

AUTORIDADES Y PERSONAS*

En este artículo deseo considerar una determinada concepción de la autoridad jurídica. La cuestión que deseo considerar es la siguiente: ¿es posible atribuir autoridad jurídica a una determinada norma si su autoridad no se deriva de la autoridad de quien ha dictado esa norma? Básicamente, aquí intentaré defender una respuesta negativa a esta pregunta, exponiendo una concepción de la autoridad: la concepción personal de la autoridad.

En un artículo reciente, «“Legislators”» Intentions and Unintentional Legislation»¹, Jeremy Waldron ha presentado una serie de argumentos conducentes a mostrar que la concepción personal de la autoridad jurídica yerra gravemente, al menos cuando se aplica a las condiciones modernas de la legislación. Es en esta inadecuada comprensión de la naturaleza de la autoridad en donde encuentra el principal defecto a mi tesis de que las intenciones legislativas desempeñan cierto papel en la interpretación de las leyes². Argumenta que mi tesis intencionalista descansa sobre «una imagen primitiva de la legislación», demasiado cercana a la conocida teoría imperativa del derecho de John Austin. La autoridad del derecho, argumenta Waldron, no deriva necesariamente de la autoridad de los legisladores.

Ahora bien, este es un tema muy antiguo. Al menos desde que Austin formuló su teoría imperativa del derecho³, la concepción per-

* Estoy en deuda con Meir Dan-Cohen, Chaim Gans, Stephen Perry, Joseph Raz y Martin Stone por sus valiosos comentarios a un borrador de este trabajo.

¹ J. Waldron, «“Legislators”» Intentions and Unintentional Legislation», in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford University Press, forthcoming 1995.

² Ver A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992, capítulo 8.

³ Ver J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (publicado por primera vez en 1832), Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1954.

sonal de la autoridad ha sido objeto de críticas reiteradas y poderosas, entre las que destaca la de H. L. A. Hart⁴. En su crítica de mi tesis intencionalista, Jeremy Waldron añade argumentos de peso a la posición de Hart en este debate y, de esta forma, nos enfrenta con una sugestiva oportunidad de reconsiderar este importante aspecto de la naturaleza de la autoridad jurídica.

Sin embargo, intentar defender la teoría imperativa del derecho de Austin es, hoy en día, la vía más segura para cometer algo semejante a un suicidio intelectual. Trataré de evitar cometerlo. Lo que deseo salvar de Austin, no es, en realidad, la analogía del derecho como órdenes, ni tampoco su concepción de la autoridad jurídica en términos de soberanía política. Por el contrario, parte de mis argumentos tratan de mostrar que las críticas más poderosas, e incluso más convincentes, de Hart a la concepción personal de la autoridad de Austin ganan en plausibilidad en virtud de la confusión austiniana entre los conceptos de autoridad jurídica y soberanía política y de su tosca definición del concepto de soberanía política. La superioridad de Austin sobre sus críticos reside, sin embargo, en su intuición de que el derecho es un producto de la comunicación. Es sobre esta base, a saber, el modelo comunicativo de derecho, sobre la que procuraré establecer los vínculos conceptuales entre autoridades y personas.

A. La intención del legislador

La versión contemporánea de este debate surge también de otra cuestión antigua en teoría jurídica, relativa al papel de la intención del legislador en la interpretación de las leyes. Mi «intento de resucitar la concepción según la cual las intenciones de los legisladores deben desempeñar un papel en la interpretación de las leyes cuyos textos plantean cuestiones relativas al significado o al fin o cuya aplicación es poco clara o controvertida»⁵ constituye el objeto inmediato de la crítica de Jeremy Waldron. Repito mi argumentación muy brevemente: pretendí que las razones para deferir a las intenciones de los legisladores pueden derivarse únicamente de las razones para obedecer prioritariamente a las autoridades jurídicas. A partir del

Uso la expresión «formuló» conscientemente: las intuiciones básicas de la concepción personal de la autoridad de Austin, y la imagen del derecho como una orden dictada por una persona a otra, habían sido conocidas y expuestas por muchos filósofos antes que él, entre las que destaca, tal vez, la formulación de Hobbes.

