

¿Es el derecho tan normativo?

La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico

Por LEONOR MORAL SORIANO*

Centre for Law and Society
University of Edinburgh
E-mail: leonor.moral@ed.ac.uk

Resumen: Las siguientes páginas están dedicadas al estudio de la función que Raz atribuye a la autoridad: la *función ejecutiva* o normativa. Ésta sirve para articular la distinción formal entre razones de primer orden y razones de segundo orden, que permite una ulterior distinción entre el nivel deliberativo y el nivel ejecutivo del razonamiento jurídico. Se argumentará que la autoridad no tiene la función normativa que Raz le atribuye. Para apoyar esta idea, se hará referencia a los precedentes judiciales y a su función en el razonamiento jurídico.

1. RAZONAMIENTO PRÁCTICO GENERAL COMO RAZONAMIENTO EJECUTIVO

De las distintas ramas de la filosofía práctica, la obra de Raz, como él mismo señala, gira en torno a la teoría normativa¹, cuyos conceptos

* Muchas gracias al Profesor Massimo la Torre y al Profesor Juan Carlos Bayón por los valiosos comentarios realizados a los borradores de este artículo. Naturalmente, yo soy la única responsable de los errores que el mismo contenga.

¹ Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 14. Raz distingue tres ramas de la

más relevantes son los de razones de primer y segundo orden, razón excluyente y razón para la acción.

1.1 Razón para la acción

Cuando alguien toma una decisión, como viajar a Florencia, declarar un contrato nulo, o condenar a n años de prisión a un ladrón, debe justificar su acción, es decir, debe ofrecer una razón para actuar. En el razonamiento práctico (en eso consiste decidir) concurren diversas razones que pueden estar en conflicto. De todas éstas, sin embargo, una (o un conjunto de razones) será la razón que justifique el comportamiento²: la razón para la acción³.

1.2 Razones de primer orden y razones de segundo orden. Conflictos de razones

La clave en el modelo de razonamiento práctico ofrecido por Raz es la distinción entre dos tipos de razones: de primer orden y de segundo orden. La concurrencia de ambas en el razonamiento práctico puede plantear tres tipos de conflictos cuya solución aporta la razón para la acción: aquella razón de primer o de segundo orden, dice Raz, que no ha sido derrotada por otras. La mejor forma de explicar el significado de razones de primer orden, razones de segundo orden y razones para la acción será mostrando con un ejemplo cómo las razones pueden entrar en conflicto y cómo éste debe resolverse.

- Conflictos exclusivamente entre razones de primer orden.—Éste sería el conflicto que el matrimonio Bastidas deberá resolver para decidir si viajar a Florencia. En el proceso de decisión concurren tanto razones para la acción, el deseo de conmemorar las bodas de plata, como para la no acción, invertir el dinero del viaje en un plan de pensiones. Ambas son razones que Raz denomina de primer orden. El conflicto entre éstas se resuelve *valorando la fuerza de todos los argumentos o razones en conflicto (balance of reasons)* y decidiendo según aquella razón que tenga mayor peso entre todas las demás. El razonamiento práctico se

filosofía práctica: la teoría del valor, la teoría normativa y la teoría imputativa. La teoría del valor se ocupa de la bondad de las situaciones (reales o posibles); la teoría normativa se ocupa de aquello que «debe ser» y de aquello que «se debe hacer»; la teoría de la imputación, finalmente, se ocupa de las condiciones bajo las cuales se puede atribuir a alguien culpa o culpabilidad (ibídem).

² A la pregunta «por qué» teorías descriptivas responden estableciendo relaciones de causalidad que describen o explican fenómenos; las teorías normativas por su parte, entre ellas la teoría jurídica, responden a la pregunta «por qué» ofreciendo justificaciones (no descripciones) de las acciones.

³ La mejor comprensión del concepto de razón para la acción depende de otros dos conceptos: el de razón no derrotada (o no excluida en el conflicto de razones) y el de razón excluyente (del balance de razones).

mantiene a un nivel deliberativo, de valoración de la fuerza de las razones.

- Conflictos entre razones de primer orden y razones de segundo orden excluyentes.—Si la señora Bastidas hubiera hecho la promesa a su hija de permanecer con ella porque dará a luz justo en el período que tienen proyectado hacer el viaje, el conflicto de razones se complica. No sólo cocurren razones de primer orden, sino también una razón de segundo orden: hay que cumplir las promesas. Este tipo de conflicto se resuelve a favor de la razón excluyente, no porque su peso o fuerza sea mayor, sino porque su función en el razonamiento práctico es la de excluir la consideración de otras razones y por lo tanto la evaluación o balance de su fuerza en el razonamiento. El alcance de las normas de segundo orden excluyentes es la clase de razones que excluye: las razones de primer orden.
- Conflictos entre razones de segundo orden.—Éste sería el caso si en el proceso de decisión de los señores Bastidas concurre otra razón de segundo orden o excluyente, por ejemplo que el señor Bastidas hubiera prometido realizar el viaje a la ciudad de los Medici. Este tipo de conflictos se soluciona según la fuerza de las razones en conflicto implicadas, es decir, se resuelve de la misma manera que los conflictos entre las razones de primer orden: mediante el balance o evaluación de su fuerza⁴.

En definitiva, el criterio que permite distinguir entre razones de primer orden y de segundo orden y el criterio que determina la solución del conflicto entre ellas es el *mismo*: la función normativa o excluyente de las razones de segundo orden⁵. Resolver un conflicto entre las dos categorías de razones mencionadas, concluye Raz, mediante el balance o la evaluación de su peso o fuerza, será cometer un error en el razonamiento. El error lo provoca la confusión entre ambos tipos de razones y de su distinta función en el razonamiento⁶.

En los tres conflictos de razones mencionados la razón para la acción es la razón no derrotada en el conflicto. En el caso de un con-

⁴ Esta es una contradicción en la obra de Raz, quien primero no acepta que la fuerza de las razones de segundo orden pueda ser evaluada (en caso de conflicto con razones de primer orden), mientras que ahora es precisamente la fuerza de las razones de segundo orden la que aportará la solución al conflicto.

⁵ La idea de «función normativa» ha sido propuesta por N. MacCormick en «Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning», en *Journal of Law and Society*, 1983, p. 5. Por función normativa de las razones de segundo orden se refiere a la función excluyente en el razonamiento jurídico.

⁶ Raz indica que la fuerza de las razones (*strength*) sólo es relevante en el caso de razones de primer orden y conflictos entre razones de primer orden, mientras que el carácter excluyente (*override*) es relevante sólo en el caso de razones de segundo orden y de conflictos entre éstas y las de primer orden.

flicto entre razones de primer orden, la razón no derrotada es aquella con más fuerza o peso en el conflicto. Lo mismo ocurre en el caso de que el conflicto sea entre razones de segundo orden. El caso más interesante para Raz es el conflicto entre razones de primer orden y de segundo orden. Sólo las últimas serán las razones para la acción porque tienen una función normativa, es decir, ejecutiva o excluyente, en el razonamiento práctico: excluyen la consideración de todas las demás.

