

## EL POSITIVISMO EXCLUYENTE DE RAZ\*

Juan VEGA GÓMEZ\*\*

**RESUMEN:** Dentro del positivismo jurídico siempre han existido diferentes interpretaciones relativas a la determinación de cuáles son sus tesis principales. Como explica el autor del presente ensayo, el positivismo jurídico no es una corriente homogénea en sus ideas, y poca justicia se hace al apoyar o criticar al positivismo en general sin señalar de antemano las tesis que queremos defender o contradecir (lo cual vale para los otros *ismos* en la filosofía del derecho). Actualmente, el positivismo manifiesta esta diferencia de puntos de vista a través del debate que se ha generado en su seno, entre excluyentes e incluyentes. Este artículo tiene como objetivo principal exponer los argumentos de Raz en lo que se ha venido a denominar positivismo excluyente para contribuir al esclarecimiento de la línea argumentativa que llega a la conclusión de la mencionada concepción. De esta manera, el ensayo nos hace ver estas pautas para avanzar en la comprensión de las diferencias entre la postura de Raz y los otros positivismos.

**Palabras clave:** positivismo jurídico, teoría del derecho, razón práctica, acción.

**ABSTRACT:** *There have always been different interpretations regarding positivism's main tenets. As the author of this essay explains, legal positivism is not a homogenous stream, and it is of little use to support or criticize positivism in general, without pointing out the specific thesis subject to defence or scrutiny (this is valid in relation to other isms in legal philosophy). Today, positivism shows this difference in points of view with an internal debate between exclusive and inclusive positivists. This article has as its main goal to explain Raz' arguments concerning exclusive positivism, in order to make a contribution to the understanding of the line of argumentation that leads to this conception. In this way, the essay helps us to understand the differences between Raz' perspective and other positivisms.*

**Descriptors:** *legal positivism, jurisprudence, practical reason, action.*

\* Este trabajo es parte de una investigación que se lleva a cabo sobre el positivismo jurídico contemporáneo, y es posible gracias al apoyo recibido por parte del Conacyt y de la UNAM para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Oxford. Estoy sumamente agradecido a estas dos instituciones, así como a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y a Joseph Raz, quien no sólo ha apoyado mi estancia en Oxford, sino que me dio la oportunidad de comentar varios aspectos de este trabajo que finalmente se nutre de dichas discusiones.

\*\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado,*  
nueva serie, año XXXVII, núm. 110,  
mayo-agosto de 2004, pp. 709-739

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De nuevo sobre las razones para la acción*. III. *La tesis de la autoridad y qué no implica la tesis de Raz*. IV. *Tesis de las fuentes sociales del derecho*. V. *Aclaraciones metodológicas*.

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la corriente positivista siempre han existido diferentes interpretaciones de lo que se piensa son las tesis principales del positivismo jurídico, esto nos lleva a reiterar —lo que se ha manifestado hasta el cansancio— que el positivismo jurídico no es una corriente homogénea en sus ideas, y que poca justicia hacemos al apoyar o criticar al positivismo en general sin señalar de antemano las tesis que queremos defender o no —lo mismo vale para los otros *ismos* en la filosofía del derecho—, pero hoy en día el positivismo manifiesta esta diferencia en las interpretaciones de sus tesis con el debate que se ha generado en su seno, *i. e.*, entre excluyentes (de aquí en adelante PE) e incluyentes.<sup>1</sup> Quizás la primera observación de Raz al respecto sería aclarar que no tiene mayor sentido defender o combatir en pro de uno de estos *ismos* y que debemos evitarlo en la medida de lo posible. Este artículo tiene como objetivo principal exponer solamente los argumentos de Raz en lo que se ha venido a denominar PE, para contribuir al esclarecimiento de la línea argumentativa y no tanto de una postura que se esfuma con la etiqueta positivista. Así, la meta es bastante modesta: trabajar con los argumentos y en la medida de lo posible esclarecerlos y ver cómo se llega a la conclusión de la postura excluyente; creo que esto da la pauta para avanzar en las diferencias —si es que existen— entre la postura de Raz y los otros positivismos.

<sup>1</sup> Hay mucha bibliografía en torno a la postura incluyente, sólo menciono alguna: Hart, *Post Scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000; Coleman, J., *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, y también véase *Legal Theory*, vol. 6, núms. 1 y 2, 2000, donde vienen varios artículos que resaltan las diferencias entre el PI y PE, e incluso matices entre los diferentes PI.

## II. DE NUEVO SOBRE LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN

¿Qué tiene de especial el derecho?, ¿cómo explicar su carácter normativo?, ¿qué papel juegan las directivas<sup>2</sup> emitidas por una autoridad en esto?, y por supuesto —y quizás más importante— ¿cuál es el papel de esta autoridad? Todas estas preguntas tienen que ver con el tema que nos interesa aclarar, pero debemos ir por partes y agotar primero la naturaleza de estas directivas. Raz es uno de los principales autores que desde hace tiempo mencionó que una de estas características principales de las directivas es que proporcionan razones para la acción. Constantemente hablamos de razones, las tengo para pensar que la clase de hoy va a ser excelente por los comentarios que he escuchado; tengo razones para molestarme si me hacen esperar una hora para una reunión que tenía programada una hora antes, y finalmente las tengo para actuar, *i. e.*, para la acción, como, *e. g.*, despedirme de una reunión porque debo levantarme temprano el siguiente día y cumplir con un compromiso. Estos tipos de razones suelen denominarse razones epistémicas, razones valorativas y prácticas, respectivamente.<sup>3</sup> Lógicamente nos interesa desarrollar estas últimas, dado que el derecho se explicaría finalmente con razones para la acción. Debo mencionar que sólo voy a abordar aspectos generales sobre las razones para la acción que creo son importantes para la explicación principal del estudio; por lo tanto, el objetivo no es agotar los aspectos propios de la teoría de la normatividad.

Sólo dos aclaraciones importantes:

- a) Estamos hablando de qué razones tengo para hacer o no algo, no nos referimos a qué razones pienso que tengo para hacerlo

<sup>2</sup> Voy a utilizar la idea de directivas de Raz para referirme a normas, principios, reglas, etcétera, sin necesidad de entrar en este debate a las diferencias de cada una, asimismo se van a utilizar indistintamente las palabras reglas y normas, en el entendido de que nos referimos a este concepto genérico de directivas. Al respecto, *cf. e. g.*, Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 218 (hay traducción al castellano de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2001).

<sup>3</sup> Al respecto, utilizo el armazón proporcionado por Skorupski. *cf.* "Reasons and Reason" en Garret Cullity y Berys Gaut (eds.), *Ethics and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 345 y ss.

o no; una aclaración quizás innecesaria, pero que considero importante; *i. e.*, como dice Raz, es erróneo pensar que todo lo que creo son razones son necesariamente razones, estamos finalmente hablando de ciertos hechos, hechos en sentido amplio, éstos son los que tienen importancia normativa.<sup>4</sup>

- b) Entonces tenemos *mutatis mutandi* varios elementos importantes que toda noción acerca de la normatividad debe aclarar: las relaciones entre las razones, hechos, agentes y conducta se puede representar de la siguiente forma <El hecho  $p$  es una razón para que  $x$   $\emptyset$ >.<sup>5</sup>

Cuando hablamos de razones para la acción, viene a la mente la idea del balance de razones para hacer o no algo. Ciertas razones tienen más peso que otras y por ende se sobreponen a las demás. En casos de conflicto entre razones, prevalece la que tenga mayor peso. Raz menciona tres conceptos importantes para entender la noción de conflictos entre razones, conceptos que después nos van a ser de utilidad y por ello los transcribo:

- i) Tenemos una razón concluyente cuando  $p$  es una razón concluyente para que  $x$  haga  $\emptyset$  si y sólo si,  $p$  es una razón para que  $x$  haga  $\emptyset$  (que no ha sido cancelada) y que no existe  $q$  que se sobreponga a  $p$ ; ii) Tenemos una razón absoluta cuando  $p$  es una razón absoluta para que  $x$  haga  $\emptyset$  si y sólo si no puede existir un hecho que se sobreponga, *i. e.*, para todo  $q$  nunca es el caso de que cuando  $q$ ,  $q$  se sobreponga a  $p$  (de aquí en adelante RA), y iii) Una razón *prima facie* es una que no es concluyente o absoluta.<sup>6</sup>

Esta es la forma en que de hecho nos relacionamos con las razones para la acción, donde adquiere una fuerte presencia el balance de razones, pero no todo es balance de razones.