⁴ Ver H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, principalmente capítulos 2-4.

⁵ Ver Waldron, *supra* nota 1, pág. 1. [todas las referencias a este artículo lo son a los números de las páginas del manuscrito].

análisis de Joseph Raz de la autoridad⁶ (con el cual Waldron está básicamente de acuerdo), argumenté que hay dos clases de razones de este tipo, ambas derivadas de la «tesis de la justificación normal» de Raz. En términos generales, la concepción raziana de la autoridad práctica sostiene que la justificación para la obediencia a una autoridad debe apoyarse en la probabilidad de que la persona sujeta a la autoridad actúe mejor siguiendo sus disposiciones que intentando guiarse por su propio juicio. Ahora bien, esta tesis justificatoria permite dos tipos de razón para la legitimidad de una prescripción dotada de autoridad, razones que he llamado la tesis de la coordinación y la tesis de la pericia. Además, estas dos clases de razón producen resultados diferentes en relación a la relevancia de las intenciones de la autoridad. Muchas veces la superioridad relativa de la autoridad sobre sus sujetos descansa sólo en su papel o función de resolver problemas de coordinación. En tales casos, argumenté, las intenciones de la autoridad dejan de ser relevantes cuando se plantean cuestiones de interpretación acerca de las prescripciones que ha establecido. Por otra parte, cuando la superioridad relativa de la autoridad se apoya en lo que llamé, la tesis de la pericia, a saber, en el hecho de que la autoridad «sabe mejor lo que debe hacerse» en tales circunstancias, adquiere sentido la consulta de las intenciones de la autoridad al plantearse problemas de interpretación. Mi tesis acerca de la relevancia potencial de la intención del legislador en la interpretación de las leyes es, sin embargo, condicional: Si, pero sólo si, es plausible fundamentar la autoridad de determinadas leyes en la tesis de otras condiciones determinadas se obtienen, entonces sería plausible también deferir a las intenciones de la legislatura al tratar de resolver problemas de interpretación que la aplicación de una ley puede plantear⁷.

Waldron no cuestiona nada de esto. De hecho, parece estar completamente de acuerdo en permitir la aplicación de mi argumento bajo ciertas condiciones, a saber, donde actúa un «único autor jurídico». Pero, él pretende que tal «único autor jurídico» es un fenómeno raro en nuestra sociedad moderna⁸. «La situación actual... no es la

⁶ Ver J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, (1986), capítulos 2-4. Ver también J. Raz, «Authority, Law, and Morality», 68 *Monist* (1985), págs. 295-324.

⁷ Una indicación muy clara de que mi concepción de la tesis de la pericia puede no sostenerse más a menudo de lo que se piensa, la doy al suscitar algunas dudas acerca de la posibilidad de reconocer pericia (conocimiento experto) en el reino de los problemas morales. Ver Marmor, *supra* nota 2, pág. 181.

⁸ Por la expresión «único autor jurídico» Waldron no quiere decir necesariamente «legislador individual». Reconoce que la deferencia a la intención del legisla-

posesión de autoridad por una *persona*, sino (casi siempre) la posesión de autoridad por un grupo, y en virtud únicamente de la forma en que se combinan los intereses y el conocimiento de los miembros del grupo en el acto de legislar»⁹. De esta forma, el problema, según Waldron, surge de la multiplicidad de legisladores, del hecho de que las leyes no son habitualmente el producto de un legislador individual que puede o no disponer de pericia en relación a sus sujetos, sino de cuerpos legislativos, a menudo formados por cientos de personas que representan una gran diversidad de concepciones e intereses.

