

Normas derivadas, enunciados jurídicos y la autoridad del derecho

Entailed norms, legal statements and the authority of law

Pablo E. Navarro*

Resumen: Con frecuencia los juristas respaldan sus afirmaciones acerca del status normativo de una acción en 'normas implícitas', i.e., normas que son consecuencia lógica de otras normas formuladas. Sin embargo, Joseph Raz señala expresamente que la incorporación de normas derivadas es incompatible con la explicación de la autoridad jurídica y la naturaleza del derecho. Para Raz, las decisiones de las autoridades no abarcan a las consecuencias lógicas de las normas que han formulado expresamente, y por ello señala, que la atribución de intenciones y decisiones a una determinada autoridad tiene que ser hecha de manera restrictiva. En este trabajo se analiza críticamente las tesis de Raz. Como conclusión se defiende que el papel mediador de la autoridad es importante en la discusión de las normas evaluativamente derivadas, ya que la identificación de este conjunto implica reabrir el balance de razones y ello es incompatible con atribuir a la autoridad relevancia práctica. Sin embargo, en el caso de las normas lógicamente derivadas, no es necesario reabrir el balance de razones ni desarrollar un argumento moral para determinar las consecuencias lógicas de las normas expresamente formuladas.

Abstract: Lawyers often base their claims about the normative status of actions on 'entailed norms', i.e., rules that are a logical consequence of other formulated norms. However, Joseph Raz claims that incorporating derived rules is incompatible with explaining the law's legal authority and nature. For Raz, the decisions of the authorities do not cover all logical consequences of the rules they have expressly formulated, and therefore points out that the attribution of intentions and decisions to a particular authority must be done in a restrictive manner. This paper critically analyzes Raz's thesis. In conclusion, it is argued that the mediating role of the authority is essential in the discussion of the evaluatively derived norms since the identification of this set implies reopening the balance of reasons, and this is incompatible with attributing practical relevance to the authority. However, in the case of logically derived norms, it is unnecessary to reopen the balance of reasons or develop a moral argument to determine the logical consequences of expressly formulated norms.

Palabras clave: Autoridad jurídica, derecho implícito, normas derivadas, incorporacionismo.

Key words: Legal authority; implicit law, logically entailed norms; incorporationism.

Fecha de recepción: 9-12-2022

Fecha de aceptación: 9-12-2022

Palabras previas

El 3 de mayo de este año 2022, José Juan Moreso me dijo que el día anterior había fallecido Joseph Raz. La noticia de su muerte me sorprendió y me dejó una profunda melancolía. Recordé, entonces, cuando conocí a Raz en 1994; en la Universidad Autónoma de Madrid. En un pequeño paseo antes de comer

* Investigador de CONICET (Argentina)

conversamos sobre varios textos de teoría del derecho que se habían publicado en esos años. A mí me interesaba sobre todo el impacto de Wittgenstein y el famoso problema del seguimiento de reglas en el ámbito del derecho. Por ello, le pregunté específicamente sobre *Playing by the Rules* de Schauer (Oxford 1991) y el libro de Bix, *Law Language and Legal Determinacy* (Oxford 1993). Su respuesta fue cortés con el texto de Bix, pero con un gesto con la mano dejó en claro su desinterés respecto de la contribución de Schauer. Luego, me recomendó que leyese el libro de Marmor (*Interpretation and Legal Theory* 1992) y le respondí que lo había leído un tanto apresuradamente, pero que estaba en contacto con Marmor por correspondencia (... ¡aún no se usaba el correo electrónico como el modo usual de comunicación!). Esta respuesta sorprendió a Raz y le expliqué la pequeña historia de ese intercambio epistolar. A principios de los años 90, yo trabajaba sobre casos difíciles, intentando reconstruir esa categoría sin incorporar elementos sicologistas o evaluativos. Marmor había publicado en Canadá en 1990, un artículo sobre casos fáciles y difíciles (reproducido luego en el capítulo VII de su libro), cuyo título me produjo una inmediata curiosidad, pero no logré conseguir una copia de ese texto. Por ello, escribí a Oxford donde tenía entendido que trabajaba Marmor. Sin embargo, a los seis meses recibí su respuesta desde Tel Aviv, disculpándose por el retraso, enviando una separata de su artículo y en una amable carta me preguntaba por mi interés en su texto y me indicaba que apuntase su nueva dirección en Israel ya que no residía más en Oxford.

