

Acerca del alcance de la exclusión de las razones razianas

On the Scope of the Exclusion of Razian Reasons

J.J. Moreso*

*The awful daring of a moment's surrender
Which an age of prudence can never retract.*

T.S. Eliot (1922)

Resumen: El artículo está dedicado a tratar de mostrar la originalidad, profundidad y clarividencia de la concepción de Joseph Raz, en especial su idea de que las normas jurídicas nos proporcionan razones protegidas para actuar, es decir, razones de primer orden para comportarnos como ellas prescriben y razones de segundo orden, razones excluyentes, para no actuar por las razones en contra de lo prescrito. En segundo lugar, tratará de mostrar algunos aspectos que me plantean dudas, en especial acerca del alcance de dichas razones excluyentes. Y ello de dos modos: por un lado, en qué sentido y con qué límites las normas jurídicas suministran razones excluyentes para los órganos de aplicación del derecho, en especial para los jueces; por otro lado, cómo y hasta qué punto las normas jurídicas proveen a los ciudadanos de razones excluyentes. De este modo, se trata de mostrar también algunas de las dificultades que la concepción raziana encuentra.

Abstract: The article is devoted to trying to show the originality, depth and farsightedness of Joseph Raz's conception, especially his idea that legal norms provide us with protected reasons to act, i.e., first-order reasons to behave as they prescribe and second-order reasons, exclusionary reasons, not to act for the reasons against what they prescribe. Secondly, it will try to show some aspects that raise doubts in my mind, especially about the scope of these exclusionary reasons. And this in two ways: on the one hand, in what sense and with what limits the legal norms provide exclusionary reasons for the organs of application of the law, especially for judges; on the other hand, how and to what extent the legal norms provide citizens with exclusionary reasons. In this way, the aim is also to show some of the difficulties encountered by the Razian conception.

Palabras clave: Joseph Raz, razones protegidas, el alcance de las razones excluyentes, razonamiento jurídico.

Key words: Joseph Raz, protected reasons, the scope of exclusionary reasons, legal reasoning.

Fecha de recepción: 27-11-2022

Fecha de aceptación: 2-12-2022

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España) | email: josejuan.moreso@upf.edu | <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X> | Deseo agradecer los comentarios que me hizo Diego Papayannis a una versión previa de este trabajo. Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-100 y por la Generalitat de Catalunya, 2017, SGR 00823.

1. Introducción

En la réplica a las intervenciones en un simposio dedicado a su obra a finales de los ochenta del siglo pasado, Joseph Raz (1989, 155) decía lo siguiente:

Nuestra comprensión del derecho es enormemente defectuosa si no incluye y se basa en una concepción sólida del lugar del derecho en el razonamiento práctico. El primer precepto de la teoría del derecho es que el derecho tiene naturaleza práctica, que su función esencial es representar un papel en el razonamiento de sus destinatarios acerca de lo que deben hacer.

Pues bien, la concepción de Raz acerca de las razones que el derecho nos proporciona y cómo se incorporan al razonamiento práctico de sus destinatarios se cuenta entre aquello que hay de más original y perdurable en su descomunal contribución a la filosofía jurídica, moral y política. Recuerdo ahora que, en Oxford en 1995, en una estancia mía postdoctoral en dicha universidad por él supervisada, le pregunté cómo combinaba su dedicación a la teoría jurídica con su dedicación a la filosofía moral y política y me dijo que, aunque eran dos ámbitos que comenzaban en puntos de partida diferentes, al final tendían a converger. Y es cierto que, en su obra, dicha convergencia es diáfana.

Esta contribución está dedicada a tratar de mostrar la originalidad, profundidad y clarividencia de su concepción, en especial su idea de que las normas jurídicas nos proporcionan razones *protegidas* para actuar, es decir, razones de primer orden para comportarnos como ellas prescriben y razones de segundo orden, *razones excluyentes*, para no actuar por las razones en contra de lo prescrito. En segundo lugar, tratará de mostrar algunos aspectos que me plantean dudas, en especial acerca del *alcance* de dichas razones excluyentes. Y ello de dos modos: por un lado, en qué sentido y con qué límites las normas jurídicas suministran razones excluyentes para los órganos de aplicación del derecho, en especial para los jueces; por otro lado, cómo y hasta qué punto las normas jurídicas proveen a los ciudadanos de razones excluyentes.

Confío que, de este modo, contribuiré a iluminar los indiscutibles méritos que su posición alberga y, confió en que tal vez también, señalar algunos de sus límites.

