



Los sentidos descriptivo y normativo de la autoridad del derecho.

The descriptive and normative senses of the authority of law.

Os sentidos descritivo e normativo da autoridade do direito

Por Serrana Delgado Manteiga¹

<https://orcid.org/0000-0001-8888-8160>

Resumen: El presente artículo aborda el problema de los diferentes puntos de vista en que una teoría se puede aproximar a la cuestión de la autoridad del derecho. Puede hacerlo desde un abordaje exclusivamente descriptivo que conceptualiza a la autoridad jurídica como aquella que detenta el poder de imponerse mediante el uso de la fuerza o puede hacerlo desde una mirada normativa que involucra la cuestión de qué razones tengo para hacer lo que la autoridad me exige. El artículo concluye que sólo una teoría que discuta el problema de si debo hacer lo que la autoridad me impone y las implicancias de ese deber, puede explicar en un sentido completo el concepto de autoridad del derecho.

Palabras clave: autoridad jurídica; punto de vista del derecho; normatividad; obligación; deber.

Abstract: This article addresses the problem of the different points of view in which a theory can approach the question of the authority of law. It can be done from an exclusively descriptive approach that conceptualizes legal authority as that which holds the power to impose itself through the use of force or it can be done from a normative perspective that involves the question of what reasons I have to do what the authority requires of me. The article concludes that only a theory that discusses the problem of whether I should do what authority imposes on me and the implications of that duty, can explain in a complete sense the concept of authority of law.

¹ Serrana Delgado es profesora Adjunta de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Udelar.

Key Words: authority of law; legal point of view; normativity; obligation; duty.

Resumo: Este artigo aborda o problema dos diferentes pontos de vista em que uma teoria pode abordar a questão da autoridade do direito. Isso pode ser feito a partir de uma abordagem exclusivamente descritiva que conceitua autoridade legal como aquela que detém o poder de se impor através do uso da força ou pode ser feito a partir de uma perspectiva normativa que envolve a questão de quais razões tenho para fazer o que a autoridade exige de mim. . O artigo conclui que apenas uma teoria que discuta o problema de saber se devo fazer o que a autoridade me impõe e as implicações desse dever pode explicar em sentido completo o conceito de autoridade do direito.

Palavras-chave: autoridade jurídica; ponto de vista do direito; normatividade; obrigação.

1. Introducción: la cuestión problemática.

La filosofía del derecho, discutiendo la naturaleza del derecho, ha debatido entorno a cuáles son los requisitos mínimos con los que tiene que contar determinado sistema jurídico para que podamos concebirlo como derecho. Aunque el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en tanto escuelas de pensamiento filosóficos, son muy anteriores al nazismo, la discusión que rodeó todo el contexto de los juicios de Nüremberg recrudecieron el debate acerca de qué sucede cuando la autoridad que gobierna a determinada población es profundamente inmoral y comete crímenes de lesa humanidad.

Algunos filósofos que se consideraban positivistas, como fue el caso de Radbruch, pronunciaron que: “el derecho en extremo injusto no puede ser considerado derecho”. Su afirmación puso sobre el tapete el problema de cuáles son las condiciones necesarias que tiene que tener determinada norma jurídica para considerarse tal. El debate en torno a la vinculación entre derecho y moral es otra forma de plantear el mismo problema. Específicamente, si hay un contenido moral mínimo que tenga que tener una norma para poder ser

considerada jurídica. Por ejemplo, qué sucede con una norma que envía a alguien a un campo de exterminio masivo, o una norma que implicara como sanción someter a alguien a tortura. Sin embargo, el problema de cuándo una norma puede ser considerada jurídica involucra la cuestión acerca de la identificación del derecho, aunque conectado, el problema de la justificación del derecho es diferente, involucra la pregunta de cuándo una autoridad puede ser considerada legítima y la cuestión de cuándo, en tanto agentes racionales¹, tenemos razones para hacer lo que la autoridad del derecho nos pide que hagamos.

Cuando determinada fuerza revolucionaria ocupa la porción de un territorio que, a su vez, es gobernado por otra autoridad, al que la fuerza revolucionaria desconoce, también se presenta el problema de qué tipo de legitimidad puede tener dicha autoridad. O cuando, sin haber un ejército revolucionario, el parlamento, por ejemplo, reconoce a un presidente como legítimo, mientras otras autoridades del mismo gobierno reconocen a otro. En muchos países de Latinoamérica en el siglo pasado y en este siglo, dictaduras irrumpieron y *cortaron* la continuidad democrática de los Estados, todo lo anterior abre las siguientes preguntas: ¿Cuál es la autoridad jurídica que tiene un ejército invasor? ¿El toque de queda impone una obligación jurídica? ¿Qué diferencia al ejército de una banda de delincuentes? ¿Hay algo que pueda decirnos qué distingue (si es que hay algo) al derecho de una organización terrorista? ¿Cuál es el criterio de demarcación? Aunque en un artículo de estas características no se pretende un abordaje exhaustivo de estas preguntas que involucran el problema mucho más vasto, complejo y diferente conceptualmente de la normatividad del derecho, sí se intentará reflexionar acerca de la distinción entre un concepto *descriptivo* y un concepto *normativo* de autoridad jurídica, porque tener presente la diferencia metodológica de aproximación al problema contribuye a esclarecer también el problema que está detrás de las preguntas anteriormente formuladas.

2. La noción de autoridad en las principales teorías del derecho contemporáneas.

El positivismo jurídico de los padres del positivismo, Bentham, Austin, abrazaron lo que se conoce como *teorías imperativistas*, teorías que conciben al Derecho como una especie de asaltante a gran escala o como aquel que cuenta con la posibilidad de imponerse por la fuerza (Hart, 1961). Antes, Hobbes (1980) había considerado que cualquier autoridad que, de hecho, detentara el poder tenía el derecho de hacerlo. Kant, aunque un confeso admirador de las revoluciones americana y francesa (Korsgaard, 2007), sostenía que nada podía justificar la rebelión y que debemos obediencia al derecho, por el hecho mismo de serlo.

