

EN TORNO AL DEBATE RAZ/COLEMAN: ¿EXCLUYENTE O INCLUYENTE?*

Juan VEGA GÓMEZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El positivismo de Raz*. III. *Las observaciones de Coleman al positivismo incluyente*. IV. *Para fijar el debate y algunas observaciones en torno al positivismo incluyente*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo principal discutir las líneas argumentativas y diferencias —si es que existen— entre lo que se ha venido a denominar positivismo excluyente (PE) y positivismo Incluyente (PI), pero como todos saben, dichas posturas no se limitan a dos autores simplemente, hoy en día hay diferentes y variadas expresiones de cada una de estas vertientes. Aquí sólo me voy a dedicar a las tesis de Raz como defensor del PE y Coleman del PI, por lo tanto debo aclarar que no entraré al debate de otros representantes de las ideas, mucho menos a las observaciones que se le pueden hacer al positivismo en general desde otras trincheras iusfilosóficas. Sólo me anima a presentar el trabajo las observaciones que recientemente publicó Coleman en *The Practice of Principle* sobre la postura de Raz y su PE. El estudio se divide en tres partes principales: primero doy un resumen de la postura de Raz resaltando su

* Este trabajo es parte de una investigación que se lleva a cabo sobre el positivismo jurídico contemporáneo y es posible gracias al apoyo recibido por parte del CONACYT y de la UNAM para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Oxford. Estoy sumamente agradecido a estas dos instituciones, así como a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y a Joseph Raz quien no sólo amablemente ha apoyado mi estancia en Oxford, sino que me dio la oportunidad de comentar varios aspectos de este trabajo que finalmente se nutre de dichas discusiones.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

tesis de la autoridad y cómo ésta se liga necesariamente a la tesis de las fuentes sociales del derecho; en un segundo apartado voy a hacer una breve introducción al planteamiento de Coleman, pero lo que me interesa resaltar son las alternativas que propone en relación al PE; por último, doy mi opinión en torno al debate, cuestionando la viabilidad del PI defendido por Coleman, sobre todo en relación a las modificaciones que pretende llevar a cabo a otra de las tesis principales del positivismo, *i. e.*, la tesis de la diferencia práctica.

Para ubicar la discusión digamos lo siguiente: En aras del argumento, estamos de acuerdo con Coleman en que una de las tesis principales del positivismo es la tesis de los hechos sociales, *i. e.*, la posibilidad de la autoridad del derecho debe explicarse por ellos, pero mientras Coleman intenta avanzar una convención con una regla de reconocimiento que genera razones para la acción, pero más importante, deberes hacia los oficiales, aquí muchos otros positivistas no insistirían en que la Regla de Reconocimiento desempeñe dicho papel, una forma más concreta de decir lo anterior es: muchos positivistas tendrán dudas respecto a la tesis de la convención de Coleman. El problema principal que esto genera para el PI del tipo que defiende Coleman es que la Cláusula Suficiente en la Regla de Reconocimiento sería inconsistente con la pretensión de autoridad que tiene el derecho. A) Esta es una de las partes importantes de la respuesta de Coleman a esta interrogante y su defensa del PI, donde pretende acomodar esta noción con la tesis de la autoridad de Raz, y B) La otra cuestión que debe ser analizada en este artículo son las dudas que tiene Coleman respecto a la tesis de la diferencia práctica, donde intenta avanzar una nueva interpretación de la misma, pero no a la luz de la tesis de la autoridad en Raz, *i. e.*, sin acomodar y tratar de homologar ambas tesis.

II. EL POSITIVISMO DE RAZ¹

Antes que nada debemos preguntarnos: ¿Qué implica la tesis de la autoridad en Raz y cómo se relaciona ésta con la tesis de las fuentes sociales del derecho? Hablando en términos de la autoridad del derecho y sus directivas, la tesis de la autoridad nos dice que una vez que hablamos de autoridades legítimas, las directivas generan *razones excluyentes para la*

¹ Intento llevar a cabo una explicación mucho más detallada de la postura de Raz en “El positivismo excluyente de Raz”, Oxford, manuscrito, 2003.

acción (RE) las cuales tienen una justificación *independiente de contenido* (IC) y finalmente pretenden hacer una diferencia práctica en nuestras deliberaciones. Déjenme desempacar todo esto: las RE son razones adicionales que nos dicen que no actuemos por ciertas razones. Las razones generadas por las directivas no deben agregarse a las razones propias de la regla, finalmente no podemos contar ambas, *i. e.*, las razones que nos dicen qué debemos hacer con base en las directivas mismas y las razones que justifican dichas directivas, en el caso de las directivas en el ámbito jurídico sólo contamos estas RE. Uno de los objetivos que tiene una directiva es prevenir el peso para actuar o no que tiene la misma directiva a través de sus RE, en términos del propio Raz, las razones excluidas son las razones subyacentes propias de las reglas o directivas —también llamadas *razones dependientes* RD—. El peso que debemos considerar -reitero, si estamos hablando de autoridades legítimas, —es el de las RE de la directiva. Estas RE justifican la directiva y su validez, pero la justificación es una independiente de contenido (IC), *i. e.*, su justificación radica no en las razones subyacentes de la directiva, sino en las RE o razones protegidas.² La justificación que se encuentra detrás de estas directivas es el papel que desempeñan las autoridades, *i. e.*, lo que en la tesis de Raz se denomina la concepción del servicio de la autoridad (CSA), la cual consiste en considerar la tesis de la dependencia y la tesis normal de justificación. La primera de estas tesis sostiene que las directivas de la autoridad se deben basar en razones que ya se aplican a los sujetos y la segunda menciona: “que la manera normal en que se determina que debe reconocerse que una persona posee autoridad sobre otra consiste en demostrar que es más probable que el sujeto que cumple con las razones que ya se le aplican (que no son las de la autoridad) acepte las directivas de la supuesta autoridad como vinculantes e intenta seguirlas, en lugar de que el sujeto mismo intente seguir las razones que se le aplican directamente”.³

Entonces, para explicar cabalmente este aspecto de justificación (IC) tomamos en consideración este papel mediador que desempeñan las autoridades entre los sujetos y las razones correctas para actuar. Esto es debido a que las autoridades en dicho papel mediador desempeñan actividades importantes coordinando las actividades de los individuos en

² Cfr. Raz, J. “Reasoning with Rules”, *Current legal Problems*, vol. 54, 2001, p. 15.

³ Cfr. Raz, J. *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 214. Hay traducción al castellano de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2001.

sociedad, permiten —como sostiene Raz— un grado de acuerdo frente a los desacuerdos propios de nuestras sociedades contemporáneas,⁴ esto sólo por mencionar uno de sus propósitos.