2. Razones, autoridades y fuentes

Presentaré de modo muy sumario las ideas de Raz acerca de cómo funciona el razonamiento jurídico, ya que se trata de ideas muy conocidas.¹

Raz presenta sus ideas como una crítica al punto de vista común, a la concepción ortodoxa podemos decir, de las razones para la acción. Cuando, por

¹ Las ideas de Raz se hallan en, por ejemplo, Raz (1975, 1979, 1986, 1989, 1990, 1994, 2004, 2009, 2021).

ejemplo, yo me pregunto si debo dedicar esta tarde a terminar este artículo o a visitar a un amigo o a irme al cine o bien me pregunto qué porcentaje de mi compra de la mañana del sábado debo añadir como mi contribución a la recogida para el banco de alimentos, es usual considerar que la estructura de mi razonamiento se articula asignando determinado peso a las diversas alternativas, con arreglo a las razones que las soportan, y decidir a favor de aquel curso de acción que cuenta con las razones de mayor fuerza, más poderosas, con las razones que decantan la cuestión en un sentido determinado. Podemos llamarlo *el modelo del balance o la ponderación de razones*². Raz lo formula del siguiente modo (1975, 36):

P1. Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones.³

Raz, sin embargo, considera que este es un principio incompleto para dar cuenta de nuestros razonamientos prácticos. Por ejemplo, si prometo a mi hija llevarla a un concierto de Kathia Buniatishvili, entonces mi promesa es una razón de primer orden para llevarla y, también, es una *razón excluyente*, de segundo orden, para no actuar por otras razones distintas al contenido de la promesa. Si el día del concierto, me apetece más ir a jugar al pádel con unos amigos, esa razón no ha de ser balanceada con la razón de ir al concierto, porque dicha razón está *excluida* por mi promesa. Es decir, las razones están estructuradas en diversos niveles. Y eso nos lleva a otro principio del razonamiento práctico (Raz 1975, 40):

P2. No se debe actuar sobre el balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada.

Si P2 es válido, como Raz argumenta, entonces P1 debe, obviamente, ser revisado. La introducción de las razones excluyentes comporta que las razones pueden ser desplazadas de dos modos, pueden ser superadas por otras razones de primer orden o bien pueden ser excluidas por las razones excluyentes de segundo orden. Eso comporta, según su punto de vista, que P1 debe ser sustituido por otro principio (Raz 1975, 40):

P3. Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada.

Esta idea de las razones es aplicada por Raz con gran perspicuidad a las razones provistas por las normas jurídicas dictadas por las autoridades. Dichas normas proporcionan razones *protegidas* para actuar, razones para comportarnos como la norma prescribe y razones que excluyen al menos

² Raz en varios lugares (por ejemplo 1975, 36 nota, 1979, 3 nota 1) se refiere a Davidson (1969).

³ Uso las formulaciones cómo aparecen en la traducción al español de Juan Ruiz Manero (Raz 1991).

algunas de las otras consideraciones para actuar.⁴ De este modo, es posible sostener que el derecho pretende *autoridad*, pretende que las normas obligan de manera perentoria. Cuando dicha autoridad es legítima -y lo es cuando reúne los requisitos de la doctrina que llamó la *autoridad como servicio*- entonces sus normas reflejan las razones subyacentes que tenemos para actuar y consiguen su cometido. Este es el modo en el que Raz vindica el *positivismo jurídico*, para que las normas puedan ejercer su función como razones protegidas su identificación deber ser posible atendiendo solo a sus fuentes sociales, sin recurrir a la argumentación moral.

Entonces como venía diciendo, con arreglo a la concepción de Joseph Raz (Raz 1975), las normas jurídicas son razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente que desplazan otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio* (Raz 1986, caps. 2-4, Raz 1994: cap. 10), según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

Esto es, las autoridades jurídicas son autoridades prácticas y es un rasgo necesario de la naturaleza del derecho la pretensión de autoridad. Hay que admitir que no todas las autoridades jurídicas tienen legitimidad; sin embargo, todas las autoridades *de facto* pretenden poseer autoridad legítima. Y, según Raz (1994: 214) las tesis que caracterizan a la autoridad legítima son las tres siguientes:

1) *La tesis de la dependencia*: Todas las directivas dotadas de autoridad han de basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de aquellas directivas y que se sostienen en las circunstancias cubiertas por las directivas. Las llamaré *razones dependientes*.

2) *La tesis de la justificación normal*: El modo normal y primario de establecer que una persona debe ser reconocida como teniendo autoridad sobre otra persona es que probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas de las presuntas directivas dotadas de autoridad) si acepta las directivas de la presunta autoridad como obligatorias autoritativamente e intenta seguirlas, que si intenta seguir las razones que se le aplican directamente.

3) *La tesis del reemplazo (The Preemption Thesis)*: El hecho de que una autoridad requiere realizar una acción es una razón para su realización que no

⁴ Raz usa en algunas ocasiones, después de la publicación de Raz (1975), la expresión 'razones protegidas' para referirse a esta doble dimensión de las razones suministradas por las autoridades, así (Raz 1979, 18; 1990, 191).

se añade al resto de razones relevantes cuando se evalúa qué hacer, sino que las reemplaza.