4 *Cfr.* Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, pp. 17 y 18 (hay traducción al castellano de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991). Voy a referirme a la edición en inglés.

5 En esto coinciden tanto Skorupski, *op. cit.*, nota 3; como Raz, J., *Practical Reasons...*, *cit.*, nota anterior, cap. 1.

6 Raz, J., *Practical Reasons...*, *cit.*, nota 4, p. 27.

Otra de las grandes aportaciones de Raz fue introducir la idea de razones excluyentes (de aquí en adelante RE), dado que quedan sin explicarse elementos importantes en el razonamiento práctico, con base en la simple idea del balance de razones. Estas RE se entienden como razones de segundo orden, dado que se refieren a su vez a razones. Una RE es una razón para no actuar con base en el balance de razones, una razón que nos lleva a no considerar las razones a las que se refieren y a no actuar con base en las mismas.<sup>7</sup> Utilicemos el mismo ejemplo que nos da Raz para ser más claros: el caso de un militar que le dice a un subordinado que se robe el vehículo de un civil. El soldado a quien se ordenó lo anterior tiene razones para no hacerlo, algunas otras quizás para llevarlo a cabo, pero él considera que, como subordinado, el hecho de habérselo ordenado su jefe es importante y no entra en el balance de razones para robar el carro o no, es una situación diferente, pues considera que no debe entrar de lleno al análisis de los méritos del caso, así el soldado tiene una RE, que es una razón para no actuar con base en el balance de razones.<sup>8</sup>

Lo que en un principio, en la obra de Raz, *parecía* una idea bastante fuerte de estas RE, donde *e. g.*, dichas RE eliminan a las razones de primer orden, en el momento en que Raz desarrolla con precisión la idea, nos ayuda a ubicar dichas RE en su justa dimensión.<sup>9</sup> Las RE no cancelan a las razones de primer orden,<sup>10</sup> lo que se elimina con una RE es el *compliance* —guiarse por la razón, motivarse por la razón—, pero no el *conforming* —actuar en correspondencia con la razón—.<sup>11</sup> Resulta que estos dos términos quizás sean los más importantes de aclarar, porque de la confusión de los mismos se puede llegar a una idea errónea de la tesis de Raz. El *compliance* es la motivación de llevar a cabo alguna acción

7 *Ibidem*, pp. 38 y 39.

8 *Ibidem*, p. 38.

9 Lógicamente me refiero al *poscriptum* a Raz, J., *Practical Reasons...*, *cit.*, nota 4, pp. 178 y ss.

10 *Ibidem*, p. 184.

11 Así traduce estos dos términos Juan Ruiz Manero, *cf.* p. 220. No obstante lo anterior, menciono en cada caso las palabras que utiliza Raz en *Practical Reasons...*, *cit.*, nota 4.

por la razón, mientras que el *conforming* es actuar en correspondencia con la acción objeto de la razón.<sup>12</sup> Por lo tanto, resulta sospechoso pensar que la idea de Raz simplemente alude a ciertas RE que nada tienen que ver con el hecho de que finalmente se cumplan con las acciones a las que se refieren las razones objeto de las RE. La idea es clara, porque esto no se debe ver como una división tajante entre los dos tipos de razones; de hecho, Raz menciona cómo finalmente el objetivo es uno de *conforming*: asegurar la correspondencia con la razón y llevar a cabo la acción respectiva.

Las directivas en el derecho funcionan como razones para la acción, del hecho de que una norma prescriba hacer  $\emptyset$ , me da una razón para la acción. Cuando pienso en hacer o no algo, influyen este tipo de razones que me dicen  $\emptyset$  o no  $\emptyset$ ; el objetivo aquí es explicar en qué medida influyen dichas reglas en la acción. Reitero, la principal idea que tenemos al abordar esta situación es decir: “bueno, depende del balance de razones”; lo que hago es considerar las razones que tengo para  $\emptyset$ , así como las que tengo para no  $\emptyset$ , y de acuerdo con este balance hago o no  $\emptyset$ . Esto es natural, pero como lo acabamos de mencionar, no todo en el razonamiento práctico puede explicarse así, sobre todo si introducimos el papel que juegan dichas directivas; y esto nos ubica en el tema objeto de este estudio.

Los conflictos en torno a las razones de primer orden giran alrededor de qué razón se sobrepone a las demás; por su parte, un conflicto entre razones de primer orden y de segundo, *i. e.*, RE, se decide con base en las razones que se excluyen, no entramos aquí al balance. Esto tiene su explicación en el hecho de que los conflictos entre razones de primer orden y RE puede que se cumpla con algunas razones de primer orden, en estos casos no existe balance y sobreponer alguna razón, esto es lo que Raz denomina conflictos parciales, donde podemos cumplir con ambas, siempre y cuando no se consideren las razones de primer orden excluidas. Raz menciona: Si  $p$  es una razón para  $A$  y  $q$  es una RE para no  $A$  con base en  $p$ , entonces el conflicto es uno parcial,

12 Cfr. Raz, J., *Practical Reasons...*, *cit.*, nota 4, sobre todo p. 178, así como p. 185.

podemos cumplir con ambas si llevo a cabo *A* por una razón distinta a *p*.<sup>13</sup> Es esta característica de las RE, que no puede explicarse con el simple balance de razones, y que Raz expone, lógicamente con el objetivo de explicar las directivas en el derecho.

Las directivas *e. g.* funcionan como RE. Estas reglas se basan en razones que la autoridad estima son las adecuadas para actuar o no de determinada forma, las razones en las cuales se basa la regla son razones dependientes (de aquí en adelante RD). Traigamos a colación entonces las ideas ya mencionadas: las directivas son RE porque pretenden asegurar correspondencia-*conformity* con las RD, y hacen esto a través del procedimiento que Raz denomina estrategia indirecta,<sup>14</sup> donde el guiarse-motivarse-*compliance* por la razón no se da con base en las RD, sino que dicha motivación puede que se encuentre en la regla misma,<sup>15</sup> todo esto con la idea clara de que el objetivo es uno de correspondencia-*conformity* con la razón objeto de la acción. Pero la pregunta ahora es: ¿por qué ubicar la motivación-*compliance* de una acción en la regla y no las razones mismas? La respuesta a la pregunta está en el hecho de que las reglas son emitidas —en este caso al cual me estoy refiriendo, podemos encontrar otros ejemplos— por una autoridad respecto de la cual, por varias razones (no quiero entrar al tema de la autoridad en estos momentos, pero mencionemos dos: coordinación en las actividades de los miembros sujetos a esta autoridad, su experiencia como autoridad, etcétera), diferimos nuestro juicio a ella; esta autoridad nos proporciona una motivación-*compliance* a la medida para cumplir con las RD.<sup>16</sup> Las preguntas en torno a la autoridad quedan pendientes, pero dejemos estas inquietudes para el siguiente apartado y regresemos al punto que ahora interesa agotar. Vemos así como la idea de RE es una donde las razones a las que se refieren, RD, no se eliminan, cancelan ni nada por el estilo, sino al contrario, tienen una relación importante con las mismas, hasta el grado de que uno de sus

13 Cfr. Raz, J., "Facing up: A reply", *Southern California Law Review*, pp. 1167 y 1168.

14 Raz, J., *Practical Reasons...*, *cit.*, nota 4, p. 195.

15 *Ibidem*, p. 193.

16 *Idem*.

objetivos, en el caso de las reglas, es asegurar una correspondencia con la acción-*conformity* objeto de la razón, y dar un nuevo parámetro de guía-motivación-*compliance*.

Si tenemos estas ideas claras, el paso a la noción de razones protegidas (de aquí en adelante RP) que menciona Raz es relativamente sencillo. Las directivas para Raz además de RE son RP porque son una “combinación sistemática de una razón para realizar el acto que uno se ha comprometido a realizar, o el acto exigido por la regla, y una RE para no actuar por ciertas razones (en pro o en contra de ese acto)”.<sup>17</sup> Son RP porque las razones para la acción que prescribe la regla están protegidas por RE.<sup>18</sup> El carácter distintivo de las reglas es que dan RE que son diferentes a las razones para la acción que proporcionan las reglas mismas, esto es lo que Raz denomina *tesis de la autonomía*: consistente en que las reglas proporcionan razones adicionales;<sup>19</sup> autonomía se debe entender en las razones que generan. ¿Más términos? Sí, sólo debemos agregar otra noción para estar en posibilidades de llegar a una de las tesis de la postura de Raz. Otra idea que debemos tener clara es la de justificación independiente de contenido (de aquí en adelante IC), la cual se relaciona con la idea de RE. La idea IC sostiene que la justificación de la validez de una regla es una justificación independiente de contenido, dado que dicha justificación no está principalmente en las razones que proporciona la acción motivo de la regla, sino en las RE.<sup>20</sup> Con esto ya estamos en posibilidades de mencionar la siguiente tesis —del positivismo en general, pero aquí mencionamos la interpretación de Raz—: Tesis de la Diferencia Práctica (TDP): *una regla hace una diferencia práctica en nuestro razonamiento si proporciona razones distintas a las razones que proporciona las acciones requeridas por la regla.*

Retomando, digamos que las razones distintas que dan las reglas son las RE, dichas reglas excluyentes al proporcionar razones

17 *Cfr.* la edición en castellano de Raz, J., *Practical Reasons...*, *cit.*, nota 4, p. 238 (las cursivas son mías).

