

RAZ, Joseph. "Autoridad, derecho y moral". En su: La Ética en el Ámbito de lo Público (traducción de María Luz Melón). Barcelona: Gedisa. 2001. pp. 227-257.

Autoridad, derecho y moral*

H. L. A. Hart es heredero y adalid de una gran tradición dentro de la filosofía del derecho, con una perspectiva realista y carente de romanticismo. Considera la existencia y el contenido del derecho como una cuestión de hecho social, cuya conexión con la moral o con cualquier otro valor es contingente y precaria. Su análisis del concepto del derecho forma parte de su campaña para desmitificar el derecho, para inculcarle actitudes críticas racionales. Desde su discurso inaugural en Oxford,²⁵³ mostró su interés en despejar esa niebla filosófica que veía tanto en la cultura jurídica como en la teoría del derecho. En años recientes ha demostrado una y otra vez en qué medida el rechazo de los mitos moralizadores que se han acumulado en torno al derecho resulta central para toda su concepción. Sus ensayos sobre «Bentham and the Demystification of the Law» [Bentham y la desmitificación del derecho] y sobre «The Nightmare and the Noble Dream»²⁵⁴ [La pesadilla y el sueño noble] lo muestran consciente del hecho de compartir el sentido que Bentham asigna a la veneración excesiva de que es objeto el derecho en los países donde rige el sistema del derecho consuetudinario o *common law*, y sus deletéreas consecuencias morales. Resulta evidente su aprensión de que en los últimos años la teoría del derecho se haya deslizado nuevamente en esa dirección, y su idea de que una parte muy importante de su papel consisten en establecer las bases conceptuales de una evaluación desapasionada y potencialmente crítica del derecho.

Esta actitud nos remite a la cuestión inmemorial de la relación entre la moral y el derecho. En particular, se vincula con la cuestión de la posibilidad de que una norma sea una norma jurídica debido a que es moralmente obligatoria, y de que una norma pueda considerarse no obligatoria jurídicamente sobre la

* Se publicó por primera vez en *The Monist*, 68/3, 1985.

base de que es moralmente inaceptable. Como es frecuente en la filosofía, una gran parte de la réplica a esta cuestión consiste en rechazarla como simplista y errónea, y sustituirla por planteos más complejos acerca de la relación entre el valor moral y la validez jurídica. Conservemos, sin embargo, la cuestión simplista en mente: nos ayuda a acometer nuestra indagación.

En los últimos años se han postulado tres tesis acerca de la relación entre el derecho y la moral, con implicaciones claras. Pueden enunciarse brevemente, aunque con cierta vaguedad, de la siguiente manera:

La tesis de las fuentes: La totalidad del derecho surge de fuentes.

La tesis de la incorporación: La totalidad del derecho surge de una fuente o una autorización de unas fuentes jurídicas.

La tesis de la coherencia: El derecho consiste en el derecho que surge de las fuentes jurídicas, junto con la justificación moralmente más razonable del derecho basado en fuentes jurídicas.²⁵⁵

El derecho surge de las fuentes jurídicas si su existencia y contenidos pueden identificarse por referencia únicamente a hechos sociales, sin recurso a argumento evaluativo alguno. Las tres tesis otorgan al derecho basado en fuentes jurídicas un papel especial en la identificación del derecho. Pero aunque la parsimoniosa tesis de las fuentes sostiene que no existe más derecho que aquél que se basa en las fuentes jurídicas, las otras dos admiten que el derecho puede verse enriquecido de diversas maneras por normas no basadas en las fuentes del derecho. De hecho, la tesis de la coherencia insiste en que cada sistema jurídico necesariamente incluye tales leyes.

El propósito principal del presente ensayo es defender la tesis de las fuentes del derecho frente a algunos conceptos erróneos comunes,²⁵⁶ y brindar una razón para preferirla a las otras dos. El argumento versa sobre la naturaleza de la autoridad, convertida en el tema de la primera sección. En la segunda sección se demuestra que algunas de las implicaciones de este análisis resultan relevantes para nuestra comprensión del derecho. A continuación se examina su relación con las tres tesis. La relación entre el derecho y la autoridad nos resultará útil para formular una crítica al respaldo de Dworkin de la tesis de la coherencia, como así también de la tesis de la incorporación por la que aboga Hart, entre otros. El ensayo concluye con algunas observaciones acerca de los vínculos entre la teoría del derecho, el derecho y la moral. En su conjunto, el argumento no pretende ser concluyente, sino exploratorio.

I. Autoridad y justificación

La autoridad en general puede dividirse en legítima y *de facto*. Esta última alega ser legítima, o se la considera así, y resulta efectiva en la imposición de su voluntad sobre una cantidad de personas, sobre la cual alega tener autoridad, quizás debido a que su pretensión de legitimidad es reconocida por buena

parte de sus gobernados. No obstante, no necesariamente posee legitimidad. La autoridad legítima puede ser práctica o teórica (o ambas). Las instrucciones que dicta una persona o institución con autoridad práctica constituyen razones para la acción de sus súbditos, mientras que el consejo de una autoridad teórica constituye una razón para que aquéllos que consideran que tal persona o institución posee autoridad sostengan una creencia. Aunque las ideas que aquí se expresan se aplican también a las autoridades teóricas, utilizaré el término «autoridad» para referirme a la autoridad práctica legítima, a menos que especifique lo contrario. Dado que nuestro interés se centra en el derecho, debemos ocuparnos principalmente de las autoridades políticas. Pero no intentaré caracterizar los rasgos particulares de aquéllas por oposición a las autoridades prácticas en general, ni sus rasgos jurídicos por oposición a las autoridades prácticas en general o a las autoridades jurídicas en particular.

La distinción entre las razones que mueven a la acción y las razones que fundamentan la creencia pueden resultar suficientes para distinguir entre las autoridades prácticas y las teóricas, pero son inadecuadas para distinguir entre las autoridades y las demás personas. Cualquier afirmación sincera puede ser un motivo para creer en ella, y la solicitud de cualquier persona puede ser un motivo para la acción. Lo que distingue a las órdenes dotadas de autoridad es su condición de perentoriedad. Nos vemos tentados a decir que están marcadas por su autoridad. Este carácter perentorio ha llevado a las personas a afirmar que, al aceptar la autoridad de otra, sometemos nuestro juicio a ésa persona, y que la aceptación de la autoridad equivale a la negación de nuestra autonomía moral, e ideas similares. Se ha creído ver, en estos supuestos rasgos de la autoridad, buena parte de lo que a menudo justifica que nos sometamos a ella. Muchos otros han llegado a la conclusión, a partir de estas reflexiones, de que prueban que la aceptación de la autoridad es incorrecta, e incluso que no es consistente con nuestra condición de agentes morales. En otro escrito²⁵⁷ he desarrollado una concepción de la autoridad que explica su fuerza coercitiva, y que explica también las condiciones en las cuales puede ser correcto aceptarla. Permítanme repetir brevemente las premisas básicas de esta concepción de la autoridad, si bien no es posible explorar en estas páginas sus detalles y los argumentos que la apoyan.

Considérese el caso de dos personas que presentan su controversia a un árbitro. Éste tiene autoridad para resolver la disputa, ya que ambos han consentido en respetar su decisión. Se destacan dos características. En primer lugar, el laudo arbitral constituye una razón para la acción de los litigantes. Deben hacer lo que él diga, sólo porque él lo dice. Pero esta razón se relaciona con las demás razones que se aplican al caso. No es simplemente otra razón que se agrega a las demás, una razón que debe considerarse junto con las demás al momento de plantearnos qué camino es más razonable. Se supone que el laudo del árbitro debe basarse en otras razones, reunir las y reflexionar sobre sus resultados. Tiene una razón para actuar de forma tal que su decisión

refleje las razones que se aplican a los litigantes. Denominaré razones dependientes a las razones del tipo que se aplican al árbitro. También me referiré a su decisión como una razón dependiente para los litigantes. Nótese que en este segundo sentido, una razón dependiente no es aquélla que efectivamente refleja el balance de razones en las cuales está basada, sino aquélla que se supone debe hacerlo.

Esto conduce directamente al segundo rasgo distintivo en el ejemplo. La decisión del árbitro también debe reemplazar las razones de las cuales depende. Al comprometerse a obedecer su decisión, las partes aceptan seguir su juicio acerca del balance de razones, en lugar del propio. De ahí en más es el laudo el que decidirá qué es lo que harán. Los abogados afirman que la razón original se fusiona en el laudo del árbitro o la sentencia del tribunal, los cuales, al quedar firmes, se convierten en *res judicata* (cosa juzgada). Esto significa que ya no es posible basarse en la causa original para ningún fin. Denominaré razón excluyente a aquélla que desplaza a las demás.

No se trata de que la palabra del árbitro constituya una razón absoluta que deba ser obedecida pase lo que pase. Es posible apelarla, y puede desobedecerse justificadamente, en determinadas circunstancias. Por ejemplo, si el árbitro hubiese recibido un soborno, o estuviera alcoholizado al juzgar el caso, o si surgiera nueva evidencia de importancia fundamental de forma inesperada, las partes podrían rehuir la decisión. El punto es que las razones en las que podrían haberse basado para justificar su acción antes de este laudo ya no pueden alegarse luego de emitido. Nótese que no existe razón para que los individuos restrinjan sus pensamientos o reflexiones acerca de las razones que se aplican al caso, ni se vean necesariamente impedidos de criticar al árbitro por ignorar ciertas razones o por haberse equivocado al interpretarlas. Es solamente la acción basada en algunas de estas razones la que les está vedada.

Ambos rasgos, la dependencia y la exclusividad, se encuentran íntimamente vinculados. Dado que el árbitro debe decidir a partir de la base de determinadas razones, los litigantes no deben basarse en ellas posteriormente. Le entregaron la tarea de evaluar tales razones. Si no rechazan entonces tales razones como posibles bases para la propia acción, contradirían el objeto mismo del arbitraje. La única manera correcta de reconocer la autoridad del árbitro es tomarla como una razón para la acción que reemplaza las razones sobre las cuales éste debió basarse para su decisión.

