

El derecho pretende proporcionar el marco general para la conducción de todos los aspectos de la vida social y se sitúa a sí mismo como el guardián supremo de la sociedad.

Joseph RAZ
Razón Práctica y Normas, p. 179.

I. NOTA INTRODUCTORIA

LA DISCUSIÓN EN EL IUSPOSITIVISMO SE HA DADO EN DIFERENTES FRENTEs, quizá de los más polémicos haya sido el que existió entre los profesores HART y DWORKIN, sobre todo si atendemos a la discusión publicada por ellos en sus obras: *Post Scriptum al Concepto del Derecho* y *Los Derechos en Serio*¹, respectivamente. Empero, nuestro propósito es hacer primero un seguimiento de las ideas de la relación y/o distinción entre el derecho y la moral entre quienes son quizá de los más eximios representantes del iuspositivismo, en sus variantes incluyente y excluyente. Por ello hemos dedicado el primer capítulo a quien representa a la variante incluyente más importante, y ahora emprendemos el estudio de quien es quizá el más importante de los filósofos del derecho de postura excluyente. Y en el siguiente capítulo indagaremos en la obra de quien es considerado un neoiusnaturalista, o antipositivista que intenta construir una tercera vía basado en el liberalismo individualista².

El desarrollo del pensamiento iusfilosófico del profesor Joseph RAZ tiene una coherencia a la que podemos denominar hilo conductor. Este hilo conductor parte de la idea básica de las razones, razones para la acción, razones excluyentes, razones operativas, razones concluyentes y razones protegidas. La idea de las razones es la parte fundamental que nos permitirá el entendimiento de los aspectos lógicos, discursivos y fácticos de lo que denominamos derecho, por ello está dedicado a su estudio el primer tema de éste capítulo.

¹ Don Fernando SALMERÓN dedica algunas muy ilustrativas páginas al análisis de este debate en un artículo intitulado “Sobre moral y derecho, Apunte para la controversia HART-DWORKIN”, publicado en VÁZQUEZ Rodolfo (comp.) *Derecho y moral, Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, España. Gedisa, 1998. Cfr. págs. 80-112.

² Vid. págs. 7-12 del prólogo de Alberto Calsamiglia en DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. trad. Marta Gustavino. Barcelona, España. Planeta-De Agostini 1993.

El positivismo de Joseph Raz

Las razones especialmente la razón para la acción y las razones protegidas integran a la norma subyaciendo a esta ya como razón completa, o como parte de una razón que en relación con otras normas se complementa, de allí la relación entre razones y norma, y la relación entre las normas integrando sistemas jurídicos.

Ocupa un lugar importante en esta teoría la idea de autoridad y la tesis de las fuentes sociales del derecho, las características de que la autoridad de *facto* tiene pretensiones de ser legítima y eficaz, la vinculación que entre la autoridad y el derecho existe, y primordialmente la autoridad del derecho. Toda esta parte teórico-descriptiva junto con la tesis de las fuentes sociales del derecho nos llevará a poder referirnos con cierta precisión y de manera contextualizada a la tesis del positivismo excluyente de Joseph Raz.³

II. RAZONES PARA LA ACCIÓN

El desarrollo teórico del autor en comento inicia por lo que denomina las razones para la acción, lo cual es el concepto clave para la explicación de las normas, así como lo referente a las órdenes, mandatos y autoridad.⁴

La explicitación de su pensamiento nos da elementos suficientes para considerar que su postura se desenvuelve desde la perspectiva de la lógica, sobre todo la lógica analítica referida al lenguaje, con base en la cual se analizan las proposiciones que conforman las reglas jurídicas: oraciones normativas, órdenes y prohibiciones, construidas con el lenguaje. Las razones de la acción es el punto de partida que como mínimo elemento conforma la estructura normativa de lo que decimos es derecho, y como elemento mínimo es objeto de estudio de una teoría jurídica que incluye otros instrumentos teóricos que nos

³ VEGA, GÓMEZ Juan, “El Positivismo Excluyente de Raz”, publicado en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* No. 110, Mayo-agosto 2004, México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Allí se encuentra la exposición más precisa y visión de conjunto sobre el positivismo excluyente de Joseph Raz.

⁴ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. trad. Juan Ruiz Manero. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 12.

Derecho y moral. Estudio introductorio

permiten explicar la postura del autor. Entre estos instrumentos encontramos: una teoría del valor y una teoría de la imputación, así como los conceptos más importantes: reglas, deberes, obligaciones, y derechos.

Las razones para la acción explican los motivos de los seres humanos para realizar una conducta u otra, a estos motivos para la acción también se les denomina razón práctica⁵.

Robert ALEXY define la razón práctica como “[...] la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas”.⁶

Las razones las hay diversas, pero las de la acción y de la creencia son las más importantes, la voz razón refiere a explicar, valorar y guiar la conducta⁷; por lo que podemos percatarnos que tiene al menos tres aspectos discursivos diferentes, y pueden ser:

- i) **Explicativa:** en cuanto a los motivos y ejecución de la acción considerándola en un esquema amplio en que hay un universo posible de acciones que pueden ser realizadas, pero que por afanes metodológicos se circunscriben a las más esenciales para el caso de que se trate, así ya no son los usos (práctica), ni las reglas sociales los que van a dar los elementos distintivos del aspecto normativo (ej. si los fieles deben ponerse el sombrero en la iglesia y por qué).
- ii) **Valorativa:** en cuanto a que bueno o malo son los valores que ética y moralmente se consideran para referirse a una acción, donde los valores serán subsumidos a la estructura normativa siendo explicada desde las razones para la acción como razones operativas.
- iii) **Como guía de la conducta:** en que dan cuenta de los deberes y derechos que le son impuestos al agente o ciudadano, y la forma en como se da o debe dar cumplimiento a lo ordenado o prohibido.

⁵ SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos. *¿Hay obligación Moral de Obedecer al Derecho?*, Madrid, España. Tecnos, 1996. Cfr: p. 66.

⁶ ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Segunda edición, trad. Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004. p. 137.

⁷ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. Op. cit. nota 4, p. 18.

El positivismo de Joseph Raz

Los contextos y el análisis lógico son parte de la circunstancia en que las razones deben ser examinadas⁸. Habíamos mencionado que las razones para la acción y razones para la creencia son las más importantes, esto a tal grado que en ocasiones las segundas pueden equivaler a las primeras, pero no a la inversa en su totalidad.

Las razones se dan en la vida de los humanos, aunque como tales solo pueden ser distinguidas luego del análisis teórico, porque la realidad se nos impone como hechos, en los que están implícitos valores, pero de los que deben distinguirse las creencias, pues éstas no son determinantes de los hechos y sólo en algunas ocasiones pueden dar cuenta de lo realizado, pero sólo explicativamente, en tanto que las razones de los hechos son normativamente significativas por su carácter de guía de conducta. Por ello se puede afirmar que una persona actuó de determinada manera teniendo una razón para la acción, dado que los hechos eran “x”, pero no puede aseverarse lo mismo si justificamos o explicamos su conducta fundados en que la persona creyó “y”, ni en cualquier caso en que se refiera a algunas de las formas de creencia: “probabilidad”, “esperanza”⁹.

Desde una perspectiva lógica el autor sostiene que hay **razones completas** aunque casi nunca las usemos en la vida cotidiana, estas razones son un conjunto de premisas que implican una razón para realizar una cierta acción, estas premisas son aquellas que pueden referirse a la acción que se realiza, y que no se encuentran algunas que la impidan o cuestionen, lógicamente es una razón completa. Empero estas razones completas son de carácter atómico, pues se componen de múltiples razones que en determinadas situaciones pueden ser razones diversas, complementarias o contrarias¹⁰.

Las razones pueden entrar en conflicto y para poder determinar cuál ha de prevalecer, debe atenderse a la fuerza de cada una de ellas (que es una característica definitoria), en estos casos una se impondrá a la otra sea en conjunto o de modo individual, aunque debe considerarse que existen condiciones para

⁸ Para un estudio de las corrientes generales de la razón práctica en cuanto a modelos históricos: “aristotélico”, “hobbesiana” y “kantiana”, *Vid.* ALEXANDER, Robert. *El Concepto de Validez...* *Op. cit.* nota 6, págs. 131-157.

⁹ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, *Op. cit.* nota 4, págs. 20-25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

Derecho y moral. Estudio introductorio

la cancelación de la razón, aún cuando sea la más fuerte. Para determinar la fuerza de las razones puede atenderse a su clasificación:

- i) **Razón concluyente:** no ha sido cancelada, ni hay nada que la supere.
- ii) **Razón absoluta:** no hay nada que la supere, pero puede ser cancelada.
- iii) **Razón *prima facie*:** no es ninguna de la anteriores. Aclarando que no toda razón absoluta es concluyente, ni a la inversa; esto es:

Una razón puede ser concluyente porque supera todas las razones existentes que están en conflicto con ella y no ser, sin embargo, absoluta porque no superaría a una determinada razón posible, si realmente fuera el caso de que se diera una razón. No toda razón absoluta es concluyente, pues *p* puede ser una razón absoluta aún cuando sea cancelada por *q*. En este caso no sería una razón concluyente.¹¹

Las razones para la acción que explican el hecho que se ha realizado pueden ser expresadas a manera de silogismo, en el que existe una inferencia práctica entre las premisas y su conclusión, al reducirse a su esquema lógico, puede encontrarse equivalencias entre las proposiciones de deber (principalmente las generales) y las de razón. Con las proposiciones de “debe” en sentido particular hay implicaciones pragmáticas que resolver previo a establecer la analogía; puede concluirse que los enunciados de “debe” y los de “hay una razón” lógicamente pueden inferirse igual, y la diferencia que puede encontrarse es referida a su implicación pragmática.

Es muy importante la manera en que desde la perspectiva lógica se distinga entre estructura lógica y distinción terminológica; esto, respecto a que el valor aún de carácter moral puede ser asimilado a la estructura lógica de la razón y su inferencia ser semejante. La razón puede contener valores, y los valores pueden subsumirse a las razones, ya que la distinción es terminológica, no lógica, por lo que ambos pueden ser tratados como términos exclusivamente normativos¹². Esta asimilación lógica lo es también a nivel argumentativo y de pertenencia a lo normativo, así para la teoría descriptiva lo moral así pierde su distinción con lo normativo. Al asimilarse adquiere

¹¹ *Ibid*, p. 31.

¹² *Ibid*, p. 35.

El positivismo de Joseph Raz

también un carácter instrumental en cuanto a la búsqueda de la realización de determinados fines del sistema, o lo que se denomina razón operativa¹³.

Veremos que el elemento esencial y distintivo de lo normativo es la razón excluyente, en este sentido, es importante poner atención en que las razones operativas son valores, deseos o intereses, por lo que hemos vuelto al primer tema planteado, en el que distinguimos las razones de los deseos o creencias. Aquí la distinción con estas inclinaciones se ha mantenido, empero, los valores, deseos o intereses se han subsumido a la estructura de las razones operativas, las cuales a su vez integran las razones completas¹⁴.

Las consecuencias de subsumir los valores, deseos e intereses a las razones operativas, será el que formarán parte del elemento distintivo de lo normativo desde su base como supuestos de la propia estructura; pero al unísono perderán autonomía para ser consideradas de manera separada, vinculado a ello, que tales voces son tan amplias que bien pueden contener hasta las propias creencias sean colectivas o derivadas de la práctica. De las razones operativas a las normas hay un paso, y el profesor RAZ lo da al decir “Una de las principales tesis del próximo capítulo es que las normas son razones operativas, aunque no son valores”¹⁵.

Antes de pasar al siguiente tema que versa sobre las normas, profundicemos sobre las razones. Estas las hay también auxiliares (**razones auxiliares**): cuya función es permitir identificar el acto que se debe realizar.

Las razones debe clasificárseles en: de primero y segundo grado, y los conflictos se resuelven en razón de su peso y fuerza, sometiéndolas a un balance de razones, y realizando lo que resulte como razón concluyente¹⁶. En el caso de conflicto de razones de primer orden es un balance personal, pero cuando son razones de segundo orden o una de primer y otra de segundo, entonces,

¹³ Para el filósofo APEL, la razón práctica como racionalidad cuando carece de contenido ético y su empleo es de carácter estratégico se denomina racionalidad técnico-instrumental, en tanto que él sostiene la racionalidad ética de la comunicación como base del discurso y la conducta. *Vid.* Otto APEL, Karl. *Estudios Éticos*, trad. Carlos Santiago. México, Distrito Federal. Fontamara, 1999, págs. 27-28.

¹⁴ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, *Op. cit.* nota 4, *Cfr.* p. 37 y 38.

¹⁵ *Idem*, *Cfr.* p. 38.

¹⁶ *Ibid*, *Cfr.* págs. 40-41.

Derecho y moral. Estudio introductorio

el balance es realizado por la autoridad mediante la institución aplicadora o creadora de normas.

Son **razones de primer orden** las que resultan del balance de razones que el sujeto realiza como predeterminación o decisión de su conducta, en tanto que las **razones de segundo orden** son excluyentes, autoritativas y legales, pues nos referimos a aquellas dadas por una autoridad como directrices de conducta con el propósito de que sean cumplidas; son toda razón para actuar por una razón, o razón para abstenerse de actuar por una razón. En cualquier conflicto entre las razones de primer orden y las de segundo grado excluyentes, prevalece siempre la excluyente, aún cuando lo que ésta ordena, prohíbe, o faculta... pueda ser realizado mediante una acción distinta superada por una de segundo orden.

