raz 1982: 61).

La tesis de las fuentes sociales puede ser dividida en dos: 1) una condición social es *necesaria* para identificar la existencia y el contenido del derecho. Una disposición es una disposición jurídica sólo si satisface una condición social, y; 2) una condición social es *suficiente* para identificar la existencia y el contenido del derecho. Una disposición es una disposición jurídica si satisface la condición social (Raz 1982: 61).

El sentido que Raz atribuye a “*fuerza*” es más amplio que el criterio tradicional de *fuerza formal* del derecho y refiere a los hechos en virtud de los cuáles una disposición jurídica es válida y su contenido es identificado (1982: 69). En otras palabras, “*una disposición jurídica tiene una fuerza si su contenido y existencia pueden ser determinados sin usar argumentos morales (permitiendo, sin embargo, argumentos sobre las concepciones e intenciones morales [de las personas, que resultan elementos necesarios para la interpretación, por ejemplo]. El derecho está determinado cuando fuentes jurídicamente obligatorias proporcionan la solución del caso, de manera que la decisión judicial es tomada conforme habilidades técnicas (jurídicas), esto es: aplicando el derecho. Por el contrario, si una controversia no se resuelve a partir de estándares derivados de fuentes jurídicas, decimos que se carece de una respuesta jurídica y, como consecuencia, cuando los tribunales deciden esos casos, establecen nuevos fundamentos (jurídicos) y basan sus decisiones, al menos parcialmente, en argumentos morales, sociales y demás razones extrajurídicas (1982: 71-72), esto es: desarrollando*¹⁰⁷ el derecho.

El razonamiento para establecer el contenido del derecho está sujeto a la tesis de las fuentes. El razonamiento con arreglo al derecho, en cambio, es el que habilita la

¹⁰⁶ La neutralidad valorativa a la que se hace referencia no implica asumir una posición conductista. Por tanto, la tesis no exige que se dejen de lado o se pasen por alto las intenciones y las motivaciones.

¹⁰⁷ Si el sistema jurídico se apoya en el precedente, esto es más claro que en los otros sistemas apoyados en la legislación o la costumbre, pero se predica de todos los sistemas jurídicos.

discrecionalidad del aplicador para tomar como fundamento de su decisión razones morales. Esta distinción entre ambos tipos de razonamiento se plantea como una tensión¹⁰⁸ entre la tesis de las fuentes sociales, la teoría de la autoridad y la teoría de la aplicación del derecho. Redondo propone resolver esta tensión recurriendo a la distinción entre los problemas de identificación del derecho y los problemas de aplicación del derecho (Redondo 1998; Moral Soriano 2000). El compromiso con la tesis de las fuentes sociales del derecho, y el reconocimiento de que *“la autoridad jurídica tiene una función mediadora entre las razones particulares de los agentes y los ideales o valores últimos que guían las conductas, imponen la conclusión de que el contenido del derecho tiene que entenderse confinado o limitado a lo que dicha autoridad sostiene”* (Redondo 1998: 254). La identificación del derecho exige excluir o no tener en consideración razones morales que no sean empíricamente atribuibles a las fuentes sociales. Por esta razón –como señalé en la primera parte de este trabajo– la corriente incluyente del positivismo, que admite la incorporación de aquello que está implícito en lo establecido por las fuentes, así como la apelación a argumentos morales en la identificación del derecho, es incompatible con la naturaleza autoritativa del derecho (Redondo 1998: 254). Si tenemos en cuenta, además de lo anterior, el carácter de razón excluyente¹⁰⁹ que caracteriza a la directivas de la autoridad, Redondo concluye que *“la discusión sobre el positivismo inclusivo y exclusivo es una discusión acerca de problemas de identificación del derecho, e implica una toma de posición sobre criterios de individualización de las normas y técnicas de interpretación de su contenido. Por el contrario, la discusión sobre si las*

¹⁰⁸ Como mi propósito en este trabajo es explorar los principales elementos de la teoría del derecho de Raz en tanto representante del positivismo jurídico, no me voy a ocupar de dar cuenta de la bibliografía que trata críticamente, precisamente, la cuestión de la tensión entre la tesis raziana de las fuentes sociales y su tesis del razonamiento jurídico con arreglo al derecho en relación con su doctrina de la autoridad. Remito al lector a algunos artículos clásicos sobre el punto: Atria, Fernando (1999); “Legal Reasoning and Legal Theory Revisited”, *Law and Philosophy*, vol. 18, pp. 537-577 y Bayón, Juan Carlos (2002); “Derecho, convencionalismo y controversia”, en P.E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, pp. 57-92.

¹⁰⁹ Las normas jurídicas son explicadas como un tipo especial de razones que combinan una razón ordinaria a favor de una acción y una razón excluyente de ciertas razones que caen bajo su alcance.

normas jurídicas ya identificadas pueden considerarse constitutivas de razones ordinarias o excluyentes es una discusión sobre la aplicación de las mismas y la fuerza que ellas tienen, o merecen tener, en el razonamiento práctico, consideradas todas las cosas” (Redondo 1998: 254). El positivismo exclusivo de Raz permite sostener que, a partir del material jurídico tal como se presenta en sus fuentes, es posible individualizar normas; para identificar su contenido es necesario excluir todo aquello a lo que las propias fuentes no remitan (Raz 2013; Raz 2004). Ahora bien, consideraciones ajenas a lo establecido por las fuentes pueden tener fuerza en el razonamiento práctico, y constituirse como razones que prevalezcan en la decisión final a la que un tribunal arriba, porque se trata del ámbito de la aplicación del derecho, no de su identificación. Pero esas consideraciones no pueden tenerse por incorporadas al derecho¹¹⁰, esto es, no pueden introducirse como parte del contenido de las normas jurídicas (Redondo 1998: 254). En ese sentido, Raz (1993: 3-4) —a propósito de la defensa de la autonomía del razonamiento jurídico (que es un razonamiento sobre el derecho y sobre cómo decidir conflictos según el derecho)— entiende que preguntarse por cómo deben decidir los jueces es cometer una simplificación. En su lugar, propone una interrogante de mayor complejidad que consiga distinguir el aspecto moral del aspecto jurídico de la decisión judicial: ¿Cómo