La cuestión crucial consiste en determinar si el árbitro constituye una autoridad típica, o si los dos rasgos que se han identificado son específicos de esta, y quizás unas pocas más, pero no son característicos de las autoridades en general. Puede pensarse, por ejemplo, que el árbitro es un caso típico de las autoridades jurisdiccionales, y que lo que podrían denominarse autoridades legislativas se diferencian de éstas precisamente con respecto a estas características. Las autoridades jurisdiccionales, podemos decir, son precisamente

aquellas en las cuales el papel de la autoridad consiste en juzgar cuáles son las razones que se aplican a sus gobernados, y decidir en consonancia; v.g. sus decisiones tienen únicamente el propósito de declarar qué es lo que debería hacerse en un caso. La autoridad legislativa, por otra parte, es aquella cuya tarea consiste en crear nuevas razones para sus gobernados; v.g. razones que resultan nuevas no sólo en el sentido de reemplazar otras de las cuales dependen, sino por no proponerse reemplazar ninguna razón. Si entendemos los conceptos de «legislativo» y «jurisdiccional» en sentido amplio, continúa el planteo de la objeción, todas las autoridades prácticas pertenecen al menos a uno de estos tipos. Se admite, por supuesto, que las autoridades legislativas actúan basadas en razones. Pero las suyas son razones que se aplican a ellas, y que no dependen de razones que se apliquen a sus gobernados; v.g. no se proponen reflejar razones de este último tipo.

El aparente atractivo de esta distinción resulta, sin embargo, errado. Considérese una Ley del Parlamento que imponga a los padres el deber de manutención de sus hijos menores. Los padres tienen esta obligación independientemente de la ley, y la ley sólo está justificada por el hecho de que la tienen. Es necesario presentar nuevos argumentos para demostrar que los mismos rasgos están presentes en todas las autoridades prácticas. En lugar de esto, permítanme resumir mi concepción de la autoridad en tres tesis:

La tesis de la dependencia: Todas las instrucciones dotadas de autoridad deben basarse, entre otros factores, en razones que se apliquen a sus destinatarios, y que sean aplicables a las circunstancias que la orden prevé. Denominaré razones dependientes a tales razones.²⁵⁸

La tesis de la justificación normal: La manera normal y primaria de establecer que debe reconocerse la autoridad de una persona sobre otra implica la demostración de que el supuesto gobernado probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas a las supuestas órdenes dotadas de autoridad) si acepta las órdenes de la supuesta autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si intentara seguir las razones que se le aplican en forma directa.²⁵⁹

La tesis de la exclusividad: El hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas.

La primera y la última tesis generalizan los rasgos que hemos señalado en el ejemplo con respecto al arbitraje. La tesis de la justificación normal reemplaza el acuerdo entre los litigantes que constituía la base de la autoridad del árbitro. El acuerdo o consentimiento a aceptar la autoridad es obligatorio, en su mayor parte, sólo si se cumplen condiciones del tipo de las de la tesis de la justificación normal.

Las primeras dos tesis articulan lo que denominaré la concepción de la autoridad como servicio. Consideran que las autoridades *median* entre las personas y las razones correctas que se les aplican, de manera tal que la autoridad juzga y se pronuncia sobre lo que deben hacer, de acuerdo con la razón correcta. Las personas, por su parte, aceptan las indicaciones de la autoridad, cuyo dictamen reemplaza para ellas la fuerza obligatoria de las razones dependientes. Esta última implicancia de la concepción de servicio se hace explícita en la tesis de la exclusividad. El papel mediador de la autoridad no puede cumplirse si sus gobernados no guían sus acciones por sus instrucciones, y no por las razones de las cuales se supone que dependen. Aquí no hay implicación alguna de una obediencia ciega a la autoridad. La aceptación de la autoridad debe estar justificada, y esto normalmente significa cumplir las condiciones que establece la tesis de la justificación. Esto hace que entren en juego las razones dependientes, ya que sólo si resulta probable que su acatamiento por parte de la autoridad sea mejor que el de sus gobernados, está justificada su pretensión de legitimidad. Al nivel de la justificación general, las razones excluyentes tienen un importante papel que cumplir. Pero una vez que se ha superado este nivel, y que nos enfrentamos con la acción concreta, las razones dependientes son reemplazadas por órdenes dotadas de autoridad. El contarlas a ambas como razones independientes equivale a cometer una doble contabilidad.

Esta es la revelación que intenta capturar la metáfora de la renuncia a la decisión. No expresa el inmenso poder de las autoridades, sino que refleja su limitado papel. No están para introducir consideraciones nuevas e independientes (aunque, cuando cometen un error y emiten dictámenes incorrectos, es precisamente esto lo que hacen). Deben reflejar las razones dependientes en aquellas situaciones en las cuales se encuentran en una mejor posición para hacerlo. Median entre las razones últimas y las personas a quienes se aplican.

II. Autoridad y derecho

Supondré que necesariamente el derecho, todo sistema jurídico vigente en cualquier lugar, tiene autoridad *de facto*. Esto implica que el derecho tiene la pretensión de poseer autoridad legítima, o que se supone que la tiene, o ambos. Argumentaré que, aunque el sistema jurídico puede no tener una autoridad legítima, y aunque su autoridad legítima puede no ser tan amplia como éste pretende, todo sistema jurídico tiene la pretensión de poseer autoridad legítima. Si esta pretensión de autoridad forma parte de la naturaleza del derecho, sin importar qué otras características tenga, el derecho debe tener la capacidad de poseer autoridad. Un sistema jurídico puede no tener autoridad legítima. Si le faltan los atributos morales exigidos para investirlo de autoridad legítima, no tiene ninguna. Pero debe poseer todos los demás rasgos de la

autoridad, o de otra manera resultaría extraño afirmar que tiene una pretensión de autoridad. Para poder alegar su autoridad, debe poseer la capacidad de tenerla, debe ser el tipo de sistema capaz en principio de poseer las propiedades morales requeridas para la autoridad. Estas consideraciones, como explicaré, crean un argumento de peso a favor de la tesis de las fuentes del derecho. Revisémoslas paso a paso.

Las pretensiones que alega el derecho se plasman evidentemente en el lenguaje que adopta y en las opiniones que expresan sus voceros, v.g. las instituciones del derecho. La pretensión de autoridad del derecho se manifiesta en el hecho de que las instituciones jurídicas son denominadas oficialmente como «autoridades»; en el hecho de que se consideran con derecho a imponer obligaciones a sus gobernados; en su afirmación de que sus gobernados le deben obediencia, y que deben obedecer el derecho de la forma que éste exige ser obedecido (v.g. en todos los casos excepto aquéllos en los cuales alguna doctrina jurídica justifique el quebrantar este deber). Incluso una mala ley, señala la inevitable doctrina oficial, debe ser obedecida en tanto continúe en vigencia, mientras se toman medidas legales para lograr su enmienda o su rechazo. Es necesario aquí hacer una advertencia. En diversos sistemas jurídicos, determinadas formas de conducta son técnicamente ilegales sin serlo en sustancia. Es el ministerio público el encargado de abstenerse de presentar cargos por este tipo de conducta, o bien los tribunales, de conceder la absolución completa. En los casos en los cuales políticas legalmente reconocidas impiden a tales autoridades presentar cargos o condenarla, la conducta no debe considerarse ilegal excepto en un sentido técnico, el cual no es material para nuestras consideraciones.

El hecho de que el derecho tenga una pretensión de autoridad, ¿nos ayuda a comprender su naturaleza de alguna manera, más allá de reconocer el mero hecho de que el derecho tiene esta pretensión? Si por necesidad todos los sistemas jurídicos tienen autoridad legítima, podemos llegar a la conclusión de que presentan los rasgos constitutivos de la concepción de la autoridad como servicio. Pero resulta demasiado evidente que en muchos casos no es posible sostener la pretensión de legitimidad del derecho. Existen sistemas jurídicos cuya autoridad no puede justificarse dentro de la tesis de la justificación normal, ni de ninguna otra manera. ¿No es posible alegar que, dado que el derecho puede carecer de autoridad, una concepción de la autoridad no contribuye a nuestra comprensión, sino mostrándonos qué es lo que pretende ser? Esta conclusión resulta por lo menos prematura. Podría darse el caso de que, a fin de estar en condiciones de alegar su autoridad, el derecho deba al menos acercarse a ese objetivo, v.g. deba tener algunas de las características de la autoridad. Puede carecer de autoridad, pero sólo de determinadas maneras aceptadas. Si se da este caso, existen rasgos de la autoridad que debe presentar. En ese caso es posible aprender de la doctrina de la autoridad algo más acerca de la naturaleza del derecho.

Nótese que nada en esta sugerencia supone que todas las características necesarias del derecho constituyen rasgos necesarios de toda autoridad práctica. El derecho puede muy bien tener otras. De hecho, doy por supuesto que el derecho tiene otras, ya que no necesariamente cada persona que posee autoridad legítima tiene la pretensión de tenerla, como lo hace el derecho. Todo lo que intentamos es determinar si algunas características necesarias del derecho constituyen características necesarias de la autoridad, las cuales debe poseer el derecho para poseer la capacidad de tener una pretensión de autoridad.

He sugerido ya que sólo aquéllos que tienen la capacidad de detentar autoridad pueden sinceramente alegar una pretensión de tenerla, y, por lo tanto, que el derecho debe poseer la capacidad de tener autoridad. Este supuesto es tan vago que, aunque fuera correcto, no presenta más que un gesto en dirección a un argumento. ¿Cuál podría ser éste? Considérese el hecho de que el derecho constituye un sistema normativo. Si no lo fuera, sería incapaz de poseer autoridad práctica. Si el derecho estuviera conformado por un conjunto de proposiciones acerca de la conducta de los volcanes, por ejemplo, no sólo carecería de autoridad para determinar una acción, sino que sería incapaz de poseer tal autoridad. La afirmación de que un sistema normativo tiene una fuerza obligatoria que surge de la autoridad puede ser falsa, pero al menos tiene sentido, mientras que el supuesto de que un grupo de proposiciones acerca de los volcanes determina qué es lo que debemos hacer a partir de su autoridad no tiene siquiera sentido.

Sin embargo, ¿no es posible alegar que una persona X tiene autoridad, aunque no tenga sentido atribuir esa autoridad a X? La pretensión tiene sentido porque comprendemos lo que se alega, incluso aunque sepamos que no sólo es falsa sino que es necesaria o conceptualmente falsa. Por ejemplo, lo que no puede comunicarse con las personas no puede tener autoridad sobre ellas. Los árboles no pueden tener autoridad sobre las personas. Pero alguien cuyo conocimiento acerca de lo que son los árboles fuera incompleto, por ejemplo, un niño de corta edad, puede pretender que éstos tengan realmente autoridad. Simplemente estará equivocado. De manera similar, aunque fuera consciente de la naturaleza de los árboles, podría establecer una pretensión en este sentido que no fuera sincera. Quizás esté tratando de engañar a un sociólogo maricano recién llegado. Nótese, sin embargo, que no es posible alegar sinceramente que alguien que resulta conceptualmente incapaz de poseer autoridad la tenga en tanto comprendamos la naturaleza de nuestra pretensión y de la persona a la cual nos referimos. Si yo afirmo que los árboles poseen autoridad sobre las personas, los lectores podrán saber que, o bien mi comprensión de los conceptos de autoridad y de árbol resulta deficiente, o bien estoy intentando engañarlos (o, por supuesto, podrán suponer que no estoy haciendo realmente esta afirmación sino simulándolo, o que estoy bromeando, etc.)