La tercera tesis que explica la concepción de autoridad en Raz, es la de la prevención (TP) y es un aspecto que se encuentra en el centro de discusión en el debate entre positivistas. Lo anterior, debido a que la tesis señala que una directiva con sus RE y protegidas las cuales son IC previenen el peso de las razones subyacentes propias de la regla y transfieren dicho peso a las razones adicionales de la directiva. Si tomamos en consideración las otras dos tesis y estamos claros que hablamos de autoridades legítimas, la autoridad resuelve el problema de saber cuáles son las razones correctas a seguir por parte de los sujetos, pasamos dicha decisión —como lo hacemos en muchos otros aspectos de nuestras vidas— a la autoridad y una vez que se generan dichas directivas, seguimos estas razones y no las subyacentes propias de la regla. Sería extraño decir que una autoridad nos exige considerar de nuevo las razones dependientes para saber qué es lo que debemos hacer, dado que esto es precisamente lo que están encomendadas a hacer las autoridades, y a través de dicha actividad solucionar problemas de coordinación que surgen en nuestras sociedades.

Esta explicación sobre la naturaleza de la autoridad da buenas razones para seguir otra de las tesis principales del positivismo, la tesis de *las fuentes sociales del derecho* (FSD): de acuerdo a Raz, una norma goza de una fuente social si su existencia y contenido pueden identificarse por referencia a hechos sociales solamente, sin recurrir a argumentos evaluativos.⁵ Una razón preliminar para adoptar la tesis FSD y relacionarla con la naturaleza de la autoridad es que para que una directiva pueda cumplir su papel como autoridad, la directiva debe identificarse —su existencia y contenido— de una forma que no nos exija remitirnos a las razones subyacentes sobre las cuales se supone la directiva decide,⁶ la forma en que debemos llevar a cabo dicha identificación es a través de hechos sociales solamente, no argumentos morales. De nuevo señalo que sería extraño pensar que la autoridad nos exige considerar las razones sobre las cuales está llamada a decidir, esto hace prácticamente inútil el papel de las autoridades. La autoridad precisamente intenta crear una razón ajustada a los

⁴ Cfr. *op. cit.*, nota 2, p. 18.

⁵ Cfr. *op. cit.*, nota 3, p. 211.

⁶ *Ibidem*, p. 219.

sujetos para que cumplan con dichas razones subyacentes y esto lo hace generando razones adicionales, pero el señalar que la función la realiza conduciendo a los sujetos a analizar de nuevo las razones subyacentes no tiene mayor sentido, dado que las directivas tienen como objetivo guiar la conducta y resolver problemas de coordinación, esto sólo es posible a través de directivas cuyo contenido y existencia se pueden identificar sin recurrir a argumentos morales, y precisamente la tesis FSD proporciona lo anterior.

El argumento principal para aceptar FSD es que la noción de autoridad dentro del derecho nos da razones para aceptarla, estas razones que justifican la tesis son: a) Una directiva solo puede estar dotada de autoridad o ser vinculante si es o se presenta como el punto de vista de alguien que sostiene cómo deben actuar los súbditos; b) debe ser posible identificar dichas directivas como expedidas por la supuesta autoridad, sin recurrir a las razones o consideraciones que dicha directiva intenta solucionar.⁷ Pero Raz menciona que dado se puede prestar a debate CSA, existe un argumento alternativo (FSDa), que a su vez a nosotros nos sirve para redondear la idea. Este argumento alternativo FSDa menciona: i) si bien no se quiere aceptar CSA, podemos señalar que nuestra noción de autoridad legítima consiste en que la autoridad debe actuar con base en razones, y que su legitimidad depende en la medida en que logren llevar a cabo estos objetivos,⁸ esto es suficiente para aceptar las condiciones anteriores, sobre todo que sólo lo que se presenta como el punto de vista de la autoridad puede ser una directiva con autoridad; por su parte b) partiendo del acuerdo de que las directivas afectan nuestro razonamiento práctico, Raz dice que la sola existencia de razones —sean éstas las adecuadas a considerar por parte de la autoridad— no puede demostrar que la directiva es vinculante, *i. e.*, para Raz la existencia y contenido de la directiva no depende de las razones exclusivamente, se tiene que expedir dicha directiva reuniendo ciertas condiciones para decir que la ley existe.⁹

Esto es lo que quiere explicar de manera satisfactoria FSD y si ligamos la tesis anterior con la de la autoridad, estimo que están las condiciones dadas para emprender el estudio de Raz y el llamado PE que defiende.

⁷ *Ibidem*, p. 218.

⁸ *Ibidem*, p. 220.

⁹ *Cfr. idem*.

III. LAS OBSERVACIONES DE COLEMAN AL POSITIVISMO INCLUYENTE

Antes de fijar cuáles son las diferencias concretas entre la postura de Raz y Coleman, permítanme aclarar y ubicar el proyecto incluyente de Coleman en su conjunto: en el centro de su PI se encuentra la necesidad de rescatar y defender el proyecto hartiano y, con base en estas ideas, darle una interpretación adecuada a otra tesis fundamental del positivismo, *la tesis de la convención* (TC). Ésta —de acuerdo a lo anterior— sostiene: la autoridad del derecho se explica a través de una convención, una convención donde los oficiales del derecho tienen como obligación seguir una *regla de reconocimiento* (RR) para validar las normas con base en esta regla maestra. Esta fue básicamente una de las grandes aportaciones de Hart, al defender la idea de autoridad con base en la RR y no en el hábito de obediencia, una RR que es una regla social y genera una actitud crítica y reflexiva y que a su vez valida las restantes normas del sistema.

Pero la explicación de Coleman va más allá de Hart y trata de mejorar la explicación hartiana, sobre todo por la dificultad que genera la idea de una RR identificada con prácticas sociales y cómo puede ser una regla en este sentido, *i. e.*, cómo puede al mismo tiempo una práctica generar razones para la acción y después un deber.¹⁰ La explicación de Coleman es la siguiente: La RR existe si se practica, esta práctica no fija el contenido de la regla, la RR valida las demás normas del sistema, pero estas normas no necesitan ser practicadas para cumplir con sus objetivos. Entonces, tenemos una RR que genera razones para la acción e impone obligaciones a los oficiales consistentes en evaluar conductas a la luz del contenido de la RR.