1.3 Los dos niveles del razonamiento práctico

La distinción funcional entre razones de primer orden y razones de segundo orden sugiere que, en ocasiones, el razonamiento práctico discurre en un *nivel deliberativo* y otras en un *nivel ejecutivo*. En un nivel deliberativo la razón para actuar es aquella razón de primer orden (para el caso de conflicto de razones de primer orden) o aquella razón de segundo orden (para el caso de conflicto entre dos o más razones de segundo grado) no derrotada, es decir, con mayor peso entre todas las razones de la misma naturaleza que hayan concurrido al balance de razones. En un nivel ejecutivo del razonamiento, una segunda categoría de razones para actuar excluye cualquier tipo de deliberación acerca de la fuerza o peso de las razones concurrentes. El alcance de las razones de segundo orden excluyentes, en lugar de su peso, obliga a considerarlas como razones para la acción.

2. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

En el apartado anterior se ha indicado la función de las razones excluyentes en el razonamiento, utilizando el ejemplo de las promesas. Pero el ámbito de las razones de segundo orden no se limita sólo a éstas. Las reglas son también razones excluyentes protegidas, es decir, son razones para actuar por una razón y para no actuar por una razón. Un tipo de reglas son las reglas de mandato y un subtipo de estas reglas de mandato son las directivas dictadas por una autoridad (las directivas autoritativas). Las normas y, por lo tanto, las normas jurídicas, tienen la misma función que las promesas en el razonamiento práctico: la de excluir el balance de razones o juicios *all things considered* y la de ser una razón para la acción.

El razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico cuyo objeto son las normas jurídicas o directivas autoritativas. Al ser un tipo de razonamiento práctico comparte con éste, de un lado, la división funcional entre razones de primer orden y razones de segundo orden, y, de otro lado, la función normativa de las razones de segundo orden como razones excluyentes.

El razonamiento jurídico por excelencia es el contenido en el proceso legislativo (*law-making process*) y en el proceso judicial (*law-applying process*)⁷. Ambos se identifican plenamente con el contenido del razonamiento práctico: una norma jurídica excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar.

Evidentemente, decir que las razones de segundo orden excluyen la consideración de otras porque tienen una función normativa en el razonamiento práctico es dejar planteada una ulterior cuestión: la fundamentación de esta función normativa o excluyente. Éste será el objetivo de la doctrina de la autoridad legítima de Raz.

Los dos pilares teóricos sobre los que Raz desarrolla su teoría del razonamiento práctico, y que permiten la anterior aproximación al razonamiento jurídico, son la *tesis de las fuentes* y la *tesis de la autoridad legítima*. Ambas, lejos de tener formulaciones separadas o autónomas, se complementan entre sí, hasta el punto de aportar un único concepto de derecho y ayudar a entender mejor el razonamiento jurídico, al menos en opinión de Raz. La tesis de las fuentes explica la separación entre derecho y moral⁸, mientras que la tesis de la autoridad legítima explica la función excluyente de las normas en el razonamiento jurídico.

3. LA TESIS DE LAS FUENTES

La tesis de las fuentes adoptada por Raz es una «tesis social fuerte»⁹. Ésta dice que «una disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales»¹⁰. Las fuentes de las reglas jurídicas son exclusivamente hechos (*facts*) gracias a los cuales estas reglas son válidas y su contenido reconocido.

La tesis de las fuentes no sólo identifica qué es derecho, sino que también determina cuál es su función en el razonamiento práctico. El derecho (que pretende autoridad legítima) guía el comportamiento en un sentido excluyente para asegurar la coordinación de la acción. «El derecho —dice Raz— es un patrón público por medio del cual se puede medir el propio comportamiento como, también, el comportamiento

⁷ A pesar de que Raz identifica los procesos legislativo y judicial como modelos de razonamiento jurídico, con su teoría del razonamiento práctico no pretende realizar una teoría de la legislación ni tampoco una teoría de la aplicación del derecho.

⁸ Más que de separación, como veremos, Raz concluye con la tesis de la relativa conexión entre derecho y moral.

⁹ Véase RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción española de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.C., 1985, p. 67.

¹⁰ *Ibidem*.

de los demás»¹¹. Dos consecuencias de la tesis de las fuentes son relevantes para el razonamiento jurídico:

- La tesis de las fuentes contiene (si bien de manera implícita) una fórmula de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral;
- La tesis de las fuentes necesita la tesis de la autoridad legítima para explicar la función excluyente de las normas jurídicas.

3.1 La tesis de la relativa conexión entre el derecho y la moral

La inmediata consecuencia de la obra de Raz en el ámbito de la filosofía del derecho fue el impulso a la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. Como comenta MacCormick,

si este argumento tiene o no suficiente fuerza para sostener la tesis positivista tradicional de la independencia conceptual entre el derecho y la moral (lo cierto es que) es incuestionablemente la mejor defensa ofrecida a favor de esa tesis hasta ahora¹².

La tradicional tesis de la distinción entre derecho y moral ha sido reformulada por Raz, quien sostiene una versión débil o de relativa conexión entre derecho y moral. Para ello, Raz sostiene primero la autonomía del razonamiento jurídico y proclama, después, su conexión relativa con la moral.

El razonamiento jurídico, sostiene Raz, es una forma de razonamiento normativo que concierne a las normas jurídicas como razones para actuar. Ahora bien, ¿significa eso que cualquier otro elemento distinto a las normas jurídicas debe omitirse del razonamiento jurídico? O, en otras palabras, ¿cómo deben decidir los jueces? Para quienes sostienen que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral, la anterior es una pregunta también moral, que se resuelve con la inclusión de las denominadas razones de primer orden en el razonamiento. Para quienes sostienen que el razonamiento jurídico es ajeno a la moral (el Raz de *Razón práctica y normas*) sólo las normas jurídicas guían el comportamiento de los jueces.

Raz considera que, a fin de defender la autonomía del razonamiento jurídico, la pregunta *¿cómo deben decidir los jueces?* es demasiado simple. Por eso propone una fórmula compleja que logre distinguir el aspecto moral del jurídico. «¿Cómo deben los jueces decidir *consideradas todas las cosas (all things considered)*?», sí es, en opinión de Raz, un interrogante moral; pero de éste no se sigue que la pregunta «¿cómo deben decidir los jueces *según el derecho (according to the law)*?», sea también una pregunta moral¹³. El razonamiento jurídico,

¹¹ Ibídem, p. 71.

¹² MACCORMICK, N., *Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reason*, cit., p. 5.