Esto es suficiente para demostrar que, dado que el derecho tiene la pretensión de tener autoridad, es capaz de tenerla. Dado que la pretensión es sos-

tenida por los funcionarios de la justicia siempre que un sistema jurídico está en vigencia, se ve descartada la posibilidad de que normalmente sea insincera o de que se base en un error conceptual. Por supuesto, es posible que en ocasiones sea insincera o esté basada en errores conceptuales. Pero, al menos en los casos normales, el hecho de que el derecho alegue tener autoridad demuestra que es capaz de poseerla.

¿Por qué los funcionarios y las instituciones jurídicas no pueden estar conceptualmente equivocados? Una respuesta señala que, aunque puedan estar confundidos ocasionalmente, no pueden estarlo sistemáticamente. Dado el carácter central de las instituciones jurídicas en nuestras estructuras de autoridad, nuestro concepto de autoridad forma sus supuestos y concepciones, y contribuye a ellos. En parte es lo que es como resultado de los supuestos y las concepciones de las instituciones jurídicas. Esta respuesta es aplicable a los casos en los que las instituciones jurídicas mismas emplean el concepto de autoridad. Decimos de las instituciones jurídicas que pueden alegar autoridad debido a que afirman imponer obligaciones, conferir derechos, etc. Al no tener el concepto, no pueden estar confundidas con respecto a él, aunque podemos estar equivocados al atribuirles la pretensión de autoridad.

El argumento de los últimos cuatro párrafos establece, en primer lugar, que podemos no tener autoridad debido a que somos incapaces de poseerla (aunque incluso aquéllos capaces de tener autoridad pueden carecer de ella) y, en segundo lugar, que, dado que el derecho tiene la pretensión de autoridad, es capaz de tenerla. Existen dos clases de razones para carecer de autoridad. Una es la ausencia de las condiciones morales o normativas para que nuestras órdenes estén provistas de autoridad. Normalmente, esto se produce, o bien debido a que la justificación normal, ya explicada, no está disponible, o bien porque, aún estándolo, resulta insuficiente para superar las razones contradictorias que se dan en el caso particular. El segundo tipo de razón para no tener autoridad consiste en que carezcamos de algún otro presupuesto de la autoridad, no moral ni normativo, como, por ejemplo, que seamos incapaces de comunicarnos con los demás.

Resulta natural que sostengamos que las condiciones no morales ni normativas para tener autoridad también constituyen presupuestos de la capacidad de tenerla. La autoridad de una persona puede negarse basándonos en que es moralmente incompetente o malvado. No obstante, estos hechos no demuestran que sea incapaz de tener autoridad en el mismo sentido en que los árboles son incapaces de ello. Las normas del nazismo pueden no ser autorizadamente obligatorias, pero son del tipo que podría ser autorizadamente obligatorio, mientras que las afirmaciones acerca de los volcanes no lo son. La mayoría de los argumentos acerca de la autoridad de los gobiernos y de otras instituciones se centran en su pretensión moral de obediencia por parte de sus gobernados. La existencia de los requisitos no morales se da por sentada. No se da principio al debate sino con respecto a las personas e instituciones que

cumplen esas otras condiciones. Este es el motivo de que se las considere como las condiciones que establecen la capacidad de poseer autoridad.

Dado que el derecho tiene necesariamente una pretensión de autoridad, y, por lo tanto, tiene normalmente la capacidad de poseer autoridad, podemos decir que, si esta idea es correcta, implica que el derecho tiene típicamente todos los atributos de autoridad no morales y no normativos. Sin embargo, la parte restante de mi argumento no depende de este supuesto fuerte. Nos concentraremos en dos rasgos que debe poseer cualquier entidad con la capacidad de ser autorizadamente obligatoria. Estas características nos resultarán luego útiles para sostener la tesis de las fuentes del derecho.

Resulta conveniente concentrar nuestra atención en las instrucciones u órdenes. Los términos se emplean en un sentido amplio, que puede incluir proposiciones, normas, reglas, estándares, principios, doctrinas, etc. En este sentido el derecho consiste en un sistema de órdenes, y está dotado de autoridad si y sólo si sus órdenes resultan autoritativamente obligatorias. De manera similar, aquél que emite las órdenes tiene autoridad si y sólo si sus órdenes resultan autoritativamente obligatorias debido a que es él quien las formula. Esto significa (1) que deben estar dotadas de autoridad, y (2) que en parte su autoridad debe basarse en que fue esa persona determinada quien las formuló.

Las dos características son así. En primer lugar, una orden puede resultar autoritativamente obligatoria si representa la idea de una persona acerca de cómo deberían comportarse sus gobernados, o al menos si se presenta de esta manera. En segundo lugar, debe ser posible identificar la orden como emanada de la supuesta autoridad, independientemente de otras razones o consideraciones que la orden se proponga resolver.

El primer rasgo refleja el papel de la autoridad como mediadora. Su propósito es actuar basada en razones que se nos aplican de todas maneras, debido a que cumpliremos más fielmente con esas razones si hacemos nuestro mejor esfuerzo por seguir las órdenes de la autoridad, en lugar de intentar actuar directamente basándonos en tales razones. Por lo tanto, aunque las instrucciones de la supuesta autoridad puedan estar mal concebidas u orientadas, deben representar el juicio de la supuesta autoridad acerca de las razones que se aplican a sus gobernados, o al menos debe ser presentada como tal. De no ser así, no se trataría de instrucciones autorizadas. No fracasarían porque fueran instrucciones incorrectas, sino porque no son del tipo correcto. Puede tratarse de instrucciones emitidas para circunstancias diferentes, o como broma, o de la amenaza u orden de un mafioso que sólo se preocupa por su propio bien y no tiene más que esto en mente. Estrictamente hablando, para tener la capacidad de estar dotada de autoridad, una orden o norma debe expresar efectivamente la concepción de su autor acerca de lo que sus gobernados deberían hacer. No obstante, dado que fácilmente puede producirse el engaño o falsedad con respecto a este elemento, no resulta sorprendente que las apariencias sean lo único por lo que podamos guiarnos, y en ellas esté basado el

concepto de autoridad *de facto*, al igual que todos los otros que presuponen la capacidad de poseer autoridad. Si la norma se presenta como la expresión de un juicio acerca de lo que los gobernados deberían hacer, tiene la capacidad de estar dotada de autoridad.

El segundo rasgo también está vinculado con el papel de la autoridad como mediadora. Supongamos que un árbitro, a quien se le solicita que decida qué es justo en determinada situación, ha llegado a una decisión correcta. Supongamos, entonces, que sólo existe un resultado justo, y que éste es el que el árbitro ha elegido. Supongamos que esto es lo único que se les dice con respecto a su decisión a todas las partes del conflicto (v.g. que se trata de la única decisión correcta). Sentirán que esto no les dice mucho acerca de cuál es efectivamente la decisión. Han recibido una descripción que la identifica individualmente, y, sin embargo, resulta una descripción completamente irrelevante.²⁶⁰ Si pudieran estar de acuerdo acerca de lo que resulta justo, no necesitarían recurrir al árbitro en primer lugar. Una decisión resulta útil solamente si puede ser identificada por medios distintos a las consideraciones cuya validez y resultados se supone debe resolver.

Esto se aplica a todas las decisiones, tanto a aquéllas que una persona toma por sí misma como a las que otros toman por ella. Si decido cuál sería el mejor seguro que puedo tomar, no tiene sentido intentar recordarme cuál fue mi decisión afirmando que decidí contratar la póliza que más me convenía. Significa que debo decidir nuevamente, a fin de saber qué es lo que decidí antes: es lo mismo que si la decisión anterior nunca se hubiera producido. Idéntica consideración se aplica a los destinatarios de cualquier autoridad. Sus decisiones resultan beneficiosas para ellos únicamente si pueden establecer su existencia y contenidos de maneras que no dependan de la revisión de las mismas consideraciones que la autoridad se supone debe resolver.

¿No sería posible objetar que mi argumento presupone que las personas conocen la teoría de la adjudicación, y las demás que se relacionan con ella? Con certeza, tal supuesto no está justificado. Pero tampoco lo afirmamos. Lo único que supongo es que la concepción de la autoridad como servicio es razonable, v.g. que representa correctamente nuestro concepto de la autoridad. No establecemos un supuesto que afirme que las personas creen que esto es así.

Cabe destacar que un conjunto de condiciones del tipo de las dos que he sostenido pueden derivarse a partir de un supuesto mucho más débil que el de la concepción de la autoridad como servicio a la que ya me he referido. Se trata de lo que denominaré «el argumento alternativo». Su premisa no es más que el supuesto de que el hecho de que las autoridades deban actuar basándose en razones constituye parte de nuestra noción de la autoridad legítima, y que su legitimidad depende de un determinado grado de éxito a este respecto. Incluso aquéllos que rechazan la concepción de la autoridad como servicio aceptan condiciones similares a las dos que he presentado, en tanto acepten que la legitimidad depende del éxito actuar de manera fundada en

razones (o cierta medida de éste). Resulta evidente que este supuesto débil es suficiente para sostener que sólo lo que se presenta como la idea de alguna persona puede constituir una orden dotada de autoridad.

En lugar de la segunda condición que establece que las órdenes deben ser pasibles de identificación independiente (v.g. independiente de las razones en las que deben basarse), es posible establecer dos condiciones más débiles. Supongo que las autoridades son relevantes, v.g. que el hecho de que una autoridad haya emitido una orden modifica las razones de los gobernados. Esto implica que la existencia de razones para que una autoridad emita una orden no conduce por sí misma, sin que la orden haya sido realmente pronunciada, a este cambio en las razones con que cuentan los gobernados. Por lo tanto, la existencia de razones que establecen que una determinada orden, de ser pronunciada, sería la correcta, no son suficientes para demostrar que la orden existe y que tiene fuerza vinculante. Su existencia y contenido, en otras palabras, no pueden depender exclusivamente de las razones subyacentes. La existencia y el contenido de cada orden dependen de la existencia de ciertas condiciones que en sí resultan independientes de las razones en que se basa la orden. Además, tal condición adicional no puede consistir simplemente en que esa u otra autoridad haya emitido otra orden. A menudo la existencia de una ley presenta una razón para aprobar otra, pero hemos establecido ya que la existencia de una ley no puede depender exclusivamente de las razones de ésta, ni de razones que demuestren que resultaría bueno que las personas se comportaran de la manera que prescribe, o que sería bueno que la ley les exigiera hacerlo. Por lo tanto, la existencia de una orden, aunque pueda demostrar que otra resulta deseable o correcta, no alcanza para establecer por sí misma la existencia de esta otra.