Entonces, por un lado, la fuerza obligatoria del derecho -en el caso que las autoridades jurídicas sean legítimas- deriva de estos hechos normativos robustos, de naturaleza moral, que legitiman la autoridad. Que estos hechos son normativamente robustos es sostenido por Raz, por ejemplo, del siguiente modo (Raz 2009: 189):⁵

Todo lo que estoy diciendo es que, cuando asumimos que un sistema jurídico es legítimo y obligatorio, que impone los deberes que pretende imponer -y procederé en esta presentación asumiendo que los sistemas jurídicos que estamos considerando disfrutan de dicha legitimidad-, en tales casos no podemos separar el derecho de la moralidad como dos puntos de vista normativos independientes, porque el jurídico deriva la validez que tiene de la moralidad.

Por otro lado, para que el derecho, con arreglo a su naturaleza, cumpla su función, éste debe identificarse sin recurrir a consideraciones morales, porque cuando se recurre a ellas nos vemos compelidos a analizar todas las razones y a ponderarlas y, por dicha razón, el derecho pierde su carácter de reemplazo, entonces las directivas ya no están protegidas, ya no son razones *excluyentes*.

Es más, y constituye una razón de peso para atribuir a Raz la tesis de la dependencia metafísica del derecho de la moralidad: cuando Raz se refiere a la cuestión de la aplicación del derecho sostiene (Raz 1994: cap. 9, 193):

Una teoría de la aplicación del derecho es una teoría moral. Se refiere a todas las consideraciones que afectan el razonamiento de los tribunales, las jurídicas y las no jurídicas. Al pronunciarse acerca de qué consideraciones extrajurídicas tienen fuerza y cuánto peso debe dárseles, se compromete con el argumento moral. Cuando la doctrina de la

⁵ Tal vez la literatura actual sobre *grounding* pueda ayudar a explicar cómo las obligaciones jurídicas que surgen de normas dictadas por autoridades legítimas dependen en último término de razones morales robustas. Una conjetura que se halla en Plunkett (2019: 119-122; 125-130), en donde argumenta -siguiendo las ideas sobre *grounding* de autores como Bennet (2011) y de Rosset (2013)- que si los hechos B fundan los hechos C, y los hechos A fundan el hecho de que los hechos B fundan los hechos C, entonces los hechos A también fundan los hechos C. Con esta posición -que no está exenta de controversia, vd. Dasgupta (2014)- sugiere que, tal vez, Raz debe ser comprendido en el sentido de que los hechos normativamente robustos fundan el hecho que funda que sólo los hechos sociales fundan los hechos del contenido del derecho, un fundamento de tercer nivel. Recientemente, sin embargo, Monti (2022) ha argüido que la relación entre los hechos morales y los hechos jurídicos no es de *grounding*, sino de *enabling*, es decir, los hechos morales *habilitan* los hechos jurídicos como constituyentes de obligaciones prácticas, pero no *fundan* su contenido. Dicho interesante argumento no puede, desafortunadamente, ser analizado aquí.

naturaleza del derecho es identificada con la teoría de la adjudicación, deviene en sí misma una teoría moral.

¿Cómo es posible que una teoría del derecho sea aceptable sólo si los criterios para la identificación del contenido del derecho no remiten a consideraciones morales y que la teoría de la aplicación del derecho sea, a su vez, una parte de la teoría moral? Bien lo que Raz (1994, cap. 14: 310-324; 2004) sugiere es que hay que distinguir entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. Otra vez, y de nuevo, Raz asiente a la idea de que, desde el punto de vista de la aplicación, el derecho modifica nuestras razones para la acción conforme al *impacto moral* de sus directivas, es decir, las directivas jurídicas sólo generan directamente razones para la acción cuando son emitidas por autoridades legítimas que, en dichas circunstancias, consiguen que sus directivas se comporten como razones excluyentes.

De la concepción raziana de las razones provistas por el derecho y de su concepción de la autoridad se deriva su tesis sobre las fuentes sociales del derecho, que caracteriza lo que se denomina *positivismo jurídico excluyente* (Raz 1979, 39-40):

Una teoría del derecho es aceptable solo si sus criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos del comportamiento humano capaces de ser descritos en términos valorativamente neutros, y aplicados sin recurrir al argumento moral.

3. La grieta generada por el alcance de las razones excluyentes

La noción de razón excluyente ha generado un gran debate que sigue todavía abierto.⁶ Aquí, sin embargo, sólo me referiré a un problema que reputo crucial de la concepción raziana de las razones. Raz reconoce en diversos lugares que las razones excluyentes pueden excluir, en algunos casos, no todas sino sólo algunas de las razones de primer orden. Pero, entonces, ¿cómo se determina el *alcance* de las razones excluyentes? Algunos autores percibieron aquí un problema muy tempranamente (Gans 1986, Bayón 1991). En concreto, Bayón señalaba (1991, 502 nota 366):

Esta noción de ‘alcance’ de las razones excluyentes me parece de la máxima importancia, sobre todo en la medida en que [...] representa una grieta en la construcción de Raz por la que puede penetrar una argumentación dirigida a su impugnación global. Me parece especialmente significativo que Raz no aclare nunca explícitamente cómo