¹³ Cfr. RAZ, J., «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 1993, p. 3.

añade Raz, es, precisamente, un razonamiento *sobre* el derecho (*about the law*) y sobre cómo resolver disputas *según el derecho*. Es decir, el razonamiento jurídico está gobernado por la tesis de las fuentes, lo que garantiza su carácter autónomo con respecto a la moral.

Ahora bien, también existe, dice Raz, un razonamiento *sobre el derecho* que sí es un razonamiento moral: el razonamiento legislativo. Éste sí es un razonamiento sobre el derecho que establece si el derecho en general, o una ley en particular, es moralmente vinculante y si necesita o no una reforma para adaptarla a cómo debería ser moralmente¹⁴. El razonamiento jurídico es definido así como un razonamiento que se aplica sin necesidad de usar consideraciones morales, cuya aplicación (sin embargo) parece ser moralmente aceptable por los jueces y tribunales¹⁵. Existe, por lo tanto, una conexión relativa entre el razonamiento jurídico y el moral, porque una decisión jurídica no sólo será el resultado de un correcto razonamiento jurídico (es decir, de un razonamiento que excluye razones de primer orden como la moral), sino también un resultado aceptable por sus destinatarios según valoraciones morales.

De esta forma, Raz quiere hacer complementarias dos cualidades del razonamiento jurídico, que son, en principio, mutuamente excluyentes: i) el que un cuerpo de proposiciones se pueda aplicar sin acudir a consideraciones morales, y ii) el que la aplicación sea moralmente aceptable porque el cuerpo de proposiciones aplicadas lo era.

Más que aclarar la sempiterna cuestión sobre la conexión (o no) entre razonamiento jurídico y moral, Raz sólo consigue rizar el rizo con su distinción entre razonamiento sobre el derecho y según el derecho, por no hablar del razonamiento que es autónomo (conceptualmente) pero que también está conectado (aunque relativamente) a la moral. El alcance de la tesis de Raz ha sido planteada con infinita mayor claridad y sencillez, y sin lugar a dudas con mayor efectividad, por Carlos Nino¹⁶.

Raz acierta al desglosar la pregunta «¿cómo deben decidir los jueces?» en otras dos. Estas podrían ser «¿se debe decidir según el derecho?» y «¿cómo se debe decidir según el derecho?». Dejando al margen por el momento si la última es o no una cuestión moral, lo cierto es que la primera sí lo es. Concretamente, la pregunta «¿se debe decidir según el derecho?» hace referencia a la relación entre derecho y moral, aquella que Raz denomina *conexión relativa* y que, siguiendo a Nino, se puede denominar *conexión justificatoria*¹⁷. Las normas jurídicas, dice Nino,

no son meras definiciones ni exclusivamente descripciones de hecho, sino que incluyen juicios normativos que legitiman a deter-

¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁶ Véase NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 43 y ss. No parece que Raz se opusiera a esta idea.

minada autoridad y descripciones de prescripciones de dicha autoridad. En otras palabras, las razones inherentes al razonamiento jurídico que aluden al hecho de que ciertas normas son parte de un sistema jurídico, no son, ellas mismas, razones jurídicas, sino que pertenecen a un sistema justificador más amplio¹⁸.

Si al nivel de la justificación de las normas se debe concluir con la conexión entre el razonamiento jurídico y el moral (cosa a la que Raz no parece oponerse), no parece que se deba llegar a la misma conclusión en relación a la justificación de las decisiones jurídicas. Al menos ésta sería la opinión de Raz, para quien el interrogante «¿cómo deben decidir los jueces según el derecho?» debe responderse con la tesis de las fuentes: sólo las normas jurídicas podrán ser consideradas, debido a la función ejecutiva que se les atribuye. Pero Raz quiere arrancar la tesis de las fuentes del formalismo jurídico, es decir, quiere demostrar que la tesis de las fuentes no determina el formalismo o la autonomía del razonamiento jurídico¹⁹. Por eso, dice que el razonamiento jurídico consiste en algo más que establecer el derecho: «el derecho mismo muy a menudo dirige a los tribunales la aplicación de consideraciones extrajurídicas»²⁰. Este argumento, sin embargo, no parece muy convincente, pues el que el derecho pida a los jueces la aplicación de consideraciones extrajurídicas no determina que el razonamiento jurídico sea una forma de razonamiento moral, ni siquiera que el razonamiento jurídico esté conectado a la moral²¹. El problema de la propuesta de Raz radica en que la conexión (relativa) que él quiere entre razonamiento jurídico y razonamiento moral está elaborada con la misma tesis de las fuentes (es el derecho el que exige la conexión). Ahí radica su error: la tesis de las fuentes, si es cierta, tiene una clara implicación para el razonamiento jurídico: la separación entre razonamiento jurídico y razonamiento moral, o, en otras palabras, la autonomía del razonamiento jurídico. Si, de otro lado, se acepta que el razonamiento jurídico es una instancia del razonamiento moral, entonces la tesis de las fuentes no puede ser sino falsa.

Dos objeciones a la tesis de las fuentes van en regla. La primera se refiere al carácter excluyente de las razones de segundo orden (de las normas jurídicas) y en concreto a su *imperiosa fuerza excluyente*. Como indica Schauer²², la forma en que las razones de segundo orden pueden apartar otras razones en conflicto pone de manifiesto un error en el razonamiento raziano: Raz no reconoce una distinción lógica entre la exclusión y la fuerza de exclusión. Esta distinción debe ser

¹⁸ Ibídem, pp. 82-83.

¹⁹ Cfr. RAZ, J., «On the Autonomy of Legal Reasoning», cit., p. 8.

²⁰ Ibídem, es decir, para el Raz de *On the Authonomy of Legal Reasoning* el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento moral sin que por ello haya que abandonar la tesis de las fuentes. Es más, para Raz la tesis de las fuentes justifica el razonamiento jurídico como razonamiento moral.

²¹ Cfr. ATRIA, F., *Legal Theory and legal Reasoning Revised*, forthcoming.

²² Cfr. SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 88 y ss.

verdadera, puesto que de lo contrario sería imposible superar el límite de velocidad permitido en casos de urgencia. En no pocas situaciones la norma jurídica será apartada en favor de una razón de primer orden en conflicto. Se dice entonces que la fuerza excluyente de la norma jurídica es menor y, correlativamente, la de la razón de primer orden es mayor. Es decir, la fuerza excluyente de las razones es una cuestión de grados, no de absolutos como sostiene Raz.

La segunda objeción se refiere a la tesis de la relativa conexión entre el razonamiento jurídico y el moral, que garantiza la autonomía del razonamiento jurídico. Contrariamente a lo que sostiene Raz, existe una conexión entre el razonamiento jurídico y el moral, que no viene de la mano de la tesis de las fuentes. Esta conexión (necesaria) es evidente en los denominados casos difíciles, que se caracterizan no tanto por la inexistencia de una norma aplicable a un caso, cuanto por lo inaceptable, ya sea de la norma que se aplica²³, ya sea del resultado de la aplicación. El primer caso, cuando lo inadmisibles es la norma jurídica que debería aplicarse, remite a la conexión justificatoria entre derecho y moral; el segundo caso, cuando lo inaceptable es el resultado de la aplicación de la norma (la decisión jurídica), remite a la denominada *conexión interpretativa*²⁴. Según ésta, el razonamiento jurídico consiste en atribuir significado a las normas jurídicas con el fin de aplicarlas. Éste es, dice Nino, un paso valorativo, lo que exige acudir a consideraciones de índole moral (sean o no reconocidas por el derecho).