III. La tesis de la coherencia

En la sección anterior nos referimos a que, incluso aunque el derecho puede carecer de autoridad legítima, podemos conocer bastante acerca de ella a partir del hecho de que tenga una pretensión de autoridad legítima. Debe tener la capacidad de estar dotado de autoridad. En especial, debe representar la idea de una persona acerca de lo que los gobernados deberían hacer (o estar presentada como tal), y debe ser identificable por medios independientes de las consideraciones sobre las cuales debe decidir la autoridad.

Resulta interesante destacar que las fuentes jurídicas cumplen ambos criterios. Para enunciarlo de una manera anticipada y simplificada, las tres fuentes normales del derecho (la legislación, la jurisprudencia y la costumbre) tienen la capacidad de ser fuentes de órdenes dotadas de autoridad. Cumplen las condiciones no morales que dicta la concepción de la autoridad como servicio. La legislación puede ser arbitraria, y puede no cumplir con la tesis de la

dependencia en muchos aspectos, pero expresa el juicio del legislador acerca de lo que los gobernados deben hacer en las situaciones a las cuales se aplica. Por lo tanto, puede ser el producto del juicio del legislador acerca de las razones que se aplican a sus destinatarios. Se da el mismo caso con respecto a las sentencias judiciales. Los jueces pueden ser corruptos. Pueden actuar de manera arbitraria. Pero una sentencia judicial expresa un juicio acerca de las consecuencias jurídicas de la conducta de los litigantes. Se presenta como un juicio acerca de la forma en que las partes, y otros en las mismas circunstancias, deberían comportarse. El caso de la costumbre es similar. Normalmente no constituye el producto de un esfuerzo consciente de las personas con el fin de establecer el derecho, pero difícilmente puede evitar reflejar el juicio de la masa de la población acerca de la manera en que las personas deberían actuar en las circunstancias relevantes. El derecho basado en fuentes jurídicas puede ajustarse a la tesis de la dependencia. Por lo tanto, cumple con la primera de nuestras condiciones, las cuales se ven implicadas por el hecho de que el derecho tenga una pretensión de autoridad.

Las fuentes del derecho también cumplen la segunda de nuestras condiciones, dado que tienen la capacidad de ser identificadas de maneras que no dependen de las consideraciones sobre las cuales se proponen resolver. Una ley sobre el impuesto a las ganancias tiene como objetivo decidir cuál es la contribución justa a los fondos públicos que debe soportar el ingreso. Para determinar el contenido de la ley, todo lo que necesitamos es corroborar que se haya producido su sanción, y qué es lo que dice. Para hacerlo no necesitamos más que el conocimiento del idioma (incluida la jerga técnica jurídica), y de los hechos que tuvieron lugar en el Parlamento en contadas ocasiones. No es necesario ninguna aproximación a una idea de qué es lo que constituye una contribución justa a las arcas públicas.

Como ya hemos señalado, las tres tesis rivales (la coherencia, la incorporación y las fuentes del derecho) están vinculadas por su atribución de una significación especial al derecho basado en fuentes jurídicas. Este resumen simplificado ilustra la manera en que los rasgos centrales del derecho pueden fusionarse con la concepción de la autoridad como servicio, y adquirir una significación especial a partir de ésta, y de las dos características necesarias del derecho que establece. Esto no implica que éstas constituyan las razones que se esgrimen habitualmente para defender la relevancia central del derecho basado en fuentes jurídicas. La tesis de la coherencia representa una explicación que resulta por lo menos indiferente a las consideraciones bosquejadas anteriormente. La he identificado como la perspectiva de que el derecho consiste en el conjunto del derecho basado en fuentes jurídicas y de su justificación moral superior. Esto puede parecer una confusión poco ortodoxa de elementos dispares. Pero no es necesariamente así. En las manos de su más destacado defensor, R. M. Dworkin, representa una poderosa y fascinante percepción del derecho.

La concepción del derecho de Dworkin, expresada en diversos artículos a través de los años, no resulta fácil de determinar. Algunos detalles que aparecen, sin embargo, como esenciales para su interpretación continúan siendo elusivos. Muchos lectores de su celebrada obra «Hard Cases» (1975) consideraron que expresaba una idea del derecho que puede resumirse de la siguiente manera:

Para establecer cuál es el contenido del derecho de un determinado país, primero debemos descubrir cuáles son las fuentes jurídicas válidas en este país, y luego considerar una pregunta maestra: Suponiendo que todas las leyes que estas fuentes hayan establecido, y que se encuentren aún en vigencia, hubiesen sido promulgadas por una sola persona, en una ocasión, de conformidad con una moral política (v.g. aquélla parte de una teoría moral que se ocupa de las acciones de las instituciones políticas) completa y coherente, ¿cuál sería esa moral?

La respuesta a la pregunta maestra, y a todo lo que ella implica, en combinación con otras premisas verdaderas, es lo que constituye el derecho según esta lectura de Dworkin. La pregunta maestra puede no producir una respuesta por dos razones opuestas, y Dworkin complica su explicación para tratarlas a ambas. En primer lugar, pueden existir conflictos dentro de un sistema jurídico que le impidan adaptarse a moral política consistente alguna. En respuesta a este planteo, Dworkin admite que la respuesta consista en una moral política con la cual se corresponda toda la legislación, con una reducida excepción de leyes en conflicto. En segundo lugar, puede existir más de una moral política que cumpla la condición de la pregunta maestra (especialmente una vez que se tiene en cuenta la concesión realizada a la primera complicación). En este caso, Dworkin afirma que el derecho consiste en la moral política que representa la teoría moralmente superior. Esto significa que es la que más se aproxima a la moral ideal, correcta o verdadera.

En su «Reply to Seven Critics» (1977), Dworkin vuelve sobre la cuestión de la naturaleza del derecho. Ofrece lo que denomina una respuesta demasiado cruda, que puede resumirse en una pregunta maestra distinta:

Para establecer cuál es el contenido del derecho de un determinado país, primero debemos descubrir cuáles son las fuentes jurídicas válidas en este país, y luego considerar una pregunta maestra: ¿Cuál es el mínimo cambio que es necesario admitir en la moral política correcta y razonable a fin de generar una teoría moral posiblemente imperfecta que explique buena parte de la historia jurídica de ese país, suponiendo que sea el resultado de una única moral política?

Esa única moral política (posiblemente imperfecta) es el derecho. Ambas preguntas maestras dependen de la interacción de dos dimensiones. La pri-

mera es la conformidad con la moral ideal, la segunda la capacidad de explicar la historia jurídica del país. La nueva pregunta maestra difiere de la anterior en dos aspectos importantes. En primer lugar, su condición de adecuación se refiere a la totalidad de la historia jurídica del país. Las leyes del Parlamento aprobadas en el siglo XIII y derogadas cincuenta años más tarde también se encuentran incluidas. También cuentan al momento de evaluar el grado en el que la moral política se adecua a los hechos. La prueba anterior se refería solamente al derecho aún vigente: sólo tenía en cuenta esta adecuación. En segundo lugar, la nueva pregunta maestra otorga menos relevancia a la condición de adecuación. No se trata ya de que el derecho consista en la moral política que mejor se adecua a los hechos, y de que la moral ideal se constituya únicamente en un criterio de elección entre dos morales igualmente adecuadas. Ahora es la adecuación, de un cierto nivel no especificado, la que brinda solamente un tipo de umbral flexible. Entre las morales políticas que pasan esta prueba (presumiblemente una cantidad importante), es la que se encuentra más cercana a la moral correcta la que constituye el derecho.

Vacilo en atribuir cualquiera de estas ideas a Dworkin. Los artículos no resultan lo suficientemente claros con respecto a algunos de los criterios pertinentes, y esta idea puede haberse desarrollado en una dirección relativamente nueva desde el momento en que fueron escritos. Afortunadamente, la formulación precisa de la pregunta maestra no es relevante para nuestros propósitos. Surge claramente una parte suficiente del pensamiento del autor como para demostrar que sus ideas fundamentales son dos. En primer lugar, que las decisiones de los jueces, todas ellas, se basan en consideraciones de moral política. Esto puede admitirse sin inconvenientes con respecto a los casos en los que el derecho basado en fuentes jurídicas resulta indeterminado, o que existen normas en conflicto. Dworkin insiste en que también se aplica a los casos normales que involucran, por ejemplo, una simple interpretación de la ley o incluso la decisión misma de aplicarla. Esto no significa que cada vez que los jueces aplican una ley consideren y renueven su fe en la democracia representativa, o en alguna otra doctrina de moral política de la cual se desprenda que deben aplicar tales leyes. Simplemente significa que se presentan a sí mismos como personas que creen en la existencia de tal doctrina. Sus sentencias representan decisiones morales debido a que expresan una posición moral. Un juez escrupuloso realmente cree en la existencia de una doctrina válida, una moral política, que respalda sus acciones.

Si interpreto correctamente la primera idea fundamental de Dworkin, y si responde a lo que reflejan los párrafos anteriores, la comparto plenamente. No tengo tanta confianza en su segunda idea fundamental. Se trata de que los jueces tienen un deber, que en ocasiones denomina «el deber de responsabilidad profesional», que les exige el respeto y la difusión de la moral política de su país. En términos generales, Dworkin considera que la moral (v.g. la moral ideal o correcta) exige que los jueces apliquen las normas jurídicas que surgen

de las fuentes jurídicas del país, y, en los casos en que éstas entran en conflicto o son indeterminadas, resuelvan los casos guiándose por las normas de la moral política que constituyen el fundamento del derecho basado en fuentes jurídicas: aquéllas que cobran sentido en tanto éste sea la expresión de una perspectiva moral coherente.

Nótese el amplio alcance de esta segunda idea. Muchos consideran que el derecho de su país, si bien no es perfecto, debería ser respetado, y brinda medios constitucionales razonables para su propio desarrollo. Cuando es necesaria su reforma, debe realizarse por medios legales. Mientras el derecho esté vigente, debe respetárselo. La mayoría considera que esta creencia depende en gran medida del contenido del derecho, y negaría que las leyes de la Alemania nazi hayan merecido ser respetadas. La obligación de responsabilidad profesional de Dworkin es diferente. Se aplica a todo sistema legal por el mero hecho de tratarse de un sistema jurídico, independientemente de su contenido. Además, constituye un deber de obediencia no sólo con respecto a la letra sino al espíritu del derecho. Los jueces están obligados a decidir los casos en los cuales el derecho basado en fuentes jurídicas no está determinado, o incluye conflictos no resueltos, de acuerdo con el espíritu prevaleciente que subyace al cuerpo del derecho. Esto exigiría que los jueces de Sudáfrica utilicen su poder para difundir el *apartheid*.