El dilema es interesante y es un reto que Coleman afronta directamente. Pero, ¿por qué es un reto importante? bueno, basta ver que resulta *prima facie* difícil decir que existe una RR que por el hecho de que se practica genera razones para la acción, y más importante, deberes a los oficiales. Fácilmente puede alguien practicar algo colectivamente con

¹⁰ Cfr. Coleman, J., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatic Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 78. De aquí en adelante sólo se hará referencia al número de la página y se entiende que se refiere a este estudio de Coleman cuyo análisis es uno de los objetivos de este trabajo, en caso de citar otra obra del autor se mencionará en su momento.

otros individuos, pero simplemente por tenerlo como práctica no genera esto una razón para la acción, mucho menos obligación, dado que así como fácilmente uno se puede unir a la práctica, igualmente se puede desistir sin mayores problemas.

Entonces, la primera interrogante es cómo genera razones para la acción: Para Coleman se debe rescatar la idea del punto de vista interno, un punto de vista interno que genera una actitud crítica y reflexiva. Dice Coleman que este punto de vista interno es la capacidad psicológica de los individuos para adoptar una práctica como norma.¹¹ Utilizando el mismo ejemplo de Coleman, digamos que me impongo la regla de hacer 100 abdominales todos los días, el hábito de hacerlo no agrega razones para ello, pero dice Coleman que se adopta el comportamiento como norma, con una actitud crítica y reflexiva, el punto de vista interno genera esto para el ejemplo y lo genera para los oficiales en torno a la RR.

Digamos que aceptamos esta parte del argumento; viene la otra idea de Coleman, interesante también y más trascendente, de argumentar cómo no sólo genera razones para la acción, sino deberes hacia los oficiales de evaluar la conducta con base en la RR. En un principio Coleman ve hacia una idea de actividades compartidas para el fundamento de la idea,¹² pero después viene su argumento más sólido con base en las ideas de Bratman de actividades cooperativas compartidas (ACC), las cuales tienen tres características:

a) Existe una respuesta mutua, en el sentido de atender las intenciones de los otros participantes, esto sirve como guía hacia la conducta tomando en consideración a los otros participantes.

b) Existe compromiso hacia la actividad, se comprometen a la actividad conjunta los participantes, quizás por diferentes razones, pero se comprometen.

c) Existe una asistencia mutua, en el sentido de que se auxilian para que cada quien cumpla su parte en la actividad y así llevar a cabo la empresa de manera exitosa.¹³

Bueno, esto sucede en el derecho para Coleman, citando a Himma,¹⁴ menciona cómo es una verdad conceptual que los oficiales coordinan su comportamiento y atienden intenciones de otros oficiales, *e. g.*, Minis-

¹¹ *Op. cit.*, nota 10, p. 89.

¹² *Ibidem*, pp. 90-94.

¹³ *Ibidem*, p. 96.

¹⁴ *Ibidem*, p. 98.

tros de la SCJN y un juez de Distrito. Asimismo, sostiene que es una verdad conceptual que se auxilien mutuamente y se comprometen a una actividad conjunta.

Así, Coleman demuestra cómo la convergencia en la conducta no es algo unilateral; es un compromiso conjunto de gobernar con la RR; para Coleman finalmente no hay misterio de cómo esta actividad conjunta puede generar obligaciones, dado que estos compromisos inducen confianza y expectativas justificadas que pueden generar obligaciones.¹⁵

Hay que recordar que hasta aquí Coleman no ha dicho nada del contenido de esa RR, y quizás aquí esté lo más importante. Para reiterar: una cosa es la convención que da pie a esta RR, pero dicha convención no determina el contenido, lo trascendente es precisamente que Coleman quiere defender una RR cuyo contenido es moral, *puede* ser disputado y juega un papel suficiente en el derecho, por suficiente me refiero a que basta que reúna ciertos requisitos morales para que una norma sea jurídica.¹⁶ Si lo anterior fue un reto, éste resulta ser uno mayúsculo porque de una convención que necesariamente implica acuerdo quiere sostener Coleman un contenido de RR que, en principio y por referirse a la moral, puede ser disputado.

Entonces: puede que el contenido de la RR apele al aspecto moral de una norma para que sea válida, sólo el hecho de que es moral es condición para que sea válida, esto es dentro del PI la versión suficiente. Importante también aquí es resaltar el “*puede*” *i. e.*, no necesariamente, depende de la RR del sistema, lo que sí es necesario es la existencia de la RR, pero Coleman no sostiene nada en el sentido del contenido de todas las RR.

De esta forma llegamos a varias conclusiones: tenemos un fundamento de la autoridad en la convención y concretamente en la RR, esto se explica a través del punto de vista interno y de ACC. Pero el contenido de la regla es una donde una norma moral por el sólo hecho de serlo, puede ser válida jurídicamente. En otras palabras y para ubicarlo ya en términos del debate positivista, digamos que los positivistas están de acuerdo en dar una idea conceptual del derecho en términos de la convención, pero aquí inician las diferencias, dado que para Coleman esta convención no limita de ninguna forma el contenido de una RR, para otros existe la li-

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Lógicamente a diferencia de otros PI que alegan no por una RR suficiente, mencionando las llamadas *necessity clauses*.

mitante de que una convención se explica de la mejor manera atendiendo a ciertos orígenes sociales donde encontramos la manera de identificarlo.

Para complicar más la cuestión debemos reiterar varias de las posturas del positivismo en general. Otra de las características del positivismo es que sostiene como verdad conceptual que el derecho tiene como función el guiar nuestras conductas a través de directivas que afectan nuestro razonamiento práctico, *i. e.*, en el dilema de hacer o no hacer algo, el derecho a través de sus directivas actúa de una manera que si existe norma jurídica esto afecta nuestras deliberaciones —llamada *tesis de la diferencia práctica* (TDP)—. Cómo ya lo mencionamos, esta es una idea que se origina en Raz y Hart que también Coleman trata de rescatar. El problema es el siguiente:

¿Cómo sostener la necesidad de remitirse al contenido moral de las normas en la RR y además sostener que las reglas tienen que tener esta diferencia en el razonamiento práctico, defendiendo con ello la noción conceptual de autoridad? *i. e.*, la RR me exige considerar cada vez que me encuentro ante un problema de validez, aspectos morales o razones dependientes en términos de Raz ya vistos, entonces, ¿dónde queda la autoridad de las normas jurídicas que para hacer una diferencia en la razón práctica necesitan prevenir la constante revisión de razones dependientes?