Es importante no dejarse llevar por una subestimación de la fuerza de este argumento, pensando que Waldron está preocupado por la posibilidad de atribuir intenciones a grupos de gente. Al subrayar la multiplicidad de legisladores Waldron no quiere decir que dude de la posibilidad conceptual de atribuir intenciones a un cuerpo legislativo. Su propósito es mucho más profundo: arguye que la multiplicidad de legisladores en una democracia moderna es un factor crucial para determinar la autoridad del derecho. Los aspectos morales y políticos de esta «multiplicidad» generan razones para distinguir entre la autoridad del derecho y la autoridad de los legisladores. Waldron es claramente consciente de que no se pueden tener razones morales para distinguirlos si carece de sentido hacerlo. De este modo, su argumento contra el intencionalismo descansa en dos puntos: en primer lugar, trata de mostrar que no hay una conexión conceptualmente necesaria entre la autoridad de una pieza legislativa y la autoridad de su legislador. En segundo lugar, adelanta una serie de argumentos con el fin de mostrar que en las democracias modernas, al menos, la autoridad del derecho no debe ser derivada de la autoridad de sus legisladores. A partir de ahora denominaré a estos puntos de vista el argumento conceptual y el argumento de la democracia, respectivamente. La mayor parte de este artículo está dedicada al argumento conceptual. Comenzaré, sin embargo, con unos pocos comentarios sobre el argumento de la democracia de Waldron.

B. El argumento de la democracia

Waldron nos presenta tres modelos de democracia, cada de uno de los cuales contempla la legitimidad del procedimiento democrático desde una perspectiva diferente. De acuerdo al primero, el mode-

dor podría ser adecuada, por ejemplo, cuando la pericia de un legislador particular ha sido reconocida en general por la legislatura como un todo, y la ley ha sido aprobada «sin discusión», por así decirlo, sobre la base de tal pericia individual. Sin embargo, creo que ambos acordaremos en que tales casos son más bien raros.

⁹ Ver Waldron, *supra* nota 1, págs. 3-4. Subrayado en el original.

lo utilitarista, el procedimiento democrático significa «la agregación de las preferencias individuales de la forma requerida por la función aplicable de bienestar social»¹⁰. Según este modelo, los votos de las legislaturas representan las preferencias de sus miembros, y se espera que el procedimiento de elección logre el resultado que satisfará de forma máxima estas preferencias. El segundo modelo surge del teorema de Condorcet: se apoya en el cálculo probabilístico según el cual si (a) es más probable que los votantes elijan correctamente que incorrectamente y (b) los votos son emitidos de manera independiente, entonces la probabilidad de lograr una respuesta correcta aumenta en la medida en que se incrementa el número de votantes. Por último, el tercer modelo que Waldron presenta procede de la idea de Aristóteles de acuerdo a la cual una multitud de personas, «mediante un proceso de síntesis deliberativa, puede forjar una concepción que ni siquiera el más sabio de ellos alcanzaría por sí solo»¹¹.

Obviamente, Waldron es bien consciente de las dificultades que estos modelos comportan y se tiene la impresión de que él mismo sólo suscribiría el último modelo, el modelo aristotélico de la síntesis. Sea como fuere, el principal problema de estos modelos no reside en su plausibilidad sino en el hecho de que está lejos de ser claro lo que los modelos realmente muestran. Fácilmente nos convencemos de que estos modelos (o alguno de ellos) pueden explicar cómo una decisión establecida por el voto de la mayoría puede producir resultados mejores que aquéllos producidos por las razones para la acción que cada agente pueda imaginar por sí mismo. Con ello yo sería el primero en ponerme de acuerdo: parece que explicaría precisamente como es posible que una legislatura democrática tenga la pericia relativa que le es requerida por la tesis intencionalista. Probablemente, entonces, Waldron debe querer decir algo más. Supondré que lo que Waldron intenta mostrar es cómo la pericia es posible, sin asumir que cada uno individualmente es un perito; en un sentido agregativo, inherente al voto de la mayoría, sólo «la legislatura» es un perito. De este modo, concluye Waldron, carece de sentido buscar ulterior valor interpretativo a las intenciones de cualquier legislador particular, o grupo de legisladores, puesto que ninguno de ellos, individualmente considerado, si se aprecia correctamente, es un perito.