En la actualidad, la filosofía reconoce distintos tipos de niveles de análisis para explicar los fenómenos involucrados con el problema de la autoridad. Así, uno puede hacer un análisis descriptivo de los fenómenos o un análisis de tipo normativo. Por análisis descriptivo podemos concebir aquella teoría que describe los fenómenos en términos de hechos brutos, de hechos del mundo físico y aquello que relaciona los hechos puede ser conceptualizado en términos de causalidad, de causa y efecto. Suele considerarse que el naturalismo (distinto del iusnaturalismo) como escuela filosófica, es aquella visión que considera que la única forma justificada de tener conocimiento, o la única posibilidad de formular proposiciones o creencias verdaderas es en base a hechos del mundo físico. Por análisis normativo, podemos concebir aquella mirada que considera que, para explicar determinados conceptos *prácticos*, es imprescindible hacerlo con una mirada *normativa*. La mirada normativa no pone el foco en los hechos, sino que considera que determinados asuntos prácticos, involucran cuestionarnos qué *debemos* hacer. En un análisis descriptivo, puedo saber que, consumiendo determinado producto alto en sodio, mi presión sanguínea va a aumentar. En un análisis normativo me pregunto si debiera o no consumirlo, considerando, por ejemplo, mi estado de salud.

La filosofía del derecho natural (iusnaturalismo), siempre concibió que el derecho como tal tenía ciertas características que implicaban otros componentes además de los hechos. El positivismo, con las teorías imperativistas, consideró que el derecho puede ser explicado en base a los hechos, así, la teoría de Austin, explicaba el derecho en términos de un asaltante a gran escala, o en términos de órdenes respaldadas por amenazas. Desde este punto de vista, las órdenes que imparte el derecho no se distancian demasiado de la orden que me da un asaltante cuando me apunta con su pistola.

Hart, dentro de la escuela positivista, y sin renegar de la tesis clave del positivismo jurídico, conocida como la *tesis de las fuentes sociales del derecho* (significa que para que algo sea derecho sólo cuentan determinados hechos sociales) realizó un giro con respecto a las llamadas teorías positivistas *imperativistas* que le precedieron, al sostener que el derecho no podía ser explicado en términos de amenazas, en términos del uso de la fuerza bruta o del monopolio de la violencia. Concibió al derecho en términos de reglas, y entendió que cuando el asaltante me apunta con el arma lo que, en todo caso, sucede, es que me veo forzado a darle la billetera, pero no tengo la genuina obligación de entregársela. La teoría de Hart, al poner el foco en el concepto de regla y de obligación apelaba a un sentido *normativo* del derecho y de la autoridad. La obligación que me genera el derecho tiene que ser distinta de la que siento cuando el asaltante apunta con el arma a la cabeza. Esta última es producto del miedo y de la presión psicológica que me genera. Las obligaciones que me impone el sistema normativo son producto de normas. Ahora bien: ¿qué son estas reglas que provienen del sistema normativo y cómo es que me generan obligaciones que puedan explicarse de modo distinto a las que tengo cuando el delincuente me asalta?

3. La autoridad y la obligación: la visión de Hart.

Hart (1961) como positivista y como partidario de la tesis de los hechos sociales sostuvo que lo que exige el derecho es, en última instancia, una cuestión de hecho. Con esta apelación al mantenimiento de la tesis clásica positivista de las fuentes sociales del derecho, Hart conservaba su afiliación al positivismo jurídico manteniendo su tesis canónica y, al mismo tiempo, al poner énfasis en el concepto de reglas, daba un vuelco normativo al concepto de derecho. El derecho no podía ser explicado en términos del uso bruto de la fuerza física, ni como asaltante a gran escala, sino que debía conceptualizarse en términos de reglas.

Hart concibió al derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. Aplicando conceptos de la filosofía del lenguaje ordinario oxoniense, desarrolló la novedosa idea de que las reglas tenían diferentes niveles y que un sistema primitivo de derecho y de autoridad sólo cuenta con reglas primarias, mientras que un sistema desarrollado de derecho cuenta además con reglas secundarias.

Las reglas primarias son las que imponen determinadas conductas, las prohíben o las permiten, pueden describirse mediante los clásicos operadores deónticos de permitido, prohibido u obligatorio. Ejemplos paradigmáticos de normas de este tipo son la prohibición del homicidio y del hurto y la consagración del derecho de propiedad.

Las reglas secundarias son aquellas que se refieren a las primarias y operan como remedio a los problemas que enfrenta un sistema primitivo de toma de decisiones que sólo contara con reglas primarias de obligación. Las reglas secundarias son reglas que introducen, modifican o eliminan reglas primarias. Un sistema primitivo enfrenta el problema de falta de certeza, falta de dinamismo de las reglas y difusa presión social. En virtud de este último problema, nos dice Hart, los miembros de la sociedad en cuestión no saben quiénes son los sujetos competentes para imponer determinadas conductas. En una tribu antigua, por ejemplo, los roles del chamán de la tribu y del cacique podían llegar a confundirse, sin saberse con exactitud cuáles problemas quedaban en manos del chamán y cuáles debería resolver el cacique. Para

solucionar este problema, Hart idea el remedio de la regla secundaria que denomina regla de *adjudicación*, esta regla contribuye a que los miembros del grupo sepan con exactitud quién es la autoridad competente para dictar reglas.

El segundo problema mencionado por Hart es la falta de dinamismo del sistema. Podrían darse ciertas circunstancias complejas que obligara a modificar las reglas existentes. Sociedades primitivas que no tengan una población numerosa, donde sus miembros estén vinculados por lazos familiares, que no estuvieren sometidos a catástrofes naturales de forma recurrente, podrían manejarse sólo con reglas primarias de obligación. Sin embargo, en determinado momento, los seres humanos se ven en la necesidad de cambiar las reglas producto de las condiciones poco favorables que enfrentan. De esta forma, puede ser necesario, ante una inundación o una sequía, cambiar lo que, en materia de cosecha, tiene que aportar cada integrante de la tribu para hacer frente a las adversidades. De esta forma, surgen las reglas de cambio que permiten de una forma ordenada modificar las reglas primarias de obligación.