IV. PARA FIJAR EL DEBATE Y ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO AL POSITIVISMO INCLUYENTE

Qué está y qué no está en la mesa de discusiones: De nuevo menciono que en aras del argumento coincidimos con Coleman en que los positivistas están de acuerdo en el carácter convencional de la autoridad, sólo aclaro que aquí pueden tomar caminos diferentes tanto Raz como Coleman y los convencionalistas, pero el aceptar o negar esto no tiene consecuencias para las ideas del PI que quiero someter a discusión. Por otra parte, al mencionar Coleman y su PI que la normatividad ya no requiere más restricciones —*i. e.*, fuentes sociales del derecho— sólo la convención, creo aquí es donde resulta difícil de aceptar el PI. Menciona Coleman:

“No obstante, no estoy de acuerdo [con Raz] que la pretensión del derecho a la autoridad imponga una limitante a reglas particulares. Es de-

cir, rechazo la idea de que ninguna regla puede ser jurídica salvo que sea capaz de ser una autoridad práctica. Por otra parte, no acepto la explicación de la autoridad de Raz”.¹⁷

Entonces, retomando lo que mencionamos en la introducción de este estudio, las observaciones acerca de la viabilidad del PI van a girar en torno a dos de las consideraciones donde probablemente se encuentre la disputa: A) ¿La pretensión de la autoridad implica la tesis FSD? Aquí Coleman trata de acomodar su PI dentro de la tesis de la autoridad de Raz, y B) ¿Cuáles son las dudas de Coleman en torno a la tesis de la autoridad de Raz? Éstas son las consideraciones que voy a abordar en lo que resta del artículo.

A) Tiene razón Coleman al mencionar que ambas posturas¹⁸ están de acuerdo en que la moral tiene un papel en el derecho que se debe explicar y que las posturas excluyentes e incluyentes se deben ver desde esta diferencia. Pienso que Coleman ve la postura de Raz como algo contra-intuitiva,¹⁹ mientras que para Coleman estos aspectos morales se entienden o pueden entenderse como propios de una regla de reconocimiento que mencione elementos de moralidad para su validez, Raz considera esto contrario a la tesis de la autoridad que uno de sus objetivos es generar razones adicionales y aunado a ello decidir sobre las RD que la regla trata de solucionar, el remitir de nuevo a esas RD pierde todo sentido.

Déjenme ahora desempacar este argumento: Recordemos TDP, una norma genera razones adicionales, las cuales son IC, pero además genera RE que impiden actuar con base en las RD sobre las cuales se basa la norma, las RE reemplazan a las RD y éstas son las bases de la norma que considero. Qué caso puede tener el contar con una regla de reconocimiento que a los oficiales del derecho les dice: una norma puede ser válida por el hecho de contar con ciertas características morales,²⁰ esto obliga a los oficiales del derecho, y ciudadanía en general a remitirse a las RD que se supone una directiva trata de solucionar, *ergo*, este es el problema para el PI de Coleman. La respuesta de Coleman a este dilema que se le presenta —en esta etapa del argumento, recordemos que hasta aquí

¹⁷ Coleman, *op. cit.*, nota 10, p. 124. Llevo a cabo una traducción del texto en inglés y agregó los paréntesis.

¹⁸ *Ibidem*, p. 125.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 110 y 126.

²⁰ Lógicamente me refiero al PI que defiende Coleman.

coincide con la tesis de la autoridad de Raz— es señalar que los límites que impone la tesis de la autoridad giran en torno a la identificación del derecho,²¹ pero no en cuanto a su validación, *i. e.*, la prohibición de recurrir a las RD está en la identificación solamente. Para Coleman, la regla de reconocimiento valida —puede, pero no necesariamente servir para identificar²²—. Al validar y no identificar, Coleman en un principio sostiene que de esta forma ya no se aplican las restricciones.²³ No obstante lo anterior, Coleman se da cuenta que el PE puede responder: si bien es una de validar, para que los oficiales identifiquen al derecho lo tienen que hacer sin recurrir a la moralidad, algo que una regla de reconocimiento incluyente niega totalmente,²⁴ y algo que sólo FSD puede cumplir, *i. e.*, alguien tendrá que inmiscuirse en evaluación moral con una regla incluyente. La respuesta, algo *ad hoc*, de Coleman es que esto no es necesario: puede identificarse el derecho sin recurrir a consideraciones morales por todos a los cuales el derecho pretende tener autoridad, y podemos imaginar a un experto que utiliza una regla incluyente, pero todos identifican al derecho dentro del sistema sin recurrir a RD. Éste es el famoso caso del sueco en un sistema como el de Estados Unidos, todos en Estados Unidos conocen el derecho sin recurrir a RD, pero existe una regla de reconocimiento que utiliza el sueco, el cual delibera sobre consideraciones morales, pero el Sueco no necesita identificar al derecho sin recurrir a argumentos morales dado que sobre él no pretende autoridad.²⁵ Las objeciones al famoso caso del Sueco son varias y contundentes: Por ejemplo, Shapiro le menciona a Coleman que si aceptamos este supuesto, la autoridad radica en el sueco y no en la moralidad que se supone es elemento que lleva a la validez jurídica en la postura incluyente, *i. e.*, es el hecho de que el sueco mencionó que X norma es jurídica y por ende válida; finalmente aquí radica la autoridad, en el hecho de que el Sueco determina las razones que deben prevalecer, no son las condiciones morales.²⁶ Por otra parte —como el mismo Coleman menciona—²⁷ el sueco es una fuente social, dado que se determina el contenido del derecho viendo hacia el sueco sin analizar las dimensiones de moralidad. Stephen Perry

²¹ Coleman, *op. cit.*, nota 10, p. 128.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem*, pp. 128 y 129.

²⁵ *Ibidem*, p. 130

²⁶ *Ibidem*, p. 142. La idea de Shapiro y la cita correspondiente se encuentran adelante.

²⁷ *Idem.*

también se da cuenta de lo anterior y señala el dilema que esto presenta para el PI de Coleman, agregando a esta respuesta de Shapiro que para que los ciudadanos estadounidenses se den cuenta que el Sueco generalmente llega a soluciones adecuadas en torno a las razones morales aplicables, deben llevar a cabo un análisis de la moralidad que dice Coleman no es necesario efectuar, salvo que consulten a otro experto, y esto puede ser una cuestión de nunca acabar.²⁸