⁶ Por ejemplo, Gans (1986), Regan (1989), Moore (1989), Alexander (1990) y más recientemente Mian (2001), Gur (2018), Adams (2021). Entre nosotros, Bayón (1991), Redondo (1996), Ródenas (1996).

se determina el mayor o menor alcance de una razón excluyente: refiriéndose a las normas -que, como sabemos, son para Raz razones excluyentes- sostiene que si bien 'la presencia de una norma no zanja automáticamente los problemas prácticos' porque 'puede haber otras razones en conflicto no excluidas por la norma' (es decir, que quedan fuera de su alcance en tanto que razón excluyente), a pesar de ello puede afirmarse que 'por lo general la presencia de una norma resulta decisiva' puesto que las razones en conflicto 'en la mayor parte de los casos resultan excluidas' (Raz 1975, 79); pero sin una explicación de qué es lo que determina el alcance de las razones excluyentes, estas afirmaciones carecen por completo de fundamentación.

Por otro lado, como argumenta más recientemente Gur (2018, 55), refiriéndose a Gans (1986, 389-390) precisamente, las razones que resulten excluidas, que caen en el alcance de las razones excluyentes, no pueden depender del peso que dichas razones tengan, porque esto abriría de nuevo la deliberación sobre las razones de primer orden. Como bien dice Gur: 'el peso de las razones es la única cosa de la cual el alcance de la exclusión no puede depender'.⁷

Entonces el problema es el siguiente: las normas jurídicas nos proveen con razones excluyentes para actuar cuando reflejan, con arreglo a la tesis de la dependencia, las razones *subyacentes* que los destinatarios de las normas tienen para comportarse de dicho modo⁸ y, de acuerdo con la tesis de la justificación normal, si probablemente seguir lo establecido por las normas se conformará mejor con dichas razones subyacentes que seguir mi propio juicio, entonces dichas razones se comportarán como razones *reemplazantes* en el razonamiento de sus destinatarios, conforme a la tesis tercera de la autoridad, la tesis del reemplazo.⁹ Ahora bien, la función de reemplazo de las razones no es absoluta. Raz reconoce que dichas razones excluyen únicamente, en algunas situaciones, algunas de las razones subyacentes. Pongamos un caso simple: el deber jurídico que tengo de detener mi auto frente a un semáforo en rojo se funda en el hecho de que la regulación del tráfico mediante semáforos mejora la seguridad y preserva la integridad física de los conductores y de los peatones. Ahora bien, cuando me hallo ante un semáforo en rojo las razones para no detenerme, para seguir la marcha porque, por ejemplo, no me parece que haya peligro para nadie, son razones excluidas. Sin embargo, tal vez no todas las razones resultan

⁷ Los capítulos 3 y 4 de Gur (2018) me han sido de gran utilidad, en especial el cuarto dedicado precisamente al alcance de las razones excluyentes.

⁸ En algunas ocasiones Raz denomina estas razones *dependientes* de este modo 'underlying reasons', por ejemplo Raz (1989, 1161, 1162); en su última contribución (Raz 2021) las denomina 'base reasons'.

⁹ Raz aclara (1986, 47) que la tesis de la dependencia no establece que las razones de las normas de las autoridades siempre reflejan las razones subyacentes, sino que *deben* reflejarlas. Es más, no sostiene que las directivas de las autoridades sólo son obligatorias cuando reflejan dichas razones subyacentes, también lo son cuando yerran y no alcanzan a reflejar dichas razones, per cumplen con la tesis de la justificación normal.

excluidas, si llevo en el auto a una mujer embarazada, a punto de dar a luz, entonces tal vez este supuesto no cae en el alcance de la norma que obliga a detenerse frente a un semáforo en rojo.

Si esto es así, necesitamos disponer de un criterio claro para delimitar el alcance de las razones excluyentes, el conjunto de razones subyacentes que desplazan y a las que sustituyen. Es más, necesitamos un criterio que sea independiente del recurso al balance o ponderación de las razones de primer orden, porque si no fuese así no se habría mostrado que no siempre debemos realizar un balance de las razones de primer orden, de las razones subyacentes.

En las dos siguientes secciones voy a tratar de mostrar que Raz no alcanza a suministrarnos dicho criterio o, mejor, que los criterios que propone siempre necesitan para ser aplicados del recurso a las razones subyacentes, regresando de dicho modo al modelo del balance. La siguiente sección, la cuarta, estará dedicada a si las normas jurídicas suministran *razones protegidas* para los aplicadores del derecho, simplificando, para los jueces. En la quinta sección voy a preguntarme si ofrecen dichas razones para los ciudadanos en general.

4. La teoría raziana de la adjudicación: *Even Judges are human*

Como ya hemos visto, para Raz la teoría de la aplicación del derecho es parte de la teoría moral. Y la pregunta clave para Raz no es cómo la moralidad se introduce en el razonamiento jurídico de los jueces, sino más bien cómo el derecho se introduce en el razonamiento moral de los jueces. Como él dice (Raz 2004, 2) ‘incluso los jueces son humanos’.