4. LA TESIS DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA

Si la tesis de las fuentes propone una distinción funcional entre razones de primer orden y de segundo orden y la distinción de dos niveles de razonamiento práctico, uno deliberativo y otro ejecutivo, la *tesis de la autoridad legítima* quiere justificar la función excluyente reservada a las razones de segundo orden²⁵.

Para Raz, son dos las razones que legitiman la *introducción* de la autoridad en el razonamiento práctico y, por lo tanto, de las directivas autoritativas. La primera hace referencia a la mejor competencia técnica del experto, de alguien con autoridad que puede afrontar mejor la situación que se intenta resolver. Éste es el denominado *argumento*

²³ *Ibidem*, p. 93.

²⁴ El contenido del razonamiento jurídico esconde una conexión moral. A ésta Nino la denomina la conexión interpretativa (*ibidem*, pp. 85 y ss.).

²⁵ En lo que se refiere a la doctrina de la autoridad legítima, es posible apreciar una evolución en la obra de Raz. En la primera edición de *Razón práctica y normas*, Raz hace referencia a una autoridad justificada, en tanto que está basada en el conocimiento y la experiencia, así como en las exigencias de cooperación social (véase RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 67 y ss. y 71 y ss.). Más adelante, en su *Postscriptum* y en su libro *The Morality of Freedom*, la atención gira en torno a la justificación de la *función normativa* o excluyente de la autoridad en el razonamiento práctico.

pericial. La segunda razón se refiere a *la coordinación de las actuaciones* de los sujetos a quienes van destinadas las directivas autoritativas²⁶. Ambos argumentos reflejan la situación real en la que tiene lugar el razonamiento práctico. Son estos argumentos, además, los que legitiman la autoridad, en el sentido de que es racional su consideración en el razonamiento práctico.

El argumento de la pericia y el argumento de coordinación justifican la inclusión de la autoridad en el razonamiento práctico. Una vez ahí Raz explica su función normativa mediante el denominado *enfoque indirecto*²⁷.

4.1 El enfoque indirecto

El enfoque o la estrategia indirecta de justificación de la autoridad consiste en

el abandono del intento de tomar la propia apreciación acerca de lo que resulta de aquellas razones como guía directa de la acción, teniendo sin embargo dicho abandono como resultado el mejor seguimiento de las mismas²⁸.

Es decir, el enfoque indirecto permite que al *actuar guiado* por razones de segundo orden (excluyentes), se *actúe en correspondencia* a otras razones, las de primer orden, que deben ser excluidas del razonamiento. Para aclarar el alcance de este enfoque indirecto, que más bien parece un trabalenguas, conviene previamente clarificar la distinción entre razones en *sentido explicativo* y razones en *sentido justificativo* de la acción, o, lo que es lo mismo, entre actuar en correspondencia a razones y actuar guiado por razones.

Actuar en correspondencia a razones y actuar guiado por razones.—La señora Stöger, aprovechando el fin de semana, ha recogido y amontonado las hojas secas de su jardín. Realizada la tarea tiene que decidir cómo deshacerse de ellas: puede arrojarlas al contenedor de basura de la calle o prenderles fuego en el jardín. Decidir lo uno o lo otro es una cuestión de razonamiento práctico: de justificar (dar razones) la acción (la decisión). La señora Stöger puede decidir no quemar las ramas por la razón de que el humo molestaría a los vecinos de las casas circundantes. Es decir, la razón «respetar a los vecinos» (en el goce y disfrute de su propiedad privada) es una razón, al menos para la señora Stöger, para (no) actuar.

Supongamos que en Baviera, donde vive nuestra protagonista, existe una ley según la cual está prohibido hacer fuegos en los jardi-

²⁶ Un ejemplo de coordinación de la acción mediante la autoridad es conducir por el mismo lado de la carretera.

²⁷ Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas. Postscriptum*, cit. p. 242.

²⁸ BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 638.

nes privados durante toda la semana, salvo los martes y jueves no festivos. La señora Stöger, conociendo esta norma jurídica, decide no quemar las hojas de su jardín, porque la ley se lo prohíbe. La razón «la ley prohíbe hacer fuego en los jardines privados» es una razón para (no) actuar. Esta norma jurídica descansa en una razón de primer grado (exigencia ésta de la tesis de la conexión relativa entre el derecho y la moral), que Raz denomina razón *subyacente* y que en el caso de la señora Stöger bien podría ser «la protección del vecindario en el disfrute de su propiedad privada».

En el anterior ejemplo, acuden al razonamiento práctico de la señora Stöger dos razones diversas: el respeto al vecindario y la prohibición (jurídica) de hacer fuego. Una es una razón de primer orden (el respeto al vecindario), una razón, según Raz, *explicativa* de la conducta, es decir, una razón para que la conducta se corresponda a ella (*reason for conformity*); otra es una razón de segundo orden, es decir, una razón *justificativa* de la conducta: una razón que guía la conducta (*reason for compliance*)²⁹. Si ambas razones acuden al razonamiento práctico, ¿cuál de ellas es la razón para la acción?

La respuesta de Raz no podía ser otra que la razón de segundo orden. Ésta permite que i) la conducta esté guiada –justificada– por una razón, a la vez que ii) la conducta esté en correspondencia con otra razón, la razón subyacente, que justifica la misma norma jurídica y que sin embargo, sostiene Raz, debe ser excluida del razonamiento práctico. Si la señora Stöger decide no quemar las ramas del jardín porque hay una ley que lo prohíbe, su conducta se guía por la norma y se corresponde además a la razón de primer orden «no molestar al vecindario». Desde el punto de vista de un razonamiento guiado por las razones de primer orden:

Decir de la directiva de una autoridad legítima que es, en tanto que razón de primer orden, una razón dependiente y sustitutiva, es tanto como decir que la emisión de dicha directiva no modifica en absoluto el balance de razones de primer orden aplicables al caso, no «genera» ninguna razón nueva que se añade al conjunto de las ya existentes³⁰.

Por eso, el enfoque indirecto de la autoridad destaca, en definitiva, el carácter eminentemente instrumental de las directivas autoritativas: aseguran que al actuar guiado por una razón (de segundo orden o excluyente) se deje abierta la posibilidad de actuar en correspondencia con una razón de primer orden, de la razón excluida³¹.

²⁹ Cfr. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 221.