Problemas como estos conducen al debilitamiento del elemento de adecuación en la segunda formulación de la pregunta maestra, pero también debilitan el deber de responsabilidad profesional. Existe una simplicidad atractiva en sostener que la moral exige que cualquier persona que ingrese a una institución respete tanto su letra como su espíritu. Si esta simple doctrina no se aplica a los jueces de esta manera, si su respeto por su institución, el derecho, está debilitada en cuanto a la forma pura de la primera pregunta maestra, comparada con la segunda, es posible afirmar que perdemos nuestra motivación teórica para sostener tal deber, al menos si significa algo más que afirmar que deberíamos respetar las instituciones jurídicas de un país determinado debido a que su estructura y acciones merecen tal respeto, o en la medida en que lo hagan.

Estas son algunas de las dudas que plantea la segunda idea fundamental de Dworkin. Mis formulaciones de ambas ideas fundamentales (y de las dudas con respecto a la segunda) no son más que esquemáticas. Su intención es describir un enfoque del derecho que asigna a la ley basada en las fuentes del derecho un papel especial en la explicación del derecho sobre bases diferentes a las expuestas en la sección anterior. Resulta fácil comprobar que la concepción del derecho de Dworkin contradice los dos rasgos necesarios del derecho que se detallaron anteriormente. En primer lugar, según el autor, pueden existir leyes que no expresen el juicio de ninguna persona acerca de lo que los gobernados deben hacer, ni sean presentadas como una expresión de tales juicios. El derecho incluye la mejor justificación de la ley basada en las fuentes

del derecho, para utilizar nuevamente la breve descripción ofrecida en la tesis de la coherencia, de la cual las preguntas maestras de Dworkin constituyen diferentes interpretaciones. La mejor justificación, o algunos aspectos de ésta, puede nunca haber sido planteada, y mucho menos sostenida, por ninguna persona. Dworkin dirige nuestra atención hacia este hecho al afirmar que es necesario un Hércules para descifrar en qué consiste el derecho. Tampoco la mejor justificación del derecho, según el autor, consiste en las consecuencias implicadas por la moral política que de hecho motivó las actividades de las instituciones jurídicas. Es consciente del hecho de que muchas concepciones morales distintas e incompatibles han influido en distintos gobiernos y sus funcionarios a través de los siglos. La justificación superior bien puede ser una que nunca haya sido apoyada, ni siquiera en sus preceptos fundamentales, por ninguna persona dentro del gobierno. Gran parte del derecho de un país puede, según esta concepción, permanecer desconocido. Sin embargo, ya resulta jurídicamente obligatorio, mientras aguarda ser descubierto. De ahí que no constituya el juicio de ninguna persona acerca de lo que los destinatarios de las leyes deberían hacer, ni esté presentado como tal.

En segundo lugar, la identificación de gran parte del derecho depende, de acuerdo con el análisis de Dworkin, de las mismas consideraciones que el derecho tiene por propósito resolver. La segunda pregunta maestra destaca este aspecto de su teoría, pero aparece modestamente también en la primera. La determinación de en qué consiste el derecho implica un juicio acerca de lo que debería ser. Imaginemos un problema impositivo acerca del cual el derecho que surge de las fuentes jurídicas resulta indeterminado. Algunos afirmarán que en ese caso no existe un derecho aplicable sobre la materia. El tribunal deberá preguntarse cuál debería ser el derecho, y decidir en consecuencia. Si se trata de un tribunal superior cuyas sentencias constituyen jurisprudencia vinculante, se habrá producido una creación de derecho. Dworkin, por otra parte, afirma que ya existe un derecho aplicable a la materia, el cual consiste en la mejor justificación del derecho que surge de las fuentes jurídicas. Por lo tanto, para decidir cuál es la obligación impositiva según la ley, el tribunal debe abocarse al tema de cuál debería ser una ley de impuestos justa, y cuál es el mínimo cambio necesario para lograr que el derecho que surge de las fuentes jurídicas se ajuste a ésta. Esto contradice la segunda característica del derecho que se presentó anteriormente.

Es importante ser conscientes de que el desacuerdo al que me refiero no se plantea con respecto a cómo deberían decidir los casos los magistrados. Al comentar la segunda idea fundamental de Dworkin, expresé mis dudas acerca de su visión sobre el tema. Sin embargo, éstas son completamente irrelevantes en este contexto. Voy a suponer que el deber de responsabilidad profesional que Dworkin atribuye a los jueces es válido, y que sus recomendaciones acerca de cómo deberían resolver sus casos son razonables. Continuamos teniendo un desacuerdo acerca de qué es lo que están haciendo los jueces al seguir sus

recomendaciones. Suponemos que se ajustan a la moral correcta, pero, ¿se ajustan al derecho, o lo crean? Mi desacuerdo con el autor en este punto se refiere a que, al afirmar que se ajustan a un derecho preexistente, hace que la identificación de, por ejemplo, una ley impositiva dependa de la determinación de cuál debería ser la ley justa, v.g. de las mismas consideraciones que se supone que una ley sobre impuestos debe resolver de manera autorizada.

Por razones similares, la teoría de Dworkin viola las condiciones del argumento alternativo, aquél que se basa nada más que en el supuesto especialmente débil de que las autoridades deberían actuar basándose en razones, y que la validez de las órdenes dotadas de autoridad depende en cierta medida de su éxito en lograrlo. Este supuesto nos lleva a la misma primera condición, v.g. que el derecho debe presentarse como el punto de vista de la autoridad que lo crea con respecto a razones correctas. Como ya hemos visto, el argumento de Dworkin viola esta condición. También desconoce la otra condición establecida por el argumento alternativo, acerca de que la validez del derecho no puede basarse enteramente en su conveniencia en razón de la existencia de otras leyes. La teoría de Dworkin afirma que al menos algunas de las normas que resultan convenientes o correctas debido a la existencia de leyes que surgen de las fuentes del derecho ya son jurídicamente obligatorias.

No podemos más que llegar a la conclusión de que la teoría de Dworkin resulta inconsistente con la naturaleza del derecho en tanto autorizado o dotado de autoridad. Es decir, que no explica el hecho de que el derecho deba tener necesariamente una pretensión de autoridad, y de que por lo tanto deba tener la capacidad de poseer autoridad legítima. Para hacerlo, debe ocupar un papel de mediador, como toda autoridad, entre los preceptos de la moral y su aplicación por parte de las personas a su conducta. Es este papel mediador de la autoridad el que se le niega al derecho de acuerdo con la concepción de Dworkin.

IV. La tesis de la incorporación

El problema que detectamos con respecto a la tesis de la coherencia consistía en que no alcanza a establecer una conexión especial entre el derecho que surge de fuentes jurídicas y su pretensión de autoridad, aunque asigne al primero un papel especial en su explicación del derecho, y que, en última instancia, resulta inconsistente con esta última. Corta el lazo esencial entre el derecho y las ideas acerca de las acciones correctas que presentan a sus gobernados aquéllos que tienen la pretensión de tener derecho a gobernarlos. Con respecto a esto, la tesis de la incorporación parece encontrarse en ventaja. Considera que el derecho basado en fuentes jurídicas y aquéllas normas que éste reconoce como obligatorias constituyen el derecho. La aprobación de aquéllos que tienen la pretensión de un derecho a gobernar conforma un re-

quisito previo para que un gobierno se constituya en un Estado de derecho. Por lo tanto, la pretensión de autoridad del derecho aparece como coherente con la tesis de la incorporación.²⁶¹

Debo apresurarme a agregar que muchos de quienes sostienen la tesis de la incorporación no recurren al argumento anterior para su defensa. Tampoco interpretan de la misma manera el papel central del derecho que surge de fuentes jurídicas dentro de su concepción del derecho. Consideran que está sostenido por alguna versión de una tesis acerca de la separabilidad del derecho y la moral, para la cual resulta necesario. Jules Coleman, por ejemplo, presenta una firme negativa de que exista «una conexión necesaria entre el derecho y la moral».²⁶² Identifica erróneamente esta tesis con otra: «La tesis de la separabilidad consiste en el supuesto de que existe al menos una norma de identificación concebible, y, por lo tanto, un sistema jurídico posible, que no especifica a la verdad en tanto principio moral como una condición de verdad para cualquier proposición del derecho».²⁶³ Si este fuera un reflejo correcto de la tesis de separabilidad establecida por Coleman en la primera cita, la tesis de la incorporación implicaría la separabilidad. Pero la explicación que ofrece Coleman sobre su propia tesis de separabilidad es errónea. Una conexión necesaria entre el derecho y la moral no exige que la verdad, en tanto principio moral, constituya una condición de la validez jurídica. Todo lo que exige es que los rasgos sociales que identifican algo como un sistema jurídico impliquen que posee valor moral. Por ejemplo, supongamos que el mantenimiento de relaciones sociales ordenadas es en sí mismo moralmente valioso. Supongamos también que un sistema jurídico puede estar constituido por el derecho vigente en una sociedad sólo en tanto logre mantener relaciones sociales ordenadas. En este caso, se habría establecido una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sin que se haya supeditado la validez jurídica de ninguna norma a la verdad de proposición moral alguna a través de la norma de identificación.

Quienes sostienen la tesis de la incorporación podrían admitir que, aunque no sea suficiente establecer la tesis de separabilidad, al menos resulta necesaria para ésta, que por lo tanto la apoya. La tesis de separabilidad, sin embargo, resulta poco plausible. Por supuesto los comentarios acerca de las relaciones sociales ordenadas no la refutan. Son demasiado vagos y poco consistentes. No obstante, es muy probable que exista alguna conexión necesaria entre el derecho y la moral, y que todo sistema jurídico vigente tenga algún mérito moral o realice algún bien moral, incluso aunque también constituya la causa de una gran medida de mal moral. Resulta relevante recordar que todas las tradiciones principales del pensamiento político occidental, incluyendo tanto la tradición aristotélica como la de Hobbes, creen en la existencia de una conexión de este tipo.²⁶⁴ Si la tesis de la incorporación aparece como mucho más estable que la de separabilidad, se debe a que aparentemente así lo exige el hecho de que todo el derecho se presente bajo el manto de la autoridad, como así también

las consideraciones acerca de la naturaleza de la autoridad que se adelantaron en las secciones anteriores. El derecho es el producto de la actividad humana debido a que, de no ser así, no podría constituir el resultado de un juicio basado en razones dependientes, es decir, no podría presentar razones establecidas por recurso a la autoridad.