Raz encontró esta historia bastante divertida y remató la conversación con una ironía que no pude retener, en gran medida, por mis carencias en inglés. Luego, en la comida, que compartimos con otros colegas, al comentarle mi interés por aplicar a una estancia de investigación posdoctoral, me dijo que sería bueno que pudiese estudiar en Oxford y que él me apoyaría en todo aquello que hiciera falta. Así fue como poco tiempo después, para el inicio del *Hilary Term*, en enero de 1995 me instalé en Oxford para estudiar allí, bajo su supervisión, durante 10 meses. A pocos días de llegar fui a visitarlo a Balliol College y me recibió en su despacho con exquisita amabilidad y paciencia. En esa ocasión, le pedí que me indicase, en un mapa enorme que había comprado en una tienda de Carfax, dónde estaba la *Bodleian Library*. Mi ingenuidad le hizo reír un buen rato y me dijo que le resultaba más fácil acompañarme a esa biblioteca que encontrarla en mi mapa. Nos dedicamos un rato a cuestiones de intendencia, y él se interesó por el lugar donde estaba residiendo, preguntándome si necesitaba algún tipo de ayuda. Pregunté, entonces, por mi lugar de trabajo y me indicó que me había propuesto como investigador *senior* en el Centro de Graduados del Balliol College (i.e., *The Holywell Manor*) y esa categoría no solo tenía el privilegio de estar exento de las tasas académicas usuales, sino que también otorgaba el derecho a una comida caliente gratis al día en el comedor del Holywell. (Más tarde comprobaría que era mejor declinar ese derecho antes que atreverse al kidney pie o al infaltable fish and chips). Finalmente, en esa primera reunión insistí a Raz para que me firmase unos documentos que tenía que enviar a España para cobrar la beca del ministerio y que necesitaba también que pusiera su sello personal bajo la firma. Eso lo

desconcertó ya que no tenía sello, ni entendía las razones de tantas formalidades. Frente a ese contratiempo yo imaginaba los peores escenarios que la burocracia española puede deparar a quienes de manera incauta presentan papeles que no reúnen todos los requisitos. Raz advirtió mi desasosiego y encontró una solución: me dijo que junto a su firma podía también firmar la secretaria de la Facultad de Derecho... ¡que sí tenía sello! Claro, el problema fue unos días más tarde convencer a esa buena mujer que debía firmar y sellar unos papeles en otro idioma, sin comprender bien las razones y la urgencia de ese trámite. Pero, luego de reflexionar un rato, la secretaria dijo que si el Prof. Raz había firmado esos papeles, ella también los firmaría y sellaría.

A los pocos meses, al final de uno de sus seminarios, anunció que en breve nos visitaría Marmor. Le pedí, entonces, que tuviera la amabilidad de presentarme a Andrei y me dijo que organizaría una cena en su casa. En esa cena ocasión conocí no solo a Marmor sino también a Timothy Endicott, que en esos tiempos estaba terminando su tesis doctoral sobre la vaguedad en el derecho. El tema central de la conversación fue el fenómeno de internet y la WWW. Raz estaba entusiasmado con este fenómeno y, de hecho, era frecuente encontrarlo en la librería *Blackwell's* curioseando en la sección de informática, pero nunca en la de filosofía del derecho. En una ocasión, le pregunté por ese desinterés y me sonrió con picardía, respondiendo que no le hacía falta ya que le enviaban directamente a su despacho todos los libros relevantes de la disciplina.

En un puñado de ocasiones, discutí con Raz algunos de mis trabajos sobre la efectividad de las normas, la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos y la recepción de las normas jurídicas. En esas reuniones, con frecuencia, también estaba José Juan Moreso, que era coautor de la mayoría de esos trabajos y que también estaba realizando en Oxford una estancia de investigación. Aunque Raz era muy amable y comprensivo con mis dificultades en inglés, también era implacable en su crítica. Después de reunirme con él, casi siempre pensé que mis ideas, mis argumentos (en resumen, mi 'talento'), nunca estaban a la altura de sus exigencias. Sin embargo, aquellas conversaciones seguían dando vueltas en mi cabeza y, poco a poco, una vez que superaba la amargura de abandonar muchas de mis tesis originales, sus críticas tomaban una luz más brillante. No era fácil para mí entender sus argumentos, pero finalmente, cuando lograba plasmar fugazmente las ideas que Raz había anticipado, me impactaban su profundidad y originalidad.