Podría pensarse que el modo en que las normas jurídicas se introducen en el razonamiento judicial es el modo de las razones reemplazantes, es decir, las normas jurídicas bloquean el acceso a las razones subyacentes y, de este modo, justifican que el razonamiento moral de los jueces sea opaco a ellas. Pero esta no es, sin muchas matizaciones, la posición de Raz.

Para Raz, cuando el derecho usa consideraciones morales entonces remite a la discreción de los jueces. Por ejemplo (Raz 1979, 75): ‘en virtud de la tesis de las fuentes los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales’.

Veámoslo con dos supuestos de la literatura raziana: el primero está referido a la aplicación de los *precedentes* por parte de los jueces en el ámbito del Common Law, el segundo al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes presente en muchos sistemas jurídicos, como bien sabemos.

Respecto del primero, Raz (1979, cap. 10) sostiene que los jueces, en el ámbito del Common Law, cuando aplican los precedentes, en virtud de las actividades de *distinguishing* y *overruling* tienen respectivamente la función de

modificar y crear nuevo derecho. Raz dice (1979, 191), por ejemplo: 'Distinguishing y overruling son las dos clases de poderes para cambiar el common law existente del que los tribunales disponen'.

Respecto del segundo, Raz (2004, 13) sostiene lo siguiente:

La revisión judicial no sólo produce el bloqueo de la exclusión o modificación de las consideraciones morales constitucionalmente protegidas aplicables mediante la legislación; adicionalmente al conferir a los tribunales poderes para aplicar tal bloqueo, les otorga, cuando aplican el derecho de modo de hacer compatible la legislación con las consideraciones morales constitucionalmente protegidas, el poder de modificar la aplicación de aquellas consideraciones morales mismas. De este modo el segundo uso de la llamada incorporación de la moralidad en el derecho es distribuir los poderes en las instituciones de creación del derecho.

No obstante, ¿pueden realizar esta actividad los jueces sin recurrir a las razones subyacentes? Parece difícil. Y lo parece porque, por ejemplo, para saber si en un caso nuevo concreto es necesario realizar una nueva distinción, considerar *relevante* una nueva propiedad, que el precedente a seguir no la consideraba, es preciso acudir a las razones que subyacen al hecho de tener el precedente del que disponemos. Veámoslo con un supuesto referido a la *judicial review*: para averiguar si quemar la bandera española, un delito de ultraje conforme al art. 543 del código penal,¹⁰ vulnera la libertad de expresión constitucionalmente reconocida en el art. 20.1a) de la Constitución española, parece que es preciso acudir a las razones subyacentes que fundan el conceder dicho derecho, y no podemos delimitar el alcance de las razones excluidas por el código penal sin ponderarlas con lo establecido por la Constitución.

Lo que se agrava cuando caemos en la cuenta de que la aplicación del derecho está a menudo sometida a este tipo de mecanismos. Los contratos, por ejemplo, son válidos si no son inmorales. Lo que lleva a Raz a decir (1979, 75) lo siguiente:¹¹

Asumamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Un contrato particular puede ser juzgado *prima facie* válido si se conforma con las condiciones de validez 'neutras valorativamente' del contrato previsto por el derecho. La proposición 'es

¹⁰ Al menos así lo han considerado nuestros tribunales y ha confirmado el Tribunal Constitucional español recientemente, STC 190/2020, de 15 de diciembre. Una posición que no comparte ni la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), ni según parece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Stern Taulats y Roura Capellera v. España*, TEDH 51168/15 y 51186/15 de 13 de marzo de 2018, [ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815].

¹¹ Un pasaje que, muy oportunamente, ha sido llamado por Endicott (2003), 'la parte sorprendente' de la concepción raziana.

jurídicamente concluyente que este contrato es válido' no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal determina su validez de forma autoritativa.

Algunas veces, por otra parte, Raz ha considerado que las causas de justificación en el derecho penal (Raz 1986, 101-102, por ejemplo) suministran razones que justifican la desobediencia, en el sentido de que comportamientos aparentemente culpables, como puede ser un homicidio en legítima defensa, no deben ser castigados por el derecho. Veamos como explica el funcionamiento de las causas de justificación un *raziano*, como lo fue John Gardner, apoyado en la idea *raziana* de que algunas permisiones jurídicas funcionan como razones de segundo orden que cancelan la fuerza de las razones excluyentes para no obrar por algunas razones de primer orden; en el ejemplo de la legítima defensa, que dadas ciertas condiciones, podemos actuar haciendo de menos de la prohibición de matar (Raz 1975, 89-91). Gardner (2012, 128) lo dice del siguiente modo:

Lo que hace el derecho, que, sin embargo, crea un espacio para algunas defensas justificatorias, es proveernos de *permisiones cancelatorias* para realizar, bajo determinadas condiciones, las acciones que él criminaliza. Esta puede parecer una proposición sorprendente. Después de todo, antes se argumentó que las razones justificadoras no *cancelan*, sino más bien *derrotan* a las razones en contra de una acción o creencia. Ahora, por contraste, la pretensión parece ser que las justificaciones surgen en el derecho penal precisamente cuando las razones son canceladas por las permisiones. Pero el aire de paradoja se disipa tan pronto como se percibe que las permisiones cancelatorias del derecho no cancelan las razones para no realizar la acción criminal, sino simplemente cancelan las razones protectoras de segundo orden para no actuar por ciertas razones compensatorias.