¹¹⁰ La siguiente acotación de Redondo abre un tema sumamente amplio que no ha sido abordado en este trabajo. Se trata del tema de la derrotabilidad de los enunciados normativos. Incluyo aquí la reflexión de Redondo a propósito de la distinción entre los problemas de identificación y los problemas de aplicación del derecho: si bien para este tema “Raz no está pensando en el problema de la derrotabilidad lógica de los enunciados normativos, (...) lo que dice respecto al positivismo exclusivo implica que los enunciados que expresan normas son lógicamente inderrotables. La idea de inderrotabilidad lógica del enunciado que expresa una norma está unida al momento de su identificación, e implica la exclusión de toda consideración implícita. Sin embargo, esta exclusión en la identificación nada dice acerca de su fuerza, o de su funcionamiento en el razonamiento práctico de un agente. Respecto a la fuerza práctica de las normas, si están justificadas, Raz defiende también una tesis excluyente” (Redondo 1998: 255). Subraya la autora que se trata de dos ideas de exclusión diferentes, no necesariamente conectadas; esto es: “el positivismo exclusivo no implica la tesis de las normas como razones excluyentes (...). Quien quiere defender que el derecho al menos en parte propone, o consiste en, reglas “genuinas”, se compromete con una tesis como la del positivismo exclusivo o, lo que es lo mismo, con la tesis de la inderrotabilidad lógica de los enunciados individualizados como normas. Pero que los enunciados normativos sean inderrotables o excluyentes, en este sentido, no significa que sean razones excluyentes al momento de su aplicación” (Redondo 1998: 255).

deben decidir los jueces “consideradas todas las cosas” (*all things considered*)? Se trata de un interrogante moral; pero de éste no se sigue que la pregunta “¿cómo deben decidir los jueces según el derecho (*according to the law*)?”, sea también una pregunta moral (Moral Soriano 2000: 342; Raz 1994: 312). Ahora bien, Brink (1985) sostiene que el iusnaturalismo y el positivismo jurídico pueden ser interpretados como doctrinas compatibles. El autor caracteriza al iusnaturalismo mediante dos tesis: que la existencia del derecho depende de su adecuación a la moralidad y que la corrección de las decisiones de los tribunales depende de que su contenido satisfaga criterios de corrección moral (Moreso 2004: 49). Obviamente, las tesis con que caracteriza al positivismo constituyen la negación de las atribuidas al iusnaturalismo; es decir: que la existencia del derecho no depende de su adecuación a la moralidad y que la corrección de las decisiones de los tribunales no depende de que su contenido satisfaga criterio alguno de corrección moral (Moreso 2004: 49). Sostiene Brink, sin perjuicio de lo anterior, que la primera tesis positivista (la tesis de las fuentes sociales como tesis relativa a la identificación del derecho) es compatible con la segunda tesis iusnaturalista, precisamente porque esta cuestión “*concerns what judges have an all-things-considered obligation to do*” (Brink 1985). Según Raz, es el mismo derecho identificado según la tesis de las fuentes sociales, el que autoriza a los tribunales a aplicar consideraciones extrajurídicas: “*quite commonly courts have the discretion to modify legal rules, or to make exception to their application, and where they have such discretion they ought to resort to moral reasoning to decide whether to use and how*” (Raz 1993; Raz 1994: 319). El derecho es identificado siempre de acuerdo con la tesis de las fuentes sociales, pero los tribunales poseen discreción para modificarlo (Moreso 2004: 50), de acuerdo con pautas morales, cuando deciden los casos. Por esta razón –como mencioné– Raz distingue entre razonamiento acerca del derecho (reasoning about the law) y razonamiento con arreglo al derecho (reasoning according to law): “The first is governed by the sources thesis, the second I believe to be quite commonly straightforward moral reasoning” (Raz 1994: 317; Moreso 2004: 51).

La tesis de las fuentes permite señalar, a propósito de la función del derecho, los distintos miembros o grupos de la sociedad pueden opinar de modo diferente acerca de cuáles esquemas de cooperación, coordinación o abstención son los adecuados para hacer posible la regulación de la vida social; pero es una función esencial del derecho marcar hasta qué punto una opinión particular deja de ser tal y se convierte en una opinión que obliga a todos los miembros de la sociedad, aunque estén en desacuerdo con ella: *“el derecho hace esto y sólo puede hacerlo, proveyendo formas públicamente determinables para guiar la conducta y regular aspectos de la vida social. El derecho es un patrón público por medio del cual se puede medir el propio comportamiento, como, también el comportamiento de los demás”* (Raz 1982: 73). De este modo –recapitulando– la tesis de las fuentes permite explicar nuestra concepción del derecho en tanto institución social, a la vez que contribuye a comprender una de las principales funciones del derecho, cual es proveer estándares determinables públicamente por medio de los cuales los integrantes de la sociedad están obligados (en tanto no pueden excusar su no conformidad rechazando la justificación de los estándares (Raz 1982:74). De este modo, en apoyo a la tesis de las fuentes sociales, Raz hace referencia a la naturaleza autoritativa del derecho.