Una de las más importantes aportaciones a la filosofía del derecho es la de las **razones excluyentes**¹⁷, que son importantes para las normas, a tal grado que en pro de la agilidad en la toma de decisiones en ocasiones nos debere-mos sujetar a decisiones ya pre-elaboradas, consistiendo en razones exclu-yentes, las cuales podrán eliminar el balance de razones. El sentido práctico es manifiesto en el ámbito teórico mediante las razones excluyentes, la pos-tura de afrontar la cotidianidad normativa con instrumentos que permitan dar solución pronta y lo más apegado a lo correcto subyace a esta estructura la cual también evidencia rasgos de pragmatismo y utilitarismo, al menos desde este sentido práctico, aunque quizá eficaz.

Las razones para la acción en su carácter de excluyentes sean de primer o segundo orden nos permiten explicar la mayor parte de los casos de razón práctica de quienes realizan las conductas. Tanto razón práctica (creencias, convicciones éticas, morales, gustos...) como razón para la acción pueden coincidir, pero en muchos casos puede ocurrir que quien deba cumplir con la razón para la acción desconozca la norma en la que se encuentra constreñida y a pesar de ello la cumpla por razones de pura conveniencia, a esto se le deno-mina sensibilidad¹⁸. La sensibilidad tiene un aspecto subjetivo que vinculado con la razón práctica en la mayoría de los casos, empero, el orden jurídico pretende certidumbre y seguridad de quienes deben cumplirlo, por lo cual

¹⁷ VEGA GÓMEZ, Juan. *El Positivismo Excluyente de Raz*, *Op. cit.* nota 4, p. 713.

¹⁸ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. *Op. cit.* nota 4, *Cfr.* p. 222. Se trata de lo escrito por el autor en el *post scriptum* a la segunda edición.

El positivismo de Joseph Raz

ante la insensibilidad (incumplimiento) sea por convicción o por irracionalidad se debe hacer efectivo como razón excluyente de segundo orden.

Aunque considérese que las razones no son absolutas y no obstante su fuerza subsiste la autonomía del sujeto que debe cumplirla, ya que aún a pesar de la fuerza de la razón mediante una norma el sujeto puede no observarla.

La razón excluyente aún cuando de segundo grado se nos impone como exigencia de realizar la conducta, impidiendo que sea sometida al balance de razones, en tanto, que otra razón que no sea excluyente aún cuando sea de primer grado permite ser sometida al balance de razones y no nos exige su cumplimiento.

Las razones tienen en su mayoría un uso instrumental que las aleja de su concepción moral, al menos en el sentido kantiano, de cumplir con lo ordenado por sí mismo, pues la razón moral puede ser de primer grado y no cumplirse con ella, en tanto que la razón excluyente puede ser de segundo grado (por no coincidir con la razón de primer grado como resultado del balance razones) e imponérsenos como la que debe cumplirse. Puede ser el caso de que incluso no se siga la razón excluyente, pero que al seguirse una razón distinta, esta coincida con el propósito de la razón excluyente, de tal manera que aún por casualidad se ha cumplido con lo que la razón excluyente ordenaba, importa por tanto que se de cumplimiento a lo previsto en la razón excluyente como razón instrumental subordinada a un fin.

Considerando lo anterior, de que debe prevalecer el fin como razón instrumental, esta es una excepción pero no lo que generalmente ocurre, puesto que la razón excluyente tiene como característica el no permitir actuar por otras razones válidas, aún cuando sean de primer orden, sino el de imponerse a las otras razones a efecto de hacer prevalecer el orden, la certidumbre y seguridad de quienes se guían conforme a ellas. Las razones excluidas no son anuladas ni canceladas, sino que dejan de guiar la conducta, y no tenemos el compromiso de actuar de conformidad con una razón excluida¹⁹.

Las directivas funcionan como razones para la acción, en tanto son razones excluyentes²⁰ se imponen como lo que debe hacerse basado en la fuerza de la autoridad y en su experiencia, el “debe” es en sentido de guía y motivación

¹⁹ *Ibid*, Cfr. p. 229.

²⁰ VEGA GÓMEZ, Juan. *El Positivismo Excluyente de Raz*, Op. cit. nota 3, p. 715.

Derecho y moral. Estudio introductorio

para la conducta de los agentes o ciudadanos a quienes se dirige, la cual es considerada adecuada (correcta) por la autoridad.

La razón excluyente nos da la pauta para hacer la inferencia práctica de la conducta de quienes deben cumplirla, pues como razón para la acción y excluyente (razón protegida, cuando es ambas a la vez) establece que si <A> está en la situación de , debe hacer <C> para que se cumpla con <D>, por lo tanto, no debe hacer <E> o cualquiera otra, de lo que se sigue que si efectivamente <A> está en la situación de inferimos que <A> debió hacer <C>, y nuestra inferencia práctica es correcta dado que el resultado es <D>. Pero ya hemos dicho que si <A> estando en no hace <C>, y hace cualquiera otra, pero es <D>, también se cumple con el propósito de la razón protegida²¹; pero no hacer <C> no es una excepción a la razón excluyente, pues solo las normas tienen excepciones, las razones no.

Veamos el caso de incumplimiento indirecto con un breve ejemplo: el propietario de un fundo tiene el inconveniente de que en los límites de éste plantó un árbol que ahora es enorme, cuyas raíces y ramas están muy próximas a afectar la construcción de un inmueble vecino, al plantarlo no observó la disposición que lo prohíbe, empero, ahora tiene la necesidad de ocupar ese espacio para convertirlo en cochera por lo que decide cortar el árbol y desenterrar sus raíces. En este caso se evita afectar un bien ajeno, pero el sujeto no realiza la conducta porque cumpla con lo ordenado en la ley, sino que lo hace por razones de conveniencia, las cuales coinciden con lo ordenado en la norma.

Las razones pueden estar en conflicto y pueden manifestarse por el conflicto entre normas. En una norma puede subyacer una razón completa o varias razones parciales que en relación con otras normas forman la razón completa sea como norma de mandato, permisiva o que confiera deberes²². Los conflictos de razones pueden ser parciales o generales, una razón puede cancelar a otra pero no anularla, cuando los conflictos son parciales, la razón que resulta del balance de razones queda como razón de primer orden y la otra de segundo, siendo la de primer orden la adecuada para conseguir el propósito y la segunda como una alternativa para su logro²³.

²¹ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, Op. cit. nota 4, Cfr: p. 247, 248.

²² Véase el tema de Teoría de los Sistemas Jurídicos.

²³ *Ibid*, Cfr: p. 234.

El positivismo de Joseph Raz

Las **razones excluyentes** pueden ser también **razones protegidas**. **Excluyentes**, en tanto, son la combinación del acto que uno se ha comprometido a realizar, o el ordenado por la regla, y una razón excluyente para no actuar por otras razones. **Protegidas**, en tanto que contienen un propósito instrumental de lograr un objetivo determinado, ya han pasado por el balance de razones, contienen lo previsible en relación a otras conductas que puedan realizarse, se establecen como guías de conducta que procuran certeza y seguridad para quienes deban seguirlas, y su aplicación es objetiva en tanto se excluyen que los que deban cumplirlas puedan someterlas a un nuevo balance de razones que afecte la conducta ordenada en la razón excluyente.

En este punto importa la confianza del agente que deba cumplir con la razón excluyente, confianza razonada en tanto que debe hacer lo que otro ha razonado previamente como predecible y justificable de la conducta que debe realizarse y en razón de la coordinación de los agentes que deben cumplirla. Las razones protegidas se manifiestan mediante el tipo de normas que denominamos de mandato²⁴. Este concepto de razón protegida nos permitirá explicar posteriormente a las normas jurídicas como razones protegidas

Hasta este momento podemos percatarnos que el estudio de las razones nos evidencia que los problemas de los cuales el profesor RAZ se ocupa y describe, son los del modo en cómo el derecho está estructurado y el funcionamiento de los derechos, los deberes, las facultades legales, así como las acciones que tienen una consecuencia jurídica.

Por estos motivos, podemos decir que las razones se colocan en el fundamento de la teoría descriptiva del derecho. Esta postura epistemológica del derecho elimina gran parte de los problemas tratados por otros autores a nivel del derecho como un fenómeno social, y desde la perspectiva analítica nos colocan en la estructura desde la que se da cuenta de todas las formas de ser del derecho, y sus relaciones y distinciones con otros sistemas normativos.

²⁴ *Ibid*, Cfr. págs. 238, 241 y 242.

Derecho y moral. Estudio introductorio

III. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS Y LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN

Hay diferentes tipos de reglas: las permisivas, las que confieren poderes y las técnicas, pero el autor que seguimos solo se ocupa de las reglas y principios categóricos, y usa la voz “norma de mandato” para referirse a ambos²⁵. Las reglas también son particulares y generales, en tanto que los principios se refieren a cosas últimas, y entre reglas y principios no realiza distinción alguna.

La norma tradicionalmente ha sido estudiada en los elementos que la conforman, el autor VON WRIGHT enuncia cuatro:

- i) Operador deóntico.
- ii) Sujeto normativo.
- iii) Acto normativo.
- iv) Condiciones de aplicación.

Desde los primeros tres elementos no es posible diferenciar entre una norma y otras, es desde el punto de vista de considerar a las reglas como razones para la acción que puede diferenciarse entre ellas, y las condiciones solo para determinar su aplicación al caso. En la nota al pie de página de la obra referida podemos corroborar que a pesar de que las reglas no son hechos, deben ser consideradas razones para la acción²⁶.

La aseveración de que las reglas sean razones para la acción, y que precisamente las razones para la acción sean lo que pueda diferenciar a una regla de otra, o en un momento determinar su aplicabilidad a un caso concreto, es de lo más importante. En razón de que ésto lo vincula directamente al tema de la juridicidad de las reglas, y posteriormente de las normas.

Tomemos lo anterior como el punto de partida para que se haga una revisión rápida de las maneras en cómo otros pensadores han pretendido resolver

²⁵ No trataremos de la distinción que pueda existir entre el uso de las voces regla y norma, por lo que deberemos entenderlos en la mayoría de los casos como semejantes en tanto que son directivas.

²⁶ *Ibid*, págs. 56-57.

El positivismo de Joseph Raz

el problema de la juridicidad, refiriéndonos a la teoría imperativa sostenida por John AUSTIN, y a la teoría práctica de H. L. A. HART²⁷. Podemos resumir la crítica al profesor HART diciendo que: no diferencia entre los tipos de reglas, atribuye el origen de la juridicidad a la práctica, no distingue las razones para la acción como razón normativa de una norma general, y confunde el elemento social con el jurídico.

La principal causa por la que considera que la teoría de la práctica no puede dar cuenta correctamente de las reglas, es porque, regla no significa práctica, ni toda práctica es una regla. Lo que hace que una regla sea tal es que esta sea una razón excluyente para actuar de un modo y no de otro, en tal caso la practica puede explicar el carácter vinculante desde la perspectiva moral (como práctica social) pero no determinar qué sea una regla. Así en el fondo de la discusión está el que toda regla sea una razón, pero no toda razón sea una regla, y aún, no toda regla es normativa, lo que nos devuelve al problema de la juridicidad de las reglas; la cual sólo se podrá aclarar en un sentido estrictamente normativo al partir del supuesto de que las razones excluyentes sean las que definan a las reglas dentro de un sistema normativo. Que sean las razones excluyentes las que determinen la juridicidad de las reglas nos devuelve a la aseveración que habíamos realizado al decir que las razones subyacen a la norma jurídica como razones legales y autoritativas.

Una vez que se distinguen a las reglas y las normas de mandato de cualquiera otra razón, tenemos que son excluyentes, y más comúnmente de segundo orden para realizar un acto, y excluyentes para no realizar cualquiera otro.

Las reglas tienen justificación social, entre las que se deben considerar están las de:

- i) Previsibilidad.
- ii) Utilidad.

Previsibilidad es cuando la regla ya superó el balance de razones previsibles, y tiene de antemano resuelto el caso que se presentase, siempre que se adecue a las circunstancias previstas, por lo que la regla es confiable. El principio de **utilidad** es necesario, pues no se tiene todo el tiempo para con-

²⁷ *Ibid*, p. 58.

Derecho y moral. Estudio introductorio

siderar todos los pormenores que impliquen teorizar respecto de cada acto, o controversia que se presente, por lo que la regla economiza y agiliza el procedimiento, a la vez que excluye el balance razones²⁸.

Si nos quedáramos con sólo esta idea, pensaríamos que el profesor RAZ se está colocando al otro extremo del profesor DWORKIN, en lo que se refiere a teorizar para cada caso en concreto, uno optando por la previsibilidad y utilidad, y el otro por resolver cada caso difícil conforme a teorías tan elaboradas que solo el Juez Hércules es capaz de poder realizar; pero el asunto está aquí: quien opta por la utilidad y previsibilidad no se está planteando los casos difíciles, sino la manera en como normalmente funciona la regla, en tanto que el otro solo se refiere a los casos difíciles.