18 *Cfr.* Raz, J., “Reasoning with Rules”, *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, p. 15.

19 *Ibidem*, p. 13.

20 *Ibidem*, pp. 8-15.

adicionales resaltan la tesis de la autonomía ya mencionada. Además, la justificación es una IC, dado que la misma no se encuentra en las razones propias de la acción referida por la regla, dicha justificación se encuentra ligada a la idea de motivación-*compliance* que menciona Raz, dado que ésta también es una de las características de las reglas, cambiar esta motivación de las razones producto de las acciones requeridas por las reglas (RD) a una motivación en las razones adicionales que proporcionan las reglas, con el objetivo *no* de cancelar o eliminar dichas RD, sino de asegurar el actuar en correspondencia-*conformity*, pero con base en otras razones.

Esta forma de explicar la idea de las razones para la acción puede ser de utilidad para entender la postura de Raz, pero como bien se pudieron dar cuenta, la explicación da por aceptado el concepto de autoridad para explicar las reglas emitidas por una autoridad, por lo que es indispensable ahora mencionar la tesis de la autoridad en Raz, no obstante esto, creo queda clara la forma en que —en estos momentos— tienen relación ambas ideas: Una de las características de las directivas de la autoridad es que hacen una diferencia práctica, proporcionan razones sobre razones, *i. e.*, RE. Por lo tanto, ahora la pregunta es cómo explicar el concepto de autoridad, sobre todo tomando en consideración que estamos hablando de razones, por lo cual ambos conceptos pueden presentar una paradoja.<sup>21</sup>

### III. LA TESIS DE LA AUTORIDAD Y QUÉ NO IMPLICA LA TESIS DE RAZ

Antes de entrar a la tesis de la autoridad, debemos señalar varias cuestiones que, si tenemos claras, creo que el *approach* puede facilitarse. Me refiero a ciertas advertencias sobre lo que *no* quiere demostrar la idea de autoridad:

- a) Hace algunos momentos mencionamos lo que se entiende por una RA, donde *tenemos una razón absoluta cuando p es una razón*

21 Esta paradoja es precisamente la que aborda Raz, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979 (versión en castellano de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982); *cf.* especialmente el capítulo 1.

*absoluta para que x haga  $\emptyset$  si y sólo si no puede existir un hecho que se sobreponga*, i. e., *para todo q nunca es el caso de que cuando q, q se sobreponga a p*. La idea de RE y RP en ningún momento dado implica que se entiendan como RA; si tenemos en el derecho RA, cómo dice el mismo Raz, sería difícil pensar en la existencia de cualquier autoridad con este poder inmenso, sobre todo en el derecho y autoridades legítimas en el mismo,<sup>22</sup> de ninguna manera la idea va a implicar esto, muy pocas personas, creo, defenderían la noción de que las razones que proporciona el derecho siempre y en todo momento se deben seguir. No implica tampoco una noción de rendir el juicio de uno, tal como lo mencionó en su momento Hart.<sup>23</sup>

- b) La tesis no tiene por objetivo dar cuenta del inmenso poder de las autoridades, sino su papel limitado.<sup>24</sup>
- c) Relacionada con las primeras dos, el mismo Raz considera la posible observación que se le puede formular en el sentido de que la autoridad debe tomar en cuenta todas las razones que se nos pueden presentar, y no eliminarlas con base en la expedición de RE. En este sentido, la respuesta es también de aclaración, donde Raz explica que si tomamos en consideración todas las razones que se aplican a los sujetos en todos los casos, finalmente sería difícil contar con el derecho, precisamente porque la coordinación entre individuos y la falta de certeza que esto genera resulta contradictorio con lo que el derecho hace, es una explicación y no justificación de por qué el argumento no es tan sencillo como aparece a primera vista.<sup>25</sup>
- d) Me voy a referir a la tesis de la autoridad en Raz, en lo que respecta a autoridad práctica a diferencia de autoridad teórica; la diferencia entre estos dos tipos de autoridad consiste en que la primera se refiere a una autoridad que afecta

<sup>22</sup> *Cfr. ibidem*, p. 13.

<sup>23</sup> *Cfr.* Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", en varios autores, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

<sup>24</sup> *Cfr.* Raz, *Ethics in the...*, *cit.*, nota 2, p. 215.

<sup>25</sup> *Cfr.* Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 32.

lo que debemos hacer, mientras que la autoridad teórica gira en torno a lo que tenemos razón para creer.<sup>26</sup>

e) Es una tesis conceptual.<sup>27</sup>

Raz explica el concepto autoridad a través de tres tesis normativas:

- a) Tesis de la Dependencia (TD). Todas las directivas de las autoridades deben basarse, entre otras cosas, en razones que se aplican a los sujetos de esas directivas y que giran en torno a las circunstancias cubiertas por dichas directivas. Estas razones, Raz las denomina RD.
- b) Tesis Normal de Justificación (TNJ). La manera normal en que se determina que debe reconocerse que una persona posee autoridad sobre otra consiste en demostrar que 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 autoritativas, e intenta seguirlas, en lugar de que dicho sujeto mismo intente seguir las razones que se le aplican directamente.
- c) Tesis de la Prevención (TP). El hecho de que una autoridad exija llevar a cabo una acción, es una razón para actuar en correspondencia, razón que no se debe agregar a otras razones relevantes al momento de determinar qué se debe hacer; dichas razones, producto de la directiva, reemplazan a algunas de las otras razones.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 29 y 52.

<sup>27</sup> Voy a aclarar esto cuando me refiera a los puntos metodológicos.

<sup>28</sup> Cfr. Raz, *Ethics in the..., cit.*, nota 2, p. 214. Sigo el texto en inglés, y llevo a cabo una traducción de las tres tesis. Utilizo la expresión "tesis de la prevención" y no de "exclusividad" porque creo que la idea es la de prevenir basarse en las razones dependientes, hacer que la referencia a las RD no tenga sentido; las razones secundarias y excluyentes que generan las directivas finalmente no entiendo por qué son exclusivas, se relacionan con las dependientes y sólo así se entienden desde mi punto de vista.

*Autoridad legítima y de facto*

Para Raz, el concepto de autoridad es un concepto práctico, *i. e.*, se refiere finalmente a la pregunta sobre qué debe uno hacer;<sup>29</sup> para poder expedir directivas que tengan como objetivo guiar la conducta de los individuos, se requiere explicar el concepto autoridad. Raz, a su vez, menciona dos tipos de autoridad: autoridad *de facto* y autoridad *legítima*. ¿Es una autoridad *de facto* quien simplemente usa el poder para guiar la conducta de los individuos? Si aceptamos esta definición del mero uso de poder, estaríamos finalmente en el supuesto que todos conocemos del asaltante. Por lo anterior, Raz define la noción de autoridad *de facto* mencionando que alguien posee este tipo de autoridad cuando tiene la pretensión de gozar a su vez de autoridad legítima, o es considerado por otros como poseedor de autoridad legítima.<sup>30</sup> Lo anterior es otra de las aportaciones de la explicación del concepto autoridad por parte de Raz, pues no se puede explicar la idea de autoridad *de facto*, sin la de autoridad legítima. Por su parte, aceptar que la autoridad es legítima, es considerar las directivas como válidas y seguir sus razones, en vez de entrar a los méritos del caso,<sup>31</sup> si se da esto en la práctica o no es cuestión empírica, pero las autoridades en el derecho *pretenden* tener esta autoridad legítima, y así se explica el concepto, *i. e.*, con la noción de RE.<sup>32</sup> El punto que debe interesar, y sobre el cual debemos centrar la atención, es que las autoridades *pretenden* tener esta autoridad legítima. Si dicha pretensión está justificada, entonces diremos que la autoridad es legítima.<sup>33</sup> La pretensión o el reclamo que hace el derecho es con base en sus RE.