En este sentido, creo que le resulta imposible rescatar la tesis de la autoridad a Coleman para la empresa del PI que defiende. Lo que me gustaría agregar es que si bien ésta es la conclusión a la que se llega, incluso por Coleman, los argumentos no son los completos con base en las ideas de Raz. Con lo anterior quiero decir que incluso en las defensas que a este respecto hace Coleman, las ideas no comprenden todo lo que Raz sostiene con FSD: dos puntos que creo son interesantes: recordemos que FSD no sólo se refiere al segundo argumento para su defensa, sino también incluye la idea de que las directivas para ser vinculantes necesitan expresarse como el punto de vista de alguien sobre cómo deben actuar los sujetos, este aspecto de la defensa de FSD casi es ignorado por Coleman, y lo importante es que esto se relaciona con el argumento alternativo que presenta, *i. e.*, recordar que Raz mencionó que si bien no se quiere aceptar la idea de CSA, existe la noción de que las fuentes sociales resultan necesarias para las directivas, dado que la sola existencia de razones no puede demostrar que la directiva es vinculante, sino que se necesitan otros elementos para saber si la directiva es vinculante. Lo anterior implica la necesidad de fuentes sociales identificables por la sociedad: legislación, precedente y demás requisitos exigidos por los sistemas jurídicos. En este sentido, también falla la caracterización y defensa de Coleman. Este autor menciona: “la autoridad del derecho no depende de cómo uno conoce lo que es el derecho o su contenido, sino en cómo el derecho puede afectar nuestras deliberaciones”.²⁹ También sostiene: “Recordemos que las directivas poseen autoridad en el sentido de Raz en virtud de cómo afectan y figuran en nuestras deliberaciones prácticas, y no en virtud de cómo se crean”.³⁰ El error consiste en que piensa son dos cosas totalmente distintas la afectación en el razonamiento práctico y el conoci-

²⁸ Perry, S., “Method and Principle in Legal Theory”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, pp. 1789 y 1790.

²⁹ Coleman, *op. cit.*, nota 10, p. 130.

³⁰ *Ibidem*, p. 131.

miento de dichas directivas y su creación. Pero el problema no es realmente éste, sino que la defensa de FSD sí implica una relación entre estos elementos, ya mencionamos cómo en la explicación alternativa de FSD se menciona que la sola existencia de razones no puede demostrar que la directiva es vinculante, necesitamos los elementos³¹ de expedición y estos elementos de expedición, junto con la afectación al razonamiento práctico son lo que hace que la tesis de la autoridad implique FSD, y este es el error, pensar que para la defensa del PI se puedan distinguir estos aspectos, creo que el PE lo negaría, o por lo menos tendríamos que aceptar que la tesis de la autoridad de Raz sí implica y proporciona mejores argumentos para defender FSD ante posturas que piensan que no son necesarios estos límites o restricciones al concepto autoridad.

Si bien Coleman admite estas objeciones del PE que lo llevan a admitir finalmente que la compatibilidad de su PI y la tesis de la autoridad no puede ser más que un buen deseo, Waluchow nos obliga a remitirnos de nuevo al caso del sueco. Al intentar defender esta línea de defensa de Coleman y el PI, Waluchow aborda cuestiones que estarían pendientes en la línea argumentativa que mencionamos y por ello debemos atenderla, sirva de paso para saber finalmente con las ideas que se mencionan a continuación si debemos continuar explorándola o no.

Waluchow atinadamente menciona que el problema radica en que el derecho, para hacer una diferencia práctica, se debe identificar sin recurrir a las RD que menciona Raz, pues esto hace inútil el papel de la autoridad y su reclamo. Aquí es cuando Coleman se ve forzado a recurrir a un sueco fuera del sistema jurídico, dado que sobre él el derecho no pretende autoridad y puede inmiscuirse en la valoración moral, una evaluación que los miembros del sistema no pueden realizar por la pretensión de autoridad. El problema entonces fue que si el sueco determina cuáles son las razones adecuadas para actuar, entonces él y no la moralidad es la autoridad, recordemos que ésta es la objeción de Shapiro, donde el sueco se convierte en la autoridad práctica. Waluchow relata el dilema de la siguiente forma: “tenemos una regla de reconocimiento R que menciona que una directiva D es válida sólo si es conforme con un principio moral PM.³² La defensa de Waluchow gira en torno a la cuestión de que

³¹ *Cfr. op. cit.*, nota 3, p. 220.

³² *Cfr. “In Pursuit of Pragmatic Legal Theory”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XV, núm. 1, enero de 2002, p. 147.

para él, el sueco no necesariamente tiene que convertirse en una autoridad práctica, *i. e.*, que diga y mencione cuáles son las razones adecuadas para actuar. Este paso en el argumento de Waluchow es bastante interesante: El sueco es un mediador entre R y los sujetos a la autoridad, no es un mediador entre R y las razones correctas, tan no es un mediador entre razones correctas y los sujetos de la autoridad, que Waluchow menciona cómo el Sueco no tiene nada que decir en torno a las modificaciones que puede sufrir R,³³ dado que las opiniones del Sueco no tienen nada que ver con la existencia y contenido de R, a lo más que puede aspirar el Sueco —dice Waluchow—³⁴ es identificar y registrar si cambió o no, o bien si se eliminó el contenido de R, nada más. El poder llevar a cabo esta función por parte del sueco implica para Waluchow que éste puede permanecer siendo una autoridad epistémica sin convertirse en autoridad práctica y con ello esquivar la objeción de Shapiro de que es finalmente el Sueco y no la moralidad la autoridad en este caso.

Permítanme reestructurar este nuevo ejemplo de la siguiente forma: desde mi punto de vista esto lleva a Waluchow a sostener que el papel del sueco al emitir una opinión en torno a R señalaría: D es válida con base en R porque así lo menciona R, *i. e.*, si el papel del sueco no es convertirse en una autoridad práctica y simplemente ser una guía epistémica, y sobre todo al no necesariamente tener que decidir y expresarse sobre las razones correctas, el sueco tiene un papel bastante limitado e inútil para efectos del derecho, desde mi punto de vista caemos de nuevo en el supuesto del árbitro que le menciona a las partes que su decisión es la más justa, en este caso el sueco simplemente menciona que la norma válida es la que se ajusta a R, nada más. En un plano de discusión abierto esto no tendría mayores problemas, la cuestión preocupante es que Waluchow pretende esgrimir esta vía de defensa para sostener que el PI es compatible tanto con la pretensión de autoridad, como con la tesis de la diferencia práctica,³⁵ lo cual resulta también imposible. No es consistente con la pretensión de autoridad por varias razones, sólo menciono algunas: al no decidir sobre razones dependientes, sino simplemente registrar qué es lo que R señala, pierde el sentido de la autoridad, la autoridad actúa con base en razones y como lo mencionó Raz, su éxito depende en

³³ *Ibidem*, p. 149.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 148.

la medida en que generalmente acierte sobre estas razones; por otra parte, señala Waluchow que el sueco puede limitar su actuación a una simple autoridad en torno a qué es lo que requiere R, pero no necesariamente en torno a los criterios que exige R y que no giran en torno a lo que él (sueco) estime son las razones correctas. Si la anterior formulación del argumento de Waluchow es correcta, no cumple con el requisito primordial que sostiene Raz en torno a la autoridad y sus directivas, *i. e.*, que éstas se expresen como el punto de vista de la supuesta autoridad en el sentido de cómo deben actuar los súbditos. Por otra parte, y mucho más sencillo de apreciar, es cómo este argumento de Waluchow no cumple con la tesis de la diferencia práctica: Al decir el sueco que D es válida con base en R porque así lo menciona R y nada más, esto no genera ninguna pauta de guía para el comportamiento, tendría que decidir con base en las RD y con ello generar una RE. Creo que esto ignora el hecho del por qué estamos dedicándole tanto tiempo al caso del sueco.