Actuar conforme a la regla es hacerlo conforme a la razón imperante, que es la excluyente, en sentido normativo es conducirse conforme a lo ordenado, por lo que no es arbitrario, incluso puede ser que sea sometido a revisión mediante el balance de razones, pero quien actúa conforme a la regla aún a pesar de haber realizado una conducta que no era la mejor luego de un análisis detenido, es eximible, pues se ha conducido partiendo del supuesto de que la regla que cumple ha pasado por el balance de razones y las ha superado todas, de tal manera que se le impone como una regla excluyente que no admite otra conducta. Aunque ahora surge la pregunta de por qué se impongan tales reglas, y quién lo hace, subsistiendo también la pregunta por el origen de la juridicidad, a las cuales daremos respuesta en el tema de Derecho y Autoridad.

IV. TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS

En el contenido de la obra y propiamente del discurso del autor en comento, nos encontramos con diversos tipos de normas y reglas, algunos por su generalidad e importancia son más referidos y estudiados, en tanto que otros son excluidos del desarrollo por no ser necesarios.

La norma es el eje central en el que la urdimbre de la postura teórica se elabora, es la forma de expresión más acabada dentro de lo que denominamos

²⁸ *Ibid*, Cfr. p. 66-67.

El positivismo de Joseph Raz

sistema normativo, así mismo, es síntesis de los elementos esenciales que lo conforman y subyacen en él, elementos que las convierten en razones completas, de segundo orden, y razones para la acción. La norma es también el elemento clave y referente en el iuspositivismo, y determinante para nuestro interés en el tema de la distinción entre el derecho y la moral, y la postura excluyente de Joseph RAZ. Siendo la norma uno de los puntos fuertes desde los que se pretende explicar el derecho distinguiéndolo de la moral, vinculado al estudio de las fuentes sociales del derecho y la labor descriptiva y valorativamente neutra de la teoría del derecho.

Haciendo un breve estudio sobre la manera en como aparece la voz norma en el discurso de nuestro autor, podemos encontrar que hay una clasificación general en dos tipos de normas, unas son denominadas de mandato, y las otras de no mandato, en las primeras realiza la aseveración de que “todas las normas de mandato son razones excluyentes”²⁹; y con la denominación norma de mandato se refiere a reglas y principios, normas particulares y colectivas. La voz norma de mandato es amplia y lo suficientemente general como para poder abarcar casi todas, excepto las de no mandato; que son normas permisivas y normas que confieren poderes.

1. NORMAS DE MANDATO

Nos hemos referido a ellas en la relación que existe entre las reglas y las razones para la acción, específicamente respecto de su justificación: consistente en su utilidad y previsibilidad, aunque hemos dejado cuestiones pendientes que escapaban a la relación estudiada en ese subtema, entre ellas la de la importancia de la norma como razón excluyente, y la función de la decisión en la norma, decisión también como razón excluyente.

Mencionaremos primero brevemente las dimensiones de las normas de mandato, lo cual más adelante nos llevará al tema de derecho y autoridad. La norma puede ser:

²⁹ *Ibid*, p. 71.

Derecho y moral. Estudio introductorio

- i) Valida: ésta tiene que ver con la justificación y realización de las condiciones de aplicación de la norma, ambas deben coincidir para que sea vinculante para el sujeto que debe cumplirla.
- ii) Práctica: puede ayudar a explicar la aplicación y validez de una norma, pero no a la norma misma.
- iii) Prescrita: es establecida por un individuo o un grupo como una norma para guiar la conducta de otras personas.

La primera es la dimensión más importante ya que refiere a la validez de la razón misma³⁰.

Con el propósito de aclarar la naturaleza de las normas, profundizaremos primeramente en lo que nombra la voz decisión, esto en razón de las semejanzas que pueden existir entre las normas y las decisiones, al menos en lo que refiere a decisiones impuestas por una autoridad, también se establece las diferencias con la mera intención:

- i) Decidir es formar una intención.
- ii) Las decisiones se alcanzan como un resultado de la deliberación.
- iii) Las decisiones se toman previo a la acción.
- iv) Las decisiones son razones³¹.

La intención puede estar basada en una decisión, esto en los casos en que es resultado de la deliberación, y la intención es una razón excluyente por no admitir ninguna otra razón u argumento; y en el caso en que la intención no sea una razón excluyente, no es definitiva de la acción a ejecutar.

En términos generales la decisión semeja a la norma en cuanto es una razón excluyente para realizar algo, y no admitir ejecutar otra cosa; a la decisión como determinación se llega luego de un procedimiento interno que abarca las cuatro características mencionadas, y en este sentido se análoga a la norma en cuanto al proceso que sigue como justificación, en el que la norma establece su justificación como utilidad y previsibilidad, piénsese en la exposición de motivos de una ley, en los cuales se puede encontrar lo que

³⁰ *Ibid*, cfr. págs. 91-96.

³¹ *Ibid*, p. 71.

El positivismo de Joseph Raz

tradicionalmente se denomina “espíritu de la ley”, que es en realidad su justificación.

La decisión al igual que la promesa es una razón de primer orden en cuanto que resultado de la deliberación es asumida como la determinación de ejecutar la acción preconcebida. Empero, la norma es una razón de segundo orden, autoritativa y vinculativa que puede auxiliar a la promesa o decisión y constreñir a los sujetos a su cumplimiento, siempre que coincidan en cuanto al objetivo, coadyuvando con el sostenimiento del orden establecido. Aunque a diferencia de la decisión y la promesa que son razones de primer orden para quienes las asumen, la norma es razón de primer orden para quien la aplica y no para quien la debe observar, para quien es una razón de segundo orden, o puede coincidir con una de primer orden, siendo para ambos una razón excluyente en cuanto que no admite ninguna otra razón para dejar de hacer lo ordenado.

La decisión es por lo común resultado de un procedimiento interno del sujeto que ha de ejecutar la acción, y que la tiene como razón excluyente, aunque la dimensión del efecto de la decisión sobrepase al ámbito personal. En tanto que la norma es resultado de un procedimiento que en la mayoría de los casos le es mediato a quien debe cumplirlo, y se hace cumplir por un órgano dotado de facultades de coacción (como ejercicio legal del uso de la fuerza), por lo que es heterónomo respecto del sujeto a quien va dirigido.

En este sentido respecto del origen de la juridicidad se ha rechazado que sea la teoría de la práctica así como la teoría imperativa la que lo explique, y se propone que sean las razones excluyentes que subyacen a la norma las que den cuenta de ello. Empero, no puede excluirse plenamente que la convicción de los sujetos no sea de importancia para la observancia de lo que las normas establecen, por lo que entre las decisiones y las normas además de una semejanza en cuanto a razones excluyentes, también la hay en tanto ambas son consideradas como razones para la acción por quienes deben cumplirlas.

Por lo que la convicción y/o la creencia son elementos subjetivos que respecto a que debe hacerse lo que la norma establece. Es correcto que la norma no dejaría de ser tal aunque no se practicara, aunque para su cumplimiento es importante la credibilidad de quienes deben observarla, lo cual al margen de la estructura formal de las razones para la acción y las normas reintroduce un elemento ajeno en el cumplimiento de lo ordenado (credibilidad-*animus*),

Derecho y moral. Estudio introductorio

elemento que viene con todas las cargas sociales y culturales del sujeto. La conclusión del autor es: “El punto que me interesa argumentar es que una persona sigue una regla sólo si cree que ella es una razón válida de primer orden y excluyente”³²

La similitud entre la norma y la decisión es respecto al razonamiento práctico, pues las justificaciones tanto de utilidad como de previsibilidad, no son suficientes para poder explicar que una norma sea cumplida por los sujetos a quienes va dirigida. Esta analogía también nos muestra los parecidos en el procedimiento para llegar a la determinación de que se está ante una razón excluyente y de primer orden.

Haciendo un recuento, encontramos que la norma tiene además de los elementos que se consideraron inicialmente: operador deóntico, sujeto normativo, acto normativo y condiciones de aplicación; otros que son: las razones completas, razones excluyentes, razones operativas y razones de primer orden; y en cuanto a su cumplimiento: la credibilidad, y su carácter heterónomo respecto del sujeto que ha de cumplirla, y la inmediatez respecto de quien se encarga de hacerla cumplir. Estos últimos no son propiamente elementos de la estructura formal de la norma, ya que se refieren a algo que les resulta ajeno, pues debe diferenciarse entre norma como estructura, y su cumplimiento como objetivo o función, tema que nos lleva al de la juridicidad que será tratado en el capítulo VI.

La justificación como utilidad y previsibilidad, no pueden dar cuenta plenamente de que la norma de mandato sea una razón excluyente para la conducta del sujeto. Ya que en la mayoría de las ocasiones quien se encuentra en las condiciones de aplicación no se detiene a considerar la exposición de motivos de una ley, ni realiza cálculos de costo-beneficio; es la credibilidad la que permite al sujeto tener por válida y excluyente la razón para realizar una conducta <a> y no una , pues si existe alguna norma que establezca lo que debe hacerse el sujeto realiza dicha conducta presumiendo que se conduce tal y como debe ser.

Por su parte, la razón excluyente agiliza la toma de decisiones y el procedimiento, y al mismo tiempo vuelve factible el no acudir al balance de razones cada vez que haya que tomar una decisión. Por lo que el análisis de peso e importancia de las razones, los argumentos de tipo moral y principios están

³² *Ibid*, p. 82.

El positivismo de Joseph Raz

excluidos, y pueden ser considerados como subsumidos a la razón excluyente que debe realizarse.

Considerar a la regla como razón excluyente es tenerla efectivamente como norma de mandato, aunque hay quienes sostienen que toda regla debe ser sometida al análisis del balance de razones y de sus elementos morales y valores. El profesor RAZ no niega la importancia de los valores y razones morales que deben formar parte de la norma. Pero debe distinguirse que el razonamiento práctico es el propio de lo normativo en cuanto a función y aplicabilidad institucional, el cual debe hacer más ágil la función de la norma en la sociedad, en tanto que el estudio y argumentación deben dejarse para el balance de razones y justificación. Así las normas deben ser razones completas en cuanto operan como promotoras de los valores subsumidos en ellas y refieren a las razones que subyacen a su estructura como razones para la acción³³.

Hay en el razonamiento práctico de las normas como razones para la acción una parte que puede ser considerada de certidumbre, y hay también otra parte que es difusa o de casos difíciles³⁴.

En ocasiones la norma se sigue como tal en las condiciones de aplicación, la razón excluyente no es cuestionada y la creencia en que se hace lo que se debe es confirmada por el procedimiento al que el sujeto se somete, o porque se evitan las consecuencias negativas. En este caso estamos ante el funcionamiento ordinario de la norma como razón para la acción y excluyente, empero, en otros casos puede considerarse que la norma no es congruente con la razón operativa que como razón completa refiere y salvaguarda, o que no es la idónea por no existir las condiciones de aplicación. Si esto último ocurre, entonces, se debe determinar la razón excluyente que se deba seguir mediante el balance de razones, así como la discusión respecto de los elementos que la justifican³⁵.

La norma de mandato considerada en estos términos resuelve la mayoría de los casos que puedan presentarse simplificando el razonamiento práctico. Pues las razones para la acción como razones protegidas suelen dar cuenta plenamente de lo que pueda ocurrir una vez que existan las circunstancias

³³ *Ibid*, Cfr. p. 86.

³⁴ Uso los términos con la connotación que aquí se le da, y no con el que tienen en las obras del profesor HART y DWORKIN, aunque pretendo que pueden existir ciertas analogías.

³⁵ *Ibid*, Cfr. p. 87.

Derecho y moral. Estudio introductorio

de su aplicación, por lo que no es menester acudir a las razones en conflicto. Así mismo, las razones para la acción como razones completas llevan en sí los valores y razonamientos morales, por lo que en caso de complicación debe acudir al balance de razones, aduciendo los argumentos necesarios para resolver el entuerto, más no será necesario elaborar una teoría que nos aleje dichas razones. De tal manera que lo normativo se resuelve dentro de lo normativo, las razones son elementos normativos y en sí están subsumidos valores y razonamientos no normativos, aunque formalmente al integrarse a la norma y ésta al sistema normativo adquieren este carácter.

Las normas que aplican los tribunales son casi siempre de mandato, estas tienen carácter vinculante y constituyen decisiones autoritativas³⁶ para las partes en conflicto, su propósito al ser aplicadas por el tribunal es la de resolver los litigios mediante una resolución que determine los derechos y deberes existentes, les atribuya o niegue derechos.

En este punto se debe distinguir entre los niveles discursivos de la norma y las consecuencias a nivel estructural y lógico:

- a) Las normas que determinan autoritativamente conforme a normas previas si existen derechos y deberes pueden ser correctas o incorrectas.

En ellas hay una inferencia lógica que determina su corrección por estar de antemano previstas, y al presentarse el caso concreto al cual se han de aplicar existe una reducción de los hechos a los supuestos normativos establecidos en las reglas. Hay también un análisis comparativo de la conducta realizada, y de la ordenada, permitida o limitada en la razón para la acción, y en la razón operante. Se determina si es una razón de primer o segundo orden y del tipo excluyente, o sólo de carácter concluyente que admitiera alguna excepción, y con base en el análisis se debe resolver con una determinación autoritativa que restablezca el orden imperante en caso de haberse infringido.