TN7. Para ubicar mejor las ideas hasta aquí expuestas, digamos que la explicación sobre RE daba por aceptada la idea de autoridad. ¿Cuándo está justificada dicha autoridad? Un primer paso

29 Cfr. Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 10.

30 Cfr. *ibidem*, p. 9, y Raz, J., *The Morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 27 y 28.

31 Cfr. Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 27, e *id.*, *The Morality...*, *cit.*, nota anterior p. 26.

32 Cfr. Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 27.

33 Cfr. Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30, p. 26.

para explicarlo nos lo proporciona TNJ. Es difícil explicar las tres tesis normativas de manera separada, pero trataré de hacerlo ubicando las ideas ya expuestas, para posteriormente relacionarlas. Recordemos que hace unos instantes mencionamos cómo la idea de las RE es de proporcionar razones adicionales, que dichas RE tienen como objetivo principal el *conformity*/actuar en correspondencia. La idea de la TNJ sostiene que reconocemos a una autoridad como legítima cuando es más probable que actúe con base en las razones adecuadas si sigo las directivas de la autoridad, más que seguir mi propio juicio al respecto, aclarando que se trata de actuar con base en razones que se nos aplican. Pero, ¿por qué? La razón es muy sencilla, en muchas ocasiones nosotros pasamos ese poder de decisión a otras personas, las cuales se encargan de decirnos qué debemos hacer, lo cual no implica, *e. g.*, seguir ciegamente a dichos expertos,<sup>34</sup> sino que por ciertas circunstancias dichas personas están en mejor posibilidad de llegar a decir cuál es la razón adecuada para actuar. Si esas personas suelen acertar en las razones adecuadas, así es como solemos acceder o consentir que dicha autoridad es vinculante.<sup>35</sup>

Lo que en un principio parece ser una postura contra-intuitiva, si —como nos lo pide Raz— vemos nuestro actuar en la sociedad ésta no es una idea descabellada. En muchas ocasiones pasamos el poder de decisión a grupos colegiados que son considerados expertos en la materia, solemos tener asambleas que deciden nuestras actividades en conjuntos habitacionales, o clubes privados, etcétera. Estas personas deciden, y para considerar o aceptar que sus decisiones son vinculantes, tienen que acertar en la mayoría de las ocasiones para ser consideradas como tales. Ahora, esto no significa que cuando no aciertan no debemos considerarlas vinculantes, esto perdería todo sentido si así fuese, no entro ahora al carácter de las directivas que emiten las autoridades, pero no perdamos de vista el objetivo principal en esta etapa del argumento, *i. e.*, se necesitan estas características que menciona TNJ para considerar las directivas de la autoridad como aquellas que aciertan

34 También hay que recordar que no se trata de RA.

35 *Cfr.* Raz, *Ethics in the...*, *cit.*, nota 2, p. 214.

en las razones para la acción y por ende son vinculantes. Ahora regreso a cómo esto debe ser una idea familiar. También en muchas ocasiones delego ese poder de decisión para no tener que decidir constantemente, ¿qué pasaría si por cualquier asunto ese cuerpo colegiado, asamblea en conjuntos habitacionales, etcétera, me estuviese requiriendo sobre mi punto de vista para tomar una decisión? Lógicamente les respondería que para eso están, para tomar decisiones y no estar consultándome constantemente al respecto.

Para esto también tenemos autoridades, para pasarles algunas decisiones y liberarme de esta tarea,<sup>36</sup> para finalmente poder aliviarme de esta actividad y entregar las decisiones en casos donde costaría incluso más constantemente detenerme en las mismas. En esta parte del argumento de Raz estamos tentados a ver dicha idea desde la perspectiva de la justificación de la autoridad legítima del Estado contemporáneo,<sup>37</sup> pero debemos recordar que hasta este momento el argumento no trata de demostrar esto, es mucho más limitado, el mismo Raz sostiene que esta idea de TNJ se puede utilizar para explicar autoridades prácticas como la de los padres sobre los hijos, un entrenador de un equipo de fútbol, etcétera,<sup>38</sup> pero la idea es amplia para agrupar diferentes perspectivas, *ergo* conceptual. No obstante lo anterior, de nuevo debemos mencionar dos advertencias importantes: necesitamos más elementos para una justificación de la autoridad, y por esto Raz menciona que además debemos tener presente, *inter alia*, a) que no existan razones para no aceptarla que derroten a las razones para tener autoridad, y b) demostrar que no existen argumentos para defender que en ciertos casos es mejor que las personas decidan por sí mismas, *i. e.*, dejar que la gente conduzca sus propias vidas.<sup>39</sup>

36 *Cfr.* Raz, J., "Facing up...", *cit.*, nota 13, p. 1180.

37 Para esto, debemos ver el capítulo IV en Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30; empero, los argumentos que deseo destacar en esta parte de la investigación no giran alrededor del mismo.

38 *Cfr.* Raz, J., "Facing up...", *cit.*, nota 13, p. 1184.

39 Para el inciso a), *cfr.* Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30, p. 57. Sobre el inciso b), véase anterior obra aquí citada y Raz, J., "Facing up...", *cit.*, nota 13, p. 1180.

Otro aspecto que nos lleva a justificar a las autoridades si reúnen estos requisitos, es el objetivo de coordinarse en sociedad. Para la teoría de la autoridad de Raz hay ciertos objetivos que seguimos conjuntamente en sociedad, los cuales se benefician de una manera importante si todos seguimos las mismas acciones, en vez de que cada uno actúe por su propia cuenta,<sup>40</sup> en esa medida entra la figura de una autoridad —con mejores conocimientos por ejemplo— que expide una directiva para llevar a cabo una acción conjuntamente. Es en este aspecto donde toma importancia la idea de referirse a otras personas, *i. e.*, en este caso a la autoridad, dado que ellos están en mejor posibilidad a través de sus directivas de asegurar esta coordinación, incluso tomando en consideración lo anterior, las autoridades —si son legítimas— reflejan las razones adecuadas para actuar. Ahora, Raz está plenamente consciente de que un acuerdo total entre los miembros de una sociedad es imposible, por lo anterior, ésta no es una avenida adecuada para gastar energías y criticar la postura con base en esto, lo único que debemos considerar es este aspecto de comprometerse a que alguien decida en estas circunstancias con las ventajas que ello conlleva. La idea es que una vez que alguien se compromete, pasa esa decisión a otros sin tener la posibilidad de estar cuestionándola constantemente —esto no significa que nunca las podemos cuestionar, recordar que las RE no son RA— pues el objetivo se pierde, pensemos por ejemplo en una promesa, me comprometo a  $x$ , no puedo estar cuestionando el contenido de dicha promesa, la promesa es una RE, independientemente —*mutatis mutandi*— del contenido de la misma. Es en este punto donde las directivas tienen un papel trascendente. En esta coordinación, planeación, etcétera, es a través de dicha entrega en algunas decisiones como finalmente se puede llegar a acuerdos importantes, Raz sostiene que las reglas permiten acuerdos al estar frente a desacuerdos.<sup>41</sup>

40 Raz en este punto, y en el artículo “Facing up...”, *cit.*, nota 13, pp. 1189 y ss., es claro en no identificar su postura desde la perspectiva e identificada con los problemas propios de la teoría de juegos, sobre todo en cuanto a la subjetividad e inclinación en ver hacia el interés individual de la teoría.

41 *Cfr.* Raz, J., “Reasoning with...”, *cit.*, nota 18, p. 18.

Dichos acuerdos permiten las acciones conjuntas que por las diferencias no podemos dejar sin actuar, es un acuerdo en las decisiones tomadas de antemano y que no podemos ignorar, independientemente de si estamos o no de acuerdo con las acciones concretas,<sup>42</sup> como lo sostiene también en *Morality of Freedom*: las directivas de la autoridad permiten un punto común mínimo para generalizar, no obstante, nuestras leves o profundas diferencias.<sup>43</sup> Dejamos pues esta labor a la autoridad, la cual a través de sus directivas permite esta coordinación, y que nos exige del trabajo de decidir constantemente, incluso de poner a prueba dichas directivas para saber si tenemos un problema de coordinación o no.