³⁰ BAYÓN MOHINO, J. C., «Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz», en *DOXA*, n. 10, 1991, p. 45.

³¹ Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas. Postscriptum*, cit., p. 236. La razón para actuar en correspondencia (la de primer orden) es, sin duda, la que además ha justificado la norma jurídica.

Esta instrumentalidad se aprecia más aún si la razón que explica el comportamiento (la de primer orden) y la que justifica el comportamiento (la de segundo orden) están en conflicto. Ése sería el caso si la señora Stöger, por motivos de salud, no pudiera llevar las ramas secas hasta el contenedor de basura. La razón «cuidar la salud» entra en conflicto con la razón «la ley prohíbe el fuego en jardines privados»³². Si la señora Stöger decide, erróneamente según Raz, actuar en correspondencia con la razón de primer orden, frustra absolutamente i) la razón que debería guiar su comportamiento —la norma jurídica—, y ii) la razón que está en correspondencia con la norma jurídica —el respeto al vecindario.

El enfoque indirecto de la autoridad, finalmente, parece necesario para poder mostrar las *ventajas* de la autoridad legítima como razones para la acción, y explicar *cuál* es el papel de la autoridad (de las normas jurídicas) en el razonamiento práctico.

En lo que se refiere a las ventajas, la autoridad asegura que la acción esté guiada por una razón, la excluyente, a la vez que deja la puerta abierta a la posibilidad de actuar en correspondencia con la razón excluida³³. La ventaja de este enfoque indirecto, en opinión de Raz, es la de eliminar el dilema según el cual las reglas «o son redundantes o son injustificadas»³⁴. Actuar *guiado por la autoridad* significa lograr *la máxima correspondencia con la razón subyacente*

³² Igual que en el ejemplo anterior, la razón de primer orden explica el comportamiento del agente racional, mientras que la de segundo orden lo justifica.

³³ El razonamiento práctico no está libre de errores: se puede actuar guiado por una razón de correspondencia, incluso por una razón que es falsa, etc. Algunos de estos errores, sostiene Raz, son afortunadas coincidencias. Es el caso de un agente que actúa guiado por una razón de primer orden y haciendo así también actúa según una razón de segundo orden. Es el caso de la señora Stöger si decide no quemar las hojas y lo hace porque no quiere molestar a los vecinos. Aunque su comportamiento se ha guiado por una razón excluida, ella ha actuado en correspondencia a la razón excluida y a la razón excluyente. En general, los errores en el razonamiento práctico son el resultado de lo que Raz denomina la diferencia entre razones *ex ante* y *ex post* (cfr. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 230). Los errores en el razonamiento son el resultado de una consideración *ex post*. Algunos de ellos son los siguientes: a) se actuó guiado por una razón excluyente errónea porque era una razón excluida; b) se actuó guiado por una razón excluida errónea porque era una razón excluyente; c) se actuó guiado por una razón excluida que permitió actuar en correspondencia a la razón excluyente. Precisamente, si hay alguna posibilidad para explicar el uso de los precedentes judiciales en la teoría de Raz, es mediante la evaluación de los errores del razonamiento jurídico. Pero ello refuerza la idea de que el fundamento del uso de las decisiones judiciales precedentes en el razonamiento jurídico no es otro que el ejemplo que aportan, y no su carácter excluyente.

³⁴ Cfr. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 242. Sin el enfoque indirecto de la autoridad, sostiene Raz, las normas jurídicas son redundantes porque están justificadas en razones subyacentes, de manera que lo que hacen es repetir el contenido de las últimas. La redundancia de las reglas obliga, a niveles filosóficos distintos, plantearse el problema relativo a la necesidad del derecho. Pero si las normas no fueran redundantes, significaría que serían injustificadas, puesto que no se basarían en ninguna otra razón, cuyo contenido repiten.

que justifica la propia autoridad. En definitiva, la autoridad es una razón para actuar excluyendo otras razones, porque es una razón *no redundante* además de *justificada*.

Por lo que se refiere a la función de la autoridad en el razonamiento práctico, Raz señala que utilizar las razones excluyentes como razones que guían nuestro comportamiento significa razonar correctamente, ya que se mantiene la distinción funcional de las razones excluyentes respecto de las de primer orden (con las que no compiten en peso o fuerza)³⁵. Para sostener tal afirmación, Raz elabora un concepto de autoridad que no es moral sino conceptual: «la autoridad —dice Raz— traslada la decisión de una persona a otra»³⁶. Significa que una directiva autoritativa afecta a las razones que el agente tenga para actuar de manera que su propio juicio o razones no serán consideradas en el razonamiento práctico, al menos no como razones que guían su comportamiento³⁷.

Cuando Raz habla de autoridad *legítima* se está refiriendo, más bien, a una *autoridad aceptada* por los destinatarios. Pero, y hay que ser cuidadosos en no malinterpretar el objeto de la aceptación, el destinatario de la directiva acepta la función excluyente (normativa) de la autoridad; acepta que ésta *sea un punto y final en la demanda de razones*³⁸ y que excluya así el propio juicio del sujeto. Por lo tanto, la aceptación no es respecto al contenido de la directiva³⁹, sino respecto a su función excluyente en el razonamiento práctico⁴⁰.

³⁵ *Ibidem*, pp. 225 y 237.

³⁶ *Ibidem*, p. 241.

³⁷ Que la autoridad traslade la decisión (la razón para actuar) de una persona a otra parece evidente si se toma, siguiendo a Raz, el ejemplo de un árbitro o de un juez (*ibidem*, pp. 121-122). La decisión de un juez se sigue no porque sus destinatarios, según su propio balance de razones, hayan considerado que esa decisión sea sensata, sino porque la decisión de un juez sustituye las razones que sus destinatarios tengan, ya que es el juez (o el árbitro) el que decide. Conviene precisar que el concepto de autoridad no equivale, en la obra de Raz, a poder. *Poder* hace referencia al uso de la fuerza para conseguir la obediencia a las órdenes emitidas (cfr. FRIEDMAN, R. B., «On the Concept of Authority in Political Philosophy», en *Authority*, editado por J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990, p. 62). Imponer una orden por la fuerza para que sea obedecida, o seguir las órdenes en términos de obediencia, queda lejos de cualquier relación con el razonamiento práctico: el poder, quien ejerce el poder, no pretende alterar el razonamiento de sus destinatarios, al mismo tiempo que quien sigue el poder no lo acepta sino que *obedece* las órdenes.

³⁸ *Ibidem*, p. 67.

³⁹ Véase RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 35. La autoridad es un tipo de razón *content-independent*, es decir, un tipo de razón en la que no hay una conexión directa entre la razón para la acción y la razón subyacente a la misma. Dicho de otra forma, una razón independiente de su contenido es una razón de primer orden que ha recibido un estatus de razón de segundo orden porque está contenida en una directiva autoritativa. La razón de segundo orden excluye no sólo otras razones de primer orden que puedan estar en conflicto, sino también la propia razón de primer orden que la originó.