Finalmente, debo añadir que nunca volvimos a encontrarnos personalmente. Durante un tiempo mantuvimos una regular correspondencia, que mi regreso a Argentina hizo más esporádica hasta finalmente desaparecer. Han pasado ya más de 25 años, pero nunca olvidé que esos meses en Oxford y los amigos entrañables que allí encontré fueron fruto de la generosidad de Joseph Raz.

1. Introducción

Con frecuencia, se entiende que el derecho no se agota en las normas expresamente formuladas por las autoridades. Así, para Joseph Raz, cuando nos referimos al 'derecho implícito' tenemos en mente¹

... el hecho familiar de que el derecho dice más de lo que establece explícitamente, que hay más en su contenido de lo que se establece explícitamente en sus fuentes, como las leyes y las decisiones judiciales.

Esta idea debe ser evidente para cualquiera que conciba al derecho como algo creado por acciones humanas, y particularmente como algo que surge de actos comunicativos tales como la promulgación de leyes o la emisión de sentencias en los tribunales. Es una característica universal de la comunicación humana que lo que se dice o se comunica es más de lo que se declara explícitamente e incluye lo que se implica. Hay que subrayar que este enunciado asume que la distinción entre lo que se dice y lo que se implica es válida. Se emplea la distinción para decir que, al usar el lenguaje, decimos por implicación más de lo que declaramos explícitamente.

Por ello, con frecuencia los juristas respaldan sus afirmaciones acerca del status normativo de una acción en 'normas implícitas'. Aun cuando ninguna de las normas promulgadas se refiera expresamente a un cierto caso, los funcionarios y usuarios del derecho acostumbran a extraer de las normas formuladas consecuencias y soluciones para esa controversia. En particular, con frecuencia la expresión 'norma derivada' se refiere a normas implícitas, que son consecuencia lógica de otras normas formuladas. Por ejemplo, Eugenio Bulygin sostiene²:

... el orden jurídico está integrado por las normas creadas por las autoridades jurídicas y las normas lógicamente derivadas de aquellas, es decir normas que son consecuencias lógicas de las normas expresamente creadas

Conforme a esta caracterización, las normas jurídicas pueden dividirse en dos clases diferentes: la base de un determinado sistema y las consecuencias lógicas que se infieren de esa base normativa. Sin embargo, aunque con frecuencia se insiste en la importancia de la organización deductiva del material jurídico, también es posible encontrar numerosos teóricos que rechazan

¹ Raz, Joseph, 'Dworkin: a New Link in the Chain' in California Law Review 74(3), p. 1106 (1103-1109)

² Bulygin, Eugenio, 'Lógica y normas' en *Isonomía* 1 (1994), p. 35. Por supuesto, el desarrollo más importante de esta concepción se encuentra en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems* (Wein/New York: Springer Verlag, 1971)

firmemente a las normas derivadas³. Por ejemplo, Joseph Raz señala expresamente que la incorporación de normas derivadas es incompatible con la explicación de la autoridad jurídica y la naturaleza del derecho⁴. Para Raz, las decisiones de las autoridades no abarcan a las consecuencias lógicas de las normas que han formulado expresamente, y por ello señala, que la atribución de intenciones y decisiones a una determinada autoridad tiene que ser hecha de manera restrictiva. Ello implica que no se puede:⁵

... atribuir a un individuo todas las consecuencias lógicas de sus creencias e intenciones. Restricciones a todas las consecuencias previstas o previsibles son de lo más común en el derecho. Esto es suficiente para mostrar que la tesis de la incorporación no recibe apoyo de la complejidad institucional del derecho, ya que ella insiste en que el derecho incluye todas las consecuencias lógicas del derecho establecido por las fuentes jurídicas.

Es importante destacar que Raz no es un escéptico acerca de la posibilidad de elaborar una genuina lógica de normas y que tampoco es hostil a la idea del ‘contenido implícito’ del derecho. Más bien, sus razones para descartar las normas derivadas pueden ser agrupadas en dos clases diferentes. En primer lugar, su rechazo parece seguirse de una ontología específica acerca de las normas, y, en segundo lugar, sus impugnaciones están conectadas con su defensa de la autoridad del derecho.