*TP.* No obstante lo anterior, la idea de TNJ no se explica totalmente sin decir qué papel desempeña y en qué forma afectan dichas directivas mi razonamiento práctico, por esto dedicamos una parte importante de este repaso a ello, pero debemos retomarlo relacionando las ideas con la tesis de la autoridad en Raz. Como todos sabemos, tenemos en la literatura muchas formas de explicar el aspecto de la autoridad, consistentes en señalar las ventajas de seguir sus directivas en aras de un bienestar o deber de seguir instituciones justas, etcétera, pero la gran ventaja del análisis de Raz es que va más allá de esto y explica en qué medida dichas directivas afectan nuestro razonamiento, *i. e.*, cómo a través de la razón práctica explico ese peso de las autoridades. Lógicamente, la idea de Raz es explicarlo a través de la tesis TP. La gran desviación que tomamos anteriormente fue para explicar esta tesis, *i. e.*, TP se explica en buena medida a través de RE. Por lo anterior, sólo voy a relacionar varias de las ideas que quizás estén sueltas, y agregar algunas cuestiones no mencionadas.

Tenemos una directiva y ésta reúne los requisitos de TNJ, es pues legítima. En su momento, comentamos cómo Raz sostiene una tesis importante, la Tesis de la Diferencia Práctica (TDP), ésta sostiene: “*Una regla hace una diferencia práctica en nuestro razonamiento si proporciona razones distintas a las razones que proporciona las acciones requeridas por la regla*”.

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> *Cfr.* Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30, p. 58.

La tesis se explicó con otra de la autonomía que menciona cómo las directivas proporcionan razones adicionales distintas a las normas en sí, lo cual viene a ser una de las principales características de las directivas. En un caso concreto, no podemos contar el peso de lo que prescribe la norma, con el peso de la directiva, las razones que justifican a la regla particular, al no poder contar ambas,<sup>44</sup> sólo se cuenta el peso de las RE, dado que —en esto creo hemos abundado lo suficiente— se excluyen algunas razones para hacer o no hacer lo que la RE sostiene, aquí mencionamos que sólo excluyen algunas, por la característica de los conflictos entre razones de primer y segundo orden, idea ya expresada como conflictos parciales. Por esto, esta TP la denomino Tesis de la Prevención, dado que el objetivo de las directivas es prevenir el peso que pudieran tener algunas razones propias de lo que exige la norma, el peso se traslada a la directiva y las razones que justifican dichas directivas, las cuales —dicho sea de paso— no tienen que ver estrictamente con la conducta exigida. Si continuamos relacionando las ideas generales sobre RE y razones para la acción con la tesis de la autoridad en Raz, debemos también ubicar la idea de IC. Recordemos que IC significa: “*Que la justificación de la validez de una regla es una justificación independiente de contenido, dado que dicha justificación no está principalmente en las razones que proporciona la acción motivo de la regla, sino en las RE*”.

La anterior noción nos ayuda a entender claramente la propuesta de Raz, las normas tienen como principal característica que proporcionan razones adicionales, RE, que si se trata de una autoridad legítima, entonces dichas RE son las que afectan el razonamiento práctico a través de la exclusión de algunas razones de primer orden. Siendo legítimas dichas directivas, entonces la justificación de las mismas no está precisamente en las acciones que exige la directiva, sino en que delegamos la decisión a otras personas, en este caso a la autoridad para asegurar a su vez coordinación, planeación, etcétera, en nuestras sociedades, un acuerdo mínimo que permite llevar esto a cabo en sociedades plurales, pero

44 Cfr. *idem*.

esta justificación no se agrega a lo que  $x$  directiva me exige y por ello su justificación es IC, *i. e.*, ya me comprometí, acudo a dicha autoridad.

¿Puede finalmente esta autoridad expedir cualquier tipo de directiva si le hemos dado esa facultad para decidir por nosotros?, ¿puede exigir una conducta, independientemente de nuestro punto de vista?, y por último, si tiene dicho poder enorme, ¿cómo se relaciona esto con el hecho de que no obstante se equivoque la autoridad, debo seguir sus directivas? Estas cuestiones son abordadas por la otra y última tesis normativa en el esquema de Raz, la TD. Dicha TD, debemos recordar, tiene como principal objetivo que las directivas de las autoridades se basen en razones aplicables a los sujetos, en circunstancias cubiertas por las mismas, *ergo*, la idea de TD es manifestar el papel limitado de las autoridades, esto en el sentido de que serán legítimas y proporcionarán RE en la medida en que basen sus directivas en razones que sean aplicables a los sujetos; no puede la autoridad —o podrá sin ser legítima— expedir cualquier directiva que le parezca. Si reunimos tanto TD como TNJ, entonces tenemos lo que Raz denomina la concepción del servicio de la autoridad (CSA)<sup>45</sup> —aclaro de nuevo que estamos hablando de los requisitos para una autoridad legítima—, lo cual es un ejercicio ideal de la autoridad que sirve para explicar el concepto.<sup>46</sup>

Podemos abordar el planteamiento de TD y también relacionar las otras dos tesis con el ya famoso ejemplo del arbitraje que el mismo Raz proporciona: tenemos un caso donde dos personas someten su diferencia a un árbitro, este árbitro tiene autoridad para decidir sobre la disputa. La resolución del árbitro es una RE, pero dicha RE se relaciona con las razones que le fueron presentadas al árbitro y en torno a las cuales decide, la decisión del árbitro tiene como objetivo considerar las razones que le fueron presentadas y decidir de acuerdo a la que considera es la que debe prevalecer, pero la resolución es una RE porque reemplaza algu-

<sup>45</sup> Cfr. Raz, *Ethics in the...*, *cit.*, nota 2, p. 214.

<sup>46</sup> Cfr. Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30, p. 47. Voy a llevar a cabo ciertas aclaraciones metodológicas de la tesis de Raz, dado que lo conceptual e ideal puede generar ruido, pero esto lo veo en un apartado propio *infra*.

nas de las razones producto de la decisión; una vez que se llega a ésta, las partes no pueden alegar de nuevo las razones base de la decisión —podrán alegar consideraciones ulteriores y sobresalientes— pero no las que son producto de la decisión, esto es porque si de nuevo estamos constantemente alegando contra una resolución firme las razones motivo de la misma, como sostiene Raz, el papel del árbitro pierde totalmente su sentido, no tiene caso someter las disputas a un procedimiento inútil.<sup>47</sup> Entonces TD simplemente menciona la necesidad de que la autoridad se base en razones aplicables a los sujetos; como en el caso del arbitraje, no puede el árbitro basar su decisión en una cosa totalmente distinta a la que le presentan las partes; para ser más claros en nuestros conceptos, digamos que no debe actuar así una autoridad. Si tenemos TD y TNJ, entonces es clara la idea de CSA, y también debemos aclarar la idea errónea de que se trata de una tesis que le otorga o explica el papel enorme de las autoridades, es precisamente todo lo contrario. No obstante lo anterior, la TD puede ser sujeta a varias preguntas que aún no se responden y que son indispensables para todo concepto de derecho y autoridad; particularmente me interesan tres preguntas: ¿el hecho de que las autoridades se deben basar en razones dependientes, esto significa una negación de TDP?; puede que el ejemplo del arbitraje sea plausible tratándose de autoridades jurisdiccionales, pero ¿qué pasa con autoridades como el Poder Legislativo, *i. e.*, toda directiva se debe basar en razones dependientes?, y por último ¿siempre deben basarse las autoridades en razones dependientes, existe posibilidad de que no sea así?

#### A. *Negación de TDP*

Como el mismo Raz lo señala, puede que se confundan las ideas y se piense que si bien la autoridad legítima debe actuar con base en razones dependientes, aplicables a los sujetos, entonces una de las tesis principales de Raz y el positivismo TDP no tiene mayor sentido, dado que las autoridades simplemente le dicen a los ciudadanos qué es lo que deben hacer, pero sin afectar el

<sup>47</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 41 y ss.

razonamiento práctico. La sugerencia es equivocada por la existencia de directivas y RE. Mencionamos anteriormente cómo la existencia de RE genera razones adicionales, y si bien toda autoridad legítima debe actuar y expedir sus directivas con base en razones dependientes, una vez que se expide dicha directiva se genera la RE y ésta afecta el razonamiento práctico en la forma que ya hemos manifestado. El mismo Raz menciona el argumento para la coordinación en nuestras actividades en sociedad como una de esas RE —recordar también su carácter IC en su justificación— que finalmente hacen una diferencia práctica, permiten la coordinación y agregan razones adicionales, incluso atendiendo a razones dependientes; como podemos recordar, con las RE se eliminan algunas razones dependientes, pero no todas, y es con el ánimo finalmente de actuar en correspondencia. Esta característica también explica el por qué no obstante la autoridad debe basar sus directivas en razones dependientes, incluso cuando se equivoca, tenemos una obligación de seguir las directivas. Lo anterior es así, dado que dichas razones adicionales que proporciona la directiva me comprometen a seguir las directivas de la autoridad, que es la institución a la cual hemos delegado ese poder de decisión en determinados asuntos; debemos reiterar la opinión de Raz,<sup>48</sup> en cuanto a que no tendría mayor sentido tener este tipo de autoridades, si para saber en un momento dado que actuaron correctamente tengo que analizar las razones sobre las cuales basaron su decisión, ya que el objetivo de la autoridad pierde todo sentido. Esto lo podemos relacionar con el caso del árbitro, que se basó en razones dependientes y su decisión debe seguirse, y no puedo actuar con base en las razones dependientes porque considero, analizándolo así, que el árbitro erró en su decisión. Poca certeza brindaría el solucionar conflictos de esta forma, sería prácticamente imposible.