La principal regla secundaria (el corazón de la teoría hartiana de las reglas) es la denominada regla de reconocimiento que permite aportar certeza al sistema. La regla de reconocimiento encarna el germen de la validez jurídica y nos dice qué cosa es derecho y qué cosa no es derecho. Es una costumbre judicial de los operadores jurídicos que consiste en identificar determinados criterios como aquellos que determinan cuándo nos encontramos frente a una norma jurídica del sistema.

La teoría de Hart se considera una teoría práctica de las reglas porque las reglas no son otra cosa que prácticas sociales. Las reglas jurídicas son un tipo de reglas sociales. Comparten con los hábitos lo que Hart concibe como su componente externo, la regularidad de conducta, pero se diferencian de éstos en base a tres componentes: 1) la crítica; 2) la visión del grupo de que la crítica es justificada y 3) lo que Hart denomina el *aspecto interno* de las reglas.

Si alguien, algún día, incumple un hábito que tiene, por ejemplo, tomar mate todas las mañanas, no va a provocar la crítica de ningún miembro del

grupo social al que pertenece. En cambio, si un individuo incumple la regla de hacer fila en la caja del supermercado va a despertar la crítica de alguno de los miembros del grupo. Además, los otros miembros del grupo van a considerar que dicha crítica está plenamente justificada ante el incumplimiento o apartamiento de la regla. Lo anterior se basa en que las reglas, además de la regularidad de comportamiento, tienen otro componente *significativo* mediante el cual los miembros del grupo experimentan las reglas como obligatorias. Este *aspecto interno* de las reglas es un concepto fundamental para que Hart desarrolle su teoría de las reglas.

Los individuos ven en las reglas la existencia de una obligación. Frente a la pregunta de ¿por qué obedece la norma? el miembro de la comunidad jurídica va a responder “porque *debo* hacerlo”. Las reglas son vistas como *razones* para la acción por parte de los agentes. El concepto de *razón para la acción* y de aspecto interno implica un giro radical con respecto a las teorías imperativistas del derecho de Bentham y Austin. La regla de reconocimiento se alza entonces como la clave para comprender el derecho en términos normativos, pero al mismo tiempo, al ser explicada como una práctica social, mantiene una explicación positivista del derecho, en términos de hechos sociales. Las reglas son prácticas sociales, vividas por quienes la practican como obligatorias.

Como señala MacCormick (2010), la teoría hartiana no explicó este apego a las reglas de los participantes de la comunidad, esta actitud *crítico-reflexiva* que parecería implicar el punto de vista interno hartiano, en tanto dotado de un componente cognitivo y uno práctico, permaneció inexplorado, pese a ser un verdadero giro copernicano (Bix, 2006) para la teoría del derecho positivista contemporánea.

El punto de vista interno no ha empañado la clasificación de la teoría hartiana como una teoría práctica de las reglas y como una teoría que hace honor a considerar que el derecho es, en definitiva, una cuestión de hechos sociales. Pero Hart pretendía, como hemos remarcado, explicar el derecho en términos normativos y no imperativos, quería distinguir al derecho de la figura

del asaltante, tan presente en la metáfora austiniana del derecho como “un asaltante a gran escala” que hundía sus raíces en la teoría hobbesiana de que lo importante es que el soberano garantice la paz por medio de la fuerza, sin requerir legitimidad de ningún tipo.

Shapiro (2011) señala que la teoría práctica de las reglas pretendió dar una solución a la paradoja de la autoridad austiniana. Para Hart, primero son las reglas y después viene la autoridad. Al desarrollar determinadas prácticas con su convicción de obligatoriedad, las sociedades asignan autoridad a determinadas personas. Para la tesis de Austin, primero era la autoridad y después la autoridad dictaba las reglas y las hacía cumplir.

Para una teoría que se proponga diferenciarse de una teoría *imperativista*, es fundamental sostener que la autoridad tiene en sí misma un componente *normativo*, es decir, una explicación de la autoridad, cuyo surgimiento no sea producto del uso de la fuerza bruta.

Hart dota a la autoridad de una explicación normativa al presentarla como el resultado de reglas. Austin no podía ofrecer esta explicación porque sostener que primero es la autoridad y después son las reglas, implicaba asumir que la autoridad era una cuestión de *facto*. Sin ninguna regla atrás como respaldo. Para la visión hartiana las autoridades del derecho son producto de las reglas y las reglas son prácticas que tienen el respaldo del grupo, de la comunidad.

Esta concepción sigue siendo deficiente en opinión de Shapiro, porque las reglas no pueden ser reducidas a hechos. Hart incurre en un *error categorial*, al confundir dos categorías bien diferentes. Las reglas son abstractas, pertenecen al mundo del deber ser, mientras que los hechos pertenecen al mundo físico. No es posible dar un puntapié a una regla, mientras sí puedo dárselo a un cartel. De esta forma, Hart incurre en la conocida *falacia naturalista*, al derivar un *debe* de un *es*. Por ende, no habría una genuina respuesta al problema de la paradoja de la autoridad austiniana.

La tesis hartiana de que las reglas operan para los participantes de la comunidad jurídica en cuestión como razones para la acción, pretendió ser una

explicación normativa de la idea de obligación. Y pretendió diferenciarse de la idea de que, si bien me siento compelido a darle la billetera al asaltante que me apunta con el arma, el asaltante no me impone una genuina obligación.

Hart estaba también rivalizando con las tesis realistas jurídicas y especialmente con el realismo americano, que pretendían explicar el derecho en términos naturalísticos, de hechos brutos. Hart sostenía que el derecho no podía explicarse en términos de predicción, como se predice la lluvia al constatar nubes en el cielo.

Esta idea de las reglas en términos de razones para la acción, que permaneció inexplorada en la teoría hartiana en los años posteriores y finalmente descartada en su última obra importante publicada por él mismo² (Hart, 1982), fue desarrollada exhaustivamente por su discípulo Joseph Raz.