En ese sentido, la tesis social puede formularse del modo siguiente: *“la existencia y el contenido del derecho depende exclusivamente de hechos sociales”*, o *“la existencia de hechos sociales es condición necesaria y suficiente de la superveniencia del derecho”* (Jiménez 2008: 271)¹¹¹. En términos generales, sostiene Raz, que la

¹¹¹ En el positivismo jurídico del siglo XX y lo transcurrido del siglo XXI aparece como una constante la tesis social como respuesta a la pregunta por la existencia del derecho, considerando derecho sólo aquello que sea o se derive de hechos sociales y, entendiendo por tales a hechos puestos (*positum*) por los hombres (Jiménez 2008: 278). Por ejemplo: de acuerdo con Kelsen, la existencia de una norma legal positiva presupone la presencia de un hecho que cree la norma, en la medida que la norma es *“el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza un comportamiento”* (1960: 19); Ross rechaza *“la idea de una validez específica a priori que coloca al derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreto esta idea en términos de hechos sociales”* (1958: 17); Hart considera que al afirmar la existencia de un sistema jurídico estamos haciendo referencia a muchos hechos sociales heterogéneos, usualmente concomitantes (*“la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y*

tesis social del positivismo consiste en que “*lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales*” (1982: 57). En consecuencia, lo que sea derecho depende de un hecho puesto. De ahí que Raz afirme que la tesis social es la responsable del nombre “*positivismo*”, el cual indica la idea de que el derecho es puesto, de “*que es hecho derecho por la actividad de los seres humanos*” (1982: 58).

4.4. El fundamento de la tesis social: el derecho como institución social

La principal justificación de la tesis radica en el carácter del derecho como institución social. El criterio de identidad y existencia de un orden jurídico contiene tres¹¹² elementos fundamentales: eficacia, carácter institucional y fuentes (1982: 63). La condición de eficacia consiste en convenir que “*un orden jurídico no es el derecho vigente en una cierta comunidad, salvo que sea respaldado, aceptado o interiorizado por, al menos, ciertos sectores de la población*” (1982: 64). Esta condición ayuda a diferenciar el derecho efectivo del no efectivo, no a diferenciar entre órdenes jurídicos y no jurídicos; pero, si asumimos el punto de vista de comprender la esencia del derecho como un tipo de institución social, la condición de eficacia es la condición menos relevante porque, precisamente, no contribuye a caracterizar la esencia del derecho¹¹³ (1982: 64).

Una de las consecuencias del carácter institucional del derecho es que éste posea límites (Marmor 2011). No contiene la totalidad de los estándares justificativos (morales) ni tampoco contiene, necesariamente, la totalidad de las convenciones sociales. Solamente contiene aquellos estándares y convenciones que tengan la

particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”) (Hart 1961: 137).

¹¹² Es oportuno tener presente que Raz intenta delimitar un criterio general de existencia e identidad del derecho, es decir, un criterio que permita caracterizar a todos los órdenes jurídicos. En ese sentido es que señala que eficacia, carácter institucional y fuentes son los rasgos centrales del derecho, sin perjuicio de que podrían adicionarse a ellos las sanciones, el uso de la coerción o la fuerza y el uso de instituciones aplicadoras del derecho (1982: 65).

¹¹³ El derecho es un sistema que *pretende* autoridad en una sociedad, cuya finalidad consiste en guiar y decidir jurídicamente y que, en donde es eficaz, goza de autoridad *efectiva* (Raz 1982: 65).

apropiada relación institucional (Raz 1982: 66). En efecto, los órdenes jurídicos contienen sólo aquellos estándares que están relacionados con las funciones de las instituciones judiciales (adjudicativas) relevantes. Una segunda consecuencia de la concepción del derecho como un sistema institucional es que no se pueden imponer calificaciones morales como condiciones para que una disposición o un orden sean considerados jurídicos y que no se encuentren también reflejadas en sus rasgos institucionales (Raz 1982: 66). Las dos consecuencias del carácter institucional del derecho mencionadas anteriormente evidencian que la concepción institucional del derecho es incompatible con ciertas corrientes iusnaturalistas. En ese sentido, *“si el derecho es una institución social de cierto tipo, entonces todas las disposiciones que pertenecen al tipo social son disposiciones jurídicas no obstante lo moralmente objetables que éstas puedan ser”* (Raz 1982: 66). Asimismo, *“el derecho puede tener propiedades morales de forma necesaria, pero si es así, entonces sólo sobre la base de todas o algunas de las disposiciones que tengan las relaciones institucionales requeridas tendrán, necesariamente, propiedades morales. Imponer condiciones morales independientes para identificar el derecho inevitablemente significaría que no todas las disposiciones que forman parte de la institución social del tipo relevante son derecho, o bien, que algunas disposiciones que no son parte de tales instituciones son derecho”* (Raz 1982: 66-67), con lo cual, en todo caso, el término “derecho” ya no designaría a una institución social.

En cuanto a las fuentes, la *versión débil de la tesis social* se apoya en la eficacia y la institucionalidad como las condiciones referentes a los fundamentos sociales del derecho (Raz 1982: 67; Moreso 2004: 53). Las versiones fuerte y débil de la tesis social no son equivalentes. Para demostrar la relevancia de ello, Raz se sirve del siguiente argumento: *“supóngase que el derecho requiere que las controversias no*

*reguladas*¹¹⁴ (...) sean resueltas en base a consideraciones morales [la referencia es a la moral, no a la moral social, cuyas fuentes son las costumbres, los hábitos y las concepciones comunes de la comunidad] o a cierta subclase de ellas (tales como consideraciones de justicia o consideraciones morales no fundamentalmente reñidas con la moral social). Supóngase además que se arguye que en virtud de tal disposición las consideraciones morales se han convertido en parte del derecho (y así el derecho nunca es incierto o indeterminado, salvo que la moral lo sea)” (Raz 1982: 67). Lo anterior es contrario a la versión fuerte de la tesis, ya que si se acepta lo afirmado, la determinación de lo que es derecho en ciertos casos dependerá de consideraciones morales, ya que se debe recurrir a argumentos morales para identificar el derecho (Raz 1982: 67).