### B. *¿El Poder Legislativo?*

El ejemplo del arbitraje también puede desorientar en torno a la idea principal de Raz, dado que como lo menciona, existe la

<sup>48</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 42.

duda de que la TD se explique satisfactoriamente con el ejemplo, pero qué sucede con autoridades que no actúan con base en razones dependientes, cuyo objetivo principal no es reflejar dichas razones, sino incluso se puede pensar que introducen razones dependientes. Tal es el caso *e. g.*, del legislador, dado que *prima facie* podemos pensar que éste no tiene como objetivo principal reflejar razones dependientes, sino incluso crear nuevas razones. Raz menciona dos ejemplos para ilustrar cómo incluso el legislador trabaja con razones dependientes con el objetivo de reflejar mejor dichas razones en sus directivas. Un caso es el de los impuestos: podemos pensar que el legislador, al crear una directriz obligándonos a pagar  $x$  cantidad por concepto de impuestos, está precisamente creando una razón sin reflejar alguna dependiente, pero al final no es así, correctamente sostiene Raz que consideramos que el impuesto está justificado en parte porque pensamos debemos contribuir al gasto de ciertos servicios de los cuales nos beneficiamos, finalmente es una razón dependiente aplicable a nosotros independientemente de la directriz, lo que sucede es que la autoridad al pronunciarse sobre lo anterior elimina toda duda, y genera una RE, pero anteriormente a la directriz el hecho de beneficiarse con ciertos servicios daba la pauta de tener una razón dependiente para contribuir o no al gasto público.<sup>49</sup> El otro caso que menciona Raz es el del servicio militar obligatorio, y cómo en la Gran Bretaña durante los dos primeros años de la Primera Guerra Mundial no existía la figura del servicio militar obligatorio, pero sí existían puntos de reclutamiento para voluntarios; es claro para Raz que al expedirse la directiva creando la obligación del servicio militar, ésta genera una obligación que muchos pensaban existía independientemente de la directiva, sólo vino a confirmar el deber de apoyar al país, pero una vez expedida la directiva esto genera una RE donde se confirmó dicha obligación o en aquellos que tenían dudas éstas se disiparon por el pronunciamiento de la autoridad, genera entonces dicha directiva las RE que tanto hemos comentado, pero el punto a resaltar aquí es cómo incluso las directivas de un Poder Legislativo pueden actuar con base en razones de-

49 *Cfr. Ibidem*, pp. 43-47.

pendientes y cómo no es simplemente una característica de los órganos jurisdiccionales. Recordemos que estamos hablando de autoridades legítimas y la idea de Raz es que éstas deben actuar con base en razones dependientes, no significa esto que así actúan las autoridades, no es pues un argumento empírico. No obstante lo anterior, este argumento de la TD no adquiere su total sentido si no lo relacionamos con las siguientes ideas que Raz manifiesta al mencionar sus ideas generales en torno al derecho y la moralidad. A continuación, me referiré a las anteriores nociones, para posteriormente seguir con el punto principal de esta interrogante, *i. e.*, ¿qué pasa con el papel del Legislativo?

En cuanto a las ideas de Raz sobre las relaciones entre el derecho y la moral, lógicamente el tema es demasiado amplio, pero se pueden decir varias cosas que pueden ayudar a comprender el papel que las RD tienen en la TD, y en general en la tesis de la autoridad. Al hablar de una autoridad legítima, para Raz las directivas que emite esta autoridad tienen que girar en torno a razones que ya se nos aplican, el derecho precisamente da certeza sobre las inquietudes que tenemos sobre ciertos temas de moralidad, y la respuesta que el derecho proporciona a estos dilemas tiene que girar en torno a las consideraciones producto de las mismas. Es por esto que Raz sostiene que finalmente pensamos que las directivas están justificadas en el caso de los impuestos, y otras normas que el legislador expide deciden este tipo de dilemas o problemas de coordinación. Tratándose de una autoridad legítima, ésta se va a limitar a expedir directivas que reúnan estos requisitos. Una autoridad legítima sólo tiene sentido desde ciertos principios morales que le dan dicha legitimidad, y esta autoridad legítima se va a dedicar a expedir directivas —entre otras cosas— sobre asuntos y razones que ya se aplican a los sujetos. En un estudio reciente, Raz menciona cómo el derecho no puede ser una fuente de razones independientes de la moralidad, cómo el derecho depende de esta moralidad y cómo finalmente debemos cambiar la perspectiva al preguntarnos sobre las relaciones entre derecho y moral, donde solemos interrogar, desde la perspectiva del derecho, qué lugar le corresponde a la moral, y cambiar esta pre-

gunta —dice Raz— por otra ubicada desde la perspectiva de la moral: qué lugar le corresponde al derecho.<sup>50</sup> Si tomamos estas consideraciones, resulta explicable nuestra necesidad de aclarar el caso del árbitro, dado que puede presentar una idea errónea donde las RD sólo se entienden en un contexto de adjudicación. Si el derecho no puede ser una fuente de razones independientes de la moralidad, es lógico pensar que las RD en las cuáles se basan las decisiones de un árbitro o de un cuerpo legislativo y general de los encargados de crear el derecho en un sistema jurídico específico, deberá hacer referencia —si se trata de autoridades legítimas— a razones que ya se aplican a los sujetos, modificando la estructura de esas razones.

Asimismo, si tomamos en consideración esta explicación más amplia de la tesis de Raz, resulta claro cómo la tesis, contra un gran número de teorías actuales, al proporcionar qué es lo característico del concepto derecho, da una buena cuenta del papel que juega el Legislativo, elemento indispensable en derechos como el nuestro. De esta forma, debemos resaltar cómo la tesis de la autoridad en Raz sostiene como una característica esencial explicar la forma en que el derecho guía nuestra conducta y afecta el razonamiento práctico, esto resulta aplicable tanto al importante papel del Judicial como al del Legislativo, pero sin concentrarse excesivamente en el primero, dado que puede presentar una visión demasiado limitada del concepto.<sup>51</sup> Finalmente, el Legislativo —en caso de ser legítimo— se basa en dichas RD para avanzar objetivos morales; no tiene sentido explicar las directivas que expide el Legislativo o sobre las cuales se basa el Judicial, sin su aspecto moral que ya se aplica a los sujetos.

50 *Cfr.* Raz, J., *Even Judges are Humans*, Oxford, Manuscrito, 2003.

51 *Cfr.*, por ejemplo, Raz, J., “Facing up...”, *cit.*, nota 13, pp. 1201 y ss., en donde Raz lleva a cabo observaciones en este sentido en torno a la teoría de Perry. Se necesitan argumentos mucho más elaborados para señalar cómo la tesis de Raz es —en su caso— superior a la de Perry o Dworkin, por ejemplo, esto rebasaría los límites del trabajo, pero insisto en resaltar cómo con la teoría de Raz la explicación de la función del Legislativo puede explicarse de manera satisfactoria.

C. ¿Sólo hay que actuar con base en razones dependientes?

La última interrogante que nos planteamos al explicar la TD fue ¿sólo es posible que la autoridad actúe con base en razones dependientes?, rápidamente podemos encontrar varios ejemplos donde no es así; sin embargo, es necesario explicar estas ideas de manera más detallada para dar cabida a esta interrogante.