Es posible, por supuesto, que existan otras razones con la suficiente fuerza explicativa para sostener la tesis de la incorporación. No las exploraremos aquí. Presentaré el argumento de que la tesis debe rechazarse, y que la apariencia de sostén que le brinda el argumento acerca de la naturaleza de la autoridad es ilusoria. De hecho, la tesis de la incorporación es incompatible con la naturaleza de autoridad del derecho. Para explicar esta idea pasemos por un momento a revisar el concepto de la autoridad teórica.

Supongamos que un brillante matemático, Andrew, prueba que la hipótesis de Goldbach (que establece que todo número entero mayor que dos es el resultado de la suma de dos números primos) es verdadera si y sólo si la solución de determinada ecuación es positiva. Ni él ni nadie más conocen el resultado de la ecuación. Cincuenta años después, la ecuación es resuelta por otro matemático, y se comprueba la verdad de la hipótesis. Claramente, no podemos decir que Andrew haya probado la hipótesis, aunque haya hecho el primer descubrimiento importante, e incluso aunque la verdad de la hipótesis sea una consecuencia lógica de su descubrimiento. Supongamos que Betty es una astrofísica que demuestra que la teoría del Big Bang acerca del origen del universo es verdadera si y sólo si determinadas ecuaciones arrojan determinados resultados. Nuevamente, su solución no se conoce en ese momento, sino más tarde. Parecería claro, tanto en el caso de Betty como en el de Andrew, que no es posible otorgarles el crédito de haber probado (ni refutado) la teoría, aunque su verdad o falsedad sea una consecuencia de su descubrimiento. Imaginemos ahora que Alice nos cuenta acerca del descubrimiento de Andrew, o que Bernard nos refiere el de Betty. Alice y Bernard son expertos en sus respectivos campos. Nos dan un consejo autorizado. Pero Alice no nos aconseja aceptar la hipótesis de Goldbach, sino que se limita a recomendar que creamos en ella en caso de que la ecuación relevante tenga una solución positiva. El hecho de que la verdad de la hipótesis se vea implicada por su consejo no es determinante. Lo mismo se aplicaría al consejo brindado por Bernard acerca del trabajo de Betty.

Esto es un lugar común. Tampoco es difícil comprender por qué no podemos decir que hemos recomendado la aceptación de una proposición particular, simplemente basándonos en que se ve implicada por otra proposición, cuya aceptación recomendamos. Las personas no creen en todo lo que sus creencias implican. Éstas tienen un papel determinado en nuestras vidas: fundamentan el apoyo de otras creencias, nos brindan premisas para nuestras deliberaciones prácticas. Tienen nuestra vida emocional e imaginativa. En general, constituyen puntos ciertos que determinan nuestro sentido de orientación en

el mundo. Muchas de las proposiciones que nuestras creencias implican no tienen este papel en nuestras vidas. Por lo tanto, no se cuentan entre nuestras creencias. Una señal de esto es el hecho de que, si ciertas personas hubieran estado conscientes de determinadas consecuencias de sus creencias, podrían haber preferido abandonarlas antes de sostener creencias que las implicaban (o, incluso, podrían haber decidido aferrarse provisionalmente a ellas y negar sus consecuencias, v.g. aceptar inconsistencias hasta encontrar una salida satisfactoria). Esta consideración explica porqué no podemos atribuir a las personas la convicción sobre todas las consecuencias lógicas de sus creencias. Aclara también porqué no es posible afirmar que una persona haya recomendado la creencia en una proposición en la cual ella misma no crea. Sin embargo, es posible recomendar a otros que asuman el riesgo y actúen como si determinada proposición fuera verdadera aunque no creamos en ella, y es igualmente posible recomendar que se crea en una proposición en caso de que se demuestre que es verdadera.

El consejo comparte el papel mediador de las órdenes dotadas de autoridad. También se trata de una expresión de juicio acerca de las razones que se aplican al destinatario del consejo. Debido a que éste posee una función de mediación, puede incluir solamente cuestiones sobre las cuales quienes dan el consejo tengan una opinión, o aparenten tener una (para incluir los casos de consejos insinceros). Dado que una persona no cree en todas las consecuencias de sus creencias, tampoco aconseja a otros creer en ellas, a menos que se den circunstancias especiales.

La analogía con respecto a la autoridad resulta clara, y apenas necesita mayor profundización. El papel mediador de la autoridad implica que el contenido de una orden dotada de autoridad debe estar restringida a lo que ha sostenido, o aparentado sostener, la autoridad de quien emana la fuerza obligatoria de la orden. No se extiende a lo que hubiera ordenado, si hubiese tenido la oportunidad, ni a todo lo que lo ordenado implica. Resultará ahora claro porqué la tesis de la incorporación debería ser rechazada en tanto el derecho tenga necesariamente una pretensión de autoridad. El principal punto fuerte de la tesis de la incorporación consiste en que todo lo que puede derivarse de la ley (con el auxilio de otras premisas verdaderas) constituye derecho. Esto implica que el derecho incluya normas que resultan inconsistentes con su papel mediador, ya que no han sido nunca confirmadas por las instituciones creadoras de derecho en cuya autoridad se supone que están basadas. El error de la tesis de la incorporación consiste en identificar el hecho de estar implicado por el derecho que surge de fuentes jurídicas, con el hecho de ser corroborado por las fuentes del derecho.

El derecho es una institución social compleja, y algunas de sus complejidades contribuyen a disimular el error de la tesis de la incorporación. Cuando pensamos en un consejo o una orden dotadas de autoridad, tendemos a concebirlas como provenientes de un autor. En el derecho, como en otras

instituciones jerárquicas, las cuestiones se complican en dos aspectos. En primer lugar, las órdenes dotadas de autoridad típicamente provienen de instituciones que siguen un elaborado proceso de redacción y evaluación. En segundo lugar, a menudo sufren enmiendas, modificaciones, y sus contenidos se ven ampliados y modificados por una sucesión de actos legislativos, administrativos y judiciales posteriores. En ocasiones existe una convención de referencia que permite que nosotros nos refiramos a la ley, o a la sentencia judicial original, cuando se cita una norma jurídica, aunque no constituyan más que el punto de partida en el desarrollo de la norma, que en un sentido muy real es el producto de la actividad de varios organismos durante un período de tiempo.

Estas complicaciones significan, por supuesto, que la norma en su estado actual puede incluir aspectos que no sea posible atribuir a su autor original. Son parte de la norma debido a que son atribuibles al autor de una intervención posterior. Por ejemplo, típicamente, las sucesivas interpretaciones judiciales cambian o agregan al significado de las leyes. De manera similar, aunque atribuimos las creencias e intenciones a instituciones y empresas sobre la base de las creencias e intenciones de sus funcionarios, las funciones de atribución pueden en ocasiones autorizarnos a considerar que un organismo corporativo tiene una creencia o intención que ninguno de sus funcionarios ha manifestado. No es este el lugar para profundizar acerca de las normas de atribución invocadas cuando se habla de las intenciones o creencias de los estados, gobiernos, empresas, sindicatos, universidades, etc. Todo lo que se requiere para el propósito que nos ocupa es que la atribución se realice de manera restrictiva, lo que nos impide que atribuyamos a este organismo todas las consecuencias lógicas de sus creencias e intenciones. Las restricciones a todas las consecuencias previstas o previsibles son las más frecuentes en el derecho. Esto es suficiente para demostrar que la tesis de la incorporación no recibe sustento alguno por parte de las complejidades institucionales del derecho, ya que insiste en que éste incluye todas las consecuencias lógicas del derecho que surge de fuentes jurídicas.

Al oponerme a la tesis de la incorporación, no niego otras dos ideas que afirma D. Lyons en su más exhaustiva defensa de esta postura. En primer lugar, estoy de acuerdo con el autor en que los magistrados que infieren qué es lo que exige, por ejemplo, el debido proceso dentro de la Constitución de los Estados Unidos de América, están interpretando la Constitución. Lyons se equivoca, sin embargo, al pensar que de esto se desprende que están meramente aplicando el derecho tal como es (al menos si logran llegar a la respuesta correcta). La interpretación judicial puede ser tan creativa como la interpretación de Glen Gould de una sonata para piano de Beethoven. Es un error confundir la interpretación con la paráfrasis, o con cualquier otra forma de reproducir lo que en todo caso representa el objeto interpretado. En segundo lugar, Lyons está en lo correcto al pensar que el derecho no se trata so-

lamente de lo que está explícito en los textos dotados de autoridad. Las autoridades pueden guiar y dirigir por implicación, y de hecho lo hacen. Esto no significa, sin embargo, que impliquen todo lo que se encuentra implícito en lo que afirman, y, mucho menos, todo lo que resulta implícito al combinarlo con premisas verdaderas. Los límites de la imputación justificable de las órdenes no son más amplios, como he argumentado anteriormente, que los límites de las imputaciones de las creencias.

V. La tesis de las fuentes del derecho

La sección anterior establecía que no todas las consecuencias morales de una norma jurídica forman parte del derecho.²⁶⁵ Pero deja abierta la posibilidad de que algunas lo sean; de que algunas consecuencias morales de una norma jurídica puedan ser atribuibles al autor de la norma como representación de su intención o significado, y, por lo tanto, como parte del derecho. No presentaré la refutación de esta posibilidad. El propósito de la presente sección es más modesto; sostiene que la naturaleza autoritativa del derecho ofrece una razón para preferir la tesis de las fuentes del derecho. Deja abierta la posibilidad de que consideraciones adicionales conduzcan a una visión compleja del derecho, a mitad de camino entre la tesis de la incorporación y la de las fuentes del derecho.

Tracemos una distinción entre los supuestos explícitos del derecho que surge de fuentes jurídicas y sus implicaciones. Si una ley del país A establece que el impuesto a las ganancias se aplica a los ingresos percibidos en el exterior por un ciudadano de A, establece sólo implícitamente que tal impuesto se aplica a mí, dado que mi responsabilidad no está establecida por la ley sino que se infiere de ella (y de algunas otras premisas). De manera similar, si las ganancias percibidas en el exterior son imponibles a una tasa diferente de las ganancias locales, el hecho de que las ganancias procedentes de las exportaciones estén sujetas a las tasas locales está implícito, y no explícito. Se infiere, a partir de esta ley y de otras normas jurídicas acerca del emplazamiento de diversas transacciones.