De acuerdo con la tesis fuerte, entiendo que afirmar que “*mientras la norma que se refiere a la moral es ciertamente derecho (está determinada por sus fuentes), la moral a la cual la norma jurídica se refiere no es por esto incorporada al derecho*” (Raz 1982: 67). La diferencia entre la tesis débil y la fuerte, en definitiva, radica en que la última insiste en que la existencia y el contenido del derecho están totalmente determinados por fuentes sociales. La tesis débil, que integra al derecho las condiciones de eficacia e institucionalidad, si bien es verdadera, dice Raz, resulta insuficiente para caracterizar el positivismo jurídico. Señala Raz (1982: 68) que dicha tesis es compatible con sostener que *en ocasiones* la identificación de algunas normas requiere argumentos morales; pero también es compatible con sostener que *en todo orden jurídico* la identificación de ciertas normas requiere argumentos morales. Para Raz es cierto que la versión débil de la tesis social proporciona los elementos para determinar si un sistema normativo es un orden jurídico y si está vigente en determinada sociedad. Esto es: proporciona un criterio completo de existencia del

¹¹⁴ Que serían las controversias respecto de las cuales el derecho está indeterminado, por ejemplo (esta cuestión está fuertemente vinculada, como es obvio, a la tesis de los límites del derecho o de la discrecionalidad judicial).

derecho y también proporciona algunos ingredientes con los cuales construir un criterio de identidad, pero necesita ser complementada con la tesis social fuerte¹¹⁵.

La formulación contingente¹¹⁶ puede o no ser considerada consistente con el positivismo, y ello porque está en función –precisamente- de la existencia contingente –en algunos sistemas jurídicos- de disposiciones que habiliten consideraciones morales como parte del criterio de validez jurídica (Himma 2002; Kramer 1999; Kramer 2004; Moreso 2004; Paulson 2011). En cambio, la segunda formulación sostiene la necesidad conceptual de la identificación del derecho a partir de consideraciones morales y, por ello, es claramente incompatible con el positivismo (Raz 1982: 69). Ambas formulaciones son, en definitiva, excluidas de la teoría del derecho de Raz, quien se pronuncia a favor de la versión fuerte de la tesis social.

¹¹⁵ El positivismo jurídico excluyente está comprometido con la tesis de las fuentes sociales y, por ende, con la tesis convencionalista, justamente porque la última implica la primera. La existencia de una norma jurídica válida, para Raz, sólo es posible si está determinada con arreglo a hechos sociales. Es el origen fáctico de las normas jurídicas lo que distingue su teoría de las teorías inclusivas, y no estrictamente el tema de la relación entre el derecho y la moral que, en todos los casos aparece como una consecuencia de la tesis de las fuentes (Stoltz 2008: 34).

¹¹⁶ Que asociamos al denominado positivismo jurídico inclusivo o incluyente.

CONCLUSIONES

Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin que ello afecte el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral. Uno de los propósitos de su teoría del derecho es proveer una explicación de la naturaleza (rasgos o propiedades esenciales) del tipo de institución social designada por nuestro concepto de derecho. La comprensión raziana de la teoría del derecho como análisis conceptual supone que el objetivo de la teoría es explicar nuestro concepto de derecho, no un concepto universal o intemporal del derecho (Bix 2003). La universalidad de la teoría no se afecta por el hecho de que el concepto de derecho sea local y eventualmente no compartido por todas las culturas y personas que viven bajo el derecho. Se trata de un concepto que captura una institución social que puede existir inclusive en sociedades que carecen del concepto de derecho (Raz 2005: 85).

Los matices o grandes distancias existentes entre muchos teóricos del derecho están vinculados con sus diferentes estrategias para explicar las tres características más relevantes del derecho, cuales son: su carácter coactivo, su carácter institucionalizado y su normatividad (Raz 1986: 204). La empresa teórica de Raz busca brindar una explicación de los sistemas jurídicos que dé cuenta de la normatividad, así como de las bases sociales del derecho, lo cual consigue mediante la articulación de su doctrina de la autoridad legítima y su versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del derecho.

El problema de la normatividad del derecho puede presentarse como consistente en explicar la forma en que están relacionados dos conceptos o sentidos en los que

hablamos de “normas” o en que afirmamos que “existe una norma”: las normas como *fenómenos sociales* y las normas como *juicios de deber* (Bayón 1991a: 19-20).

La continuidad¹¹⁷ y el alcance¹¹⁸ de un sistema normativo –y, por tanto, la explicación de su naturaleza– no pueden determinarse solo por las relaciones internas entre normas, sino que dependen de prácticas y actitudes sociales. Por otra parte, el discurso jurídico expresa normatividad y para comprender su capacidad de guiar la acción determinando las razones por las cuales el agente tiene que ser guiado, se opta por privilegiar el punto de vista interno como perspectiva para la elucidación conceptual. El carácter normativo de las directivas autoritativas se relaciona, entonces, con la cuestión de la capacidad motivadora del derecho (1986a: 274) y, para dar cuenta de ello es necesario tener en cuenta la aprobación moral que aparece expresada en el discurso jurídico de los participantes.

En definitiva, una teoría acerca de la naturaleza del derecho debe explicar el derecho, para lo cual necesita explicar que los jueces (y otras personas) consideran al derecho como justificatorio y de qué forma el derecho está presente en su razonamiento práctico. Y ello en virtud de que constituye una característica esencial del derecho pretender ser una razón para la acción y porque, si nos referimos a cualquier sistema jurídico en vigor, dicha pretensión es reconocida por las instituciones jurídicas (Ruiz Manero 1991: 331).

La autoridad legítima es el valor moral al que está vinculado el derecho. Privilegiando el punto de vista interno para la elucidación del concepto de derecho, la pretensión de autoridad legítima determina que, para los participantes, el derecho es

¹¹⁷ La preocupación teórica por la continuidad hace referencia al análisis de los procedimientos por los cuales el sistema jurídico deja de existir o es reemplazado por un nuevo sistema. Consiste en la búsqueda de los criterios para determinar si dos sistemas jurídicos momentáneos forman parte del mismo sistema jurídico continuo (Raz 1986: 220; Vilajosana 1997: 123-124).