El objeto principal de este trabajo es refutar este tipo de argumentos⁶. Aunque en muchos pasajes de este artículo, el análisis será apoyado en citas textuales de Raz, la pretensión no es ofrecer una exegesis de su pensamiento. Más bien el propósito es explorar argumentos que se pueden desarrollar a partir de algunas de sus propuestas, con independencia de si ellos han sido efectivamente defendidos por Raz. Por otra parte, esta discusión será limitada ya que no pretendo mostrar que las normas derivadas son válidas en cualquier

³ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *General Theory of Norms* (Oxford: Oxford University Press, 1991). En especial, los capítulos 57 a 61; Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, p. 69 (Oxford: Oxford University Press, 2001); Schmill, Ulises, ‘Derecho y Lógica’ en *Isonomía* 1, pp 11-26 (1994); Hernandez Marín, Rafael, ‘Sobre la concepción lógica de las normas’ en *Isonomía* 18 (2003), pp.79-110. Esta opción es también explorada por Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘La concepción expresiva de las normas’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘La concepción expresiva de las normas’ en *Análisis lógico y derecho*, 2^a edición, pp. 161-190 (Madrid: Trotta, 2021)

⁴ Al respecto, véase los trabajos de Raz: ‘Legal Positivism and the Sources of Law’, ‘The Institutional Nature of Law’ en *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979) ‘Authority, Law and Morality’, ‘The Inner Logic of the Law’, ‘On the Autonomy of Legal Reasoning’ en Raz, Joseph: *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994)

⁵ Joseph Raz, ‘Authority, Law and Morality’ en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., pp., 213-214

⁶ Véase también, Navarro, Pablo E. y Rodríguez, Jorge L., *Deontic Logic and Legal Systems*, pp. 232 y ss (New York: Cambridge University Press, 2014)

sistema jurídico⁷. Más bien, el argumento es el siguiente: dado que en algunos sistemas jurídicos es una práctica posible (y, de hecho, relativamente frecuente) invocar normas lógicamente derivadas para defender pretensiones jurídicas y justificar decisiones basadas en derecho, puede sostenerse que en esos sistemas los jueces no pueden ignorar libremente las soluciones establecidas por las normas derivadas. Este hecho sugiere que las normas lógicamente derivadas son válidas ya que la intuición más importante asociada a la validez de las normas es su fuerza obligatoria o relevancia para justificar acciones o decisiones, y salvo que existan buenas razones para sostener lo contrario, las normas que son vinculantes para los jueces son las que forman parte del derecho de una comunidad⁸.

2. Promulgación, creencias y consejos

Raz intenta refutar a las doctrinas defendidas por el Positivismo Incluyente, y sostiene que estas concepciones del positivismo son incompatibles con una reconstrucción adecuada de la naturaleza de la autoridad. El presupuesto de su análisis es que el derecho es el producto de actividades humanas ya que de otro modo no podría ser el resultado de decisiones basadas en razones que se aplican a los sujetos normativos y ello significa que no puede suministrar razones dotadas de autoridad⁹. Una de las estrategias de Raz para mostrar los problemas del positivismo incluyente o incorporacionismo es la analogía entre las nociones de probar, creer, aconsejar, y prescribir. Su objetivo es mostrar que, al igual que ocurre con pruebas, creencias y consejos, las prescripciones son decisiones de las autoridades que no abarcan a sus consecuencias lógicas, y ello conduce a descartar la validez de las normas lógicamente derivadas.

En primer lugar, Raz presenta el ejemplo de un matemático A que prueba que la hipótesis de Goldbach (i.e. que todo número par mayor que dos es igual a la suma de dos números primos) es verdadera si y sólo si cierta ecuación EX tiene solución positiva. Cincuenta años después, otro matemático B prueba que la ecuación EX tiene solución positiva. De ambos hechos se sigue que la hipótesis de Goldbach es verdadera. Antes de continuar el análisis, es importante señalar que A sólo ha probado que la hipótesis de Golbach (en adelante HG) es verdadera si y sólo si es verdad que la ecuación EX tiene solución. Ello significa que A ha probado el siguiente bicondicional: HG \leftrightarrow EX. Sin embargo, Raz afirma que la verdad de HG es una consecuencia lógica del descubrimiento de A, es decir, de la verdad del bicondicional HG \leftrightarrow EX. Para

⁷ Acerca de la diferencia entre criterios genéricos y específicos de pertenencia a un sistema véase: Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, p. 33 (Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1988)

⁸ Al respecto, véase el breve análisis de las ideas de Raz en Ruiz Manero, Juan: 'Algunas concepciones del derecho y sus lagunas' en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, pp. 1112-116 (Madrid: Marcial Pons, 2005)

⁹ Raz, J., 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p. 211

Raz, no diríamos que A ‘probó la hipótesis, aunque él hizo el primer gran avance y aun cuando la verdad de la hipótesis es una consecuencia lógica de este descubrimiento’¹⁰. Sin embargo, $(HG \leftrightarrow EX) \rightarrow HG$ no es una fórmula lógicamente válida, y ello significa que HG *no* es una consecuencia lógica del descubrimiento de A. Por el contrario, de $(HG \leftrightarrow EX)$ *conjuntamente con* EX, se sigue lógicamente HG. Por esta razón es que decimos que el matemático B, al haber establecido una solución positiva para EX, ha probado HG, y que el matemático A sólo ha hecho una gran contribución (i.e., aportó una condición contribuyente) para que se haya producido esa demostración.