Los dos ejemplos se diferencian en que la afirmación de que estoy sujeto a un impuesto con determinada tasa constituye un enunciado jurídico aplicado, que depende tanto de cuestiones de hecho como de derecho para su valor de verdad. La afirmación de que las ganancias provenientes de las exportaciones son imponibles de acuerdo con determinadas tasas constituye un enunciado jurídico puro, cuya verdad sólo depende del derecho (v.g. de actos legislativos, y otros vinculados a la creación de derecho). La tesis de las fuentes del derecho, tal como se la presentó al principio de este capítulo, es pasible de una interpretación restringida o de una amplia. La tesis restringida se refiere a las condiciones de verdad de los enunciados puramente jurídicos solamente. Los

enunciados puramente jurídicos son aquéllos que establecen el contenido del derecho, v.g. de las normas, principios, doctrinas judiciales, etc. La tesis amplia se ocupa de las condiciones de verdad de todos los enunciados jurídicos, incluyendo los aplicados. Su pretensión consiste en que la verdad o falsedad de los enunciados jurídicos dependen de hechos sociales que pueden establecerse sin recurso a argumentos morales.

El hecho de que el derecho tenga una pretensión de autoridad apoya la interpretación restringida de la tesis de las fuentes del derecho, ya que conduce a una concepción del derecho con un papel mediador entre las razones últimas y las decisiones y acciones de las personas. Para poder desempeñar este papel, el derecho debe ser una expresión del juicio de alguna persona o institución acerca de los méritos de las acciones que requiere, o al menos presentarse así. Por lo tanto, la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirla a una persona o institución relevante, como representación de su decisión y expresión de su juicio. Tal atribución no necesita hacerse sobre la base de que esto es lo que la persona o la institución ha manifestado explícitamente. Puede basarse en una implicación. Pero la atribución debe establecer que la opinión expresada en el supuesto enunciado corresponde a la institución jurídica relevante. Tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho. El argumento moral puede establecer qué es lo que las instituciones jurídicas deberían haber expresado o sostenido, pero no lo que en realidad expresaron o sostuvieron.

Hemos rastreado ya una fuente de resistencia frente a esta conclusión, representada por el supuesto de que si la atribución se realiza sobre bases fácticas, y no morales, debe tratarse de una cuestión no controvertida y fácilmente identificable que requiera como máximo la aplicación a hechos simples no controvertidos de un proceso de razonamiento que tenga el carácter de un algoritmo. El supuesto de que sólo las cuestiones morales pueden resistir un acuerdo o solución simples por medio de procedimientos algebraicos no tiene sostén alguno, y no lo comparto de ninguna manera. La idea de que la atribución de creencias e intenciones a su autor se basa en criterios fácticos solamente no se apoya en el falso supuesto de que tales atribuciones sean simples y no controvertidas. Una segunda fuente de resistencia, que también hemos señalado ya, es consecuencia de no tener en cuenta la mayor complejidad que implica la atribución de ideas o intenciones a instituciones complejas cuyas actividades se desarrollan a lo largo de grandes intervalos de tiempo, y la tendencia a pensar que en estos casos no hay nada más implicado de lo que se ve implicado en la atribución de creencias o intenciones a los individuos.

Pero existe una tercera dificultad con respecto a la idea que sostengo, a la cual nos referiremos ahora. Podríamos preguntarnos; si una autoridad prohíbe explícitamente, por ejemplo, la discriminación arbitraria, ¿no existen algunos casos que revelen las suficientes pruebas de discriminación arbitraria como para atribuir su prohibición a la autoridad? Habitualmente se ofrecen

dos consideraciones en apoyo de la idea de que estas razones son suficientes para determinar el contenido del derecho con respecto a estas cuestiones. Intentaré refutar esta idea demostrando que tales consideraciones son erróneas. En primer lugar se encuentra el supuesto de que la única idea alternativa sostiene que el derecho está determinado únicamente con respecto a casos que el legislador efectivamente previó y tenía en mente al momento de legislar. Aceptemos desde ahora que esto no es sólo falso sino que muy probablemente carezca de coherencia. En segundo lugar (y no es relevante que este punto pueda ser incompatible con el primero), en ocasiones se afirma que la única idea alternativa supone que el legislador tenía la intención de que su visión particular acerca de lo que constituye la discriminación arbitraria se convirtiera en derecho, incluso aunque fuera equivocada.

Supongamos que los redactores de la constitución hubiesen proscrito las penas crueles. Supongamos que estuviera fuera de duda que pensaban que los azotes no son crueles, y, finalmente, que de acuerdo con la realidad (o con la moral) sí lo sean. ¿Debemos suponer que la intención del legislador fue excluir a los azotes del alcance de la prohibición constitucional a los castigos crueles? ¿No sería correcto concebir que al establecer a la crueldad como el criterio de la legalidad, el legislador se proponía que su propio juicio se viera sujeto a esa pauta, de manera que, aunque creyeran que los azotes no son crueles, expresaron la idea de que de serlo deben considerarse ilegales?

Ambas ideas tienen un aspecto de *dejà vu*. Dependen del poco imaginativo supuesto de que el derecho está determinado por los pensamientos que realmente concibió el legislador al momento de su creación, o bien, de que debe incluir todas las implicaciones de tales pensamientos. Dado que es forzoso admitir, y lo admito, que no se da el primer supuesto, se supone que debe cumplirse el segundo. Esta es la estructura del argumento de Lyons con respecto a la tesis del contenido explícito. En su concepción, el derecho, o bien está confinado a su contenido explícito, o bien contiene todas sus implicaciones. Ya que Hart rechaza la segunda alternativa, Lyons lo obliga a aceptar la primera. Dado que este autor observa, como es evidente para cualquiera, que el primer supuesto es erróneo, adopta el segundo. Ambas consideraciones antes explicadas son variantes psicológicas de la dicotomía lingüística de Lyons. No contrastan al lenguaje real con sus implicaciones, sino a los pensamientos reales con las suyas.

La respuesta a ambos argumentos es la misma: la dicotomía es falsa. Existen otras posibilidades. En ocasiones conocemos a una persona que, por ejemplo, no sería tan indiferente a ciertas formas de abuso psicológico si supiera que son crueles. En otros momentos sabemos que si una persona estuviera convencida de que son crueles, encontraría otra manera de justificarlas. Llegaría a creer que la crueldad está justificada en ciertos casos. Al atribuir estas ideas a las personas, no estamos sosteniendo ni uno ni otro de estos métodos inaceptables. Naturalmente es a menudo imposible imputar una idea

como esta a un individuo. La pregunta acerca de si éste hubiera mantenido su intención de prohibir el castigo cruel si hubiese sabido que la pena capital es cruel (suponiendo por el momento que lo es) no admite ninguna respuesta.

Además, y esto es algo que a menudo se pasa por alto, la tesis de las fuentes del derecho por sí misma no dicta norma de interpretación alguna. Resulta compatible con varias. Es compatible, por ejemplo, con la afirmación de que, si es sabido que los legisladores prohibieron los castigos crueles sólo en tanto consideraban que los azotes no lo eran, el derecho no prohíbe por lo tanto los azotes. También es compatible con la norma de que el derecho está confinado en tales casos a la intención expresada por el legislador. Esta consiste en prohibir las penas crueles. Dado que, según esta regla de interpretación, no puede atribuirse una intención más específica al legislador, el derecho otorga a los tribunales la discreción de prohibir las penas que consideren crueles (esto refleja la falta de especificidad en el derecho) y los compele a prohibir aquéllos que son crueles.²⁶⁶ Cuál de estas interpretaciones, o de la cantidad de alternativas, resulta correcta varía de un sistema jurídico a otro. Es una cuestión que concierne a sus propias normas de interpretación. Una posibilidad es que no tengan ninguna aplicable; que la cuestión no esté resuelta en algunos sistemas jurídicos. El único punto que resulta esencial para la tesis de las fuentes del derecho radica en que el carácter de las reglas de interpretación que prevalecen en cualquier sistema jurídico —v.g. el carácter de las reglas que se aplican para la imputación de intenciones e instrucciones a las autoridades legales— sea una cuestión de hecho y no un tema moral. Se trata de una cuestión de hecho debido a que debe sostener conclusiones del tipo: «que resulte efectivamente la idea sostenida por estas instituciones acerca de los temas morales en cuestión».

Deben hacerse dos consideraciones más para evitar una interpretación errónea. En primer lugar, nada de lo anterior concierne a lo que los jueces deberían hacer, a cómo deberían decidir los casos. Se trata del tema de la naturaleza y los límites del derecho. Si el argumento que se adelanta aquí es razonable, esto implica que la función de los tribunales de aplicar y hacer respetar las leyes coexiste con otras. Una de ellas es la de resolver controversias con fuerza de autoridad, esté o no su solución determinada por el derecho. Otra función adicional que tienen los tribunales consiste en la supervisión de la operación del derecho, y la revisión de sus lagunas cuando fuera necesario. En algunos sistemas jurídicos, se les asignan roles adicionales que pueden tener gran importancia. Por ejemplo, los tribunales pueden ser los custodios de la libertad de expresión: un órgano de control a cargo tanto del establecimiento de normas para la protección de la libertad de expresión como de la decisión de las controversias que surjan a partir de su aplicación.

En segundo lugar, puede objetarse que el fundamento en el papel mediador de la autoridad se transforma en una frase carente de significado cuando se trata de normas jurídicas que han evolucionado a través de la actividad de

diversas partes a lo largo de un extenso período de tiempo. El hecho de que apoyemos implícita o explícitamente normas de atribución que aprueben la referencia a la intención del derecho, a pesar de que la intención no haya existido nunca en la mente de una persona, no sostiene el argumento del papel mediador del derecho. Simplemente demuestra que se trata de una cáscara vacía y formalista. Esta objeción, como algunas de las anteriores, parece traicionar cierta impaciencia con respecto a las complejidades y las imperfecciones del mundo. Cada atribución de intención que se hace al derecho se basa en la atribución de una intención real a una persona real dotada de autoridad o que ejerce influencia sobre la autoridad. Tal intención puede bien referirse a modificaciones o aspectos menores de la norma. Si la intención del derecho con respecto a una norma como un todo se aparta de la de un individuo en particular, esto se debe a que constituye una función de las intenciones de una multitud. Sea como fuera, la idea propuesta aquí destaca en tales circunstancias la manera indirecta y compleja en la que el derecho ha cumplido su papel como mediador.