¹¹⁸ La preocupación por el alcance refiere a cuestiones vinculadas a la extensión del sistema jurídico y, por tanto, a la cuestión de la pertenencia de las normas a la sistema. Se concreta en la búsqueda de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos (Raz 1986: 220; Vilajosana 1997: 123-124).

fuente de razones justificatorias (aunque en los hechos pueda fracasar en su propósito). Los participantes, entonces, poseen un concepto de derecho que incluye un valor moral. En otras palabras, la clave para comprender en qué sentido el derecho es normativo se encuentra en el privilegio conceptual otorgado a la perspectiva del participante. Desde el punto de vista interno, la relación entre el derecho y la moral es una relación necesaria. El derecho tiene autoridad legítima desde la perspectiva del participante. Afirmar la ausencia de autoridad legítima desde esa perspectiva es afirmar la ausencia de derecho. La creencia moral o política en la legitimidad del derecho aunque sea una creencia equivocada, tiene que ser reconocible (Raz 1997; Marmor 2010; Marmor 2011).

Conforme Raz y el positivismo jurídico excluyente la absorción por el derecho de elementos valorativos no modifica ni perturba la teoría positivista del derecho. En ese sentido, el derecho es un sistema de reglas para guiar y decidir jurídicamente que pretende autoridad suprema en una sociedad y que, además, allí donde es eficaz, posee autoridad efectiva. El carácter institucional del derecho está asociado a que implemente instituciones judiciales para solucionar las controversias generadas por la aplicación de las disposiciones del sistema, a que sea aceptado por parcelas significativas de la sociedad y, a que tenga carácter autoritativo, es decir que tenga supremacía dentro de la sociedad y que, por tanto, pretenda tener la potestad de legitimar o proscribir otras instituciones sociales (Stoltz 2008: 28). De acuerdo con lo anterior, la eficacia del derecho depende de que el mismo cuente con la conformidad general de los ciudadanos y del hecho de que los tribunales apliquen en caso de desobediencia a las disposiciones del sistema, las sanciones correspondientes.

La existencia y el contenido del derecho de una sociedad dependen únicamente (exclusivamente) de un conjunto de hechos sociales, que puede ser descrito sin recurrir a consideraciones morales. En su interpretación más amplia –sostiene Raz- la tesis de las fuentes así expresada, no solamente se aplica a la existencia y contenido de las normas jurídicas, sino que también es aplicable para determinar el valor de

verdad de todo enunciado jurídico (Raz 2001b: 288). Que el derecho sea un sistema normativo institucional implica que es un sistema que está compuesto por normas que se originan en fuentes que los órganos primarios (jurisdiccionales) están obligados a reconocer y a aplicar de conformidad con sus normas de identificación (Raz 2001b: 279). Una de las funciones básicas del derecho es la de proveer estándares públicamente determinables en virtud de los cuales los miembros de la sociedad están obligados (Raz 1982: 74), lo cual permite distinguir -en la actividad de adjudicación- las circunstancias en las cuales los tribunales aplican el derecho (recurriendo a estándares determinables públicamente y que son obligatorios para los destinatarios independientemente de cualquier argumento moral) de las circunstancias en las cuales los tribunales desarrollan el derecho (fundando sus decisiones en consideraciones morales u otros elementos extrajurídicos) (Raz 1982: 74). La tesis de las fuentes como criterio de identificación del derecho, precisamente, “*lo identifica como un ejemplo de un tipo de institución humana de importancia decisiva en la regulación de la vida social*” (Raz 1982: 75).

Raz sostiene que asumir el convencionalismo *implica* aceptar la tesis social, de modo que la última sería una tesis conceptual (no una tesis empírica). Por su carácter de tesis conceptual, carece de sentido decir que la práctica la refuta (Raz 1982: 65-66). Distingue la dimensión del razonamiento para establecer el contenido del derecho de la dimensión del razonamiento con arreglo al derecho. El primero se desenvuelve sin recurrir a ninguna evaluación moral y está gobernado por la tesis de las fuentes. Una vez completado ese tramo identificatorio, opera el segundo tipo de razonamiento. En esa segunda etapa analítica puede ocurrir que una parte del derecho que ha sido identificado con el razonamiento del primer tramo consista en el otorgamiento de discrecionalidad a los jueces para apelar a estándares morales o, dicho más en general, a elementos no jurídicos a los cuales el derecho autoriza a recurrir. Es el derecho el que lleva a los jueces a hacer consideraciones extrajurídicas (morales) y a resolver los *casos difíciles* de acuerdo a principios morales, pero ello no implica que

la moral y el derecho se confundan, como propone la concepción del derecho como integridad. Si tenemos en cuenta la pregunta acerca de la manera en que el pasado determina al presente en las prácticas legales, el positivismo exclusivo diría que lo que preexiste a la actividad del juez son las normas, que son las que en todo caso autorizan a basar la decisión en una fuente externa al derecho (Escudero 2004: 215-217; Bayón 2002a: 65-66). Según Raz, la propia existencia del derecho (aún de los derechos moralmente justificados o legitimados) significa la exclusión de la moralidad. El derecho tiene la particularidad de que excluye legítimamente o modifica la aplicación de la moral (Raz 2004: 8).

En cuanto a los tribunales, la concepción autoritativa requiere una cierta actitud frente a las normas que no exige la creencia en la corrección moral de su contenido (o la adhesión a su contenido), sino solamente que los jueces entiendan o acepten la presencia de una norma originada en la autoridad como razón excluyente. De este modo, la aceptación del carácter vinculante de una norma no depende de su contenido sino de su origen, de su fuente. En definitiva, la naturaleza autoritativa del derecho supone la adhesión a la tesis de las fuentes sociales del derecho, en la medida que dicha tesis es la única que permite identificar el derecho sin acudir a consideraciones morales.