Supongamos ahora que otro matemático C ha probado dos hipótesis importantes, pero que nunca se dio cuenta de que, como consecuencia lógica de sus descubrimientos, HG ha sido refutada. En este caso nuestros usos del lenguaje suelen ser vacilantes, ya que diríamos que HG ha sido refutada por los descubrimientos de C, y a la vez dudaríamos en atribuir a C todo el crédito de la refutación precisamente porque no fue capaz de advertir las consecuencias relevantes de su descubrimiento. Hay que señalar que este último ejemplo no sirve para descartar que C haya refutado la conjectura HG, sino más bien nos muestra los contextos paradigmáticos en que se ejecutan las acciones de probar o demostrar. Este contexto es el que impide atribuir a C lisa y llanamente la refutación de HG, pero la relevancia de este contexto no impide advertir que, una vez que se extraen las consecuencias lógicas de los descubrimientos de C, no se puede negar que HG ha sido refutada.

Sobre la base del ejemplo de la prueba de HG, Raz elabora la analogía entre aconsejar, creer y prometer. En este sentido, Raz modifica ligeramente su ejemplo, introduciendo a una experta en matemáticas, que nos cuenta del descubrimiento del matemático A. Aunque su consejo tiene la autoridad de un experto, ella

... no nos aconseja aceptar la hipótesis de Goldbach. Ella únicamente aconseja creer en esa hipótesis si la ecuación relevante tiene una solución positiva. El hecho de que la verdad de la hipótesis esté implicada por su consejo no cuenta para nada.

En este caso, Raz comete el mismo error de suponer que el descubrimiento de A implica a HG. Dado que esto no es verdad, entonces también puede concederse que no hay una relación conceptual entre el consejo de un matemático, instándonos a aceptar el descubrimiento de A y la prueba de HG.

Ahora bien, el ejemplo del consejo sirve a Raz para discutir el papel de las creencias, y su argumento es que la identificación de una creencia está ligada a la función que ellas cumplen. Sin lugar a duda, Raz tiene razón cuando afirma que las creencias son parte fundamental de nuestra orientación en el mundo, y

¹⁰ Raz, J., ‘Authority, Law and Morality’ en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., pp. 211-212

que ellas juegan un papel fundamental en nuestras acciones y deliberaciones. Esta caracterización es una reconstrucción muy general de lo que cuenta como una creencia, y nos permite distinguir entre creencias y otros estados proposicionales. En este sentido, Raz tiene razón cuando señala que la mayoría de las consecuencias lógicas de nuestras creencias son desconocidas y que no cumplen el papel distintivo de las creencias.

La relación entre creencias y consejos lleva a Raz a su propuesta sobre las normas derivadas. Aconsejar es ofrecer una solución a un problema sobre la base de razones que se aplican a una determinada situación. Un consejo se presenta paradigmáticamente como el resultado de un balance de razones que ha realizado quienes ofrecen el consejo. Si los consejos están vinculados a las creencias - ya que ellos representan un punto de vista, o creencia acerca de lo que es el caso o lo que se debe hacer – entonces, un consejo no comprende a las consecuencias lógicas. De esta manera, Raz ha preparado el escenario conceptual para el rechazo de las normas derivadas. La analogía entre consejos y prescripciones lleva a la siguiente pregunta: ¿cuál es el alcance de una norma? Al igual que la pregunta acerca del alcance de un consejo, Raz responde excluyendo a las consecuencias lógicas del ámbito de las normas. La conclusión es que, si consejos y prescripciones comparten el papel de mediación entre acciones y razones, y si las consecuencias lógicas de los consejos no son a su vez parte de lo que se aconseja, entonces las consecuencias lógicas de las normas formuladas tampoco son normas. En este sentido, Raz concluye¹¹:

El papel mediador de la autoridad implica que el contenido de una prescripción dotada de autoridad está confinado a lo que la autoridad que confiere fuerza vinculante a la directiva ha sostenido o aparentado sostener. No se extiende a lo que hubiese prescripto, si hubiese tenido oportunidad de hacerlo, ni a todo lo que está implicado por lo que ha prescripto. Debe ser claro ahora porqué la Tesis de la Incorporación debe rechazarse si es que el derecho necesariamente pretende autoridad. El principal punto fuerte de la tesis de la autoridad es que todo lo que es derivable del derecho (con la ayuda de otras premisas verdaderas) es derecho. Esto hace que el derecho incluya pautas que son inconsistentes con su papel mediador, porque ellas nunca fueron respaldadas por las instituciones creadoras de derecho o por las autoridades de las que se supone que ellas están basadas.