- b) Las normas tienen también un carácter vinculante, porque no solo se limitan a hacer una inferencia a fin de determinar los derechos y deberes.

³⁶ *Ibid*, Cfr. págs. 155-156. Se complementa este punto respecto a las instituciones del sistema jurídico en el capítulo siguiente.

El positivismo de Joseph Raz

Al decidir respecto de ellos confirman su existencia, los otorgan, o niegan, y la resolución dictada debe ser observada por las partes al estar respaldada en el carácter de autoridad que reviste todas las decisiones del tribunal. En este sentido la decisión fundada en normas es vinculante aún cuando esté equivocada, y las partes que estén inconformes deben apegarse a los procedimientos previstos para ello, hasta llegar a la institución que además de su carácter de ser aplicadora sea también creadora de normas.

Las instituciones del sistema jurídico decidirán el caso emitiendo una resolución fundada en el estudio de las conductas realizadas y las razones implícitas en las normas, creando si es el caso una disposición de carácter normativo vigente y válida que resuelva el caso, ésta determinación de carácter vinculante puede ser válida o no, en el sentido de que sea observada tanto en ese caso como posteriormente, y se integre al sistema jurídico vigente y válido.

2. NORMAS NO DE MANDATO

La descripción de la manera en como el derecho funciona como sistema sería incompleta si solo se tratase de las normas de mandato, pues muchos de los actos que realizan tanto los sujetos como las autoridades quedarían sin explicación. Por ello, es menester describir a las normas permisivas, siendo aquellas que vuelven a un acto permitido, estando antes no permitido, teniendo esto una connotación plenamente jurídica.

Muchos de los actos jurídicamente permitidos tienen un sentido diferente de aquellos que no son regulados, los primeros están contemplados en el sistema normativo y son permisiones en sentido fuerte por lo que requieren explicación para conocer su importancia en el razonamiento práctico ordinario. Por otra parte, también se requiere dar cuenta en sentido jurídico de aquellos actos que implican el ejercicio de poder, y distinguir entre las normas que confieren poder a las autoridades, y aquellas que lo confieren a los particulares, así como las implicaciones y efectos que tienen en el discurso práctico.

Derecho y moral. Estudio introductorio

a) Normas permisivas

Respecto de las normas permisivas distingue entre los diversos sentidos que la voz “**permiso**” puede significar:

- i) Cuando consideradas todas las razones no deba abstenerse de realizar la acción.
- ii) Cuando hay equilibrio de razones por no haber ni más a favor o en contra.
- iii) Que no se tenga el deber de realizar la acción, estando sometida únicamente a sus deseos.
- iv) Que no hay suficientes razones jurídicas o morales para que se abstenga de realizar la acción.
- v) Ni el derecho ni la moralidad exigen el deber de realizarlo o de abstenerse de hacer la acción³⁷. Luego distingue entre el sentido fuerte y el débil que pueda tener la norma, aunque ninguno es suficiente para poder dar una explicación de lo que la norma permisiva refiere.

Hasta este momento las razones excluyentes se habían utilizado para explicar a las normas de mandato, dichas razones son parte de la estructura argumentativa que permitió explicar su naturaleza y funcionamiento. Ahora las razones excluyentes serán el referente para poder desentrañar la naturaleza y función de las normas permisivas.

Las normas permisivas cumplen una función en sentido inverso, pues las razones excluyentes imponen restricciones a la acción, en tanto que las permisiones son la ausencia de estas restricciones en sentido general. Aunque nos interesan aquellas que se presentan a modo de excepciones en sentido permisivo, pues se realiza una acción a pesar de existir razones concluyentes para que no se realice, no tomando en cuenta dichas razones. A estas permisiones les denomina “permisiones fuertes”, estas son las más importantes en el discurso práctico, y requieren siempre de una justificación³⁸.

Aún cuando la acción se realiza desconsiderando las razones concluyentes, se realiza fundado en razones excluyentes que son las que justifican la

³⁷ *Ibid*, Cfr. págs. 97-98.

³⁸ *Ibid*, Cfr. p. 103.

El positivismo de Joseph Raz

permisión fuerte, estas razones son de segundo orden en cuanto son excepciones de la norma de mandato que es siempre de primer orden. En este sentido las permisiones fuertes nos permiten decir que existen normas permisivas con estructura análoga a las normas de mandato, tanto en sus elementos, justificación, previsibilidad, balance de razones y dimensiones.

La importancia de la norma permisiva explica lo que se denomina “discrecionalidad”. En las teorías de los profesores HART y DWORKIN podemos apreciar que en ambos la discrecionalidad tiene un papel importante para poder explicar la función judicial y actividad de los tribunales; en el caso del profesor HART conduce a la zona de penumbra y la labor creativa del Juez para poder resolver un caso concreto; en el profesor DWORKIN nos lleva al tema de la aplicación retroactiva de la ley y la violación a los derechos de los ciudadanos ante un caso difícil que solo podrá resolverse si se amplía el horizonte normativo hasta el ámbito de la moral.

En el pensamiento del autor que nos ocupa, con base en las normas permisivas se da la explicación a todos aquellos actos que jurídicamente no se está obligado a realizar, empero, que si son realizados son laudables. Esto también tiene una importancia en el discurso práctico al poder dar cuenta de todos aquellos actos en que el tribunal puede recurrir a elementos no normativos a efecto de resolver el caso que se le presente, lo cual da un sentido normativo a esos elementos que en primer momento son extrajurídicos, ya que siendo introducidos por una norma permisiva se les dota de sentido normativo e integran al sistema y desde éste encuentran su explicación.

Pensemos en este caso en aquellas normas que permiten al tribunal acudir a la moral, prácticas o costumbres para poder resolver una controversia, al inicio son elementos metajurídicos, pero una vez que la norma lo permite al ser traídos al procedimiento encuentran su explicación normativa desde el sistema al cual se incorporaron.

b) Poderes normativos

Hemos referido las normas que establecen el deber de realizar una acción: normas de mandato; las que permiten o no realizar un acto o ejecutar uno distinto basado en justificaciones: normas permisivas. Sin embargo, falta la explicación del aspecto dinámico del sistema normativo, aquellas normas que

Derecho y moral. Estudio introductorio

permitirán los cambios y modificaciones del propio sistema, a las cuales se denomina poder normativo, que en sentido estricto es el poder de efectuar cambios normativos; y poder como influencia, que se refiere a las razones para que la gente actúe, y a sus creencias de que deben hacer esa acción.

El poder normativo como cambio se refiere no solo a las razones auxiliares (sanciones), también a las razones operativas (valores). Al interior de la razón completa de una norma hay una relación entre razón operante y razón auxiliar, en la que la primera establece lo que se ha de perseguir como finalidad o propósito, y la segunda la sanción que se ha de imponer a quien no cumpla con el deber impuesto en relación a la finalidad.

A su vez el poder como influencia permite explicar la actividad de la autoridad en su carácter de ordenadora de acciones y normas de mandato que tienen como propósito que una vez que estos sean dictados por la autoridad sean razones excluyentes de segundo orden para quienes van dirigidos. En esta función solo puede tener poder de dar o revocar la orden como norma de mandato o norma permisiva quien a su vez tienen el poder normativo para darlo³⁹.

Los poderes normativos también son de creación de normas, y poderes regulativos. Desde la perspectiva de la ontogénesis el sistema normativo parece ser autopoietico, aunque ya hemos visto que las normas permisivas pueden dar cabida a elementos extrajurídicos, empero el dinamismo necesario del sistema requiere de una creación constante de nuevas normas que regulen la conductas que se van generando, de tal manera que el propio sistema normativo debe dar cuenta de esta génesis, lo cual realiza con las normas que permiten a su vez la creación de otras normas. De esta manera se integran las normas permisivas y el material normativo sobre el cual los poderes regulativos se han de ejercer dando forma al sistema y armonizándolo en su funcionamiento, pudiendo ser el caso de que ambas funciones coexistan siendo normas constitutivas y regulativas.

En este discurso la norma es utilizada en sentido de ser una norma jurídica, empero la norma como voz de amplio uso puede connotar otros significados, puede referir a un sentido moral, o de otro tipo, por lo que es menester precisar el sentido que la norma adquiere cuando decimos que es jurídica y no de otro tipo.

³⁹ *Ibid*, Cfr. págs. 114-115.

El positivismo de Joseph Raz

Quede planteado aquí en términos de la normatividad del derecho, el uso de la regla jurídica como una norma, y el empleo del lenguaje normativo para describir al derecho. Y apuntemos la observación de que el derecho como institución social está íntimamente vinculado con la sociedad para la cual existe. En este sentido el origen de los poderes de creación de normas en un principio no pueden tener el carácter de ser normativos⁴⁰, en el sentido de pertenencia a un sistema, así que tienen que venir de lo social, lo político y jurídico como reglas, hasta crear lo normativo como sistema. Aunque este momento no pueda precisarse a nivel fáctico y solo sea una hipótesis, puesto que en qué momento podemos decir con precisión que ha surgido el sistema normativo, ya que al unísono del poder político coexisten las reglas y el poder de creación normativo.

V. TEORÍA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

1. LOS SISTEMAS NORMATIVOS

Con el antecedente del estudio de las normas nos hemos percatado de la importancia que estas tienen para lo que denominamos derecho, su clasificación, atributos, funciones y características particulares nos permitirán entender la manera en cómo se asocian, interactúan, modifican y funcionan formando sistemas normativos, a su vez la comprensión de los sistemas normativos en general nos permitirá poder estudiar y describir los sistemas jurídicos.

La norma en cuanto a su existencia singular no tiene mayor relevancia ni efecto; todo su peso, importancia, acción, efecto y explicitación lo adquiere en relación con las demás normas con las que conforma un cuerpo denominado sistema normativo. En éste cobran importancia sus particularidades, siendo el sistema la manera más común en cómo se nos presentan las normas, es a la vez también razón para tratar el tema profundizando hasta encontrar las claves que nos permitan explicarlo.

⁴⁰ *Ibid*, Cfr. p. 120.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Con la voz derecho hacemos referencia a las normas, pero en qué sentido exacto nos referimos a estas, ¿Es a todas, a una parte, a las que van dirigidas a los tribunales de manera específica, a las sustantivas, o a las adjetivas? Necesitamos explicar qué sentido adquiere la voz derecho cuando la referimos a la norma, y no sólo suponer que damos por entendido que hablamos de un sistema.

Hasta ahora de los autores tratados en este trabajo podemos apreciar que ninguno se ocupa de la norma por la norma misma, es decir, que si se refieren a ella es en el sentido de que luego se ha de integrar a un cuerpo mayor en el que funciona como parte de la más importante institución social. Así la norma es uno de los elementos esenciales del sistema jurídico, empero, su sentido y finalidad lo adquiere como parte de un grupo, y en este sentido el autor en comento se refiere a cuatro tipos de sistemas normativos:

- i) Sistemas de normas entrelazadas.
- ii) Sistemas de validez conjunta.
- iii) Sistemas autónomos.
- iv) Sistemas institucionalizados⁴¹.

Los **sistemas de normas entrelazadas** se caracterizan porque las normas que pertenecen al sistema solo encuentran su completud, complemento y explicación en relación a las demás normas⁴².

Si concebimos cada norma por separado, comprobamos que estas no son unidades autónomas que se expliquen a sí mismas, esto es, que en muchas de las ocasiones la norma <a> establece el mandato de hacer <x>, pero que en caso de que no se haga <a>, entonces establece que se ha de aplicar la sanción contenida en ella, lo cual ha de hacerse conforme al procedimiento establecido en <c>, lo cual debe ser cumplido por los tribunales por estar así ordenado en <d>, y en caso de que los tribunales no realicen lo ordenado en <d>, entonces se les aplican las sanciones contenidas en <e>. En el caso concreto puede ser que esta relación de normas se rompa en algún momento y refiera ya no a otra regla, sino a un principio o poder creativo de normas, el cual será el punto de partida para la explicación de esta interrelación normativa.

⁴¹ *Ibid*, Cfr. p. 124.

⁴² *Ibid*, Cfr. p. 129.

El positivismo de Joseph Raz

Varias cuestiones tenemos pendientes en este tipo de sistema, uno es, si debemos considerar a cada una de las reglas que impone alguna de la parte de éste entramado como una norma, es decir, si <a>, , <c>, <d> y <e> son normas diferentes, o solo son reglas que integran a una norma única que cobra existencia solo en cada caso concreto que se presenta. Si son una norma única, entonces forman parte de manera permanente en el sistema como reglas, pero que se vinculan para poder realizar tanto la función judicial del tribunal, como el establecimiento de la sanción a quien ha infringido con lo ordenado o prohibido, y de esta manera explicitan y dan sentido al sistema normativo como un cuerpo complejo de normas que forma parte de la institución social que denominamos derecho. Esta sería quizá la percepción más apegada a la concepción del derecho como sistema normativo en el profesor Hans Kelsen.

En los **sistemas de validez conjunta** la práctica aparece indisociada con la validez del sistema, y la norma tiene sentido y funcionabilidad en cuanto forma parte de un entramado normativo que es observado en su totalidad. Supone el sistema que una norma es válida en cuanto todas las demás normas que integran el sistema lo son, luego la noción de sistema no la da el que si se sigue una regla, entonces deben seguirse todas las demás.