Raz caracteriza el establecimiento de normas válidas (razones positivas) como el resultado de la actividad llevada a cabo en un estadio deliberativo donde la cuestión acerca de lo que *debe ser* está abierta a argumentos basados en todo tipo de consideraciones y donde las razones morales dominan frecuentemente. Una vez que la cuestión es decidida a satisfacción de la institución social de que se trate, el órgano competente pronunciará una instrucción válida (Raz 1995: 147). Esta instrucción es la conclusión del estadio deliberativo y pertenece al estadio ejecutivo, por lo cual será identificable sin recurrir a argumentos morales, los cuales pertenecen, por definición, al estadio deliberativo. Solamente consideraciones positivas forman parte del estadio ejecutivo. De esto se sigue una particular noción de *tribunal*, que está formada por

tres rasgos: los tribunales conocen controversias con el propósito de resolverlas; pronuncian decisiones válidas o dotadas de autoridad, es decir, obligatorias; en su funcionamiento están obligados a guiarse o conducirse, al menos en parte, por consideraciones positivas válidas (Raz 1995: 144-145). El derecho consiste en consideraciones (razones) positivas válidas que obligan a los tribunales y pertenecen al estadio ejecutivo de la institución pública de la cual es parte (Estado, comunidad política).

A veces ocurre, sostiene Raz, que el litigio alcanza los tribunales sin que la materia de que se trata haya alcanzado el estadio ejecutivo. En esos casos, los tribunales deben recurrir a consideraciones no jurídicas, esto es, no ejecutivas, para resolver la controversia (Raz 1995: 149; Raz 1986: 252-258). En ese sentido, la teoría de la decisión judicial es una teoría moral en tanto se ocupa de todas las consideraciones en juego en el razonamiento judicial y, al evaluar cuáles razones no jurídicas tienen fuerza, intervienen argumentaciones morales. La distinción entre un estadio deliberativo y uno ejecutivo es presentada por Raz como de importancia para la organización social en general, lo cual permite ubicar al derecho en el contexto de las instituciones sociales y políticas (Raz 1986: 253). En tanto el derecho pertenece al estadio ejecutivo, puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales (pertenecientes al estadio deliberativo). La justificación de esta teoría acerca de la naturaleza del derecho implica evaluar *“la importancia relativa de varias características de la organización social, [las cuales] reflejan nuestros intereses y preocupaciones morales e intelectuales”* (Raz 1995: 151).

En relación a las normas constitucionales que en sus disposiciones incorporan conceptos o predicados morales y que constituyen el ejemplo que justifica el argumento del contraste con la práctica, corresponde distinguir la práctica judicial y la legislativa. El argumento del contraste con la práctica fracasa en la medida que no estipula la diferencia entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho y el razonamiento con arreglo al derecho (Moral Soriano 2000; Moreso 2004). En el

primero, se identifica la totalidad de las normas jurídicas existentes y, por tanto, la deliberación judicial está sujeta a la tesis de las fuentes sociales del derecho. En el segundo, se está ante una norma jurídica que, contingentemente, otorga discrecionalidad a los tribunales para introducir consideraciones por razones morales en la aplicación del derecho al caso concreto. La remisión a la discrecionalidad permite, que este tipo de razonamiento no sea autónomo (el primero lo es), o mejor, que sea un puro razonamiento moral (Stoltz 2008: 36). Decir que las normas legislativas tienen autoridad implica, conceptualmente, decir que los individuos deben guiarse por las intenciones del legislador. La legislación es un estándar, esto es: que lo que es promulgado sea entendido del modo que dichos actos se entienden normalmente en el contexto que se realizan (Raz 2013: 273). Esta particular noción de “comprensión contextualizada” depende a su vez, de las convenciones interpretativas de una sociedad determinada. Por lo tanto, para estipular el contenido de las normas jurídicas hay que centrar la mirada en esas convenciones puesto que las intenciones del legislador pueden ir más allá de las convenciones semánticas, pero no pueden ir más allá del conjunto de las convenciones presupuestas. Para Raz, las convenciones semánticas se encuentran en el primer nivel y las demás convenciones interpretativas en un segundo nivel. En ese sentido, puede decirse que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales complejos, entre los cuales se incluyen las convenciones interpretativas, entendiendo por tales los acuerdos acerca de los criterios para resolver los casos, que “*supone la existencia de un acuerdo respecto de cómo resolver ciertos casos paradigmáticos que resulte compatible con cierto margen de desacuerdo respecto de su aplicación a los casos problemáticos*” (Orunesu 2012: 261).

En definitiva, entendidas como razones para la acción (Raz 1991), la función de las directivas autoritativas en el razonamiento jurídico –que es un tipo de razonamiento práctico– es la de excluir el balance de razones. El razonamiento legislativo y el razonamiento judicial son los ejemplos por excelencia del razonamiento jurídico y,

precisamente, en ambos una directiva autoritativa “*excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar*” (Moral Soriano 2000: 341). La fundamentación de esa función excluyente es el centro de la teoría de la autoridad legítima que propone Raz. De este modo, los dos elementos centrales y complementarios entre sí de la teoría del razonamiento práctico jurídico en la teoría de Raz son la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la autoridad legítima. A su vez, la tesis de las fuentes sociales es la que se conecta con la perspectiva del autor respecto de la separación entre el derecho y la moral, en tanto la función normativa excluyente de las directivas autoritativas (normas jurídicas) es explicada por la denominada doctrina de la autoridad legítima.

Por otra parte, el derecho será fuente de razones objetivas para actuar sólo si su autoridad es efectivamente legítima. La legitimidad de la autoridad, en cada caso, no se evalúa considerando todas y cada una de sus directivas ni tampoco teniendo en cuenta a la totalidad de los destinatarios de modo general, sino que se evalúa desde el punto de vista de cada individuo (Raz 1986b: 73-105), razón por la cual no es posible hacer referencia a la existencia de un deber general de obediencia del derecho o de una obligación general de obedecer. De acuerdo a la interpretación que Gaido realiza de la teoría de Raz, se afirma que “*si las disposiciones jurídicas son válidas –esto es, si tienen como origen a la autoridad legítima- tienen fuerza vinculante (moral) para todos aquellos que sean sus destinatarios*” (2010: 159). Raz no equipara legitimidad moral con corrección moral y que, por tanto, puede haber normas cuyo origen sea una autoridad legítima pero que, individualmente consideradas, sean moralmente incorrectas. Por el contrario, si la autoridad (fuente de origen) no es legítima, el carácter de razón justificatoria de la disposición puntual no se verifica. En definitiva, la normatividad del derecho es un dato eventual, que depende de la legitimidad de la autoridad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abril, Ernesto (2011); “El ámbito de la razón justificatoria”, *Revista de la Facultad, Nueva Serie I, Córdoba*, pp. 59:72.