Pero esta línea de pensamiento es o bien demasiado fuerte o demasiado débil. Demasiado fuerte si uno entiende los modelos presentados por Waldron en términos de un «mecanismo de la mano invisible» (como sugiere en una ocasión¹²). Podemos hablar de

¹⁰ *Ibid.*, pág. 23.

¹¹ *Ibid.*, pág. 23.

¹² Ver Waldron, *supra* nota 1, pág. 31, pero compárese *ibid.*, pág. 37.

mecanismo de la mano invisible cuando hay una pauta de comportamiento que es contemplada como si fuera conducida por un cierto propósito o *telos*, mientras en realidad no es un propósito de nadie en particular. Como Nozick correctamente observa: «Una explicación de la mano invisible explica algo como si fuera el producto del diseño institucional de alguien, aunque no es producido por las intenciones de nadie»¹³. Ninguno de los modelos presentados por Waldron puede mostrar que algo como esto sucede habitualmente en el proceso legislativo. Como máximo, los modelos pueden mostrar que, ocasionalmente, un acto legislativo puede no representar la intención o propósito de ninguno de los legisladores, en cuyo caso, no habría ninguna intención del legislador a consultar¹⁴. Sin embargo, sugerir que todos y cada uno de los actos legislativos son el producto del mecanismo de la mano invisible significaría hacer a los actos legislativos mucho más misteriosos de lo que realmente son. Los legisladores, al fin y al cabo, a menudo tienen intenciones y propósitos bien definidos y muchas veces tratan de llevar a cabo estas intenciones promulgando la ley que desean promulgar. No hay nada invisible o misterioso al respecto.

Por otra parte, vale la pena destacar que el modelo aristotélico de la síntesis es incompatible con los mecanismos de la mano invisible. Como el mismo Waldron reconoce, el modelo sólo funciona bajo la asunción de que los participantes comparten un propósito, *bona fide*, común: difieran en sus puntos de vista y conocimiento personal tanto como quieran, ninguna síntesis surgirá si los participantes no comparten el propósito común de lograr la mejor decisión posible en una cuestión particular. En otras palabras, el modelo aristotélico de síntesis es un modelo únicamente aplicable a un procedimiento de *decisión en grupo*, y el «mecanismo de la mano invisible» no lo es. El último asume que *algo como una decisión en grupo* surgirá, bajo unas determinadas condiciones, precisamente en la situación en la cual no se ha intentado adoptar ninguna decisión.

Si Waldron concede esto, como creo, su argumento se debilita demasiado. Supongamos que pueda mostrarse que en un régimen democrático, la pericia de los legisladores es sólo concebible en el sentido agregativo sugerido por los modelos de Waldron. Una vez abandonamos el mecanismo de la mano invisible, no queda claro por qué debemos abstenemos de deferir a la intención combinada, aunque tal vez compleja, del grupo como un todo. Más aún, es Waldron

¹³ Ver R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974, pág. 19.

¹⁴ Esta es una conclusión inicialmente aceptada por mí, e incluso ofrecí un ejemplo de cómo esto podía llegar a suceder; ver Marmor, *supra* nota 2, págs. 163-164.

mismo el que suministra uno de los mejores ejemplos de cómo tal intención/pericia del grupo es posible, a saber, la síntesis del modelo aristotélico.

Ahora bien, Waldron es consciente de ello, y su réplica es, en mi opinión, el núcleo de su argumento: «la cuestión es que las intenciones de un legislador particular pueden revelar únicamente un punto de vista parcial de la síntesis incorporada en la legislación»¹⁵. Y más adelante escribe: «si un juez apela más allá del texto de una ley a las intenciones de los legisladores particulares, lo hará apelando a cosas dichas o hechas durante la tramitación del proyecto de ley. En esta etapa, la síntesis decisiva puede no haber surgido o cristalizado en las mentes individuales...»¹⁶.