4. La autoridad y la autonomía en Raz.

Raz no sólo fue un filósofo del derecho, también hizo importantes contribuciones en filosofía de la práctica y en filosofía política. Se enfrentó al desafío de explicar cómo la noción de autoridad no presenta *normativamente* conflictos con la idea de autonomía individual y con la misma idea de libertad. La pregunta formulada por Raz (1995) es ¿Cómo, siendo libres, aceptamos contar con autoridades que nos dicen lo que tenemos que hacer? Si estas autoridades se conciben como ilegítimas, no representan un genuino problema a la pregunta, porque, en todo caso, serán consideradas como una suerte de asaltantes que directamente atentan contra nuestra autonomía y libertad. El problema se presenta cuando concebimos una teoría de la autoridad legítima, como lo hace Raz.

La concepción de la autoridad de Raz se amalgama con su teoría del derecho, ambas están profundamente conectadas. Raz explica el derecho, al igual que lo hacía Hart, en términos de reglas y concibe a las reglas en términos de razones para la acción. Raz conceptualiza las reglas jurídicas

como razones *excluyentes*. Esto significa que una regla opera como una razón que excluye la deliberación personal del sujeto: frente a la existencia de una regla, la persona no tiene que deliberar acerca del curso de su acción, tiene que acatar la regla.

La explicación de las reglas en términos de razones excluyentes pone sobre Raz el peso de explicar cómo la exclusión de la deliberación en sujetos que se suponen libres y autónomos puede justificar la legitimidad de la autoridad. Raz no concibe que las autoridades siempre sean legítimas, más bien piensa que, frecuentemente, no lo son. Sin embargo, concibe que puedan serlo y a la autoridad como un servicio para el agente racional autónomo. Lo anterior se da porque una autoridad política es, o pretende ser, una autoridad práctica. A diferencia de una autoridad teórica, una autoridad práctica nos dice qué tenemos que hacer, mientras que la primera nos dice qué tenemos razones para creer.

Para Raz las autoridades, si son legítimas, nos dan genuinas razones para la acción. Para que esto suceda tienen que cumplirse tres tesis: tesis de la *justificación normal*; tesis de la *dependencia* y tesis del *reemplazo*. Para explicarlas, Raz pone el ejemplo de dos personas que someten su decisión a un árbitro. Si lo hacen es porque han decidido someterse a la decisión de este tercero. El laudo o la decisión del árbitro se constituye en una razón para la acción de los litigantes. Deben hacer lo que el árbitro dice por la razón de que lo dice. Sin embargo, esta razón aparece imbricada en una red de otras razones. Y esta razón, a su vez, no es una mera razón más que pueda agregarse a las otras. La decisión del árbitro se basó en un cúmulo de otras razones que son las razones involucradas en la resolución de dicho caso.

Raz llama razones *dependientes* a las razones que se aplican al árbitro para decidir, estas razones no son las que efectivamente tomó en cuenta en su decisión, sino las que *debió* haber tomado en consideración. Cuando las partes asumen el litigio, asumen también que el balance de las decisiones del árbitro reemplazará el balance de razones que ellos tenían cuando presentaron la causa a su resolución. Raz considera que esto no convierte a la razón del

árbitro en una razón absoluta a la que haya que obedecer en cualquier caso y cualquier circunstancia. Si se constatará que el árbitro recibió un soborno o tomó su decisión alcoholizado, o si surgiera nueva evidencia importante, estas pueden ser razones que hagan que esté justificado desobedecer la orden. Lo que Raz enfatiza es que las razones que se podrían haber tenido antes de tomar la decisión ya no se pueden alegar una vez que la decisión esté tomada. Esto no implica que no se puedan criticar la decisión del árbitro, significa que algunas razones han sido excluidas.

Raz piensa que, tratándose de agentes racionales, la conclusión que se sigue es que (para ser consistentes) al haber sometido su decisión al arbitraje, si todavía pudieran alegar las mismas razones y se resistieran a acatar la decisión, no tendría sentido haber acudido al arbitraje. Raz considera que el ejemplo del árbitro es un buen ejemplo de cómo funciona la autoridad del derecho.

La *tesis de la dependencia*, implica que las directivas de la autoridad deben basarse en razones que se apliquen a sus destinatarios, es decir, razones que estos tienen en el contexto en el que la orden se aplica.

La tesis de la *justificación normal*, implica que el gobernado actuará de forma más adecuada a las razones si sigue la orden de la autoridad, a que si él mismo hace el balance de razones involucradas en las circunstancias en las que se da la acción.

La *tesis del reemplazo* o de la *exclusividad* indica que, cuando una autoridad exige el cumplimiento de una acción eso se constituye en una razón para su cumplimiento que no se agrega al conjunto de razones ya existentes, sino que reemplaza o excluye a algunas de esas razones.

Raz ancla en las dos primeras tesis su concepción de la *autoridad como servicio* y conceptualiza que las autoridades median entre las personas y las razones que tienen para la acción. Las indicaciones de la autoridad reemplazan las razones que ellos tienen. Si esto no sucediera la autoridad no podría brindar el servicio que brinda. Según Raz, su teoría no contribuye a justificar la obediencia a las autoridades a cualquier costo, ni en todas las circunstancias.

Por el contrario, la tesis de la justificación normal afirma lo contrario: el limitado papel de las autoridades que no tienen la posibilidad normativa de introducir nuevas razones a las que ya existen para los gobernados.

Un sistema jurídico para ser tal tiene que tener autoridad *de facto*, sin embargo, puede no tener autoridad legítima. Si le faltan los atributos morales necesarios no será una autoridad legítima. Al tener autoridad *de facto*, tiene que tener la capacidad de *alegar* tener autoridad legítima, aunque en realidad no la tenga. El derecho expresa su voz por medio de las instituciones, cuyo lenguaje pretende crear obligaciones a los ciudadanos, y que éstos le obedezcan.

Es innegable, en opinión de Raz, que no es posible suponer como condición necesaria que el derecho posea autoridad legítima. Hay muchos ejemplos donde no puede sostenerse que las autoridades cumplan con la tesis de la justificación normal. La pregunta de Raz es si, al pretender tener autoridad legítima, esto nos dice algo más acerca de la naturaleza del derecho. Si, en el esfuerzo por, al menos, simular que posee este tipo de autoridad, el derecho adquiere rasgos distintivos, es uno de los aspectos sobre los que problematiza Raz.