Atienza, Manuel (2003); “Entrevista a Ricardo Guibourg”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 26, pp. 893-917.

Bayón, Juan Carlos (1991a); *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bayón, Juan Carlos (1991b); “Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ de Joseph Raz”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, pp. 25-66.

Bayón, Juan Carlos (2002a); “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, Pablo y Redondo, Ma. Cristina (comps.); *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp. 57-92.

Bayón, Juan Carlos (2002b); “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, Zapatero, V. (comp.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 33-54.

Bix, Brian (2003); “Raz on necessity”, *Law and Philosophy* 22, Kluwer Academic Publisher, pp. 537-559.

Bix, Brian (2006); *Teoría del derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid.

Bobbio, Norberto (1965); *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 2004.

Bonorino, Raúl (1999); “El aguijón derrotable”; *Analissi e diritto*, Giappichelli Editore, Torino.

Bouvier, Hernán et alt. (eds.) (2007); *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Brinck, David (1985); “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *The Monist*, vol. 68, pp. 364-387.

Bulygin, Eugenio (1981); “Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz”, *Análisis Filosófico*, vol. 1, pp. 49-59.

Bulygin, Eugenio (1987); “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, Nº 4, pp. 1-6.

Bulygin, Eugenio (2006); *El positivismo jurídico*, Fontamara, México.

Calsamiglia, Albert (1998); “Postpositivismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21, vol. I, pp. 209-220.

Caracciolo, Ricardo (1988); *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Caracciolo, Ricardo (1991); “El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, pp. 67-90.

Carbonell, Miguel (2010); *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid.

Carrió, Genaro (1965), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Coleman, Jules (1996), "Authority and Reason", en George, Robert (ed.); *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, pp. 287-319.

- Coleman, Jules (1998); “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, Volume 4, Issue 04, pp. 381-425.
- Coleman, Jules (ed.) (2001); *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, New York.
- Coleman, Jules (2001); *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- Colomer, José Luis (2006); “Teoría del Derecho, Interpretación y Punto de Vista Interno: algunas observaciones sobre las tesis de Ronald Dworkin”, en Ramos Pascua, José A. y Rodilla González, M. (ed.) (2006); *El Positivismo Jurídico a Examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 277-302.
- Comanducci, Paolo (1996); “Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón”; *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 19, pp. 163-168.
- Dworkin, Ronald (1977); *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Dworkin, Ronald (1985); *Una cuestión de principios*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- Dworkin, Ronald (1986); *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- Dworkin, Ronald (1996); *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Escudero, Rafael (2004); *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Universidad Carlos III, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2003); “Pasado y futuro del Estado de derecho”, Carbonell, Miguel (ed.); *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 13-29.

Gaido, Paula (2010); “El privilegio conceptual de los participantes en la teoría del derecho de Joseph Raz”, *Isonomía*, No. 32/Abril 2010, pp. 149-164.

Gaido, Paula (2011); *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid.

González Vicén, Felipe (1961); “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, pp. 47-75.

Green, Leslie (1990); *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford.

Green, Leslie (2005); “Three themes from Raz”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 3, pp. 503–523.

Hart, H.L.A. (1958); “Legal and Moral Obligation”; Melden, A. I. (ed.); *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, pp. 82-107.

Hart, H.L.A. (1961); *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998.

Hart, H.L.A. (1983); “Kelsen visited”, *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, pp. 287-95

Hart, H.L.A. (1980); “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema* 36, mayo 1980, pp. 3-18.

Hart, H.L.A. (1994); *Postscript*, Penélope Bulloch y Joseph Raz (eds.), Oxford University Press, Oxford [Post Scriptum al Concepto de Derecho, Penélope Bulloch y Joseph Raz (eds.), trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 2000].

Hershovitz, Scott (2003); “Legitimacy, Democracy, and Razian Authority,” *Legal Theory*, Vol. 9, No. 3, pp. 201-220.

Hershovitz, Scott (2011a); “The Role of Authority,” *Philosophers’ Imprint*, Vol. 11, No. 7, pp. 1-19.

Hershovitz, Scott (2011b); “The Authority of Law”, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 232, University of Michigan (en Marmor Andrei (ed.); Routledge Companion to Philosophy of Law).

Himma, Kenneth Einar (2002); ‘Inclusive Legal Positivism’, Coleman, J. et al. (ed.); *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford UP, Oxford, pp. 125-165.

Himma, Kenneth Einar (2007); “Just ’Cause You’re Smarter than Me Doesn’t Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 1, pp. 121-150.

Hohfeld, W.N. (1995); *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Fontamara, México.

Holmes, Oliver Wendell (1897); “The Path of the Law”, Vol. 10, *Harvard Law Review* (1996-1997), p. 457.

Jiménez Cano, Roberto (2008); *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid.

Jiménez Cano, Roberto (2013); “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *Isonomía*, No. 39, octubre 2013, pp. 83-126.

Kelsen, Hans (1960); *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, UNAM, México, 1986.

Kramer, Matthew (1999); *In Defense of Legal Positivism*, Oxford UP, Oxford.

Kramer, Matthew (2004); *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford-New York.

Leiter, Brian (2011); “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 4, pp. 663–677.

Marmor, Andrei (2006); “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4): 683-704.

Marmor, Andrei (2010), “The Dilemma of Authority”, *University of Southern California Legal Studies Papers*, Paper No. 10.

Marmor, Andrei (2011); “An Institutional Conception of Authority”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, pp. 238-262.