La propuesta de Raz equivale a sostener que el alcance de una norma no abarca a todas sus consecuencias lógicas. Es decir, una norma expresamente formulada no se aplica a todos los casos que ella implícitamente regula mediante las consecuencias lógicas de lo que ha regulado explícitamente la autoridad normativa. Hay tres premisas cruciales en el argumento de Raz. En primer lugar, las consecuencias lógicas de las creencias no son creencias; en segundo lugar, existe una relación conceptual entre creer y aconsejar, y, por

¹¹ Raz, J., 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p. 213

último, ordenar (prescribir) es similar a aconsejar. Su conclusión es que extender un consejo o una orden a las consecuencias lógicas implica negar el papel mediador que cumple la autoridad entre razones y acciones.

Analicemos la primera premisa del argumento de Raz. Aunque sea verdad que las consecuencias lógicas de las creencias no son creencias, hay que destacar que no se sigue de esta premisa que las consecuencias lógicas de las normas formuladas tampoco son normas. Después de todo, el criterio que Raz ofrece para identificar a una creencia se basa en las funciones que atribuimos a las creencias, como puntos de orientación en el mundo, impacto en nuestra vida emocional, etc. Con el mismo argumento, tendríamos que identificar a las normas por la función que ellas cumplen en nuestro razonamiento práctico. Parece difícil negar que la principal función de las normas es motivar el comportamiento, y que esta motivación se logra a partir de la calificación deontica del comportamiento. Por consiguiente, cuando un individuo acepta que tiene la obligación de realizar un cierto comportamiento, su aceptación muestra que ese individuo acepta que existe una norma que determina normativamente su conducta. Por consiguiente, la pregunta relevante es si las normas derivadas pueden cumplir la función de motivación del comportamiento. Una respuesta afirmativa a este interrogante no parece descabellada. Ello significa que, a diferencia de las consecuencias lógicas de las creencias, las normas derivadas son normas, aunque no hayan sido formuladas expresamente por las autoridades. Si se admite este argumento, entonces también hay que revisar la tercera premisa de Raz, ya que la analogía entre aconsejar y ordenar se basa en el hecho que las consecuencias lógicas de las creencias no son parte de las creencias de un individuo. Una vez que se revisan las premisas del argumento de Raz, se advierte que no hay razones para negar carácter normativo a las consecuencias lógicas de las normas derivadas.

Sin embargo, aunque puede concederse que el argumento por analogía que Raz introduce para descartar la validez de las normas derivadas es implausible, todavía resta analizar si la conclusión que Raz extrae de su discusión es acertada. Esta conclusión es que la incorporación de normas derivadas impide el papel mediador de la autoridad. En la próxima sección analizaré este argumento con detalle.

3. Normas derivadas y contenido explícito del derecho

Podría sostenerse que las autoridades, en virtud de su relativo desconocimiento del futuro y la relativa indeterminación de sus propósitos, no han decidido acerca de un conjunto potencialmente infinitos de casos que parecen resueltos por las consecuencias lógicas de lo que la autoridad ha expresamente decidido. Esto sugiere que, en tanto las normas son decisiones de las autoridades (o aquello que la autoridad ha formulado expresamente como su decisión), el alcance de una norma no va más allá de lo que expresamente ha decidido (o dicho) la autoridad. Tal como muestra David Lyons, esto parece conducir a un dilema: o bien se acepta que el contenido del derecho está

confinado a las decisiones explícitas de la autoridad o bien se acepta que ellas incluyen a todas sus consecuencias¹². Lyons sostiene que la tesis del contenido explícito parece incoherente. Después de todo, las autoridades regulan clases de situaciones y no deciden explícitamente sobre casos individuales. Por esa razón, si se sigue la tesis de contenido explícito del derecho, tendría que admitirse que los casos individuales no tienen solución hasta que la autoridad no haya resuelto expresamente acerca de su solución normativa. Pero, esta conclusión es equivalente a negar la posibilidad misma de regular el comportamiento mediante normas generales. La conclusión de Lyons es que, al negar ese cuerno del dilema, no queda otra opción que admitir que el contenido del derecho incorpora a las normas derivadas¹³.