Raz distingue dos tipos de requisitos para tener autoridad: los requisitos morales o justificatorios y los requisitos de hecho. Si no tuviésemos la capacidad de comunicarnos no tendríamos la posibilidad de tener autoridad. Aunque el derecho nazi no tenía autoridad legítima era del tipo de cosas que podía llegar a tenerlas. No pasa lo mismo con la erupción de los volcanes.

Para Raz la autoridad sólo puede existir si quien emite las órdenes tiene una idea de cómo quieren que se comporten sus gobernados y si es posible identificar las órdenes o atribuírselas a determinado soberano o determinada institución. Aunque las razones para exigir lo que la autoridad exige sean malas, deben representar la voluntad de la autoridad acerca de cómo quiere que las personas se comporten. El autor parece entrelazar los conceptos descriptivo y normativo de autoridad en el concepto de *pretensión de autoridad legítima*. La pretensión de autoridad legítima es una cuestión de hecho.

Raz piensa que las fuentes del derecho (la legislación, la jurisprudencia y la costumbre) tienen la aptitud de ser órdenes autoritativas. Tienen esta capacidad, pretenden ser guías de la conducta de las personas. Es central, a su vez, que esta noción de autoridad de facto es independiente de contenido. No importa si se respeta o no la tesis de la dependencia. Las órdenes del legislador pueden ser malas, los jueces corruptos y las costumbres no reflejar la moral crítica.

Este es el aspecto central de la noción de *autoridad como servicio*. Si para identificar la autoridad los individuos tuvieran que analizar la virtud de las razones que subyacen a las órdenes de esa autoridad, la autoridad no representaría ningún servicio. No implicaría ningún ahorro a los sujetos a los que va dirigida. Si tomé la decisión de contratar un seguro, no puedo recordarme que tomé la decisión afirmando que quise contratar el mejor seguro. La única manera en que el derecho puede representar una ventaja para sus destinatarios es si nos evita resolver acerca del balance de las razones de las decisiones.

Una mafia o una banda de narcotraficantes no tiene la pretensión de autoridad legítima. Esto se traduce, en términos de Raz, en que no pretenden ser una guía para los sujetos a quienes se dirigen sus órdenes, sólo están preocupados por su beneficio particular. Esto hace que la teoría raziana de la autoridad siga siendo una teoría positivista porque la autoridad del derecho es una cuestión de hecho. El derecho es una cuestión de fuentes y no de contenido.

La noción de autoridad *raziana* mezcla los conceptos descriptivo y normativo de autoridad lo que hace que se planteen dudas acerca de su posibilidad de éxito. Raz quiere identificar el derecho mediante una cuestión de hecho, pero al mismo tiempo parece colocar en el concepto de autoridad con su tesis de la pretensión de poseer autoridad legítima, un componente que es normativo.

De esta forma, si bien logra diferenciar a la autoridad del derecho de la figura del asaltante, el delincuente, o la mafia organizada, se presentan algunas

dificultades con las autoridades que parecen ser tales, pese a sólo preocuparse por su propio bienestar o el del conjunto de funcionarios a los que favorecen con tal de perpetuarse en el poder. Puede ser el caso de *narcoestados*, o dictaduras o totalitarismos que usan a las instituciones del Estado en su beneficio propio. En este caso parece que lo que lo distinguen de un ladrón o un asaltante no es su pretensión de autoridad legítima, sino el hecho de que cuentan con las *instituciones* del Estado. No quieren ser una guía para sus gobernados, y si en todo caso simulan tener autoridad legítima, como afirma Raz, el resaltar la hipocresía no parece ser el mejor elemento para destacar las diferencias. No porque no la tengan, sino porque, además de que no parece ser el concepto más distintivo del derecho, la noción de pretensión de autoridad legítima, no dejaría de ser una cuestión meramente de hecho, que no tiene en sí mismo ningún componente normativo, aunque huela a él. Esto sólo confunde los sentidos descriptivo y normativo de autoridad. Se trataría de un hecho que se presenta simulando ser un valor. Esta visión rebuscada de la idea de autoridad y de pretender aspirar a algo que no necesariamente posee, abre el espacio para las preguntas acerca de si el derecho como tal, es de las cosas que tienen la aptitud para estar al servicio de las personas. En este sentido, el derecho tendría de por sí un componente normativo que Raz no desarrolla, porque se restringe a la explicación de la autoridad como una cuestión de hecho.

Lo anterior, a mi modo de ver, padece de dos desventajas: la primera es que parece presentar al derecho, aunque sea profundamente inmoral, como algo que puede ser un servicio en sí mismo. Si la autoridad fomenta la discriminación, la muerte, la tortura y la desaparición, y tiene pretensión de autoridad legítima (como suele suceder con las dictaduras) entonces tilda el concepto de autoridad como servicio porque, sin duda, representa un ahorro para los sujetos que no tienen que decidir qué hacer en cada caso en particular, cuentan con órdenes que son guías para su conducta. Este es el precio que hay que pagar de una teoría que afirma que el servicio sea independiente de todo contenido. La segunda desventaja es que parece

descuidar la distinción básica entre los sentidos descriptivo y normativo de autoridad. Si bien Raz distingue la cuestión de poseer autoridad legítima, de no poseerla, el derecho parece ser algo a medio camino entre ambos conceptos, porque pretende lo segundo, siendo lo primero. La propia noción de pretensión de autoridad legítima ya tiene un componente normativo y eso, además, complejiza la distinción del derecho como un fenómeno exclusivamente de hechos, que se supone es la ventaja que una teoría positivista del derecho presenta. En efecto: para constatar que algo sea derecho necesito constatar que tiene una pretensión de legitimidad que no posee un delincuente o un conjunto de ellos. La distinción de la *pretensión* de autoridad legítima es igualmente compleja que el problema de la distinción de la autoridad legítima. Para poder saber si un régimen en especial es derecho o es otra cosa, tengo que saber qué significa ser una autoridad legítima.