Moral Soriano, Leonor (2000); “¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XVII, pp. 337-357.

Moreso, José Juan (2002); “El Defensa del Positivismo Jurídico Inclusivo”, Navarro y Redondo (comps.); *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116.

Moreso, José Juan (2004); “El positivismo jurídico y la aplicación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 27, pp. 45-62.

Moreso, José Juan (2012); “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas” (Conferencia dictada en el Ciclo de Conferencias Carlos Santiago Nino, organizado por la Secretaría de Investigación - Facultad de Derecho – UBA), *Revista Pensar en Derecho*, No.1, pp. 291-305.

Nino, Carlos S. (1985); *La Validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.

Nino, Carlos S. (2014); *Derecho, Moral y Política. Una revisión general de la teoría del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires.

Orunesu, Claudina (2007); “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente”, *Análisis filosófico*, vol.27, n.1, Buenos Aires, pp. 23-46.

Orunesu, Claudina (2012); *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid.

Paulson, Stanley (2011); “The very idea of legal positivism”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, Belo Horizonte, pp. 139-165.

Perry, Stephen (2006); “Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, pp. 1171-1209-

Plunkett, David (2013); “Legal Positivism and the Moral Aim Thesis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 3, pp. 563–605.

Postema, Gerald (1987); “The Normativity of Law”, en Gavison, R. (ed.); *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford.

Raz, Joseph (1981); "The Purity of the Pure Theory", *Revue Internationale de Philosophie*, No. 35, pp. 441-459.

Raz, Joseph (1982); *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Ediciones Coyoacán, México, 2011.

Raz, Joseph (1984); “Hart on Moral Rights and Legal Duties”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 (4), pp. 123-131.

Raz, Joseph (1985); “Authority, Law and Morality”, *The Monist*, vol. 68, issue 3, pp. 295-324.

Raz, Joseph (1986a); *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1970.

- Raz, Joseph (1986b); *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- Raz, Joseph (1991); *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Raz, Joseph (1993); “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *Ratio Juris*, vol. 6, pp. 1-15.
- Raz, Joseph (1995); “El Problema de la Naturaleza del Derecho”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 3, pp. 131-151.
- Raz, Joseph (1996); “¿Por qué interpretar?”, *Isonomía*, No. 5/Octubre 1996, pp. 25-40 (Raz (1996); “Why Interpret?”, *Ratio Juris* 9, 1996, pp. 349-363).
- Raz, Joseph (1997); “La intención en la interpretación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 20, pp. 199-233 (Raz, J. (1996); “Intention in interpretation”, Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, pp. 249-286).
- Raz, Joseph (1998); “Two views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, *Legal Theory*, vol. 4, pp. 249-282.
- Raz, Joseph (2001a); “The Practice of Value”, *The Tanner Lectures on Human Values*, University of California, Berkeley, marzo 2001, pp. 112-150.
- Raz, Joseph (2001b); *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melon, Gedisa, Barcelona. [Raz, Joseph (1994); *Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law a politics*, Clarendon Press, Oxford].
- Raz, Joseph (2003a); *The practice of value*, Oxford University Press, Oxford.
- Raz, Joseph (2003b); “About Morality and the Nature of Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48 (1), pp. 1-15.

Raz, Joseph (2004); “Incorporation by Law”, *Legal Theory* 10, pp. 1-17.

Raz, Joseph (2006); “El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, pp. 141-175.

Raz, Joseph (2007a); “The Argument from Justice or How not to Reply to Legal Positivism”, Pavlakos, G. (ed.); *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, pp. 17-35.

Raz, Joseph (2007b); “¿Puede haber una teoría del derecho?”, Bouvier, H., Gaido, P. y Sánchez Brígido, R. (eds.); *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Marcial Pons*, Madrid, pp. 47-86.

Raz, Joseph (2009); *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford.

Raz, Joseph (2013); *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, Madrid.

Reagan, Donald (1989); “Authority and Value: Reflections on Raz’s *Morality of Freedom*”, *Southern California Law Review*, vol. 62, pp. 995-1095.

Redondo, Ma. Cristina y Navarro, Pablo (1991); “Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, pp. 91-100.

Redondo, Ma. Cristina (1998); “Reglas genuinas y positivismo jurídico”, *Analisi e diritto* 1998, pp. 243-276.

Ródenas, Ángeles (2003); “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 26, pp. 417-448.

Ródenas, Ángeles (2006); “La concepción de la autoridad como servicio puesta a prueba”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, pp. 177-193.

Ross, Alf (1958); *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

Ruiz Manero, Juan (1991); “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.9, pp. 321-344.

Scalia, Antonin (1997); *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press.

Schiavello, Aldo (2007); “Law, Interpretation and Authority”, *Analisi e Diritto 2007*, pp. 199-222.

Searle, John (1995); *The construction of social reality*, The Free Press, New York.

Shapiro, Scott (2006); “What Is the Internal Point of View?”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, pp. 1157-1170.

Shapiro, Scott (2011); *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.

Shapiro, Scott (2013); “Autoridad”, *Revista Derecho del Estado*, No. 31, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 5-77.

Stoltz da Silveira, Sheila (2008); “El positivismo jurídico exclusivo. Una introducción a la teoría de Joseph Raz”, *Revista Jurídica CCJ/FURB*, v.12, No.23, ene/jun 2008, pp. 25-43.

Tucker, Adam (2012); “The Limits of Razian Authority”, *Res Publica*, Vol. 18, pp. 225-240.

Vernengo, Roberto (1986); “Kelsen’s Rechtssatze as detached statements”, Tur y Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, pp. 99-108.

Vilajosana, Josep (1997); *El significado político del derecho*, Fontamara, México.

Vilajosana, Josep (2007); *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Waluchow, Wilfrid (1998); “The Many Faces of Legal Positivism”, *University of Toronto Law Journal* 48, pp. 387-449.

Waluchow, Wilfrid (2007); *Positivism Jurídico Incluyente*, Marcial Pons, Madrid.