Raz aborda este dilema mediante el análisis de dos cuestiones. Por una parte, rechaza que el derecho está determinado sólo con relación a los casos que la autoridad ha expresamente considerado, y por otra parte rechaza que las autoridades impongan sus propias concepciones en los casos en que ha legislado mediante conceptos moralmente controvertidos, i.e. cuando se prohíben los castigos crueles. Por consiguiente, Raz también concede a Lyons que el primer cuerno del dilema es inelegible, es decir, que el derecho no se agota en su contenido explícito, y agrega¹⁴:

Dado que Lyons ve, como todo el mundo debe hacerlo, que la primera alternativa es incorrecta, él escoge la segunda. Las dos consideraciones antes explicadas son las variantes psicológicas de la dicotomía lingüística de Lyons. Ellas no contrastan al lenguaje real con sus implicaciones sino a los pensamientos reales con sus implicaciones.

Para Raz, la diferencia entre lo que una autoridad decide expresamente y lo que dice expresamente, aunque pueda ser de utilidad en otros contextos, no juega un papel importante en la identificación de las normas jurídicas. En gran medida ello es consecuencia de la institucionalización de los modos de creación del derecho, que permiten evitar discrepancias entre lo que se dice y lo que se quiere decir. Por ello, Raz afirma¹⁵:

... Advertimos que la legislación no sólo requiere la intención de legislar, sino que también exige conocimiento de lo que se legisla ...
La sugerencia natural es que los legisladores crean el derecho que

¹² Lyons, David, 'Moral Aspects of Legal Theory' en *Moral Aspects of Legal Theory*, pp. 82-87 (Cambridge: Cambridge University Press, 1993)

¹³ La reconstrucción del argumento de Lyons está tomada del análisis de Raz en 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p.216

¹⁴ Raz, Joseph en 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p.216

¹⁵ Raz, Joseph, 'Intention in Interpretation', en Robert George (ed), *The Autonomy of Law*, p. 266 (Oxford: Oxford University Press, 1996)

intentan crear, y que lo hacen al expresar su intención de crear derecho.

Luego añade¹⁶,

La manera normal de establecer lo que una persona intentó decir es establecer lo que dijo. ... Dado que la legislación está institucionalizada de tal manera que virtualmente no hay errores lingüísticos, perdida de control físico, y otras explicaciones de acciones equivocadas, y dado que cualquier teoría concebible de la autoridad pone un gran énfasis sobre la relativa claridad en la demarcación de lo que cuenta y lo que no cuenta como un ejercicio de autoridad, la posibilidad de tener que ir más allá de lo que se dijo para establecer lo que se quiere decir es muy rara. Para propósitos prácticos, puede desaparecer completamente.

Esta concepción de Raz sobre las relaciones entre creación del derecho, intenciones de las autoridades y formulación de normas permite evitar la discusión acerca de la primacía entre lo que la autoridad intenta prescribir y lo que efectivamente prescribe. Por ello, la estructura del dilema de Lyons conduce a las mismas consecuencias en cualquiera de las variantes (lingüística o psicológica) que se escoja en el análisis.

Raz rechaza que el derecho se agote en lo que la autoridad ha formulado (decidido) expresamente, pero en lugar de optar el segundo cuerno del dilema, rechaza la misma disyuntiva. Su argumento no se basa en normas lógicamente derivadas, sino que la discusión gira en torno de normas evaluativamente derivadas, i.e. las consecuencias normativas de una norma formulada que prohíba castigos crueles. En este sentido, al enfrentar al argumento de Lyons, Raz afirma que¹⁷:

... la dicotomía es falsa. Hay otras posibilidades. Algunas veces conocemos una persona que, por ejemplo, no sería indiferente ante ciertas formas de abuso psicológico sólo si se hubiese percatado que ellas son crueles. Y otras veces sabemos que, si fuesen convencidas que esas formas de abuso son crueles, él encontraría alguna manera de justificarla. Él vendría a creer que la crueldad es algunas veces justificable. Al atribuir tales puntos de vista a los individuos, no se apoya ninguna de las dos opciones mencionadas anteriormente.