Todos los argumentos presentados hasta el momento se refieren a la tesis de las fuentes del derecho en sentido restringido. Nada se ha expresado acerca de su aplicación a los enunciados jurídicos aplicados. Tiendo a considerar que se aplica a éstos también, dado que se trata de enunciados jurídicos cuyo valor de verdad depende de hechos contingentes, al igual que del derecho. Si suponemos que los hechos contingentes no pueden ser hechos morales, la tesis de las fuentes del derecho también se aplica a este caso. Es decir, que lo que se requiere es el supuesto de que lo que hace que sea contingentemente verdadero que una persona haya actuado de forma justa en una ocasión en particular no constituye una norma de equidad, que no puede ser contingente, sino el «hecho en bruto» de que realizó una determinada acción que puede describirse en términos neutrales con respecto a su valor. Si tal supuesto resulta sostenible en todos los casos, la tesis de las fuentes del derecho justifica que los enunciados jurídicos aplicados se consideren igualmente.

Las consideraciones que se esbozaron anteriormente despejan algunas de las concepciones erróneas que rodean a la tesis de las fuentes del derecho. En primer lugar, no se compromete con la idea de que todo el derecho es explícito.²⁶⁷ Mucho de lo que no se encuentra explícitamente reconocido en las fuentes del derecho resulta, sin embargo, jurídicamente obligatorio. En segundo lugar, la tesis de las fuentes del derecho no se apoya en el supuesto de que el derecho no pueda ser controvertido. Tampoco implica tal conclusión. Su pretensión de que la existencia y contenido del derecho es una cuestión de hecho social que puede establecerse sin recurrir a argumentos morales no presupone ni implica la falsa proposición de que todas las cuestiones de hecho son no controvertidas, ni la idea igualmente falsa de que todas las proposiciones morales son controvertidas. La tesis de las fuentes del derecho se basa en el papel mediador del derecho. Es verdad que el derecho fracasa en tal función en el

caso de que no sea, en general, más fácil de establecer y menos controvertido que las consideraciones subyacentes que refleja. Pero esta generalización es exagerada y distorsionada cuando se convierte en los dogmas universales y conceptuales de la tesis del contenido explícito o la de la ausencia de controversia.

La tesis de las fuentes del derecho nos conduce a la conclusión de que los tribunales a menudo ejercitan su discrecionalidad y participan en el proceso de creación del derecho. Así lo hacen cuando sus sentencias son obligatorias para los tribunales inferiores (incluso aunque la sentencia pueda ser modificada o revocada en condiciones restrictivas), y cuando sus decisiones no reflejan simplemente la jurisprudencia vinculante preexistente. Afirmar esto no equivale a decir, sin embargo, que los tribunales, al ejercitar su discreción, deban actuar sobre la base de sus ideas personales acerca de cómo debería funcionar idealmente el mundo, ni que lo hagan. Esto sería una completa locura. Naturalmente, los jueces actúan basándose en sus ideas personales; de otra manera serían insinceros. (Si bien el hecho de que se trate de sus ideas no es la razón por la que se basan en ellas. La razón consiste en que tales proposiciones son verdaderas o razonables, cualquiera sea el motivo que justifique esto). Pero los jueces no deben olvidar que no son dictadores que puedan dar forma al mundo de acuerdo con su propia imagen de la sociedad ideal. Deben tener en cuenta que sus sentencias tienen vigencia en la sociedad tal como es, y que las razones morales y económicas a las que recurren no deben establecer cuál sería la decisión justa o la mejor en un mundo ideal, sino cuál es ésta dadas las circunstancias reales.

Finalmente, la tesis de las fuentes del derecho no presupone una posición ética no naturalista. Aunque un hecho social determinado implique ciertas consecuencias morales, puede sin embargo ser una fuente del derecho. Será una fuente de derecho en tanto hecho social, tal cual es, y no una fuente de derechos y obligaciones morales. Será una fuente del derecho según su descripción naturalista y no su descripción moral.²⁶⁸

VI. El papel de los valores en la teoría del derecho

Según R. M. Dworkin, los positivistas suscriben al modelo normativo debido a una teoría política acerca de la función del derecho, que, para ellos, consiste en «suministrar un conjunto público y confiable de normas establecidas para las conductas privada y pública, normas cuya fuerza obligatoria no puede ser cuestionada por la concepción de un funcionario individual acerca de la política o la moral».²⁶⁹ El argumento del presente artículo demuestra que algo similar a la descripción de Dworkin se aplica a mi argumento. Pero nótese que su comentario sugiere que los positivistas jurídicos sostienen las tesis de la ausencia de controversia y de los contenidos explícitos, que no com-

parto. Además, puede llevar a error considerar que la tesis y el argumento que se explican son morales. El argumento es efectivamente evaluativo, pero en el sentido de que cualquier buena teoría de la sociedad se basa en consideraciones evaluativas, en tanto su éxito radica en señalar las estructuras y procesos sociales importantes, y todo juicio acerca de la importancia es evaluativo.²⁷⁰

Permítanme ofrecer un ejemplo de la diferencia entre mi concepción del papel de la evaluación en la explicación de la naturaleza del derecho y la de Dworkin, a través de la consideración de una objeción central a la tesis de las fuentes del derecho. Algunas personas tienen una objeción, no contra la atribución de intención a quienes legislan o interpretan el derecho en sí, sino al presupuesto de la tesis de las fuentes del derecho de que en todos los casos en que nos enfrentamos con legislación válida, también es posible encontrar una intención subyacente. ¿Esto se da en la realidad? ¿Acaso ignoramos que en ocasiones los legisladores votan sin tener idea, y con la única intención de volver a sus hogares lo más pronto posible? La respuesta adecuada a esta pregunta, y otras relacionadas, debe esperar aún la aparición de un tratamiento completo de la interpretación y del papel de la intención dentro de este contexto. Una breve indicación acerca de la dirección en la que debe buscarse la respuesta tendrá que bastarnos.

Comencemos por considerar la idea que rechaza la importancia de la intención del legislador en nuestra comprensión del derecho. A la pregunta de por qué deberíamos asignar importancia alguna a un texto particular en tanto jurídicamente obligatorio, esta posición responde que es debido a que fue concebido a través del proceso constitucional correcto. A la pregunta de cómo debería interpretarse el texto, además de por referencia a las intenciones del legislador o de aquéllos cuya acción mantiene su vigencia como derecho, la respuesta se referiría a las convenciones de interpretación existentes, que no necesitan referirse a la intención de nadie. No hay nada incorrecto en estas respuestas, simplemente plantean nuevas preguntas. ¿Porqué la aprobación de determinado texto conforme tales procedimientos le otorga una condición jurídica especial? ¿Se trata de alguna forma de magia o fetichismo?

El proceso constitucional representa una manera de otorgar fuerza vinculante a un texto debido a que se trata de un proceso diseñado para permitir que quienes ostentan la autoridad expresen sus ideas acerca de la manera en que deben comportarse las personas, de forma que se vuelvan obligatorias. El hecho que se trate de ese procedimiento, y no de cualquier ritual seleccionado arbitrariamente, forma parte de lo que lo convierte en un proceso legal. El proceso legislativo incluye reglas de interpretación convencionales. Un cambio en las reglas de interpretación dentro de un sistema jurídico modifica al derecho. Consideremos el sencillo ejemplo de un cambio en la interpretación del término «persona», que de referirse únicamente a los seres humanos pasara a incluir también al feto. Los legisladores no necesariamente tenían otra intención sino que el proyecto de ley se transformara en derecho vigente con el

significado que le atribuían las reglas de interpretación de su país. Negar esa intención equivale a negar que saben lo que están haciendo cuando aprueban una ley.

¿Cómo podemos defender esta sucinta réplica a la objeción? Se refiere a las concepciones evaluativas acerca de lo que resulta significativo e importante en las instituciones sociales centrales, v.g. las instituciones jurídicas. Pero al afirmar que estos rasgos son importantes, no se los está recomendando como buenos. Su importancia puede ser aceptada por anarquistas que rechazan cualquier posibilidad de legitimidad para tales instituciones. Todo lo que afirmamos es que resultan centrales para nuestra experiencia social con respecto a instituciones que expresan lo que declaran como su juicio colectivo y vinculante acerca de la sociedad, con respecto a la manera en que las personas deberían comportarse. Dada la relevancia capital de esta característica, se justifica interpretar de la manera que hemos descrito a la acción de los legisladores que están apurados por irse a su casa, y que votan sin prestar atención a lo que están aprobando. En primer lugar, aunque este es un juicio evaluativo, no es un juicio acerca de los méritos morales de algo. En segundo lugar, su aplicación depende del hecho de que la percepción de la importancia de la característica en la que nos concentramos es compartida dentro de nuestra sociedad; que, entre otros, la comparten los legisladores mismos.

El concepto de derecho forma parte de nuestra cultura y de nuestras tradiciones culturales. Tiene un papel fundamental en la manera en que las personas comunes, tanto como los juristas, entienden sus propias acciones y las de otras personas. Forma parte de la manera en que «conceptúan» a la realidad social. Pero la cultura y la tradición de las cuales forma parte el concepto no le otorgan ni contornos claramente definidos ni un eje directamente identificable. Diversas ideas, en ocasiones contradictorias, se revelan en ellas. Queda a la teoría del derecho el seleccionar aquéllas que resultan fundamentales y significativas para la manera en que el concepto aparece en la concepción de la sociedad que sostienen las personas, a fin de elaborarlas y explicarlas.

La teoría del derecho contribuye en este aspecto a una mejor comprensión de la sociedad. Pero sería incorrecto llegar a la conclusión, como lo hace D. Lyons,²⁷¹ de que el éxito de un análisis del concepto del derecho se juzga de acuerdo con su utilidad sociológica teórica. Hacerlo es ignorar el hecho de que, a diferencia de los conceptos tales como «masa» y «electrón», «la ley» es un concepto utilizado por las personas para comprenderse a sí mismas. No estamos libres de elegir cualquier concepto que nos resulte útil. Una importante tarea de la teoría del derecho consiste en lograr profundizar nuestra comprensión de la sociedad, al ayudarnos a comprender la manera en que las personas se entienden a sí mismas.

Para esto, efectivamente, recurre al juicio evaluativo, ya que este tipo de juicio es ineludible cuando se intenta determinar qué resulta relevante y significativo en la comprensión común del concepto de derecho. En este capítu-

lo afirmo que uno de tales rasgos es la pretensión de autoridad del derecho, y el papel mediador que implica. La significación de esta característica surge, tanto en su carácter distintivo como un método de organización social, como en su aspecto moral distintivo, que hace que consideraciones especiales influyan en la determinación de la actitud moral correcta hacia las instituciones dotadas de autoridad. Esta es una idea que no han tenido en cuenta aquéllos que consideran al derecho como una situación equivalente a un pistolero con un *writ large*,* y quienes, al señalar la estrecha conexión entre el derecho y la moral, suponen una vinculación que es inconsistente con él.

* En el derecho inglés, un *writ* es un auto o mandamiento, especialmente decretado por un tribunal, una corte o una autoridad con competencias jurídicas. [N.d.T.]