El profesor RAZ compara este sistema normativo con el que rige el juego del ajedrez, de esta analogía conviene para nuestros propósitos sacar en claro lo siguiente:

- i) Hay una razón subyacente a todas las reglas: la razón como hemos tratado en el apartado dedicado a ellas, es la esencia de todas las normas, la carga normativa en la que se concentra la función y su característica primordial.
- ii) En este sistema no solo hay entrelazamiento, sino el supuesto necesario que debe cumplirse de que las normas deben ser aceptadas, practicadas y de ello devenir su validez conjunta. Esto nos da la noción de que el sistema normativo que denominamos derecho tiene algunas analogías con el de validez conjunta, esto porque las normas que lo integran sean o no del conocimiento y/o consentimiento de quienes deben cumplirla se les tienen por aceptadas, y el hecho de que no se presente un caso concreto al cual aplicarlas no implica su falta de práctica, aunque en este caso el que la norma no se aplique porque haya caído en desuso, si

Derecho y moral. Estudio introductorio

bien no la excluye del sistema y en cualquier momento puede ser aplicada, no existe una relación de consecuencia entre práctica y validez.

- iii) Las reglas del juego son también de mandato, permisivas así como las que confieren poderes.
- iv) En la regla subyace no solo la razón, que es completa, ya que también hay un valor implícito que debe ser realizado: ganar.

La relación entre las características marcadas con los numerales i y iv, explican la idea de sistema normativo autónomo. La razón es una razón para la acción que en sí es una razón completa que subyace a la norma de mandato, permisiva o que confiere poder. La razón operativa en cuanto contenedor del valor de la razón subyace también a la norma, y se relacionan razón y valor en el que la primera limita la libertad de acción del sujeto constriñéndolo a realizar la ordenada o permitida en cuanto que tal realización es la salvaguarda o concretización del valor consagrado por el sistema normativo. Esta relación puede establecerse como referente para determinar que una norma pertenece al sistema en tanto su validez está determinada por los valores a salvaguardar o realizar por el sistema mismo.

La autonomía del sistema se nos evidencia en los elementos esenciales de la norma, mismos que dotan de sentido, operabilidad y función al sistema normativo. Empero, el sistema normativo es una institución social que no opera por sí mismo como un ente que se nos aparezca en el mundo ya realizado, este sistema requiere precisamente ser institucionalizado para realizarse así mismo en el Estado y como orden regulador de las relaciones sociales⁴³.

2. SISTEMAS JURÍDICOS

La institucionalización de un sistema normativo conlleva la unidad entre las normas que integran al propio sistema con las instituciones que se han de encargar de aplicarlo y de crearlo. Hemos tratado de los rasgos de los diversos sistemas normativos, aunque ninguno de ellos logra explicarlo como la institución social más importante que es el sistema jurídico, y para ello es

⁴³ *Ibid*, Para la explicación del profesor RAZ a los diversos modelos de sistemas normativos vid. págs. 124-140.

El positivismo de Joseph Raz

menester que se dimensione el sistema en el contexto teórico-estructural en el que funciona, pero al hacerlo no se deben agregar elementos que no tengan el carácter normativo. Se impone esto por una parte debido al rigor metodológico que hasta el presente nos ha guiado debe permanecer incólume, la construcción basada en el análisis lógico-práctico del derecho que va de las razones hasta el sistema normativo debe ser consecuente para explicar su institucionalización.

Un sistema jurídico existente en una comunidad pretende regular la conducta de los individuos, para ello se vale de las normas que integran el sistema jurídico, así como de las instituciones creadoras de las reglas, y las instituciones encargadas de aplicarlas. La mayoría de normas implican una restricción o permisión a la conducta de los sujetos a quienes se dirige, y establece los procedimientos por lo que se sanciona a quien infracciona el deber impuesto. La norma tiene una razón que es la parte activa que procura la realización del valor que le es implícito, y la interrelación y operación de todos los factores normativos es lo que designamos con la voz derecho. Esta breve explicación sintética del sistema jurídico no tiene el propósito de ser una definición, sino de servir de punto de partida para acotar y definir los elementos que lo integran, así que debe tomarse como tal, por lo que en adelante procuraremos explicitar la idea de sistema jurídico.

El sistema jurídico puede ser explicado al menos desde dos perspectivas:

- i) El de las instituciones creadoras de reglas.
- ii) El de las instituciones aplicadoras de esas reglas.

Algunos lo han hecho desde la primera de ellas. Es el caso del profesor Kelsen, quien se refiere al derecho en un sentido plenamente normativo a partir de la norma fundante, la estructura normativa, la pureza metodológica, y el muy importante origen social del derecho solo en un principio, pues después adquiere autonomía y delimita sus linderos como sistema institucionalizado en el Estado, en el que el propio sistema impone sus reglas de pertenencia, sostenimiento y funcionamiento. En el capítulo referente al profesor Hart tratamos de su idea del derecho, la construcción del sistema normativo con base en las reglas primarias, secundarias y de reconocimiento. Tenemos la referencia que a partir de la obra de Hart, la atención en lo que el derecho sea se

Derecho y moral. Estudio introductorio

ha fijado más en la labor judicial de los funcionarios encargados de aplicarla (instituciones aplicadoras), y esto no es cosa simple, pues la aceptación de las normas no es solo de parte de quienes no deben infringirla, sino sobre todo de quienes deben aplicarla para sancionar a quienes la infringieron. Es quizá el profesor DWORKIN quien más se ha ocupado de la actividad judicial tal como podemos apreciarlo en el desarrollo del capítulo dedicado a su pensamiento, aún cuando no se ocupa de teorizar respecto de los sistemas jurídicos.

La descripción del sistema desde cualquiera de las perspectivas mencionadas debe tratar de la validez del sistema mismo, la aceptación y práctica de parte de los que integran las instituciones de creación y aplicación de las normas, por lo que en adelante desarrollaremos estos temas.

Ahora cobra sentido la aseveración de que el sistema jurídico es un sistema complejo, la interacción de las instituciones que lo integran nos permiten describir su funcionamiento como institución social, su carácter de pretensión de autoridad, el carácter autoritativo y vinculatorio de las decisiones que los tribunales imponen a los ciudadanos, y no debe olvidarse que es un sistema creado para procurar certeza y previsibilidad a quienes va dirigido, esto en términos sociales reduce gastos no solo en sentido económico, sino también permite agilizar sus labores a las instituciones encargadas de vigilar la prevalencia del orden normativo.

A la base del sistema se encuentran las conductas que pretende regular, el establecimiento de las razones completas, de las cuales se ha mencionado que subsumen los razonamientos morales, hábitos y particularidades socio-culturales de la sociedad en las razones operantes luego del procedimiento de balance de razones y justificación. Sigue a este procedimiento la aparición de las normas y del sistema, el cual no solo confiere poderes a las instituciones que lo conforman, a la vez impone límites a sus funciones, y quizá de las razones más importantes de estos límites sea la de procurar certeza y legalidad a los ciudadanos respecto de todos los actos de la institución en su carácter de autoridad. De allí que los sistemas institucionalizados no sean de discreción absoluta, y solo se admita la discreción relativa en tanto que las normas que se creen para integrarse al sistema normativo deben ser congruentes con los propósitos que como razones operantes subyacen a las normas manifestados en ellas como guías y referentes para la valoración de la conducta.

El positivismo de Joseph Raz

A pesar de que el sistema jurídico prevea muchos de los casos que pueden presentarse, no está exento de no prever algunos, por lo que no estamos ante un sistema cerrado o propiamente autopoietico. El sistema jurídico se nutre de los fenómenos sociales con el afán de resolverlos y de preverlos en el futuro con el propósito de agilizar el funcionamiento del propio sistema, pero su horizonte de previsibilidad es finito, y al agotarse el propio sistema confiere el poder a la institución creadora o primaria de hacer la norma que solucione el caso que se presenta, teniendo para ello discrecionalidad, pero limitada en tanto que la validez y pertenencia de la norma creada son determinadas por la congruencia con las razones operantes del sistema. Por ello aún cuando exista el poder conferido a las instituciones mencionadas de crear, derogar o reformar normas, este poder no es absoluto y solo puede hacerse fundado en razones especiales previstas en el mismo sistema.⁴⁴

Por otra parte, el sentido subjetivo de parte de quienes integran las instituciones aplicadoras no puede eliminarse y en algunos casos la injerencia que tenga en la decisión autoritativa y vinculatoria podrá ser impugnada por no ser correcta en cuanto a inferencia lógica-normativa, ya que dicha discrecionalidad no es en cuanto a determinar las normas justas o no, pero si las aplicables al caso, así como a la determinación de los hechos que cuentan en el procedimiento.

Nos referimos a discrecionalidad limitada porque aún cuando ocurra que el caso no está previsto, el sistema si prevé lo que debe hacerse, esto en el sentido de que existe el poder dado a la institución de crear otra norma, pero no siendo este el caso la institución no puede ejercer ese poder otorgado y debe constreñirse a las normas que integran el sistema jurídico válido y vigente que rige a la sociedad. En este sentido, el sistema mismo es excluyente, vinculatorio y de primer orden para las instituciones que forman parte de él y para los ciudadanos que se rigen conforme a este. En caso de conflicto entre las normas que lo integran que tienen el carácter de ser también excluyentes, deben someterse al peso y fuerza como razón excluyente, resolviéndose en último de los casos conforme al balance de las razones que subyacen a la norma⁴⁵.

Se reconoce la utilidad y avance que se tuvo al concebir la existencia de la regla de reconocimiento respecto a la manera en como los órganos que

⁴⁴ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, Op. cit. nota 4, Cfr: págs. 158-162.

⁴⁵ *Ibid*, Cfr: págs. 162-169.

Derecho y moral. Estudio introductorio

forman las instituciones aplicadoras identifican las normas que integran el sistema y que están vinculados a aplicar. El autor en comento coincide en lo esencial con la teoría de la regla de reconocimiento, pero disiente en lo que se refiere a la singularidad de tal regla, pues afirma que en la mayoría de sistemas institucionalizados existen más de una regla de reconocimiento. Entonces las reglas que integran el sistema normativo son: reglas dirigidas a los tribunales, las que se dirigen a los individuos, y las de reconocimiento⁴⁶.

El sistema jurídico tiene otros rasgos que lo caracterizan:

A) El sistema se refiere a todas las conductas reguladas por sus normas.

Sean normas permisivas, de mandato, o de poder, pero no regula las conductas permitidas en sentido débil, esto es, que sean omisiones del sistema. En este caso el profesor RAZ no menciona cual sea la manera en como el sistema jurídico solucionaría esta omisión, pero podemos suponer que sería conforme al poder dado a las instituciones primarias que teniendo como punto de partida las necesidades concretas de los ciudadanos y de la sociedad, se sirva crear las decisiones vinculantes y de autoridad que subsanen las deficiencias del sistema sin que se atente con los principios consagrados en la razón operante y en la razón general, siempre que tales decisiones sean válidas y se incorporen al sistema vigente. Esto ha de ocurrir en casos en que haya al menos elementos para que tal omisión sea salvada en esos términos, de lo contrario, tendrá que ser la institución creadora de normas la encargada de crear las normas que regulen las conductas omitidas de acuerdo al procedimiento establecido en el mismo sistema.

B) Es comprehensivo, esto es, que pretende autoridad para regular cualquier tipo de conducta.

Y no hay ninguna esfera de la conducta que se sustraiga a su autoridad, lo cual no implica que regule todas las conductas, pero como se menciono en el inciso anterior, si se prevé la posibilidad de que esto ocurra y la manera de solucionarlo para que la conducta quede regulada.

⁴⁶ *Ibid*, Cfr. págs. 168-171.

El positivismo de Joseph Raz

Al decir que todas las conductas pueden ser reguladas por el sistema aparentemente no se establecen límites, pues estos mediante las razones operativas, razones para la acción y las completas, le son congénitos al propio sistema. El procedimiento para crear una nueva norma que deba incorporarse al sistema normativo debe pasar por el balance de razones, donde éstas cobran su importancia y excluyen a las que no lo tienen quedando las que son congruentes con la orientación del sistema, y si ha de existir alguna corrección venida de la moral o de la ética será en el propio procedimiento a modo de razón quedando también subsumida en la norma que resulte.

C) Pretende ser supremo.

En el sentido de ser los únicos que jurídicamente regulen la conducta, pues admiten la existencia de otros sistemas normativos siempre que no sean jurídicos y pretendan regular las conductas de sus ciudadanos.

D) No todos los sistemas son incompatibles o cerrados aún cuando se trate de un rasgo general.

En gran parte de los sistemas jurídicos actuales se permite que normas pertenecientes a otros órdenes jurídicos tengan fuerza vinculante respecto de actos realizados en su territorio. La actualidad impone la necesidad originada con la globalización y la transculturización, las cuales exigen la existencia de sistemas más abiertos a la compatibilidad con otros órdenes jurídicos que pretenden tener autoridad respecto de determinados actos cuyos efectos rebasan las fronteras territoriales del Estado, de allí el surgimiento en las últimas fechas de órdenes jurídicos internacionales cuyas decisiones son autoritativas, vinculantes y excluyentes respecto de lo establecido en los órdenes jurídicos internos del Estado.