Este ejemplo supone que el abuso psicológico no ha sido expresamente contemplado por la autoridad al momento de prohibir los castigos crueles. ¿Qué relación existe entre estos castigos y los abusos psicológicos? La respuesta a esta pregunta tiene que establecer si una cierta clase A (i.e. los abusos) están incluidos en otra clase B (i.e. los castigos crueles). Es importante remarcar que

¹⁶ Raz, Joseph, 'Intention in Interpretation', op. cit., p. 270

¹⁷ Raz, Joseph en 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p.216

éste *no* es un problema de reconocimiento del alcance de un concepto, ya que el ejemplo supone cuatro cosas: (i) un individuo que abusa psicológicamente de otra persona, (ii) que los abusos psicológicos *son* una instancia de castigos crueles, (iii) que el individuo no se ha percatado de esta relación entre ambos conceptos, (iv) que los castigos crueles están prohibidos. Dado que la残酷 está prohibida, el segundo presupuesto en el que se basa el ejemplo es otra manera de decir que los abusos están prohibidos, y ello ocurre aun cuando el individuo o la autoridad no hayan reparado en esa consecuencia. Por ello, la solución de Raz al dilema de Lyons no parece aceptable. Si el individuo, luego de advertir la残酷 de los abusos psicológicos, sostiene que en esos casos la残酷 es justificable, entonces ha modificado el alcance de la norma. Mientras antes esos abusos contaban como una instancia de comportamiento prohibido (ya que los castigos crueles están prohibidos), ahora la autoridad revisa el alcance de la norma y señala que los castigos crueles, *excepto los abusos psicológicos*, están prohibidos.

Con frecuencia, las autoridades modifican el contenido de las normas, intentando adaptar el alcance de sus prescripciones a diferentes contextos. El hecho de que estas modificaciones se produzcan a menudo por vía interpretativa, es decir, sin cambios en el texto normativo, no tiene que ocultar que la correlación entre casos y soluciones ha cambiado. Este fenómeno también ocurre por vía legislativa. En este sentido, no es extraño que una autoridad, al percatarse de una consecuencia lógica inaceptable, derogue total o parcialmente las normas expresamente formuladas que implican a la norma derivadas rechazada. Sin embargo, lejos de constituir una refutación del dilema propuesto por Lyons, esta conclusión muestra que las normas derivadas determinan una solución a la controversia, más allá de si ellas habían sido previstas por las autoridades al momento de la promulgación de las normas expresamente formuladas. Esta conclusión es correctamente elaborada por Alchourrón y Bulygin¹⁸:

Cuando una persona ordena algo, también ordena todas las consecuencias de la proposición que ha ordenado expresamente (aun cuando no esté consciente de ellas). Por ejemplo, si un maestro de escuela ordena que todos sus alumnos deben abandonar el aula, ordena implícitamente que Juan (que es uno de sus alumnos) debe abandonar el aula, aun cuando no se haya dado cuenta que Juan estaba allí.

Una vez que el maestro formula la orden ‘Todos deben abandonar el aula’, Juan no necesita una nueva orden particular para conocer que debe abandonar el aula, pero en cambio sí precisa de una nueva instrucción para saber que él tiene permiso para quedarse. Como sugiere Raz para evitar el dilema de Lyons, el maestro puede añadir, al ver que Juan se dispone a

¹⁸ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘La concepción expresiva de las normas’, op. cit., p. 171

abandonar el aula, que la orden no se refería a ese alumno. En ese caso, el maestro reformula su orden, precisamente para evitar las consecuencias de su prescripción original. Por ello, el hecho de que una norma (formulada o derivada) imponga una solución a un cierto caso no significa que inevitablemente decide la controversia ya que las autoridades pueden modificar el contenido del derecho, y adaptarlo a ciertas exigencias de moralidad o racionalidad. En esos casos, el mecanismo para lograr estos cambios es revisar la base normativa con el propósito de eliminar las consecuencias indeseables.

4. Conclusiones

La preocupación de Raz por el papel mediador de la autoridad es importante en la discusión de las normas evaluativamente derivadas, ya que la identificación de este conjunto implica reabrir el balance de razones y ello es incompatible con atribuir a la autoridad relevancia práctica. Sin embargo, en el caso de las normas lógicamente derivadas, no es necesario reabrir el balance de razones ni desarrollar un argumento moral para determinar las consecuencias lógicas de las normas expresamente formuladas. Por supuesto, las normas derivadas no han sido expresamente consideradas por las autoridades, pero ello es sólo una manera diferente de decir que las autoridades formulan normas generales. Por ejemplo, la generalidad de una norma sería incomprensible si no se admite que las consecuencias lógicas determinan la calificación de los casos individuales a los que se aplica la norma.