⁴⁰ Una puntualización más a propósito de la aceptación de la autoridad. J. Raz, siguiendo la obra de R. B. Friedman, indica dos formas de aceptación de la preten-

Pretender autoridad legítima significa, por lo tanto, aceptar las directivas autoritativas y postergar el propio juicio. Estas dos cualidades se expresan en los conceptos de autoridad de facto y autoridad *de jure*. La primera se refiere a la simple aceptación de la autoridad por los destinatarios, lo que no basta, porque, como indica Raz, se establecerían sociedades en las que los habitantes aceptarían las directivas autoritativas sin sentirse obligados a seguir las reglas⁴¹. La autoridad *de jure*, sin embargo, significa que la aceptación de las directivas autoritativas implica también la postergación del propio juicio. Se logra así un concepto de autoridad que desplaza otras razones (de primer orden) y que se convierte en la razón para la acción.

El concepto de autoridad legítima de Raz, y en concreto su enfoque indirecto, constituye, en palabras de Bayón «el intento más refinado... de sortear la paradoja de la autoridad»⁴². Sortear la paradoja de la autoridad significa explicar por qué es racional suspender o postergar el propio juicio.

5. FUENTES, AUTORIDAD LEGÍTIMA Y EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

Las implicaciones que la tesis de las fuentes y la tesis de la autoridad legítima tienen en el razonamiento práctico quedan resumidas en tres tesis: la tesis de la dependencia (*dependence thesis*); la tesis de la

sión de la autoridad legítima (cfr. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 40). Una es la denominada *tesis maximalista* de la aceptación, según la cual el destinatario de una regla, al aceptar la autoridad legítima, acepta ésta como razón para actuar sin que quede condicionada a su propio juicio o balance de razones. Nada obliga al destinatario a que excluya su propio juicio, sino que él elige (por lo tanto, es una cuestión de elección) trasladar la razón para actuar y por lo tanto la decisión a otra persona, a la autoridad. De esta forma, dos equipos de fútbol que juegan un partido aceptarán la autoridad del árbitro y seguirán sus instrucciones sin que tal vinculación esté condicionada a que los equipos juzguen si es correcta o no la actuación del árbitro. Nada impide que quien acepte la pretensión de autoridad realice sus propios juicios o balance de razones, pero éstos no son considerados como guías para la acción o como razón para la acción. Una segunda tesis de la aceptación es la denominada *tesis minimalista*, según la cual la pretensión de seguir la autoridad legítima se acepta sólo sobre la base de un balance de razones por el que seguir la autoridad sea racional. Es decir, sólo cuando un juicio *all things considered* indique que es racional seguir la autoridad, entonces la pretensión de la autoridad será aceptada. Esta tesis no es admitida por Raz, porque sencillamente omite la función normativa de la autoridad en el razonamiento práctico. Tal omisión provocaría situaciones absurdas: un partido de fútbol se interrumpiría después de cada instrucción del árbitro con el fin de que los equipos que disputan el partido decidieran *all things considered* si la tarjeta amarilla o el fuera de juego era correcto o no, para así aceptar o no la autoridad.

⁴¹ Véase RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 27. La autoridad de facto describe un concepto asimétrico de autoridad, porque basta la aceptación de la autoridad por parte de los destinatarios para que se pueda hablar de autoridad legítima.

⁴² BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 637.

justificación normal (*normal justification thesis*), y la tesis del reemplazo (*preemptive thesis*). Todas ellas se complementan entre sí.

La tesis de la dependencia:

Todas las directivas de la autoridad deben estar basadas en razones que ya se aplican independientemente a los sujetos de las directivas y que son relevantes para sus acciones en las circunstancias cubiertas por la directiva⁴³.

Es ésta una tesis normativa sobre cómo se debe ejercer la autoridad⁴⁴. Las directivas autoritativas, las normas jurídicas, deben estar basadas en razones *subyacentes*, las mismas que luego serán excluidas del razonamiento jurídico. A pesar de este abandono, actuar guiado por una razón de segundo orden garantiza que se esté actuando además en correspondencia con una razón (la razón subyacente)⁴⁵.

La tesis de la dependencia, sin embargo, no es una justificación suficiente a la función de la autoridad en el razonamiento, porque plantea la paradoja de la necesidad del derecho. Es decir, si la autoridad se basa en razones que ya existen y se aplican, ¿por qué acudir a directivas autoritativas? ¿Por qué no guiar el comportamiento por las razones que orientan el ejercicio de la autoridad?

La tesis de la justificación normal.—Los anteriores interrogantes intentan ser resueltos por la tesis de la justificación normal. Ésta trata de resolver la paradoja de la irrelevancia práctica de la autoridad⁴⁶. Se formula así:

El modo normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra supone demostrar que el presuntamente sujeto a ella cumplirá probablemente mejor con las razones que se le aplican... si acepta las directivas de la presunta autoridad como vinculantes y trata de seguirlas, que si intenta seguir directamente las razones que le son aplicables⁴⁷.

Significa que el argumento que legitima la pretensión de autoridad es la aceptación por parte de los destinatarios de tal pretensión, la aceptación de la fuerza excluyente de las directivas autoritativas.

⁴³ RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 47.

⁴⁴ Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 639. En palabras de Raz, la tesis de la dependencia es una tesis moral sobre cómo las autoridades deberían usar sus poderes (cfr. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 53).

⁴⁵ El ejemplo de la señora Stöger servía para aclarar esta ventaja de la autoridad legítima.

⁴⁶ Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 640.

⁴⁷ RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 53.

La tesis de la justificación normal y la de la dependencia se refuerzan mutuamente. El ejercicio de la autoridad está guiado por las razones que ya se aplican a los sujetos destinatarios de las directivas autoritativas (tesis de la dependencia). Mediante una autoridad así legitimada, los destinatarios de las directivas pueden incrementar la correspondencia de sus acciones a las razones subyacentes si se guían por la autoridad (tesis de la justificación normal) y rechazan guiarse por las razones subyacentes. De manera que al aceptar la autoridad legítima se acepta la pretensión de que las directivas autoritativas sean las guías de la acción que permitan actuar en correspondencia a ellas y, además, en correspondencia a las razones que independientemente ya son aplicadas.

Este problema ya ha sido tratado cuando se explicaba por qué las directivas autoritativas son razones guías, mientras que las razones que justifican a la autoridad son razones para actuar en correspondencia a ellas. La clave consistía en lo que Raz denominaba «maximizar la correspondencia con las razones subyacentes y guiar la actuación por las razones guía o razones de segundo orden excluyente»⁴⁸.

La tesis del reemplazo.—La tesis del reemplazo complementa las anteriores. Resume la idea de que las directivas autoritativas deben considerarse *razones protegidas*⁴⁹. La autoridad, según esta última tesis de Raz, no es sólo una razón para la acción, sino que excluye cualquier otra razón subyacente de la que depende la propia autoridad⁵⁰. Dicho de otro modo, la autoridad como razón guía no se añade a las razones subyacentes, sino que las sustituye.