Importante en este sentido es señalar que el argumento de Waluchow gira en torno a la posibilidad de que el sueco no desempeñe un papel de autoridad práctica, sólo epistémica, y con ello una de simplemente reportar qué es lo que R señala sin crear derecho, para Waluchow es el derecho el que sirve como autoridad práctica, pero no el sueco, éste puede limitarse a su papel epistémico: Lo anterior lleva a señalar que el sueco es un experto en el contenido de R, pero no señala nada en torno a cuáles son las razones adecuadas para actuar. Este paso en el argumento que pretende Waluchow también me parece problemático, dado que señala que: puede que el sueco falle en su caracterización de qué es lo que exige el derecho, el hecho de que puede errar el sueco esto se debe a que existe una diferencia entre lo que reporta de lo que es verdadero.³⁶ Del hecho de que simplemente reporta lo que R exige, esto lleva a Waluchow a señalar que no determina el derecho y por ende puede sobrevivir como una autoridad epistémica. Creo que la duda sigue siendo de por qué entonces aludir al sueco si éste no decide en torno a R, reitero, el ejemplo del sueco obedece a la posibilidad de contar con una regla de reconocimiento incluyente, donde alguien se involucra en las deliberaciones morales, pero sobre él el derecho no pretende autoridad, entonces si en este caso de Waluchow tampoco el sueco delibera en torno a las cuestiones morales y simplemente sirve para señalar que es lo que R exige, no contamos con

³⁶ *Ibidem*, p. 149.

una persona que utiliza la regla de reconocimiento incluyente, el hecho de que Waluchow lo deje en términos bastante amplios señalando que es el derecho el que sirve como autoridad práctica es de poca utilidad, recordemos que el objetivo para el PI es defender —en esta parte del argumento— una regla incluyente suficiente y rescatar a su vez la tesis de la autoridad en Raz. Finalmente estas ideas de Waluchow no dan respuesta a las preguntas que el ejemplo del Sueco trae consigo, *i. e.*, es la moralidad o el sueco quien determina el derecho, si es el Sueco entonces este se convierte en fuente social, si es la moralidad, entonces, para saber si el sueco acierta o no —como lo menciona Perry— debemos inmiscuirnos en la deliberación moral que el PE niega, una deliberación para los miembros sobre los cuales el derecho reclama autoridad, en el caso del sueco puede que esta crítica se elimine, pero el caso de Waluchow se limita a señalar que es una autoridad epistémica, sin determinar el derecho, entonces la pregunta sería: ¿Qué caso tiene contar con una regla de reconocimiento incluyente? *i. e.*, R que apele a la condiciones morales, lo mismo puede hacer el Sueco con una regla de reconocimiento excluyente. Además, Waluchow³⁷ señala que es el derecho el que funciona como autoridad práctica, no el sueco, pero entonces las preguntas subsisten: ¿Cómo puede el derecho ser una autoridad práctica si remite de nuevo a las RD que se supone debe adjudicar? El eliminar la pregunta señalando que el sueco simplemente se dedica a sus funciones epistémicas no agrega nada a favor del PI y su deseo de rescatar la tesis de la autoridad en términos de Raz. En otra interpretación de los alcances de la idea de Waluchow podríamos señalar que el caso es uno donde el sueco finalmente decide en torno a cuestiones de razones correctas, si es así, entonces de nuevo caemos en el supuesto previsto por Coleman, es el Sueco la autoridad práctica, además de ser fuente social, por lo anterior esta interpretación es menos favorable a las ideas del PI en general.

B) Coleman sostiene que bien puede no coincidir el PI con la tesis de la autoridad en Raz, no obstante ello, el PI es viable dado que no tiene que estar ligado a dicha idea de Raz:³⁸ a) Coleman tiene sus dudas en torno a que sea una característica conceptual el que el derecho reclame una autoridad legítima moral; b) La autoridad en el derecho no debe funcionar exactamente como lo dice Raz, *i. e.*, intentando prevenir las razones

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibidem*, p. 133.

que justifican sus normas, y c) suponiendo que como característica conceptual el derecho reclame autoridad de algún tipo, esto no necesariamente se tiene que entender en el sentido de que cada ley debe ser capaz de hacer una diferencia práctica en nuestro razonamiento sobre lo que debemos hacer.³⁹

Vamos a ubicar estas dudas de Coleman con las ideas de Raz de nuevo para saber qué está o no en la mesa de discusiones: sobre todo me interesan las dos últimas dudas: b) aquí Coleman básicamente pone en duda la tesis de Raz sobre la *prevención* (TP), la cual, recordemos, sostiene que el hecho de que una autoridad exija el llevar a cabo una acción, es una razón para actuar en correspondencia, razón que no se debe agregar a otras razones relevantes al momento de determinar qué se debe hacer; dichas razones producto de la directiva reemplazan a algunas de las otras razones.⁴⁰ Para Coleman no todas las directivas tienen que funcionar de esta forma, la autoridad de algunas puede estar en el hecho de que tratan de hacer más explícitas algunas exigencias de moralidad. Es decir, y en pocas palabras, Coleman tiene dudas en torno a TDP, tesis que señala las razones adicionales que proporcionan las directivas (RE o RP) con una justificación IC que son las que reemplazan a las razones dependientes. También c) está íntimamente relacionada con b) sólo que aquí Coleman va más a fondo y no se refiere tanto al aspecto de la autoridad en general, sino a las directivas, *i. e.*, para Coleman no resulta ser una verdad conceptual que todas las directivas para ser jurídicas deban ser capaces de guiar la conducta.