La idea de concebir las causas de justificación como razones de segundo orden que cancelan, y así restringen su alcance, las razones excluyentes para no actuar por razones contrarias a las prohibiciones establecidas penalmente me parece iluminadora (véase en dicho sentido Moreso 1997). Sin embargo, ¿cómo puede averiguarse si en un caso concreto la legítima defensa, por ejemplo, es aplicable y cancela la razón que excluye actuar por consideraciones en contra de la prohibición de matar o, en todo caso, lesionar a una persona; sin atender a las razones subyacentes? Debe establecerse si medió una agresión *ilegítima*, si la fuerza ejercida para repeler la agresión es o no *proporcional*, por ejemplo y, entonces, para averiguar qué es lo que queda fuera del alcance de la razón excluyente e incluido por la permisión cancelatoria, habremos de acudir a las razones subyacentes, lo que significa recurrir al balance de razones de primer orden.¹²

Lo que parece mostrar que hay una tensión entre las tesis *razianas* de las fuentes sociales del derecho, de la autoridad y de la adjudicación del derecho (vd. también Atria 1999, Bayón 2002, Moreso 2001b).

¹² Esta es la idea que defendí en Moreso (2001a).

Lo anterior arroja muchas dudas sobre en qué sentido las razones provistas por las normas jurídicas pueden ser concebidas como razones reemplazantes cuando están dirigidas a los jueces. Sin embargo, tal vez la concepción podría mantenerse para las normas jurídicas como dirigidas a los ciudadanos.

5. Normas de conducta y normas de decisión: *la cámara acústica*

En un sugerente trabajo, Dan-Cohen (1984), elaborando algunas ideas de Jeremy Bentham en su primera obra de 1776, *A Fragment on Government* (Bentham 1977), nos invita al siguiente *Gedankenexperiment*: imaginemos que podemos establecer una incomunicación total entre los jueces y los ciudadanos ordinarios y que mientras los primeros son regidos por un conjunto de normas, las *normas de decisión*, estas normas son diferentes de las normas dirigidas a los segundos, las *normas de conducta*. A los ciudadanos les rige una norma que prohíbe matar, otra que obliga a cumplir los contratos, otra que prescribe detenerse ante los semáforos en rojo. Pero los jueces, en su cámara acústicamente incomunicada de los ciudadanos, tienen a su disposición otras normas, por ejemplo, la norma que establece que no deben castigar a los que matan en legítima defensa, la norma que permite no hacer cumplir los contratos otorgados por error o bajo intimidación, la norma que permite saltarse un semáforo en rojo para llevar al hospital a una mujer a punto de dar a luz, etc.

Es obvio que dicha situación no es posible en la realidad, las fugas entre ambas cámaras son continuas: si alguien sabe que actuando en legítima defensa no va a ser castigado por los jueces, esto influye en el modo en que razona acerca de las prohibiciones penales, y así en todos los casos. Sin embargo, supongamos que un mundo como el que Dan-Cohen nos propone fuese posible. Entonces, podría argumentarse, las normas de conducta podrían proporcionar a los ciudadanos razones *protegidas*, porque podría sostenerse que están en condiciones de excluir *todas* las razones de primer orden en contra de comportarse como dichas razones prescriben. Los jueces, por su parte, en virtud de las normas de decisión, podrían restringir el alcance de las razones excluidas, pero este hecho nunca formaría parte del razonamiento accesible a los ciudadanos ordinarios. La discreción de los jueces los abocaría al modelo del balance de razones, pero los ciudadanos ordinarios permanecerían en el modelo de las razones protegidas.

Por razones que creo pueden colegirse de lo que he dicho, no creo que este fuese un modelo atractivo desde el punto de vista normativo; pero la cuestión que deseo responder aquí es la de si este sería el modelo raziano. Y, por las razones que trataré de explicar, creo que tampoco lo es.

En primer lugar, porque no todas las autoridades son legítimas, no todas las autoridades cumplen con las tres tesis de la concepción de la autoridad como servicio. Como dice Raz (1986, 46), la tesis de que las razones autoritativas no son añadidas a las otras razones relevantes acerca de lo qué debemos hacer,

sino que reemplazan algunas de ellas, es una tesis que debemos recordar 'es únicamente acerca de las autoridades legítimas. Es relevante para la explicación del carácter de las autoridades *de facto* porque todas las autoridades *de facto* o bien pretenden o bien son reconocidas por otros como autoridades legítimas. Pero, puesto que no todas las autoridades son legítimas no todas las directivas autoritativas son razones para la acción'. Si las cosas son así, entonces los ciudadanos deben determinar si las autoridades son o no legítimas, es decir si sus directivas reflejan las razones que ya tenemos para comportarnos de determinado modo y, sobre todo, si normalmente nuestro comportamiento se adecuará a dichas razones subyacentes con mayor probabilidad si seguimos sus directivas que si no lo hacemos. No veo cómo, entonces, los ciudadanos particulares pueden en su razonamiento determinar si las razones de la autoridad reemplazan sus razones de primer orden, sin acudir a las razones subyacentes, que no quedan excluidas al menos para determinar si las autoridades son o no legítimas.