Otro tipo de sistemas abiertos son aquellos que permiten la existencia dentro su propio ámbito de jurisdicción de sistemas autónomos que creen sus propias instituciones que puedan decidir de manera vinculante y autoritativa, en tal caso son poderes conferidos mediante las normas de poder y permisivas, por lo cual debe analizarse detalladamente hasta que punto son sistemas

Derecho y moral. Estudio introductorio

autónomos y no independientes, esto es que tengan existencia totalmente independiente como si fueran otro sistema jurídico⁴⁷.

E) Todos los sistemas jurídicos regulan el uso de la fuerza.

Comúnmente lo hacen mediante la sanción, y en sentido débil por la generalización motivacional, que es el temor a ser sancionado por infringir al derecho. La sanción es la consecuencia lógico-normativa que sigue a la infracción de lo establecido en la norma que prevé sanción, pero no siempre ocurre en sentido fáctico que la sanción siga a la infracción, dado que el sujeto infractor puede sustraerse a la aplicación de la sanción, en este y otros casos semejantes la observancia del derecho se debe a la generalización motivacional. La sanción es un elemento que aparece en todos los sistemas jurídicos, pero que no es definitorio ni imprescindible. No es definitorio porque también aparece en otros sistemas normativos: moral, ético. No es imprescindible porque puede lógicamente concebirse la existencia de un sistema jurídico que no tenga sanciones.

La sanción ha sido considerada por algunos teóricos como la clave para la definición del derecho, sin embargo, la sanción no logra explicar la complejidad de la norma, ni del funcionamiento del sistema jurídico. Esto porque no considera la estructura compleja de la norma en cuanto a las razones que subyacen a ella, ni tampoco conciben que la sanción es solo una razón que está en la norma, y como razón es del tipo auxiliar, porque la razón completa la incluye como parte de la razón operativa que tiene como propósito procurar que mediante la advertencia de la imposición de la sanción se logre cumplir con el valor y propósito de la norma al realizarlos⁴⁸.

⁴⁷ *Ibid.* Cfr. págs. 174-178. Para los rasgos que caracterizan al sistema.

⁴⁸ *Ibid.* Cfr. p. 188.

El positivismo de Joseph Raz

VI. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD EN RAZ

Los temas que tratan sobre la autoridad, sea esta autoridad del derecho, su concepto de autoridad y la relación entre derecho y autoridad, son desarrolladas principalmente en su obra *La Autoridad del Derecho*, (1979) y es de fecha posterior a la obra *Razón Práctica y Normas* (1975). Suele haber cambios notables en un autor entre una obra y otra posterior, e incluso puede ser el caso de que haya una renuncia a sus posturas iniciales, pero no es este el caso del profesor Joseph RAZ, quien fundado en la tesis de las razones, y la razón práctica continúa desarrollando este tema y otros que versan sobre el derecho en su relación con la autoridad. Es esta la parte de la obra del autor en la que hemos de detenernos para analizar su pensamiento iusfilosófico en este y los dos siguientes temas.

El concepto de autoridad es de carácter polivalente y puede tener connotaciones y efectos muy diversos que pueden variar según se trate del contexto, así podemos hablar de la autoridad científica, la autoridad familiar, autoridad académica etc., así que trataremos inicialmente de los elementos y características de la autoridad en cuanto concepto general y después lo dimensionaremos en el sentido jurídico y político.

La autoridad y su concepto presentan al menos dos aspectos iniciales, estos se refieren a la legitimidad y la efectividad. Ninguna de las explicaciones parciales que tratan solo alguno de esos dos aspectos logran explicar cabalmente el concepto de autoridad, se requiere de ambos para su explicación; pues la autoridad como habilidad para realizar ciertos tipos de acción es el aspecto de la autoridad efectiva como poder de facto, pero esta autoridad efectiva requiere de justificación, lo cual se denomina legitimidad. Así ambos aspectos explican lo que denominamos autoridad, pues existe en ellos una relación que va de la facticidad a la legitimidad, esto es, que una autoridad que es de facto pretende tener cierta legitimidad, en tanto que una autoridad que sea perfectamente legítima puede ocurrir que no sea eficaz, lo que nos da una idea de que el aspecto práctico de la autoridad es lo más importante⁴⁹.

⁴⁹ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. trad. Tamayo y Salmorán Rolando. México, Distrito Federal. 1982, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Cfr. p. 22.

Derecho y moral. Estudio introductorio

La autoridad es un concepto práctico, tiene que explicar la relevancia de éste aspecto, y de cómo es susceptible el figurar en inferencias prácticas⁵⁰. Esto implica que sí es necesario poder determinar quién tiene autoridad para a partir de allí realizar la inferencia práctica que refiera al quehacer de la autoridad; esto es, la autoridad se identifica inicialmente por el hacer, como ciertos tipos de actos que no cualquiera realiza, cuyos efectos van más allá del ámbito inmediato de quien los realiza u ordena su realización. La realización de ciertos tipos de actos a su vez requieren de reconocimiento, sea de quienes tienen que hacer lo que imponen ciertos tipos de acción, o tengan que padecerlos. Normalmente el hacer implica reconocimiento, pero en los casos en que no ocurre así podemos denominarlos como una forma de tiranía, en el sentido de que alguien realiza las acciones fundado únicamente en el poder de facto.

El reconocimiento es de carácter social, y puede tener características propias de acuerdo al contexto en que exista. Se aclara que no toda autoridad es conferida por normas, pues existen muchos casos en que la autoridad no puede ser explicada en un sentido normativo. En tanto, que el reconocimiento como característica de legitimidad nos puede llevar a una concepción relativa de autoridad de acuerdo con la percepción de parte de quienes se sienten vinculados con una autoridad, pero lo que nos interesa no son todas las formas posibles de autoridad, sino la autoridad de carácter no relativo que nos permita explicar posteriormente la autoridad del derecho.

VII. LA AUTORIDAD DEL DERECHO

1. LAS RAZONES, EL DERECHO Y LA AUTORIDAD

Retomemos la idea de autoridad y encontramos la relación que tiene con el derecho a partir del análisis de las razones. La autoridad en términos generales es la aptitud para cambiar razones para actuar, y a la razón que está implícita en una orden: una razón protegida, en este caso la razón es tanto para la

⁵⁰ *Ibid*, Cfr. p. 24.

El positivismo de Joseph Raz

acción como excluyente, porque ordena hacer algo e impide tomar en cuenta razones en su contra.

La razón puede ser de primer o segundo orden, positiva o negativa; es de primer orden cuando es resultado directo del balance de razones de quien debe seguirla, pero es de segundo orden cuando no es resultado directo del balance de razones de quien debe hacerla, sino que es una razón no personal para actuar, aún cuando pueda coincidir o no con la razón propia. Es positiva cuando es una razón para la acción, pero negativa cuando es una razón excluyente.

El poder normativo es la aptitud para cambiar razones protegidas. Volviendo a nuestra definición de autoridad ahora la completamos diciendo que es la aptitud para cambiar razones para actuar, y razones protegidas. La autoridad se manifiesta normalmente mediante órdenes, estas órdenes están contenidas en normas y constituyen las expresiones de poder, de las cuales se pueden referir al menos tres:

- a) Las normas de mandato: son razones protegidas, en tanto que son razones para la acción que tienen la pretensión de ser guías para la conducta, como razones excluyentes en tanto que no permiten que se les imponga ninguna otra razón, aún de primer orden.
- b) Normas que otorgan una permisión para realizar una acción hasta entonces prohibida, que son del tipo de permisiones cancelatorias porque cancelan a una razón de tipo excluyente.
- c) Las normas que confieren poder en el sentido de habilitar a una persona a cambiar razones protegidas⁵¹.

A su vez el concepto de autoridad puede ser explicado con base en las tesis normativas, y al hacerlo vinculamos la explicación de la autoridad a la de la obediencia de las directivas u órdenes emitidas por la primera con el propósito de ser cumplidas:

⁵¹ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Op. cit. nota 49, págs. 33 y 34.

Derecho y moral. Estudio introductorio

i) La tesis normal del Justificación.

La cual explica que en muchos de los casos “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 [...]”⁵², idea que guarda relación con la de previsibilidad y justificación de la norma, ya que recordemos que la autoridad parte del supuesto de tener el tiempo, el conocimiento y la experiencia suficiente para poder prever ciertas conductas y hechos anticipando su solución o debida toma de decisión.

ii) La Tesis de la Prevención.

Esta agrega razones adicionales a las que se encuentran en la norma con el propósito de que sea cumplida la directiva como guía de conducta. Entre estas razones adicionales están las de coordinación, la de evitar que nos infrinjamos daño al realizar nuestras acciones en sociedad, procurar acciones conjuntas, procurando esto mediante las razones excluyentes al impedir que razones propias tengan un peso significativo en la observancia de lo ordenado en la norma.

iii) La Tesis de la Dependencia.

“[...] tiene como principal objetivo que las directivas de las autoridades se basen en razones aplicables a los sujetos, en circunstancias cubiertas por las mismas [...]”⁵³; la aplicación de la razón excluyente como resolución a un caso concreto debe estar referida y fundada en el propio caso que a la autoridad le es presentado, y a lo que las partes ofrecen mediante los hechos, pruebas y razonamientos.

Estas tres tesis explican el funcionamiento normativo de la autoridad, pero para su comprensión requieren ser dimensionadas en relación a la fuerza de la autoridad que mediante órdenes, normalmente normas de mandato, la previsibilidad y la justificación establece las guías de conducta y las razones adicionales a ser cumplidas, pero tal cumplimiento aún cuando se respete el

⁵² VEGA GÓMEZ, Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Op. cit. nota 3, p. 721.

⁵³ *Ibid.* P. 726. Para una explicación completa de las tesis Cfr: págs. 719 a 728.

El positivismo de Joseph Raz

principio de autonomía del sujeto a quien van dirigidas no implica que son optativas en su cumplimiento, puesto que como razones excluyentes son aplicadas por la autoridad mediante el sistema normativo y las instituciones que lo hacen funcionar.

2. CARÁCTER AUTORITATIVO DEL DERECHO

Con el propósito de superar las críticas a la idea de la autoridad del derecho, RAZ parte de la más simple de las definiciones de autoridad, problematizando primero, y después superando las críticas y mostrando el carácter autoritativo del derecho. Veamos: en el sentido no relativo de autoridad el autor cita la siguiente definición simple como la más adecuada: “un hombre o un conjunto de hombres, tiene autoridad si de su dicho que ocurra “X” se sigue que “X” debe ocurrir⁵⁴”, es una definición muy general que se aplica a todo tipo de autoridad práctica. Esta definición es el punto de partida para la vinculación del concepto de autoridad y la tesis de las razones, el propósito es explicar la idea de autoridad desde la perspectiva de las inferencias prácticas, y para ello solo las razones pueden dar cuenta plenamente. El autor admite que no es la única explicación, aunque sí la que se necesita para poder explicar los conceptos prácticos como el de autoridad, y porque las razones permiten una explicación directa y no mediante otras ideas como lo derechos⁵⁵.

A la anterior definición se la hacen las siguientes objeciones:

i) Primera objeción: ¿Las expresiones de una autoridad son razones absolutas o razones *prima facie* para hacer lo que ella demanda?

Las expresiones son razones para actuar, no son imposiciones como razones absolutas; como razón para actuar es del tipo de razón excluyente que se expresa mediante una orden que tienen el propósito de que sea seguida por el destinatario sin que deba someterla nuevamente al balance de razones. Esto es, se debe seguir aún como razón excluyente de segundo grado; pero es diferente que la razón sea absoluta y deba hacerse en todas las circunstancias.

⁵⁴ John, LUCAS. Citado en RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Op. cit. nota 49. p. 26.

⁵⁵ *Ibid*, Cfr. p. 27.

Derecho y moral. Estudio introductorio

La autoridad se manifiesta normalmente mediante órdenes, ya el filósofo y jurista inglés John AUSTIN había definido como la clave de la jurisprudencia que el derecho son órdenes respaldadas por amenazas, y tratamos la crítica que el profesor HART hizo al respecto. Ahora se vuelve a plantear que lo característico de la autoridad es emitir órdenes como razones para la acción que deben ser cumplidas por los agentes a quienes se dirigen. La idea de orden implica a la de autoridad, no es la orden del ladrón (que no es autoridad, ni pretende legitimidad), sino que es la orden como mandato emitida por una autoridad que pretende ser legítima y eficaz en tanto que normalmente se cumple con lo que ordena, y la orden no se da como opción a realizar entre $\langle x \rangle$ o $\langle y \rangle$, sino que se da como razón excluyente que debe ser cumplida aún a pesar de ser una razón de segundo orden respecto del balance de razones del sujeto que debe cumplirla.

Por lo que si $\langle A \rangle$ ordena a $\langle B \rangle$ que se encuentra en la circunstancia $\langle C \rangle$ que realice $\langle D \rangle$, entonces inferimos que $\langle A \rangle$ es una autoridad si cumple con los requisitos de legitimidad y eficacia; legitimidad, si $\langle A \rangle$ es reconocida socialmente e incluso normativamente, tratándose de una autoridad política o jurídica; y eficacia, si sus órdenes son observadas normalmente sea de manera espontánea, o mediante la imposición de alguna sanción; $\langle B \rangle$ es el agente que debe cumplir con lo ordenado; $\langle C \rangle$ es la circunstancia particular en la que la razón manifestada en la orden es aplicable; y $\langle D \rangle$ es la orden que como razón excluyente debe ser cumplida por $\langle B \rangle$. Esta es un ejemplo de inferencia práctica que puede ser realizada en todas las actividades de una autoridad, y que es la razón la que puede permitirnos explicar cabalmente. Recuérdese que $\langle D \rangle$ como orden puede ser un simple enunciado respaldado por la autoridad, o puede ser un entramado complejo que implique a un sistema de razones para la acción.