Prima facie ¿Cuál es el problema con b)? La cuestión es que si tomamos sólo lo que menciona Coleman en el sentido de hacer más explícitas las exigencias de moralidad,⁴¹ Raz tampoco estaría en desacuerdo con la noción de que la autoridad del derecho puede que radique en esto, el problema que esto trae a Coleman es que deben las directivas ya expedidas tener una función distinta a la de simplemente ser exigencias de moralidad, precisamente ésta es una de las características conceptuales del derecho, que a través de sus directivas añade razones, razones que son IC y RE, si eliminamos estos aspectos del derecho, la pregunta es: ¿Qué diferencia entonces hace el derecho a nuestro razonamiento? Es precisa-

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Cfr. op. cit.*, nota 3, p. 214.

⁴¹ *Op. cit.*, nota 10, p. 133.

mente a través de las razones adicionales y la diferencia práctica que tiene el derecho en nuestro razonamiento como puede hacer estas exigencias más explícitas, no veo de qué otra forma se pueda explicar esto dentro de una perspectiva positivista que pretenda resaltar a las directivas como guías para la conducta. Pero la pregunta ahora es: ¿En qué medida el concepto de derecho desde la perspectiva positivista puede alejarse de TDP? Esto creo es lo que trata de salvar Coleman en el capítulo diez de su libro.

En este sentido y después de aceptar algunos argumentos de los excluyentes, Coleman sostiene una versión distinta de TDP, *i. e.*, defiende una versión débil de la tesis: Esta versión débil menciona: Es una verdad conceptual que el derecho debe ser capaz de hacer una diferencia práctica en nuestro razonamiento, pero de esto no se sigue que sea una verdad conceptual en relación a cada norma, *i. e.*, para que una norma sea jurídica no necesita hacer una diferencia práctica.⁴² De esta forma —como dice Perry — TDP parece que se convierte en un dispositivo flotante para el sistema jurídico⁴³ donde en su conjunto debe reunir este requisito, pero no en todas las normas. ¿Qué lectura le podemos dar a esta debilitación de TDP?

Creo que más que contestar a Raz, Coleman responde a Shapiro. Sin entrar a particularidades, las objeciones de Shapiro al PI de Coleman son: a) que las normas deben hacer una diferencia práctica, b) puede que esta diferencia práctica sea motivacional o epistémica, c) existe diferencia práctica motivacional si estás motivado por el hecho de que la norma regula la conducta, y epistémicamente cuando conoces de tus obligaciones jurídicas de una regla, donde, dicho sea de paso, no se requiere motivación, d) una regla de reconocimiento incluyente no cumple con la tesis TDP ni motivacionalmente o epistémicamente. ¿Por qué? En el caso epistémico, con una regla de reconocimiento incluyente tendríamos que deliberar para saber si la norma es jurídica o no,⁴⁴ por su parte, en el caso motivacional, Shapiro argumenta que las reglas válidas bajo la regla de reconocimiento incluyente no sirven de guías en la motivación, dado que una vez validada dicha norma no agrega razones y no hace una diferen-

⁴² *Ibidem*, p. 143.

⁴³ *Cfr.* Perry, *op. cit.*, nota 28, p. 1792.

⁴⁴ *Cfr.* Shapiro, S., “On Hart’s way out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 178.

cia porque la regla de reconocimiento de todas formas le exige al juez acudir a la moralidad,⁴⁵ ergo, una postura incluyente no cumple con TDP fundamental para los positivistas.

Aquí se ubica la urgencia de Coleman de decir que no todas las normas deben cumplir con este requisito, *i. e.*, veo más esta relativización para contestar a Shapiro que Raz. Por qué menciono que no se aplica tanto a Raz; porque Raz en ningún momento defiende esta tesis tal como la critica Coleman, nunca se menciona que TDP se debe seguir en relación a cada una de las normas, además, es obvio que Raz explica el concepto derecho no con base en normas en lo particular, sino en su conjunto. No obstante lo anterior debemos preguntar: ¿Siguen existiendo diferencias entre Raz y Coleman en cuanto a la interpretación que Coleman le da a la tesis? Si bien es cierto que pueden existir diferencias en relación a qué tipo de reclamo es el de la autoridad i), si es legítimo moral y qué naturaleza tienen dichos derechos y obligaciones,⁴⁶ en estos momentos sólo me voy a enfocar a las diferencias en torno a TDP y con ello resaltar los beneficios que proporciona la postura excluyente.

El carácter débil que pretende defender Coleman está encaminado a sostener que una de las funciones del derecho puede ser la de dar una expresión concreta e institucional a la moralidad,⁴⁷ y por lo tanto puede que existan directivas sin hacer una diferencia práctica. Como lo apuntamos anteriormente, creo que Raz no tendría problemas con ello, pero la tesis de la diferencia práctica precisamente se refiere a cómo el derecho puede dar expresión a la moralidad y estimo que ésta es la interpretación adecuada de la tesis desde la perspectiva positivista. Esta interpretación, en un estudio reciente de Raz, menciona cómo podemos ubicarla en su justa dimensión: En primer lugar no debemos pensar que la idea es una de incorporación, sino una modificación en las relaciones del derecho con la moralidad; debemos verlas desde la perspectiva de la moralidad y preguntar qué lugar le corresponde al derecho. Cuando las directivas son legítimas adquieren su sentido a través del papel que juegan al pretender señalar cuál es la acción adecuada conforme a la razón correcta, precisamente analizando las razones dependientes, el derecho da esa expresión y concretiza las demandas de la moralidad, empero, añade en su curso

⁴⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 179.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 143.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 133 y 146.

razones, razones excluyentes y protegidas como ya lo mencionamos al analizar la postura de Raz. Es precisamente a través de dichas razones cómo el derecho no incorpora expresamente, pero modifica la forma en que se aplican dichos aspectos de moralidad, Raz menciona tres ejemplos:

a) El derecho concretiza consideraciones morales y decide cuál es la acción correcta, una decisión que le pasamos a la autoridad, el derecho pretende acertar en el análisis de dichas acciones;

b) A través de sus directivas que proporcionan razones adicionales pretende el derecho asegurar su cumplimiento, incluso facilitando lo anterior y al impedir injusticias entre los que cumplen y los que deciden no acatar las directivas, y c) El derecho coordina las actividades, facilitando la posibilidad de cumplir objetivos y realizar metas.⁴⁸ Recordemos que a este respecto Raz menciona cómo el derecho permite acuerdos en medio de desacuerdos en nuestras sociedades. Pero la cuestión es resaltar —por lo menos desde la perspectiva positivista— que esto se lleva a cabo a través de la modificación que el derecho hace de cómo se aplica la moral. En este mismo estudio, Raz agrega que no sólo es a través de la expedición de directivas, también la modificación de estos aspectos de la moral se llevan a cabo por el judicial en sus interpretaciones, dado que en muchas ocasiones su función está encaminada precisamente a analizar estas dimensiones morales que se encuentran, por ejemplo, en las Constituciones. Entonces, el derecho al modular, modificar, ajustar estas aplicaciones de la moralidad, debemos verlas desde la dimensión de la diferencia práctica que generan.