Pero supongamos que se trata de autoridades legítimas. Bien, y esta es la segunda razón por la cual los ciudadanos no pueden dejar de acudir a las razones subyacentes, incluso hacia las autoridades legítimas no hay, según Raz, un deber de obediencia. Y no lo hay porque las autoridades jurídicas, incluso las pertenecientes a Estados razonablemente justos, pretenden una autoridad que es más extensa que la que las tesis de la dependencia y de la justificación normal amparan. Por otro lado, la tesis de la justificación normal permite, como dice Raz (1986, 73), 'máxima flexibilidad para la determinación del alcance de la autoridad. Todo depende sobre quiénes la autoridad se supone que ha de ejercerse: su conocimiento, su fuerza de voluntad, su confiabilidad en varios aspectos de la vida y en el gobierno en cuestión'. Y añade (Raz 1986, 74):

Un experto farmacólogo puede no quedar sujeto a la autoridad del gobierno en cuestiones referidas a la seguridad de los medicamentos, un habitante de un pequeño pueblo cruzado por un río puede no quedar sujeto en materias de navegación y conservación fluviales en las riberas por las que ha pasado toda su vida.

Sin embargo, entonces las normas jurídicas no operan, en estos casos, como razones *protegidas*. Por eso para Raz, como es bien sabido, no hay una obligación general, ni siquiera *prima facie* (Raz 1979, cap. 12) de obedecer al derecho. Ahora bien, si las razones suministradas por las normas jurídicas fuesen siempre y en todos los casos razones protegidas, entonces habría una obligación de obedecer a las autoridades legítimas. Si no la hay es porque el alcance de exclusión que pretenden tener las razones dotadas de autoridad es más amplio que el que realmente tienen. Pero, para determinar cuál tienen realmente, los ciudadanos, me temo, habrán de acudir al balance de razones.

6. Las tesis razianas como tesis epistémicas

Mi última conjetura es que las tesis razianas acerca de la identificación y los límites del derecho han de ser comprendidas como tesis epistémicas. Es una conjetura que ya formulé en Moreso (2022a). Creo, y es una sugerencia que también se halla en Plunkett (2019) y en Monti (2019), que la tesis de las fuentes sociales es una tesis de carácter epistémico, dice cómo debe ser identificado el contenido del derecho, no dice en cambio en virtud de qué existe el contenido del derecho, lo que depende, para Raz, de su doctrina de la autoridad y de su concepción de las razones normativamente robustas para actuar. Plunkett (2019: 120) lo dice del siguiente modo: '[para Raz] los agentes deben ser capaces de identificar el contenido del derecho *sin* comprometerse en el razonamiento práctico considerando todas las circunstancias acerca de qué hacer, o acerca de qué deben hacer *realmente* (donde 'realmente' aquí, y de nuevo, significa la invocación de la idea de la normatividad robusta). Esta es una restricción epistemológica...'. Y Monti (2019: 33) de este otro modo: 'debe apreciarse que la tesis de las fuentes es formulada en términos *epistemológicos* más bien que metafísicos. La tesis es que la existencia y el contenido del derecho pueden ser *identificados* sin recurrir a la argumentación moral, no que los hechos jurídicos no dependan para existir de los hechos morales.'

Sin embargo, si esto es así, podemos preguntarnos, algo irónicamente, si no resultará que el carácter excluyente del derecho es una propiedad que no opera ni para los jueces ni para los ciudadanos ordinarios, sólo opera para los teóricos del derecho.

7. Concluyendo sobre reglas y razones subyacentes

Si las normas jurídicas no suministran razones excluyentes en el razonamiento práctico, ¿cómo operan? Podría conjeturarse que las normas jurídicas *activan*, en las circunstancias apropiadas, las razones subyacentes para comportarnos de determinada manera, a menudo alcanzan a manipular las razones que ya tenemos y las modifican de dicho modo. Es lo que se conoce como la concepción *triggering-reasons* (Enoch 2011a, 2011b). La idea podría complementarse con una concepción como la de Mark Greenberg (2014) para la cual el contenido del derecho es el impacto que las instituciones jurídicas ejercen, del modo adecuado, en nuestro perfil moral. Aunque, cómo ha de resultar claro, determinar cómo y con qué alcance las normas que proceden de las instituciones impactan en nuestros deberes morales es crucial. Mi idea es que, valiéndome de una idea rawlsiana para relacionar las ideas de la justicia y de lo bueno (Rawls 1988, 252), mientras las instituciones trazan el marco de nuestro razonamiento jurídico, la moralidad -esto es, las razones subyacentes- revela su contenido.¹³

¹³ Un primer esbozo de esta idea se halla en Moreso (2022b).