Raz está plenamente consciente de esta cuestión. La directiva puede introducir nuevas razones que no se refieren estrictamente a las razones dependientes, lo único que se debe observar, tratándose de una autoridad legítima, es que esas directivas aunque no se refieran a las razones que ya se aplican a los sujetos, avancen o reflejen dichas razones, *i. e.*, puede la autoridad, en aras de mejorar el que se reflejen dichas RD, hacerlo a través de directivas de contenido distinto.<sup>52</sup> Uno de los ejemplos que Raz menciona son las directivas expedidas en torno a factores burocráticos; la autoridad suele expedir este tipo de normas, las cuales tienen como objetivo reflejar mejor las RD, sin referirse a razones aplicables a los sujetos.<sup>53</sup> Otro ejemplo interesante que maneja Raz para aclarar esta posible duda es tratándose del impuesto que mencionamos en la interrogante anterior y cómo también a través de normas procesales que determinan las cuotas, fechas y términos del pago no necesariamente se están reflejando *strictu sensu* razones dependientes, creando con ello razones de primer orden y con el objetivo de reflejar mejor dichas RD.<sup>54</sup>

#### IV. TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES DEL DERECHO

Pasamos ahora a una de las tesis características del positivismo de Raz, dicha tesis debemos explicarla detenidamente porque es en buena medida el punto sobre el cual giran algunas críticas a este tipo de positivismo, sobre todo desde la trinchera incluyente, pero dicha tesis no es una cuestión totalmente alejada de las an-

52 Cfr. Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30, p. 51.

53 Cfr. *ibidem*, pp. 51 y 52.

54 Cfr. Raz, J., "Facing up...", *cit.*, nota 13, p. 1161.

teriores nociones, al contrario, son las tesis de la autoridad y la diferencia práctica que proporcionan las directivas, los elementos que nos llevan a sostener la tesis de las fuentes sociales del derecho.

En qué consiste una ley que tiene una fuente social, Raz menciona: “Una ley... si su existencia y contenido pueden identificarse con referencia a hechos sociales solamente, sin recurrir a argumentos evaluativos”,<sup>55</sup> entonces goza de una fuente social. A esto se refiere Raz con fuentes, y es necesario detenernos en ello por el uso que puede tener en otros contextos; al decir concretamente qué es lo que entiende por fuente, Raz señala: “las fuentes de una norma son aquellos hechos en virtud de los cuales es válida e identifican su contenido”.<sup>56</sup>

La idea de la tesis de las fuentes sociales del derecho (FSD), es que si aceptamos la noción de autoridad ya mencionada —sobre todo porque es una buena explicación de estas características del concepto derecho— nos da buenas razones para aceptar FSD. Pero para explicarla, debemos de nuevo retroceder a la noción acerca de cómo tiene el derecho esa pretensión de autoridad; es aquí donde se ubica la tesis. Ya no voy a detenerme en explicar la pretensión, sólo hay que recordar cómo el derecho, al tener esa pretensión, se expresa en el sentido de tener la facultad de imponer obligaciones a los súbditos, es decir, les dice a los súbditos finalmente cómo deben actuar en determinadas circunstancias.

El argumento principal para aceptar FSD es que la noción de autoridad dentro del derecho nos da razones para aceptarla, estas razones que justifican la tesis son: *i)* “Una directiva sólo puede ser autoritativa o vinculante si es o se presenta como el punto de vista de alguien que sostiene cómo deben actuar los súbditos; *ii)* Debe ser posible identificar dichas directivas como expedidas por la supuesta autoridad, sin recurrir a las razones o consideraciones que dicha directiva intenta solucionar”.<sup>57</sup> También Raz da un argumento alternativo (FSDa), pero antes de explicarlo debemos atender el argumento principal y ver su viabilidad.

55 Cfr. Raz, *Ethics in the..., cit.*, nota 2, p. 211.

56 Cfr. Raz, J., *The Authority of Law..., cit.*, nota 21, pp. 47 y 48.

57 Cfr. Raz, *Ethics in the..., cit.*, nota 2, p. 218.

El primer punto, *i. e.* que las directivas se presenten como el punto de vista de alguien acerca de cómo deben actuar los súbditos, se explica a través de CSA y TD, sobre todo porque la idea que liga las nociones de autoridad y FSD es que la autoridad actúa con base en RD; en aras de llevar a cabo el papel de mediación entre las RD y las razones que se deben seguir en un momento dado al desarrollar este papel de mediación, es necesario saber que una persona se expresa de determinada forma en torno a las razones que debo seguir, esta es una idea bastante sencilla, expreso directivas sobre cómo deben actuar, *ergo*, es capaz de tener autoridad, capacidad y reclamo que ya analizamos detenidamente. Resultaría una noción bastante contra-intuitiva, el hecho de que deba seguir las directivas de una autoridad sin saber de quién estamos hablando, incluso si se trata de una mala directiva, ésta expresa el punto de vista de la autoridad, o cómo dice Raz, por lo menos se debe presentar como el punto de vista de la autoridad.<sup>58</sup> Es para Raz y su PE un elemento importante porque esto da una buena cuenta del concepto autoridad y cómo lo utilizamos, aunados a los elementos institucionales que permiten ser explicados a través de ciertas directivas identificables en cuanto a quién las expide.<sup>59</sup>

En torno al segundo punto, *i. e.*, debe ser posible identificar las directivas sin recurrir a consideraciones evaluativas o razones que trata de solucionar la directiva. Raz retoma el caso del árbitro, supongamos que el árbitro llega a la conclusión de que su resolución es la más equitativa,<sup>60</sup> esta resolución no va a ser de gran ayuda para las partes, si para entenderla necesitan de nuevo recurrir a las consideraciones sobre las cuales debió decidir. Sobre esto también debemos recordar lo mencionado anteriormente en cuanto a las razones que proporcionan las directivas, RE y sobre todo la explicación de TP, y cómo las directivas pretenden ase-

58 *Idem.*

59 *Ibidem*, pp. 219 y ss., y Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, pp. 50 y ss.

60 *Cfr.* Raz, *Ethics in the...*, *cit.*, nota 2, p. 219.

gurar el actuar en correspondencia. Si las directivas pretenden asegurar el actuar en correspondencia, resulta indispensable que los sujetos puedan identificar el contenido y existencia de las directivas sin atender de nuevo consideraciones evaluativas, no podrían llevar a cabo su principal función de ser guías. En esos acuerdos mínimos que proporciona el derecho, frente a los desacuerdos de la sociedad —*i. e.*, la función de coordinación que lleva a cabo el derecho— para que esto se pueda dar, se necesitan directivas identificables públicamente, que proporcionen una certeza que puede obtenerse si identificamos dichas directivas sin recurrir a argumentos evaluativos.<sup>61</sup>

Sirvan estas observaciones para ubicar, con lo ya mencionado, los argumentos principales de la tesis FSD. Pero Raz menciona, puesto que se puede prestar a debate CSA, que existe un argumento alternativo, el cual nos sirve para redondear la idea. Esta FSDa menciona: *a)* Si bien no se quiere aceptar CSA, podemos señalar que nuestra noción de autoridad legítima consiste en que la autoridad debe actuar con base en razones, y que su legitimidad depende en la medida en que logren llevar a cabo estos objetivos,<sup>62</sup> esto es suficiente para aceptar las condiciones anteriores, sobre todo que sólo lo que se presenta como el punto de vista de la autoridad puede ser una directiva con autoridad. Por otro lado: *b)* Si se parte del acuerdo sobre TDP, Raz dice que la sola existencia de razones —sean éstas las adecuadas a considerar por parte de la autoridad— no puede demostrar que la directiva es vinculante, *i. e.*, para Raz la existencia y contenido de la directiva no depende de las razones exclusivamente, se tiene que expedir dicha directiva reuniendo ciertas condiciones para decir que la ley existe.<sup>63</sup> Desde mi punto de vista, estimo que lo más importante del argumento es que la diferencia en nuestro razonamiento no se presenta con la sola presencia de razones, se deben reunir condiciones adicionales para ello, condiciones distintas a las razones. Lógicamente, estos requisitos adicionales son los que vemos en la

61 *Cfr.* Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 51.

62 *Cfr.* Raz, *Ethics in the...*, *cit.*, nota 2, p. 220.