Ésta es precisamente mi preocupación con un PI de Coleman, dado que se pierde el sentido de cómo el derecho modifica estos aspectos de la moralidad, si no damos una buena cuenta de ello — y creo la tesis débil de la diferencia práctica que sostiene que el derecho en general lo debe llevar a cabo, pero no todas y cada una de las leyes — cometemos un error y dejamos aspectos del concepto sin explicar. Lógicamente no podemos entrar al debate de grados o números en el sentido de preguntarnos cuántas leyes son necesarias para reunir con el requisito, pero la explicación debe ser una detenida y no dejar este aspecto del derecho que el positivismo trata de explicar en un plano flotante —para retomar la observación de Perry— donde el hacer una dife-

⁴⁸ Cfr. Raz, J., *Even Judges are Human*, Oxford, manuscrito, 2003.

rencia práctica parece pasar a un segundo plano frente al objetivo que puede tener el derecho de hacer más explícitas las exigencias de moralidad.

Lo anterior sólo fue para mencionar reservas en torno a los problemas generales que veo con este PI de Coleman, ahora menciono la problemática de manera más concreta. Coleman coincide en que es una verdad conceptual que el derecho hace una diferencia práctica en nuestras deliberaciones, pero agrega que el dar expresión a la moralidad política seguramente es uno de los fines que el derecho puede servir. Creo que al avanzar una versión débil de TDP, ésta no constituye una buena interpretación de uno de los pilares del positivismo jurídico. Si el derecho debe ser capaz de hacer una diferencia práctica, esto a su vez no puede descansar en una afirmación en el sentido de sostener que ello es cierto del derecho en general, pero no en relación a cada una de sus normas. Lo anterior hace que TDP descansa en ciertos hechos contingentes que la tesis principal no sustenta.⁴⁹ Lo anterior no debe interpretarse en el sentido de que todas y cada una de las normas deben hacer una diferencia práctica, creo que el argumento de Coleman, en este sentido, falla totalmente, lo que sucede es que el derecho en su conjunto hace esta diferencia práctica a través de RE.

El otro problema con la explicación de Coleman es que su regla de reconocimiento está formulada para dar cabida a otra posible finalidad que el derecho puede cumplir, *i. e.*, la posibilidad de hacer más concretas ciertas exigencias de moralidad. No obstante esta *puede* ser una de las metas que persiga el derecho, con la función que desempeña su regla de reconocimiento, la noción —de hacer más explícitas ciertas exigencias de moralidad— toma un papel mucho más importante que TDP. Toda la idea del positivismo de Coleman gira en torno a este aspecto contingente y es por ello que tenemos una versión debilitada de TDP. Pero si vemos lo anterior como una explicación unitaria, TDP no tiene un lugar predominante en este desarrollo, es más que nada su regla de reconocimiento y la posibilidad de hacer más explícitas las exigencias de moralidad las que toman el lugar de TDP. Coleman finalmente señala que no debemos aceptar TDP de una forma que le genere problemas al PI, y creo que al defender esta posición incluyente, desemboca en una explicación del derecho que descansa en una serie de afirmaciones del tipo *puede, pero no necesariamente*, que dejan aspectos importantes del concepto sin una de-

⁴⁹ Punto también anotado por Perry, véase *supra*, nota 28.

bida explicación. Mi siguiente pregunta es: ¿Esto nos lleva finalmente a un debate metodológico? Considero que estas exploraciones definitivamente conducen a este sitio para comprender debidamente el problema. No estoy señalando que ésta sea la única perspectiva desde la cual se deba ver el debate, pueden existir otras que iluminen los problemas y conduzcan a soluciones si es que éstas son necesarias, pero sin duda estimo que la perspectiva metodológica es una de ellas. En este sentido, mi conclusión es que la idea del PE da una mejor cuenta y explicación del concepto y que la función de la filosofía jurídica analítica encuentra mejor representación en ella. Otro de mis argumentos es el siguiente:

La falta de importancia que con esta versión incluyente del positivismo se le da al tema de los límites en el derecho. Una de las consecuencias que tiene este tipo de regla de reconocimiento es que elimina la posibilidad de identificar los límites en el derecho. Al decir que todo lo que implique la regla de reconocimiento puede ser derecho, no estamos equipados para explicar adecuadamente cuestiones tan importantes para la práctica que giran en torno a enunciados sobre qué es lo que hacen los jueces, legisladores y, en general, oficiales del derecho, lo anterior sólo por mencionar un aspecto. Precisamente una de las preocupaciones de Coleman y su PI para contar con una convención que explica la regla de reconocimiento, —pero que no impone más límites a la misma—, es no contemplar con esta explicación el tema de la tesis FSD, y es precisamente FSD la que nos permite explicar adecuadamente cuándo estamos ante la presencia de derecho existente, inexistente, fijo, cuándo los jueces crean derecho o aplican derecho existente. Como lo menciona Raz, uno de los objetivos de FSD es finalidad en relación a las razones que debemos seguir, esta finalidad se explica con límites que tiene el derecho y una idea clara sobre el derecho existente.⁵⁰ De nuevo, esta es otra de las razones del por qué la explicación del concepto autoridad y FSD se unen en una mejor explicación conceptual del derecho.

Finalmente, Coleman señala que una de las ventajas de su teoría es que “gratuitamente un positivista puede ser un positivista jurídico incluyente”⁵¹ y una de las posibles respuestas que a este respecto puede dar el PI sería mencionar que estamos entendiendo mal el objetivo, dado que lo

⁵⁰ Cfr. *Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 215 (hay traducción de Rolando Tamayo, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986).

⁵¹ Coleman, *op. cit.*, nota 10, p. 148.

ventajoso de la teoría es que proporciona una amplia gama de posibilidades para explicar estos aspectos del derecho, *i. e.*, no es que estén en contra de FSD, sino que FSD y una regla de reconocimiento incluyente se pueden explicar desde la perspectiva del PI. Esto me exige reiterar lo que mencioné anteriormente en relación a los problemas explicativos de la teoría. Más que ser una ventaja, creo que juega de manera inversa, constituyendo un aspecto débil de la misma, *i. e.*, al hacer que la explicación del concepto derecho descansa en ciertos hechos contingentes y aquellas condiciones necesarias dan lugar a versiones débiles de sus postulados, —*e. g.*, TDP— el PI quizás esté perdiendo sus alcances y virtudes explicativas del concepto.