El razonamiento jurídico es, en mi opinión, una especie de razonamiento práctico. Es práctico porque se funda e integra en las razones prácticas que a todos nos afectan. Es especial porque está delimitado por un conjunto de *setos institucionales*. Ambas ideas están de acuerdo con la contribución de Raz, sin la cual no podríamos haber llegado a dónde ahora estamos. Sólo por ello debemos a su aguda inteligencia e inmensa perspicacia una sempiterna gratitud.

8. Bibliografía

ADAMS, N.P. (2021). In defense of exclusionary reasons. *Philosophical Studies* 178:235-253 .

ALEXANDER, Larry (1990). Law and Exclusionary Reason. *Philosophical Topics* 18(1): 5-22.

ATRIA, Fernando (1999). Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy*, 18: 537-577.

BAYÓN, Juan Carlos (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

–(2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P.E. Navarro, M.C. Redondo (eds). *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 57-92.

BENNET, Karen (2011). By Our Bootstraps. *Philosophical Perspectives* 25(1):27-41.

BENTHAM, Jeremy (1977). *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government. The Collected Works of Jeremy Bentham*. J.H. Burns, H.L.A. Hart (eds). Oxford: Oxford University Press, 1977.

DAN-COHEN, MEIR (1984). Decisions Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation in Criminal Law. *Harvard Law Review*, 97(3): 625-677.

DASGUPTA, Shamik (2014). The Possibility of Physicalism. *The Journal of Philosophy* 111(9):557- 592.

DAVIDSON, Donald. 'How Is Weakness of the Will Possible?'. En J. Feinberg (ed). *Moral Concepts*. Oxford: Oxford University Press, 93-113.

De ROSSET, Louis (2013). Grounding Explanations. *Philosophers' Imprint* ,13(7): 1-26.

ELIOT, T.S. (1922). *The Waste Land*.
<https://www.poetryfoundation.org/poems/47311/the-waste-land>

ENDICOTT, Timothy (2003). Raz on Gaps -The Surprising Part. En L. H. Meyer, S. L. Paulson, and T. W. Pogge (eds), *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, cap. 6.

ENOCH, David (2011a). Giving Practical Reasons. *The Philosopher's Imprint* 11(4).

(2011b). Reason-Giving and the Law. *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, 1: 1-38.

GANS, Chaim (1986). Mandatory Rules and Exclusionary Reasons. *Philosophia*. 15: 373-394.

GARDNER, John (2012). *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. Trad. de M.L. Manrique y J. Milton Peralta del original de 2007. Madrid: Marcial Pons.

GREENBERG, Mark (2014). The Moral Impact Theory of Law. *The Yale Law Journal* 123: 1288-1314.

GUR, Noam (2018). *Legal Directives and Practical Persons*. Oxford: Oxford University Press

MIAN, Emran (2002). The Curious Case of Exclusionary Reasons. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 15(1): 99-124.

MONTI, Ezequiel H. (2019): *The Binding Nature of Law*, PhD Dissertation, (London: King's College).

– (2022). On The Moral Impact Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 42 (1): 298–324.

MOORE, Michael S. (1989). Authority, Law, and Razian Reasons. *Southern California Law Review*. 62: 829-896.

MORESO, J.J (1997). Come far Combaciare i Pezzi del Diritto. *Analisi e Diritto*, 7: 79 – 118.

– (2001a). Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad). *Doxa*: 525 – 545.

– (2001b). In Defense of Inclusive Legal Positivism. En P. Chiassoni (ed), *The Legal Ought*. Torino: Giappichelli, 37 – 64.

– (2022a). El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56: 33-54.

– (2022b). Nuevas variaciones para mis críticos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22:558- 573.

PLUNKETT, David (2019). Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism. En D. Plunkett, S. J. Shapiro, and K. Toh (eds.), *Dimensions of Normativity*. Oxford: Oxford University Press, 105-136.

RAWLS, John (1988). The Priority of Right and Ideas of the Good. *Philosophy and Public Affairs*, 17: 251-276.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson.

– (1979): *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.

– (1986). *The Morality of Law*. Oxford: Oxford University Press.

– (1989). *Facing Up: A Reply*. *Southern California Law Review*. 62: 1153-1235.

– (1990). Postscript to the Second Edition: Rethinking Exclusionary Reasons. En J. Raz. *Practical Reason and Norms*, second edition, Princeton: Princeton University Press, 178-199.

– (1991). *Razón práctica y normas*. Trad. de J. Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

– (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.

– (2004). Incorporation by Law. *Legal Theory*. 10: 1-17.

– (2009). *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

– (2021). Exclusionary Reasons. *Social Science Research Network* (SSRN): <https://ssrn.com/abstract=3933033> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3933033>

REGAN, Donald H. (1989). Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*. *Southern California Law Review*. 62: 995-1095.

REDONDO, M. Cristina (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RÓDENAS, Ángeles (1996). *Sobre la justificación de la autoridad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.