De la misma forma que no nos ponemos reflexivos a la hora de pedirle explicaciones a un asaltante (no le pedimos que nos diga en qué mano quiere que le demos la billetera cuando nos apunta con un arma, o no señalamos su contradicción cuando nos dice: “quietos”, al mismo tiempo que nos dice: “la billetera”), no parece necesario para los súbditos de una dictadura saber cuándo tienen que obedecer sus órdenes si quieren preservar su integridad física. Por lo tanto, la noción de pretensión de autoridad legítima es teórica y como tal está construida para saber cuándo algo es derecho. Esta teoría, aunque podría entenderse que se presenta como tal, no evita que necesitemos saber cuándo una autoridad es legítima. Si no lo hacemos tampoco sabremos cuándo una autoridad tiene pretensión de serlo.

Si bien Raz presenta las tesis que tiene que cumplir una autoridad para ser legítima, o sea, no evita el problema, dentro de estas tesis está la tesis de la dependencia que es específicamente una tesis dependiente de contenido que inevitablemente no se puede resolver por una cuestión de fuentes o de procedencia de la orden autoritativa. La cuestión a resolver es cómo algo que *pretende* ser algo que tiene un fuerte componente valorativo o de contenido podría ser algo de hecho³.

5. *Un concepto normativo de autoridad.*

Un sentido descriptivo de autoridad pretende explicar la existencia de la autoridad en términos de una teoría *naturalizada*, que simplemente se refiera a la existencia de la autoridad por la vía de los hechos, en el sentido de que existe una persona o un conjunto de personas que ejercen autoridad sobre otros porque pueden imponerse y pueden hacer que los sujetos experimenten sanciones (consecuencias desfavorables), si no hacen lo que la autoridad les impone. En un sentido descriptivo, describir la autoridad de un sistema de gobierno se reduce exclusivamente a esta constatación.

Sin embargo, la idea de autoridad abarca mucho más que el fenómeno jurídico. Muchos sistemas artificiales de normatividad como el derecho tienen autoridades. En el fútbol el árbitro es una autoridad y la Asociación de Fútbol Internacional (FIFA) también lo es. El Papa es la autoridad máxima de la Iglesia Católica. Si nos sometemos a un concurso de cocina la autoridad para resolver sobre quién es el mejor cocinero estará integrada por el jurado del concurso. Desde el punto de vista epistémico también existen autoridades, por ejemplo, el Consejo Editorial de una revista especializada. También hay personas que son autoridades porque lo que dicen es especialmente tomado en cuenta en el sector especializado en el que lo son. Durante la pandemia por Covid19 el GACH (Grupo Asesor Científico Honorario) era una autoridad para la población que estaba atenta a sus recomendaciones que incluso, en algunos casos, fueron seguidas por las propias autoridades oficiales de salud, a quienes el grupo asesoraba.

Hay ciertas corrientes escépticas frente a la idea de autoridad y a la necesidad de contar con autoridades. Sin embargo, podemos distinguir las razones del escepticismo hacia la autoridad que tienen un fundamento descriptivo (naturalístico) de las que tienen un fundamento normativo (no naturalístico). Quienes se manifiestan escépticos frente a la idea de desarrollar una teoría de la autoridad desde un punto de vista *normativo*, sostienen que la

autoridad debe reducirse exclusivamente a los hechos del mundo físico que implican que alguien está en condiciones de imponerse a los demás y de hacer uso de la fuerza física. Desde este punto de vista, explicar la autoridad debería reducirse a explicar este conjunto de fenómenos fácticos que permiten predecir que alguien es una autoridad cuando, al decir algo, los súbditos lo van a obedecer motivados en la predicción de que, si no lo hacen, le sobrevendrán consecuencias adversas. Este tipo de teorías, si bien no niegan un componente conceptual en la noción de autoridad, vinculada fundamentalmente a una teoría de las fuentes del derecho (que comparten con el positivismo excluyente de Raz), este sólo tiene sentido para poder distinguir los hechos jurídicos de hechos no jurídicos, pero no piensan que exista algo así como razones jurídicas que pueda fundamentar o justificar las decisiones que de hecho toman las autoridades jurídicas, específicamente los jueces (Leiter 2007).

Desde un punto de vista normativo, el escepticismo para la noción de autoridad o la idea de un respaldo a la necesidad normativa de contar con autoridades proviene de algunas variantes de anarquismo filosófico que, básicamente, plantea que la autoridad política es incompatible con la autonomía moral. Una persona tiene que resolver por sí misma qué debe hacer y en cada caso en particular tiene que hacer un ejercicio de reflexión moral y nunca debe guiarse por lo que, autoritativamente, alguien le diga que debe hacer (Wolff 1970).

Esta crítica es aplicable sobretodo a aquellas concepciones que consideran que la noción de autoridad implica también un deber de los súbditos de obedecer. Una concepción descriptiva de la autoridad, aun aquella que considera que la autoridad es coacción física justificada, podría sobrevivir a la crítica representada por este argumento porque no se le aplica, al no concebir que la autoridad lleve consigo un deber general de obediencia a los súbditos. Por ejemplo, hay quien puede concebir la autoridad de un ejército invasor pese a no sostener que los ciudadanos del país invadido tengan el deber de obedecer a la autoridad (Christiano 2020).

Vimos en el punto anterior que Raz, desde una concepción normativista, piensa que esto puede responderse mediante la tesis de la justificación normal, en la medida en que las razones que existen en los mandatos de la autoridad ya son las que se aplican a los sujetos. La autoridad simplemente hace que actuemos mejor en base a las mismas razones que ya teníamos antes de su intervención. Entonces desde esta visión que es instrumental de la autoridad, la objeción de Wolff se enfrenta sosteniendo que el deber de obedecer a la autoridad es un deber moral justificado en razones independientes a la existencia misma de la autoridad. En esto se evidencia un deber de obedecer a la autoridad que se antepone al deber de autonomía moral. Lo anterior no significa que siempre, en todos los casos, se tenga el deber de obedecer, sino que la autoridad se justifica eliminando la necesidad de evaluación en cada caso, aunque haya casos en que las razones para desobedecer a las reglas de la autoridad son suficientemente fuertes como para hacerlo. Sin embargo, se evidencia la ventaja de la autoridad porque no en todos los casos los individuos reflexionarán sobre qué deben hacer, sólo en aquellos casos donde observen un desajuste de importancia.