Con la tesis del reemplazo se ha llegado así al núcleo de la teoría de Raz: la justificación de la función normativa de la autoridad. La autoridad legítima es una razón que guía la acción y que excluye otro tipo de razones (subyacentes o de primer orden). Su función normativa en el razonamiento práctico impide que otras razones distintas a las de segundo orden sean consideradas. En la gran *familia* de razones descritas por Raz, la autoridad puede calificarse como una razón de segundo grado protegida: es una razón para la acción, al mismo tiempo que una razón excluyente.

La principal crítica que se puede dirigir a las tres tesis de la autoridad legítima en el razonamiento práctico es la confusión entre el análisis conceptual de la autoridad y el carácter normativo o excluyente de la misma en el razonamiento práctico. Como se tendrá la oportunidad de ampliar más adelante, Raz no parece distinguir entre las razones que justifican la autoridad y las razones que justifican la función normativa de la autoridad.

⁴⁸ Véase lo dicho en el apartado 4.1.

⁴⁹ Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 642.

⁵⁰ Cfr. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 59.

6. EL PRECEDENTE COMO RAZÓN DE SEGUNDO ORDEN EXCLUYENTE Y LA FUNCIÓN EXCLUYENTE DE LA AUTORIDAD

El derecho, que pretende autoridad legítima, es un sistema de razones de segundo orden de carácter excluyente que guía la conducta y regula determinados aspectos de la vida pública. O, aún más sintetizado, el concepto de derecho responde a dos tesis, que son las dos caras de una misma moneda: *la tesis de las fuentes* y *la tesis de la autoridad legítima*. El análisis de los precedentes judiciales y su función en el razonamiento jurídico ayudará a determinar si este concepto de derecho tiene adecuadas implicaciones para el razonamiento jurídico.

6.1 La doctrina del precedente y la discrecionalidad de los jueces

Raz no afronta de una manera sistemática el razonamiento de los jueces en la solución de conflictos jurídicos, aunque sí establece los pilares básicos que deben guiar la actividad judicial:

Los tribunales –dice Raz– tienen el deber de aplicar las disposiciones jurídicas del sistema cuando éstas sean aplicables y obrar discrecionalmente para resolver conflictos que no se encuentren regulados⁵¹.

Lo que significa que los jueces tienen que seguir dos reglas en su razonamiento: de un lado, las reglas de reconocimiento, que señalan al juez qué disposiciones jurídicas tiene que aplicar, y, de otro lado, las reglas de discrecionalidad, que guían al juez en la solución de conflictos a los que el sistema jurídico no da una solución clara.

Un tipo particular de regla de reconocimiento es la *doctrina del precedente*. En los sistemas de derecho común las decisiones judiciales precedentes son vinculantes gracias al reconocimiento que reciben por medio de la práctica de los tribunales. Son los propios jueces los que al aplicar reiteradamente un precedente le reconocen un valor vinculante. La doctrina del precedente viene a sintetizar los hechos sociales (*social facts*) gracias a los que una decisión judicial pasa a ser considerada como un precedente vinculante, es decir, como una disposición jurídica⁵². Por ello hay que concluir que los precedentes, al igual que el derecho legislado, son disposiciones jurídicas que tienen carácter de reglas de segundo grado excluyentes en el razonamiento práctico.

⁵¹ RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., p. 127.

⁵² Tanto Raz como Hart entienden la doctrina del precedente como una regla de reconocimiento consuetudinaria, puesto que es la práctica de los jueces el vehículo para reconocer a estas disposiciones normativas especiales (véase RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, pp. 227 y ss.).

Sin embargo Raz indica que si bien los precedentes y las leyes tienen en común su carácter excluyente (y su función normativa en el razonamiento jurídico) es necesario distinguir su grado de obligatoriedad: los precedentes y las leyes no obligan a los tribunales de la misma forma, o en palabras de Raz «las normas del derecho común son menos obligatorias que las normas legisladas»⁵³ porque los precedentes al contrario que el derecho legislado pueden ser distinguidos (*distinguished*) o anulados (*overruled*) por los propios jueces.

Una afirmación como ésta hace pensar inmediatamente en una contradicción de la obra de Raz puesto que no se puede declarar el carácter excluyente de los precedentes a la vez que su carácter «menos obligatorio» que el de las normas legisladas. Aquí parece necesario recurrir a la distinción lógica que apunta Schauer entre fuerza excluyente y grado de la fuerza excluyente. Dicho de otra forma, la tesis de las fuentes justifica una regla de reconocimiento consuetudinaria: la doctrina del precedente. Según ésta, los precedentes son obligatorios puesto que se ha reconocido su carácter excluyente mediante la práctica de los tribunales. Entonces ¿por qué no son *tan* vinculantes u obligatorios para los jueces como lo es la ley?

Una posible respuesta la ofrece la tesis de la discrecionalidad de los jueces: en aquellos casos de conflictos no regulados⁵⁴, los jueces deben decidir discrecionalmente. Obviamente la discrecionalidad de los jueces no equivale a arbitrariedad, sino más bien consiste en aportar la regla más apropiada al caso para resolverlo. Pero a la respuesta de la discrecionalidad se le pueden dirigir al menos dos objeciones. En primer lugar la diferencia entre conflictos regulados y no regulados es más teórica que real. En no pocos casos el derecho no aporta una solución clara ni unívoca a un conflicto ya sea porque dos o más reglas pueden aplicarse y no se sabe cuál de ellas es la apropiada; ya porque una única norma sea aplicable pero no se sabe cómo; ya porque no exista ninguna regla aplicable al caso; también puede ocurrir que la norma que resulta aplicable no sea aceptable o no lo sea el resultado de su aplicación. En todos los supuestos anteriores los jueces están dotados de discrecionalidad para resolverlos⁵⁵. Si los jueces tienen discrecionalidad tanto en disputas reguladas como en disputas no reguladas a fin de aportar la solución adecuada al caso, eso signifi-

⁵³ *Ibidem*, p. 237.

⁵⁴ Las disputas reguladas son aquellas en las que «el derecho proporciona una solución al caso» (*ibidem*, p. 230) de manera que el juez aplica el derecho existente, salvo que lo modifique (que lo distinga). Distintas a este tipo de disputas son las denominadas disputas no reguladas en cuyo caso el derecho no proporciona una solución al caso. El juez deberá integrar la laguna tomando en consideración las normas vigentes y creando nuevo derecho.

⁵⁵ Esta discreción vale tanto para los denominados casos fáciles como para los difíciles. Véase RAZ, J., «Facing Up», en *Southern California Law Review*, 1989, p. 1204.

ca que el razonamiento jurídico no discurre por niveles ejecutivos, o al menos no exclusivamente.