63 *Cfr. Idem.*

práctica del derecho. Para Raz, tanto la legislación, los precedentes, así como la costumbre reúnen los dos puntos que respaldan la tesis FSD. Todas ellas se expresan como el punto de vista de alguien, supuesta autoridad, y pueden identificarse sin recurrir a RD.<sup>64</sup>

De nuevo, dos aclaraciones que giran en torno a lo que *no* se refiere FSD: *a)* Menos importante, pero necesaria, es la aclaración de que la tesis en ningún momento dado se refiere al carácter no disputado de los hechos sociales que se identifican sin recurrir a consideraciones evaluativas, la tesis en ningún momento sostiene que puesto que se trata de hechos, éstos no presentan mayor dificultad, y por lo tanto es sumamente sencilla su identificación, por otra parte y en el mismo sentido, tampoco menciona que las cuestiones morales son automáticamente disputadas,<sup>65</sup> esto no se aborda en la tesis, y por lo tanto las críticas que sostienen la imposibilidad de explicar los desacuerdos al momento de identificar al derecho con la tesis FSD carecen de fundamento. *b)* Quizás esta segunda aclaración sea la más importante, dado que con el interés prevaeciente de los temas interpretativos, inmediatamente se quiere abordar este aspecto de la teoría desde los dilemas en la interpretación jurídica. La tesis FSD<sup>66</sup> se refiere a expresiones de derecho, se refiere a cómo una expresión de derecho es verdadera o no, para esto sostiene Raz: en lo único que me debo basar es en cuestiones fácticas y no morales, *i. e.*, para identificar estos aspectos del derecho no puede mi opinión girar en torno a la moral, porque la moral puede decir qué es lo que las instituciones debieron decir o debieron haber hecho.<sup>67</sup> FSD es una tesis sobre la naturaleza y límites del derecho.<sup>68</sup> Al ser una tesis sobre

64 *Cfr. Ibidem*, p. 221. Quizás pueda adelantarme a una posible observación que se puede hacer en cuanto a la costumbre, Raz señala que la costumbre reúne el primer punto, dado que se expresa como el punto de vista de la población sobre cómo debemos actuar.

65 *Cfr. Raz, Ethics in the..., cit.*, nota 2, pp. 231 y 232.

66 En una interpretación limitada de la mismas, la otra interpretación es más amplia y gira en torno no sólo a consideraciones de derecho, sino también a cuestiones de hecho. El argumento creo se puede explicar y sostener sólo con la interpretación limitada. Sin embargo, *cf. ibidem*, pp. 230 y ss.

67 *Cfr. Raz, Ethics in the..., cit.*, nota 2, p. 231.

68 *Ibidem*, p. 233.

los límites del derecho, debemos hacer la aclaración de que no pretende explicar la función interpretativa o jurisdiccional, la tesis sostiene que lo que es derecho es una cuestión fáctica de hechos sociales, plenamente identificables sin recurrir a argumentos evaluativos, pero cómo deben interpretar los jueces, o preguntarse cómo de hecho interpretan los jueces, es una pregunta que rebasa sus límites;<sup>69</sup> a la pregunta ¿cómo de hecho interpretan los jueces el derecho? Raz responde que es necesario ver los métodos de interpretación de cada sistema jurídico,<sup>70</sup> pero no es la función de FSD. Es por esto que Raz, al hablar del carácter verdadero de una proposición, se refiere a identificación, mas no a interpretación. Esta es otra de las virtudes que Raz le atribuye a FSD, es una tesis que permite explicar el famoso y debatido dualismo: derecho existente y creación o innovación del derecho; al respecto dice Raz: “la interpretación del derecho puede ser tan creativa como una interpretación de Glen Gould de una sonata para piano de Beethoven”,<sup>71</sup> *ergo*, bajo los métodos de interpretación podemos llevar a cabo modificaciones, cambiar de sentido una ley, etcétera, pero esto ya no es posible analizarlo bajo la perspectiva de FSD, por lo tanto tampoco podemos decir que es verdadero. Es precisamente en estos aspectos innovadores y creativos, propios de la actividad interpretativa, donde es indispensable echar mano, *inter alia*, de la evaluación y de la moralidad,<sup>72</sup> lo cual resulta fundamental y necesario en los sistemas jurídicos.

Esto es lo que quiere explicar de manera satisfactoria FSD, y si ligamos la tesis anterior con la de la autoridad y sobre todo la noción de la TDP, estimo que están las condiciones dadas para emprender el estudio de Raz y el llamado PE que defiende.

69 *Idem*, y Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 37.

70 Raz, *Ethics in the...*, *cit.*, nota 2, p. 233.

71 *Ibidem*, p. 230.

72 *Cfr.* Raz, J., *The Authority of Law...*, *cit.*, nota 21, p. 50.

## V. ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Esta aclaración se debe no tanto para delimitar la postura de Raz frente a otros positivismos, dado que en términos generales suelen existir consensos en el plano metodológico, no es así con otras posturas, pero independientemente de esto, es necesario aclarar cómo se lleva a cabo la explicación mencionada desde el aspecto conceptual. El tema de los aspectos metodológicos en la filosofía jurídica es uno que actualmente ocupa a muchos teóricos del derecho, y por esto los matices y argumentos son hoy variados y la literatura extensa,<sup>73</sup> sólo me limitaré a estos aspectos en la medida en que sean de utilidad para esclarecer la postura de Raz. La pregunta que surge es ¿cómo puede ser esta una explicación conceptual de autoridad y/o derecho con base en tesis normativas? Antes de ello debemos abordar una inquietud previa: ¿por qué es esta una pregunta adecuada? En relación a esta segunda cuestión, estimo que sí es una pregunta que debemos formularnos antes de concluir con este repaso de la teoría de Raz, sobre todo porque resulta, *prima facie*, algo extraño pensar en una explicación conceptual sobre la naturaleza del derecho y de la autoridad, la cual en ningún momento, y dadas las anteriores características, desea implicarse en avanzarlo desde una perspectiva moral y con ello justificar el o algunos aspectos del concepto. Al tener el objetivo de ser una explicación conceptual con estas características, las tres tesis que explican al concepto autoridad a su vez son normativas, recordemos que las tesis TD, TNJ y TP tienen esa doble función: explicar y a su vez indicar cuándo estamos en presencia de una autoridad legítima. Las acotaciones que la tesis de Raz señala a este respecto, es que no se trata finalmente de una explicación que gire alrededor del significado de las palabras, no es un análisis conceptual en este sentido, sino que dado que se trata de conceptos normativos, lo normativo y conceptual tienen una interdependencia.<sup>74</sup> En este sentido, para entender y explicar estos conceptos,

<sup>73</sup> Un excelente libro donde se pueden consultar estos aspectos metodológicos en la filosofía del derecho es el de Dickson, J., *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

<sup>74</sup> Cfr. Raz, J., *The Morality...*, *cit.*, nota 30, p. 63.

resulta indispensable ayudarse del ideal que tiene tanto el derecho como la autoridad, y es aquí donde se entiende por qué resulta necesario atender al reclamo o pretensión que tiene esta autoridad.<sup>75</sup> Desde la perspectiva de Raz, si atendemos a este ideal, esto nos ayuda a entender plenamente conceptos normativos como el de la autoridad. Concretamente, tratándose del concepto derecho, esta pretensión ayuda a entender el ideal de una autoridad legítima moral y la naturaleza de las directivas, y cómo éstas afectan la razón práctica, pero es a través del ideal. ¿Es esto lo que se da en la práctica? Esta pregunta común no es la adecuada para esta interrogante, ella se explica desde un plano empírico, pero no conceptual, la idea es que puede la práctica presentar casos ubicados en el ideal o no, lo único que es importante en este sentido, es que esto nos ayuda a entender el concepto.

Esto es importante, sobre todo si nos concentramos en el concepto derecho. La idea es una que no pretende justificar ninguna práctica o aspectos del concepto, *i. e.*, no pretende involucrarse en dichos aspectos morales, pero como lo ha manifestado Raz en varias ocasiones, esto no significa que para ello no llevamos a cabo una evaluación,<sup>76</sup> esto resulta indispensable para elegir dichas características que serán de utilidad para explicar el concepto, pero nada más se tiene que leer en dicha evaluación.

<sup>75</sup> *Cfr.*, *e. g.*, Raz, J., "On the nature of law", *Archivo de filosofía jurídica y social*, IVR, vol. 82, 1996, p. 10.

<sup>76</sup> *Cfr.* Raz, *Ethics in the... cit.*, nota 2, pp. 208 y 209; *ibidem*, p. 15. Además, véase cómo Dickson, J., *op. cit.*, nota 73, defiende una postura metodológica, avanzando las ideas de Raz contra otras posturas iusfilosóficas. El término evaluación tiene un significado distinto en esta discusión metodológica y quizás se confunda con la evaluación que mencionamos al aludir a FSD. En este segundo caso se debe entender en sentido moral.