Otra versión de este desafío anarquista, en la que Christiano cita a Leslie Green y John Simmons, implica afirmar que no hay un deber de obediencia al Estado y que el Estado no tiene derecho a gobernar. Ningún Estado es de por sí legítimo, ni implica un deber independiente de obediencia. Esto no significa que nunca se deba obedecer al Estado. La afirmación de la no existencia de un deber de obedecer al Estado no implica que uno no tenga razones morales para obedecer las órdenes del Estado, sólo implica decir que, si lo hace, lo hará porque existen esas razones morales independientes.

En los Principios Metafísicos de la Justicia, nos recuerda Korsgaard (2008), Kant condena la revolución. Sostiene que los súbditos tienen el deber de obediencia al soberano incluso si están sometidos a un permanente abuso. Cuando un gobierno nuevo se instaura por la fuerza, aunque su origen sea ilegítimo, los súbditos tienen el deber de obedecer al nuevo gobierno y no le deben más nada a las autoridades derrocadas. Con estas afirmaciones

parecería que Kant quiere defender el statu quo a cualquier precio, sin embargo, afirma Korsgaard, en su ensayo “¿Progresan constantemente la raza humana?” Kant encontró en la revolución francesa un aliento para pensar afirmativamente acerca de esa pregunta.

Kant distinguió los principios universales de justicia, de los principios de la ética o la virtud. El principio universal de justicia es una versión restringida del imperativo categórico. En virtud de este principio debemos actuar de forma compatible con la libertad de acción de todas las personas, adecuándonos a esta ley universal. De forma que cualquier violación de este deber autoriza a los demás a intervenir y coaccionar para que estos deberes se cumplan. En este sentido, piensa Korsgaard, no es posible hablar de genuinos deberes de justicia o del derecho porque esta noción de deber se anula en el momento en que en términos de justicia “tu tienes el deber”, implica “tenemos el derecho a exigirte”. Mientras que, en el ámbito de la ética y los deberes de la virtud, esto implica: “en la medida en que eres autónomo te lo exiges a ti mismo”.

La coacción está autorizada porque la única restricción que experimenta en Kant la libertad, conforme el principio universal de justicia, es ser coherente con la libertad de acción de todos. Korsgaard sostiene que para Kant la exigibilidad coercitiva no es algo vinculado a los derechos, sino que es algo constitutivo de su propia esencia. Kant cree, a diferencia de Locke y en sintonía con Rousseau, que los derechos que existen en el estado de naturaleza son sólo *provisorios*, en el sentido de que no hay, por ejemplo, una metafísica en el derecho de propiedad que haga que lo posea por combinar el trabajo y la tierra. Los derechos son contruidos como pactos recíprocos de que se respeta mutuamente la propiedad de los demás a condición de que los demás respeten la mía.

La coerción no puede ser unilateral, debe haber una voluntad que es la voluntad general rousseauiana de que recíprocamente nos respetamos unos a otros en nuestros derechos de propiedad. Una voluntad unilateral violaría la universalidad requerida por el principio general de libertad. Los derechos son provisorios en el estado de naturaleza porque la voluntad general no ha

emergido del pacto social de la autoridad política que garantice los derechos de todos. La única manera legítima de hacer valer los derechos coercitivamente en un estado de naturaleza es entrando en un pacto político con los contendientes de forma de asegurar que todos tengan igualmente acceso a la coerción y que esta no sea sólo unilateral. Para Kant la única manera de hacer valer los derechos humanos es participando en una sociedad política, de forma que, participar en ella no es sólo una cuestión de interés sino de deber. Para Kant la existencia de una voluntad general de hacer cumplir los derechos es lo que justifica la coerción de la autoridad política. Los gobiernos son legítimos porque los seres humanos que comparten determinados espacios vitales deben formar esa voluntad general. El gobierno se asienta en nuestra voluntad general de justicia.

Korsgaard afirma que para Kant todos los gobiernos *deben* considerarse como autoridades legítimas, porque son la expresión de una voluntad general. Sin embargo, eso no significa sostener que todas las decisiones de un gobierno son justas. Kant tenía una visión ideal del Estado que difícilmente, reconocía, fuese posible en la práctica. La explicación de Kant del Estado es trascendental o hipotética, él no cree que haya existido genuinamente un pacto, sino que explora las condiciones necesarias para la existencia de una autoridad legítima. Korsgaard destaca que Kant no presentaba una teoría descriptiva del derecho o del gobierno o la autoridad, sino que presentaba una teoría normativa y los conceptualizaba como normativos, porque son conceptos inteligibles o racionales más que sensibles o empíricos.

Sin embargo, en Kant, como lo reseña Korsgaard, es esencial que algo que puede constatare empíricamente, como detentar el poder o poseer un objeto determinado, sea, a los efectos de la necesidad de nuestra práctica moral, visto con fuerza normativa porque es la única manera en que nuestra libertad sea garantizada ya que necesitamos al gobierno para que asegure nuestros derechos.

Korsgaard sostiene que hay una tensión ineliminable entre la justicia procedimental y la justicia sustancial. Quizás quien es electo presidente no es

la mejor persona para el cargo; quizás la ley es inconstitucional; quizás quien fue absuelto en realidad era culpable y así se podría continuar. Pero, dice Korsgaard, lo que confiere normatividad a todo lo anterior es el procedimiento y no el ajuste a una justicia sustancial. Esto se debe a que necesitamos a la voluntad general para actuar conjuntamente, para poder realizar un ideal de agencia colectiva. Lo que unifica a un pueblo, en opinión de Korsgaard, es que existen procedimientos que los hacen unificarse y que posibilitan la acción colectiva. Para Kant el fracaso de las instituciones en cumplir los ideales de justicia es irrelevante.