Las órdenes deben ser diferenciadas de las peticiones y los consejos. Los consejos transmiten información que no tienen el propósito de influir en la conducta de quien los recibe, en tanto, que las peticiones solicitan se considere algo en el balance de razones, que puede no llegar a ser considerado, ambas no requieren de autoridad, pues no existe vinculación autoritativa respecto de quien recibe el consejo o la petición que los constriña a cumplirlos.

El positivismo de Joseph Raz

ii) **La segunda objeción** se basa en el hecho de que en algunas ocasiones a pesar de que hay una orden legítima emitida por una autoridad legítima no siempre es una razón para actuar.

Esto se explica porque las razones protegidas que se manifiestan mediante la orden dada al agente que debe cumplirla, le es dada con la intención de que sea cumplida, pero es posible que efectivamente no excluya a todas las razones posibles que puedan pesar en el balance de razones de quien se encuentra en una situación <x>. Incluso, es posible que la razón protegida que se ordena sea de primer orden, y que en al afán de previsibilidad, justificación y coordinación que tiene implícita no haya contemplado las particularidades de la situación del agente, y que éste tenga una razón de mayor peso para no hacer lo ordenado a pesar de la autoridad con la que la razón protegida es establecida mediante una norma jurídica. Estos son casos que constituyen excepciones a las normas jurídicas, no a las razones, y que deben ser tratados uno a uno a fin de poder determinar si en verdad era válida la excepción.

En el concepto de autoridad debe diferenciarse entre la autoridad sobre personas y la autoridad para realizar ciertas acciones; [...] todo aquel que es autoridad, tiene autoridad sobre la gente, pero no todo aquel que tiene autoridad es autoridad [...] una persona es autoridad si de manera relativa, permanente y penetrante tiene autoridad sobre personas, ya sea autoridad sobre un amplio grupo de personas o bien autoridad respecto a varias esferas de actividad, o ambas⁵⁶.

Explicando lo anterior refiriéndonos al término de autoridad en sentido jurídico, decimos que la autoridad sobre personas no la tienen todos, sino solo aquellos que pueden emitir órdenes como razones protegidas, autoritativas y vinculatorias, y dichas órdenes son regularmente cumplidas. La autoridad para realizar ciertas acciones puede ser un tipo de autoridad que semeja más a un poder como facultad para poder hacer algo que normalmente está prohibido; de tal manera que quien tiene autoridad sobre la gente es autoridad en sentido no relativo, o en este caso, semejante a la idea común de autoridad

⁵⁶ *Ibid*, Cfr. p. 34.

Derecho y moral. Estudio introductorio

como institución facultada para realizar determinados actos de carácter impositivo o coercitivo más no absoluto.

Piénsese en una orden dada por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y en apego a lo que le está permitido hacer, la gente a quien va dirigida esa orden es de carácter autoritativo, vinculatorio y una razón protegida, en este caso el funcionario es autoridad; pero el mismo funcionario público cuando realiza actos jurídicos en nombre de otro mediante un mandato, en este sentido no es autoridad, pero tiene autoridad para hacer esos actos.

Concluimos entonces, que autoridad en sentido amplio o no relativo es la actividad como expresión de poder que se ejerce mediante el dar razones protegidas, autoritativas y vinculatorias, expresadas mediante normas de mandato normalmente dirigidas a la gente que se encuentra en circunstancias <x>, dado que dichas normas prevén tal situación y de antemano procuran su solución otorgando certidumbre y seguridad jurídica a los agentes que deben cumplirlas.

Hemos mencionado que uno de los aspectos mínimos de la autoridad refiere a la cuestión de la legitimidad de la propia autoridad; legitimidad tanto como reconocimiento social de parte de quienes la tienen por tal, como confianza y credibilidad también de parte de quienes deben cumplir con las razones, órdenes o normas dadas por ella. Pues solo a una autoridad a la que se considera legítima puede ser el caso que para algunos tenga un reconocimiento equivalente a sumisión ante sus órdenes, a tal grado que constituye la negación a actuar en base a su propio juicio respecto de los méritos del caso⁵⁷.

Pero tal limitación de la autonomía de los sujetos que deben cumplir con las órdenes es limitada ya que las razones protegidas dadas por la autoridad no son absolutas, sino solo excluyentes; y puede ocurrir también que en el caso concreto se realice el fin consignado en la orden mediante actos diferentes a los ordenados, o que se cumpla con las razones protegidas dadas por la

⁵⁷ John FINNIS toma la idea de autoridad de Joseph RAZ para explicar que las razones se establecen como razones protegidas que pretenden ser guías de acción, pero con FINNIS la autoridad es también autoridad moral, y busca lograr el bien común, algo que con la estructura argumentativa neutra de RAZ no es posible sostener. Vid. SUÁREZ VILLEGAS, J. C. ¿Hay obligación moral de obedecer al derecho? ... Op. cit. nota 5. págs. 95-99.

El positivismo de Joseph Raz

autoridad sin que se reconozca la legitimidad de la autoridad, que puede ser el caso de los anarquistas⁵⁸.

Veamos respecto de los límites del derecho como órdenes. Las órdenes dadas por quien es autoridad tanto en sentido práctico como legítimamente, son razones válidas de segundo orden y una razón excluyente para no hacer otras razones, son razones protegidas pero no absolutas. La razón en tanto orden o norma de mandato es resultado del balance de razones que prevé la solución anticipada de una situación que puede presentarse, empero, es característico de las razones que excluyan por clase y no por peso⁵⁹, lo cual significa que razones referidas a la misma situación de la misma clase aún cuando sean de mayor peso serán excluidas por la razón protegida.

Las normas se dan con el propósito de que sean cumplidas no de que se agreguen al balance de razones del sujeto que deba cumplirlas, pero el hecho de que no sean absolutas implica que el propósito para el cual fue dada la orden o creada la norma es posible que pueda ser cumplido de alguna otra manera indirecta, por lo que el poder con que una norma o razón se impone tiene límites en cuanto a su cumplimiento.

La idea de autoridad del derecho está relacionada con las funciones sociales que éste cumple, las cuales pueden ser desde las muy generales de coordinación, limitaciones o guía de conducta para los agentes a quien va dirigido, hasta las más específicas también denominadas:

Funciones sociales de las normas jurídicas:

A) Primarias o directas.

- i) Prevenir un comportamiento indeseable y obtener uno deseable.
- ii) Proporcionar los elementos para celebrar acuerdos privados entre individuos.
- iii) Regular el proveimiento de servicios y la redistribución de bienes, procurando la salvaguarda del orden interior del espacio donde el derecho sea aplicado.
- iv) La resolución de disputas no reguladas.

⁵⁸ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Op. cit. nota 49, p. 43.

⁵⁹ *Ibid*, p. 38.

Derecho y moral. Estudio introductorio

B) Secundarias o indirectas.

Son las que regulan la creación, modificación, aplicación y regulación de los órganos encargados de realizar todas estas funciones del derecho.

Cuando nos referimos a la voz derecho ésta implica un todo sistemático en el que sus elementos y actividades son desde las razones, normas, sistemas normativos, instituciones creadoras, instituciones aplicadoras (las que interpretan al derecho creado, lo explicitan y subsanan deficiencias y vacíos) actos reguladores; y funciones primarias y secundarias.

Concluimos con la aseveración de que la autoridad el derecho la tiene tanto en su aspecto de efectividad, como en el de legitimidad. El derecho se impone a sí mismo como un orden o sistema normativo y de instituciones creadoras y aplicadoras, y se erige en guardián de la sociedad, dicho en palabras del autor: “El derecho pretende proporcionar el marco general para la conducción de todos los aspectos de la vida social y se sitúa a sí mismo como el guardián supremo de la sociedad.”⁶⁰

VIII. DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

1. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL EN LAS RAZONES

Este es un tema del que el profesor Joseph RAZ se ha ocupado desde la perspectiva del positivismo excluyente sosteniendo que existe una distinción entre derecho y moral.

Al igual que han sostenido otros autores como Eugenio BULYGIN, la discusión en la relación de diversas formas fácticas no está en discusión⁶¹, lo que sí está en discusión es indagar porque para el estudio, conocimiento y enseñanza del derecho es pertinente sostener que existe una distinción aún a nivel teórico y discursivo en algunos niveles. La distinción aquí sostenida es

⁶⁰ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. Op. cit. nota 4, p. 179.

⁶¹ BULYGIN, Eugenio. “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, publicado en *Derecho y moral*. Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), s/trad. Barcelona, España. Gedisa, 1998, p. 215.

El positivismo de Joseph Raz

partir de una postura descriptiva del derecho, que va desde las razones como los elementos más pequeños y esenciales, hasta la tesis de las fuentes sociales del derecho como una visión de conjunto y ordenadora del iuspositivismo⁶².

Para efectos de distinguir entre el derecho y la moral debemos partir de las razones que subyacen en la norma jurídica, hemos referido de estas que son razones completas formadas por razones operantes, razones excluyentes, y razones de primer o segundo orden. En las razones operantes se encuentran subsumidos los aspectos valorativos de la norma, valorativos en cuanto a los propósitos para los cuales la norma existe, los que pueden coincidir o no con valores éticos, morales o de moral social; en la razón operante se encuentran también los propósitos o fines que la norma se propone como guía de la conducta social.

Inicialmente la norma tiene una carga social en cuanto ésta es su origen y motivo que regular, pero en el momento en que se convierte en razón operante los elementos valorativos son subsumidos a esta y pasan a integrarse a la estructura lógica-normativa de la norma y del sistema jurídico. Lo cual significa que dentro del sistema jurídico las razones que subyacen a la norma no son tomados como valores morales o éticos, sino como parte de la estructura normativa, y como tales tienen un peso y exclusión para imponerse a otras razones, el balance de razones toma en cuenta entonces para determinar la razón excluyente únicamente a su peso y clase.

En tanto, la razón operante en cuanto parte de la razón completa, y como razón protegida adquiere su forma acabada una vez que se completa con la razón excluyente que le asigna su peso específico, y ésta resulta ser una razón de primer o segundo orden en tanto forma parte de una norma y sistema normativo con pretensión de autoridad que impone sus normas como parte del sistema excluyente. En este sentido todo lo que integra a la norma jurídica y del sistema jurídico tiene un carácter puramente jurídico y no moral.

2. LAS FALACIAS DE LA VINCULACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

⁶² No consideramos la interpretación porque para el autor aún cuando esta no es esencial en las prácticas morales, pero sí en las jurídicas, no resuelve el problema. Vid. RAZ, Joseph. “¿por qué interpretar?”, publicado en VÁZQUEZ Rodolfo (comp.) *Interpretación jurídica y decisión judicial*. segunda edición, s/trad. Fontamara, 2001, p. 40.

Derecho y moral. Estudio introductorio

En el tema cuatro hemos mencionado las características de los sistemas normativos generales, y luego con base en ello lo hicimos respecto de los sistemas jurídicos. Ahora podemos percatarnos de que existe un fondo común en todos los sistemas normativos en lo que al uso del lenguaje se refiere, a este se le denomina lenguaje normativo; es el lenguaje normativo que se utiliza tanto para el sistema normativo de la moral como para el sistema jurídico el que da lugar a la existencia de grandes equívocos, denominadas por el profesor RAZ como las falacias de la filosofía del derecho, estas son:

- i) “[...] la creencia falaz de que las disposiciones jurídicas son necesariamente razones morales (o que están moralmente justificadas o que hay siempre razones morales para obedecer a cada una de ellas.)
- ii) [...] que se considere que un sistema jurídico solo puede existir si la mayoría de su comunidad-sujeto cree en su validez moral”⁶³.

En **respuesta a la segunda de las falacias** se arguye que la existencia del sistema jurídico es independiente de la creencia en su validez moral. El sistema jurídico existe en tanto hay normas jurídicas que se agrupan formando un sistema normativo. Y la práctica que determina la validez de la norma no es sinónimo de la creencia de que la norma es válida moralmente.

Distingamos entre validez jurídica y validez moral, y entre la creencia de la validez moral, y la creencia de la validez jurídica. Respecto a la validez jurídica, para quienes parten del sistema jurídico con un origen común pueden explicarlo a partir del criterio de validez establecido, que puede ser la norma fundante que dota de pedigrí a las demás reglas, o el que su origen esté en una facultad soberana de crear normas. En el caso de ser de la postura de explicar el sistema jurídico desde las instituciones de aplicación, entonces la existencia se explica por el hecho de que haya reglas que existen por sí y que conforman un sistema.

Decimos que las reglas existen por sí, en tanto que en una sociedad hay reglas que conforman un sistema. Cuyas características tanto de las reglas como del sistema son las de ser excluyentes y de primer orden o segundo orden, están revestidas de autoridad, y pertenecen a un sistema en el que tienen relación con otras normas que se imponen mediante mandatos, permisiones

⁶³ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. Op. cit. nota 4, p. 180.