Esta última consideración conduce a la segunda objeción. Parece que Raz ha querido reconciliar la tesis de las fuentes y la tesis de la discrecionalidad reconociendo que la fuerza excluyente de los precedentes es graduable. Nada impide trasladar esta misma reconciliación al campo del derecho legislado. Es decir, si la función del juez es resolver disputas (reguladas o no) acudiendo a su discrecionalidad a fin de aportar la solución más adecuada, también tiene que ser cierto cuando aplica el derecho legislado. Ello significa que la reconciliación entre la tesis de las fuentes y la tesis de la discrecionalidad (se hable de precedentes o de derecho legislado) sólo es posible si se acepta que la fuerza excluyente de la autoridad es una cuestión de grados, lo que significa refutar la tesis de las fuentes tal y como la ha planteado Raz.

6.2 ¿Es el razonamiento judicial un razonamiento ejecutivo?

Raz sostiene que el juez soluciona los conflictos siguiendo un modelo de razonamiento dominado por la función excluyente del derecho. Y tiene razón si todas las disputas que conociera fueran las denominadas por Raz disputas jurídicas reguladas⁵⁶. Pero la distinción entre disputas reguladas y no reguladas es más teórica que real. La aplicación de las disposiciones jurídicas no es automática ni tampoco excluye otro tipo de razones, proporcione o no el derecho una solución al conflicto. La necesaria adaptación del derecho a las circunstancias en las que se desarrolla el conflicto o la inexistencia de solución unívoca para la disputa jurídica, son elementos que obligan al juez a desarrollar un mismo razonamiento práctico tanto para el caso de conflictos regulados como no regulados. Éste es un razonamiento que discurre por un nivel deliberativo. Además, el derecho legislado y los precedentes serían razones de segundo grado excluyentes si y sólo si el razonamiento jurídico estuviera regulado por la *tesis de las fuentes* y fundado sobre la idea de *autoridad legítima*. Pero, como el propio Raz indica, el razonamiento de los jueces está regulado además por la tesis de la discrecionalidad que relativizan necesariamente el carácter excluyente de los precedentes y del derecho legislado.

Pero más seria es la crítica a propósito del fundamento mismo del razonamiento práctico. Raz utiliza los argumentos de la pericia y de la coordinación de la acción a fin de fundamentar el introducción de la autoridad (del derecho) en el razonamiento práctico. Con ello Raz no hace sino aceptar que existe una conexión justificatoria entre el derecho y la moral. Ahora bien, una cosa es *aceptar* que otros más exper-

⁵⁶ Cfr. RAZ, J., *La autoridad del derecho*, cit., pp. 229 y ss.

tos decidan o que otros decidan a fin de coordinar la acción, y otra cosa distinta es *aceptar* cualquier directiva dictada por la autoridad (aunque ésta haya sido aceptada). Es decir, existe una diferencia, apunta Bayón, entre consentir la autoridad –por el argumento de pericia y coordinación– y aceptar su función excluyente⁵⁷.

La razón de la confusión entre el aspecto conceptual y el normativo es simple: si quien tiene autoridad (legítima) no pretende que sus directivas excluyan los juicios o razones propios de los destinatarios es porque sencillamente no pretende autoridad. Así una norma jurídica que no pretende excluir los juicios propios de sus destinatarios, no pretende autoridad y por lo tanto no es una directriz con autoridad⁵⁸. Pero pretender autoridad, o mostrar las ventajas de postergar el propio juicio no equivale a justificar que la autoridad tiene una función ejecutiva o excluyente en el razonamiento jurídico. Al contrario de lo que sostiene Raz, se considera que las razones que justifican el origen de la autoridad no son las mismas que las razones que justifican su seguimiento. O dicho de otro modo, justificar la autoridad no equivale a justificar su función excluyente.

Las condiciones reales del razonamiento práctico, tiempo y conocimiento limitado, son las razones que justifican la introducción de la autoridad en el razonamiento⁵⁹. Contar con tiempo limitado para decidir, y con conocimientos limitados para deliberar, justifica la autoridad de una madre sobre su hija y de la doctora sobre su paciente. Pero ello no significa que al aceptar la autoridad una hija deba automáticamente obedecer a la madre o el paciente a la doctora excluyendo sus propios juicios o razones. Es decir, el seguimiento de la autoridad necesita una justificación que no se encuentra en el concepto mismo de autoridad. Con ello no se está formulando un concepto distinto de autoridad sino defendiendo la necesidad de justificar por qué se sigue la autoridad de una manera racional.

En definitiva, la función de la autoridad en el razonamiento práctico, lejos de excluir un juicio o razón propia del agente debe provocar en éste una deliberación sobre las razones que justifican su seguimiento. La autoridad aparece como una razón más en tal balance, no como una razón excluyente: puede ser la razón de mayor peso, pero en todo caso, su fuerza se evaluará en relación con el resto de razones que concurren. El lugar de la autoridad es el razonamiento deliberativo.

⁵⁷ Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 687.

⁵⁸ La autoridad legítima, sostiene Raz, sólo tiene como espacio racional el razonamiento ejecutivo, de manera que si es posible un razonamiento de tipo deliberativo para el agente racional (como el que provocaría el preguntarse si seguir o no la autoridad) es porque la autoridad no aparece como tal en el razonamiento.

⁵⁹ En concreto, Raz se refiere al argumento pericial y a la coordinación de las actuaciones.

Tampoco el argumento de coordinación es suficientemente fuerte como para fundamentar la función excluyente de las directivas autoritativas. Como apunta Bayón Mohino,

lo característico de un problema de coordinación es precisamente que los individuos *no aciertan a formar un juicio* acerca de qué acción realizar: sí tienen un juicio formado acerca de qué resultados se ha de procurar conseguir, pero justamente no saben qué acción realizar para conseguirlos⁶⁰.

Por eso, sólo puede ser racional la autoridad que está justificada. Pero su justificación no alcanza a la función excluyente de la misma. Es decir, el razonamiento práctico, y el razonamiento jurídico en particular no discurre por niveles ejecutivos sino deliberativos.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, F., «Legal Theory and legal Reasoning Revised», *ARSP*, forthcoming.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón práctica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz», en *DOXA*, 10 (1991), pp. 25-66.
- FRIEDMAN, R. B., «On the Concept of Authority in Political Philosophy», en *Authority*, editado por J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990.
- MACCORMICK, N., «Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning», en *Journal of Law and Society*, 10 (1983), pp. 1-18.
- NINO, C., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción española de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.
- *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
 - «Facing up», en *Southern California Law Review*, 62 (1989), pp. 1153-1235.
 - *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - «On the Autonomy of Legal Reasoning», en *Ratio Juris*, 6 (1993), pp. 1-15.
- SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

⁶⁰ BAYÓN MOHÍNO, J. C., «Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz», cit., p. 62. El énfasis del original.