El sujeto individual, con sus concepciones privadas acerca de la justicia y del gobierno es idéntico a un extraño para Kant. Korsgaard resalta que así nos comportamos en materia de derecho internacional, aunque estemos convencidos de que la democracia constitucional es la mejor forma de gobierno, no consideramos que tenemos derecho a imponérsela a ningún pueblo. Es claro por qué para Kant no hay derecho a una revolución: el gobierno de turno representa la voluntad general y cualquier acto revolucionario implicará atentar contra el pueblo mismo.

Sin embargo, Korsgaard se pregunta qué sucede cuando un tirano y su ejército domina un territorio en contra de la voluntad de la mayoría, y el procedimiento estipula la consulta al soberano como forma de legitimidad para expresar la voz del pueblo y no el voto. En Kant está claro que cualquier acto de rebelión será ilegítimo (aunque él fuese un fuerte simpatizante de las revoluciones francesa y americana).

¿Cómo es posible entonces fundamentar que una revolución sí representa la voluntad general de un pueblo sometido a un déspota? Es cierto que las revoluciones no comienzan con ciudadanos eligiendo a un representante legítimo, comienzan mediante el uso de la fuerza física. La revolución no puede ser considerada la voluntad general porque no hay manera de que podamos establecer esta cuestión sobre la base de que el revolucionario sea una especie de mandatario del pueblo. Los revolucionarios no suelen elegirse.

Korsgaard resalta que, ningún otro filósofo en la historia de la filosofía presentó una teoría moral basada en el agente, más desarrollada que la que presentó Kant. No estaba preocupado por el tema de las responsabilidades o por resolver qué acciones son correctas o incorrectas sino por la pregunta de ¿qué debo hacer? Entonces, pese a todo lo anterior, Korsgaard quiere reflexionar acerca de la pregunta ¿deberíamos algún día rebelarnos?

Para responder a esta pregunta no es posible hacerlo en términos de deberes de justicia que son deberes externos, es necesario recurrir a la ética y pensarlo en términos de deberes de virtud que son internos. Korsgaard piensa que de todo lo anterior no surge que Kant pensara que el hombre virtuoso no tenga derecho en ningún caso y bajo ninguna circunstancia a rebelarse. De hecho, cuando Kant analiza la ejecución de Luis XVI no cree que lo más problemático, desde el punto de vista moral, sea que se ejecute al soberano porque esto es más que nada un interés por la supervivencia. Si el soberano recuperara su poder probablemente castigaría con la muerte a los revolucionarios. Lo que es complejo es cómo esto se hace con personas vestidas con peluca y bajo la forma de determinados procedimientos legales.

El problema se presenta cuando las propias instituciones son usadas para abusar de los derechos humanos, cuando las pelucas, las togas y los juicios son usados en contra de la justicia misma. Este fue el caso del apartheid de Sudáfrica, de Estados Unidos antes de la guerra civil, y de las dictaduras latinoamericanas, y de muchos otros casos. En estas ocasiones al ciudadano virtuoso, al amante de los derechos humanos no le queda otra opción que rebelarse. No hay nada más abominable que la injusticia perpetrada por las propias autoridades que están para garantizar la justicia. Que un dueño de un esclavo que se fuga lo recapture es terrible, nos dice Korsgaard, pero que un tribunal ordene su devolución es mucho peor. En este caso, reflexiona la autora, las propias condiciones que le hacen pensar en la revolución como injusta a Kant, son las que se dan en estos casos donde hay un gobierno establecido.

6. Conclusión.

Las teorías jurídicas contemporáneas y algunas teorías morales presentan el concepto de autoridad desde enfoques que son diferentes. Algunas presentan a la autoridad desde un punto de vista descriptivo, concibiéndola en términos exclusivamente de hechos brutos, es decir, desde un enfoque *descriptivo* que reduce la explicación de la autoridad a términos de la concentración del poder de facto. Otras teorías presentan un enfoque *normativo* de la autoridad que se pregunta en qué sentido puede una autoridad *obligarme* y también cuándo *debo* obedecerla. Del repaso de estas teorías se concluye que sólo una teoría que aborde una perspectiva normativa puede presentar un análisis completo del problema de la autoridad del derecho.

7. Referencias bibliográficas.

- Christiano, T. "Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/authority/>>.
- Gardner, J. (2012). *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1961). *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió (1963), Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Hart, H.L.A. (1982). *Essay on Bentham. Studies in jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (2020). *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatan. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica, y civil*. MÉXICO DF: FCE.

- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press.
- Korsgaard, C. (2008). *The constitution of agency*. New York: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (2010) *H.L.A. Hart*. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J. (1995). *Ethics in the public domain. Essays in moral of law and politics*. New York: Oxford University Press.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge (MA): The Belnak Press.
- Wolff, R.P. (1970). *In defense of anarchism*. Harper Torchbooks.

¹ Cuando se alude al concepto de agente racional se enfatiza la idea de autonomía de un sujeto libre que, en tanto ser racional, piensa en lo que tiene razones para hacer. Esto se distingue de la situación donde un sujeto evalúa qué le conviene hacer para obtener determinado resultado, que si bien es también una postura racional (encarnada en la noción de la prudencia, de aquello que representa nuestro *autointerés*), no es a lo que se alude cuando las teorías metaéticas contemporáneas desarrollan la teoría del agente. Estas teorías están pensando en términos de lo que un agente tiene razones morales para hacer.

² En esta obra Hart rivaliza con Raz y concluye que su teoría de la obligación jurídica en términos de reglas y éstas en términos de razones para la acción tuvo el defecto de presentarse como guiando la conducta de los individuos, sin embargo, Hart considera que no es posible dar cuenta de las reglas como razones para la acción en términos robustos, porque puede darse el caso que alguien no tenga ninguna razón en absoluto para seguir una regla. Hart discrepaba con la tesis raziana de colapsar el punto de vista jurídico en el punto de vista moral, lo que se traduce en sostener que siempre que hay un deber jurídico hay también un deber moral.

³ Todo lo anterior no va en desmedro de rescatar el importante aporte de Raz al desarrollar el concepto de razón para la acción y de agente, y su imponente contribución a la teoría del derecho contemporánea, específicamente en su esfuerzo de presentar una teoría que compatibilizara la idea de autoridad con la de autonomía individual.