El positivismo de Joseph Raz

o poderes, como excluyentes, autoritativas y vinculativas; por lo que puede sostenerse que el sistema jurídico existe independientemente de la creencia de que es válido moralmente.

Se puede argüir que la creencia en la validez moral explica la creencia de quienes siguen las reglas, pero tal aseveración solo es correcta en tanto cumplimiento espontáneo de lo ordenado, y puede ser una de las razones del cumplimiento de lo ordenado, pero aún en este caso se confirma lo contenido en la razón para la acción, en tanto supuesto que regula los móviles de la conducta, y los contenidos de la razón operante en cuanto a valores y propósitos de la norma y del sistema. Así que cuando la creencia en la validez moral no puede explicar la existencia del sistema jurídico debemos hacerlo conforme a la creencia en la validez jurídica, que es el reconocimiento de parte de quienes deben cumplir con las normas. Deben cumplirla tanto quienes integran las instituciones aplicadoras del derecho, como los ciudadanos, reconociendo en la norma el que existe una razón jurídica para que se realice la conducta <A> y no las conductas , o <C>...

Lo anterior no significa que sea necesario que todos deban creer en la validez jurídica como se cree en la religión, sino de admitir que hay razones jurídicas para hacer algo y hacerlo. Para que el sistema funcione se requiere que al menos quienes se encargan de aplicarlas crean y se sientan constreñidos a su cumplimiento como sistema normativo excluyente⁶⁴, la creencia en estos términos se refiere a lo que hemos tratado sobre la legitimidad del derecho y su eficacia, así como a la autoridad del derecho. La relación de estos puede explicarnos la idea de validez jurídica, y ayudarnos a explicar los casos en que efectivamente se cumple con lo ordenado por el derecho, y porque la autoridad de tales normas deviene tanto del sistema por sí mismo, como de la autoridad que lo impone y vigila su cumplimiento. E incluso podemos explicar aquellos casos en que la norma que debe cumplirse no coincida con el balance de razones de parte de quien deba cumplirla, y a pesar de esto, la razón se impone como razón excluyente de segundo orden.

Respuesta a la primera de las falacias. Es tal si partimos de que el sistema jurídico es un sistema normativo y una institución social, una cierta forma de organización social; no es propiamente una manifestación moral, ni la moral puede dar cuenta de todo el sistema jurídico. El derecho como sistema

⁶⁴ *Ibid.* págs. 199 y 204.

Derecho y moral. Estudio introductorio

normativo puede ser explicado cabalmente desde la perspectiva normativa y del uso del lenguaje normativo.

Varias son las posturas que existen de parte de quienes pretenden encontrar en el derecho a un orden moral, las hay definicionales, que lo identifican plenamente afirmando que existe identidad y que cuando alguna norma jurídica no es moral, entonces tampoco es derecho. Está la postura heterogénea, que admite la existencia de normas dentro de la institución que no cumplen con el *test* moral, en este caso, considera que esto puede ocurrir ya que la institución puede ser usada con fines buenos o malos, y la moral cumple aquí una función correctiva como referente para la norma jurídica. En tanto, el enfoque derivado puede aceptar algunas de las posturas del positivismo que admite que el derecho es una institución social, pero conserva el objetivismo moral en tanto el sistema jurídico como sistema de regulación social para ser tal debe tener méritos morales para poder funcionar correctamente⁶⁵.

El problema de todas las posturas que consideran imprescindible a la moral para explicar al derecho es que precisamente no logran explicar porque razón el derecho como sistema normativo debe tener algún vínculo con la moral. Es difícil sostener que no existe, pero afirmar que tal relación sí existe también lo es. Por lo que se refiere al desarrollo de esta postura teórico-descriptiva de RAZ, se puede comprobar que en su entramado que va desde el método hasta la descripción y explicación, se han excluido todos los elementos que puedan tener alguna connotación moral, con lo que se prueba que es posible al menos en esta línea de pensamiento sostener una distinción entre moral y derecho.

3. LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES Y LA POSTURA EXCLUYENTE

Son quizá tres las áreas más discutidas en el positivismo jurídico: la identificación del derecho, su valor moral y el significado de sus términos básicos, que equivalen a las tesis social, moral y semántica. De ellas, la más importante es la tesis social, cuyo punto de partida para describir lo que es derecho o no es, son los hechos sociales, de la cual no se siguen las otras dos tesis, pero pueden llegar a estar implicadas.

⁶⁵ *Ibid*, Cfr. págs. 188-197.

El positivismo de Joseph Raz

El argumento general de la tesis social es el siguiente: “[...] 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 jurídicamente obligatorio”⁶⁶. Esta tesis tiene al menos dos variantes principales: la postura fuerte que es totalmente excluyente de la moral y el iusnaturalismo, y la versión moderada, que puede tener coincidencias con algunas posturas del iusnaturalismo:

La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales sostiene que:

- i) Una teoría completa del derecho debe tener criterios que dependan de los hechos sociales para identificar al derecho y determinar su existencia en términos valorativamente neutros sin recurrir a argumentos morales.
- ii) No se hace una exhaustiva diferencia entre los términos valorativamente neutros y aquellos que no lo son, ni se toma postura entre el iusnaturalismo y el anti-iusnaturalismo.
- iii) Considera las intenciones, motivaciones y opiniones morales de la gente.
- iv) Puede variar entre que si la condición social es necesaria o suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho⁶⁷.

La versión moderada la tesis de las fuentes sociales coincide con las siguientes posturas del iusnaturalismo:

- i) Un deber jurídico significa un deber que se tiene porque el derecho requiere la realización de tal acción.
- ii) Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral social (i.e. la moral practicada y respaldada por la población)
- iii) La pretensión de autoridad de todo orden es justificada⁶⁸.

Para el estudio de la tesis social debemos partir junto con el autor de que dicha tesis en el positivismo supone la construcción de las teorías del derecho,

⁶⁶ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Op. cit. nota 49, p. 56.

⁶⁷ *Ibid*, págs. 58-59.

⁶⁸ *Ibid*, p. 57.

Derecho y moral. Estudio introductorio

y no solo de los criterios de existencia e identificación, por ello al realizar el examen de las razones conforme a las cuales opera encontraremos sentido, unidad y coherencia a todo lo expresado en cada uno de los subtemas desarrollados en el presente capítulo, llegando a la distinción teórico-descriptiva entre derecho y moral.

Son características de la **tesis de las fuentes sociales sostenida por el profesor Raz**:

- i) La tesis social refleja correctamente el significado de derecho, pues la tesis social parte de los hechos sociales, de lo que el derecho es, no de lo que debiera el derecho ser, del derecho como una cuestión fáctica y no moral⁶⁹.

Aunque es verdad que en términos lingüísticos y semánticos el concepto de derecho no se ha definido satisfactoriamente para los filósofos del derecho pertenecientes a diferentes corrientes, también lo es que la pregunta por lo que el derecho sea hizo correr ríos de tinta que no lograron resolverlo, y que fue con el profesor HART cuando la pregunta fue replanteada en el sentido de cuestionar por lo que el derecho designa o nombra. Siguiendo esta postura la tesis social parte precisamente del hecho social como aquello que el derecho nombra⁷⁰.

- ii) Se identifica al derecho distinguiendo entre su descripción y su valoración separando los hechos sociales de las consideraciones valorativas, aún cuando los iusnaturalistas sostienen que no debe hacerse tal separación.

⁶⁹ VEGA GÓMEZ, Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Cit. nota 3, p. 736.

⁷⁰ David LYONS, sostiene que la tesis social de RAZ ignora la relación que el derecho guarda con la moral en cuanto en los hechos sociales están implicados, por lo que tal construcción no trae ninguna consecuencia a la postura de la separación entre derecho y moral, *Vid.* LYONS, David. *Los Aspectos Morales de la norma*. trad. Stella Álvarez. Barcelona, España. Gedisa, 1998, p. 112.

El positivismo de Joseph Raz

Consecuencia del método empleado en la elaboración de la teoría del derecho es que esta pueda ser: descriptiva, valorativa, prescriptiva, o tenga todos los aspectos.

Se dice de una teoría que es descriptiva cuando solo se ocupa de cuestiones de hecho, que existen y que son verificables, las cuales constituyen el objeto de estudio y que en el proceso de su conocimiento será descrito tan complejo como se nos presente, sin que se pretenda calificarse valorativamente. Es valorativa una teoría cuando además de describir a su objeto de estudio también lo califica agregándole los valores de bueno o malo, justo o injusto, y otros calificativos del ámbito moral o ético. Y es prescriptiva cuando no solo se limita a describir a su objeto de estudio como es, sino que además pretende establecer como debe ser. Acorde a lo anterior, la teoría desarrollada por el profesor RAZ es del tipo descriptivo.

- iii) La tesis social como uno de sus resultados es la eliminación de los prejuicios, consideraciones evaluativas y deónticas del investigador, el cual debe basarse en hechos que sean investigados y valorativamente neutros.

De este modo la razón práctica, así como las razones en general son instrumentos conceptuales sin cargas valorativas que permiten la descripción del derecho, y en general toda la arquitectura teórica tiene este propósito de ser valorativamente neutro⁷¹.

- iv) Una de las principales razones de la tesis social es el carácter institucional del derecho.

En cuanto al derecho como institución, es estudiado por la tesis social en los principales aspectos por los cuales se caracteriza: eficacia, legitimidad y autoridad. También en cuanto a institución se estudian sus órganos aplicadores y órganos creadores de derecho, y su carácter sistémico, así como su característica de sistema para guiar y hacer decidir jurídicamente a los agentes a

⁷¹ John FINNIS realiza una construcción valorativa del derecho usando la razón práctica con contenidos morales, *Vid.* en SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos. ¿Hay obligación moral de obedecer al derecho...Op. cit. nota 5, págs. 77-85

Derecho y moral. Estudio introductorio

quienes va dirigido, su pretensión de ser suprema autoridad en la sociedad en que existe, y que el derecho sea un objeto de estudio en el que no se descuiden sus complejas relaciones con otras instituciones y sistemas^{72 73}.

Tales aspectos ya han sido desarrollados, empero, algunos de carácter meramente institucional importan para el tema actual, estos tienen que ver con la postura distinta que la tesis social adopta respecto del iusnaturalismo y la tesis del positivismo incluyente:

- a) El derecho en cuanto a sistema institucional tiene límites, sus fronteras están determinadas por los estándares que permiten identificar tanto las funciones que realiza el derecho, las instituciones judiciales, las normas y sistema normativo, lo que denominamos derecho perteneciente al Estado <x> o <z> pero no contiene todos los estándares para poder determinar lo que es moral de lo que no lo es, ni para identificar todas las normas pertenecientes a otros sistemas normativos.

Por tanto, la diferencia en cuanto a estándares para su identificación evidencia que el derecho tiene límites más estrechos que otros órdenes normativos como la moral, pero al tener límites más estrechos, también los tiene más definidos, sean mediante lo que se denomina derecho escrito, jurisprudencia y principios de derecho, así como en aquellos casos en que hay una permisión expresa de que se recurra a los usos y costumbres o moral social. La moral en cambio no tiene el carácter de institucional como el derecho, y su relación con él puede ser encontrada mediante el derecho como hecho social, pero es distinguible lo que el derecho es de lo que la moral sea.

- b) No se pueden imponer calificaciones morales como condiciones para que una disposición o un orden sean tenidos por jurídicos y que no se encuentren reflejadas también en sus rasgos institucionales. Si el derecho es una institución social de cierto tipo, entonces todas las dispo-

⁷² RAZ, Joseph. La Autoridad del derecho. *Cit.* nota 49, *Cfr.* págs. 59-62.

⁷³ David LYONS en el debate respecto del contenido valorativo o neutro de la tesis social, éste opta por la de contenido y su opinión favorece a DWORKIN en el sentido de optar por un derecho que contemple los principios morales de manera explícita en el derecho y en las decisiones judiciales. *Los Aspectos morales...* *Cit.* nota 70, *Cfr.* págs. 110-117 y 133-139.

El positivismo de Joseph Raz

siciones que pertenecen al tipo social son disposiciones jurídicas no obstante lo moralmente objetables que estas puedan ser⁷⁴.

Recordemos brevemente que en la relación o distinción entre derecho y moral, las posturas de los autores tratados en este trabajo son diferentes; pues mientras que el profesor HART sostenía una distinción conceptual en que la moral era referente para la corrección del derecho; el profesor DWORKIN en su visión integral del derecho incluye a la moral para la solución de los casos difíciles; y el profesor RAZ es un paladín del positivismo excluyente, y por tanto, de la separación del derecho de la moral para su explicación teórico-descriptiva, tanto en su estructura como institución, como en sus elementos normativos.

Finalmente una propuesta del autor a quien dedicamos el presente capítulo, la cual quizá pueda parecernos paradójica, pues nos propone cambiar de perspectiva en el estudio de la relación entre derecho y moral, y ver desde la perspectiva de la moral qué lugar le corresponde al derecho⁷⁵.

⁷⁴ RAZ, Joseph. *La Autoridad del derecho*. Cit. nota 49, Cfr. p. 64.

⁷⁵ Cfr. VEGA GÓMEZ, Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Op. cit. nota 3, p. 731. De allí tomo la aseveración.