Veamos cuán «técnico» resulta el argumento: hemos recorrido un largo camino sólo para ver que no es la ausencia de intención legislativa lo que socava el intencionalismo, sino el hecho de que los jueces normalmente están ligados a tomar en cuenta sólo una parte de la intención real, puesto que únicamente pueden averiguar las intenciones apelando a las cosas que dijeron o hicieron en una etapa demasiado temprana del procedimiento legislativo. En efecto, Waldron sostiene que los jueces no pueden apoyarse en las ventajas de la síntesis aristotélica y no pueden hacerlo no porque sea una ficción, sino porque no tienen conocimiento de ella. Los jueces no tienen acceso a la síntesis emergente, según Waldron, porque ésta sólo cristaliza en el último momento. Si uno espera a que surja la síntesis final, entonces, afirma Waldron, «uno estará esperando, de hecho, el texto final de la ley»¹⁷.

Puedo conceder, ciertamente, que la legislación algunas veces funciona así: a saber, que algunas veces únicamente al final de todo el procedimiento legislativo cristaliza la mejor síntesis subyacente a la ley. Sin embargo, me resulta muy difícil comprender por qué ello debe ser así en todos y cada uno de los actos legislativos. La última síntesis bien puede surgir antes del voto final. Además, la asunción de Waldron de que los jueces están de algún modo ligados a ver únicamente una parte de la imagen me parece también injustificada. Cuando los jueces atienden a aquellas cosas que son dichas y hechas durante la tramitación de un proyecto de ley, su propósito es lograr pruebas acerca de la intención *del grupo* en el caso de que la haya.

En ningún lugar sostuve que «aquellas cosas que se dijeron e hicieron durante la tramitación de un proyecto de ley» equivalen a la intención de la legislatura. Tales intenciones particulares, o manifes-

¹⁵ Waldron, *supra* nota 1, pág. 36.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 37.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 38.

taciones de intenciones, propósitos y motivos, etc., tienen sólo consideración de pruebas. El juez debe usar tales pruebas para conformar su mejor juicio acerca de la «última síntesis» global subyacente a la intención, por debajo de la ley. Las dificultades relativas a la valoración de tales pruebas son bien conocidas, obviamente, y no es mi intención ciertamente subestimarlas (ni escaparon a mi comprensión en el artículo original objeto de la crítica de Waldron). Pero no alcanzo a comprender cómo estas dificultades arrojan dudas sobre los aspectos conceptual y normativo de la tesis intencionalista que he estado exponiendo. El lector impaciente puede concluir que el desacuerdo entre Waldron y yo mismo a estas alturas queda limitado únicamente a la frecuencia de la deferencia a la intención del legislador, más bien que a su posibilidad conceptual o a su deseabilidad general; he tratado de sugerir que bien puede ser este el caso y tal vez más de lo que Waldron concede.

Dejando aparte estos modelos, Waldron parece sugerir otro argumento basado en los principios democráticos, un argumento que encuentro políticamente atractivo. La deferencia a la intención del legislador, sostiene, encerraría una mala comprensión de la moralidad del principio de la regla de la mayoría. «Una ley aprobada por el Parlamento, dice, «es un acto del Parlamento, no un acto del partido mayoritario»¹⁸. La legitimidad moral del procedimiento democrático, subraya Waldron correctamente, debe basarse en una caracterización no partidista de tal procedimiento, de este modo rechaza una conexión demasiado estrecha entre la autoridad de la legislatura y la autoridad de la mayoría. Sin duda, éste es un ideal importante, un ideal que debe ser respetado por los jueces al interpretar las leyes. Pero no es claro para mí por qué este ideal político es tan extraño a la tesis intencionalista que yo he expuesto. Waldron parece olvidar en este punto que mi argumento en favor de la deferencia a la intención del legislador está limitado estrictamente a la tesis de la pericia de la justificación normal. La deferencia a la intención legislativa está justificada, argumenté, sólo si, y hasta el punto en que, la legislatura correctamente es calificada como perita o experta acerca del tema particular que ha promulgado, cuando se la compara con sus sujetos. Si esto ocurre alguna vez, seguramente es precisamente en aquellos casos en que los motivos de la legislación *no* se hallan en la política partidista o en materias ideológicamente controvertidas¹⁹.

¹⁸ Waldron, *supra* nota 1, pág. 41.

¹⁹ Como una materia de hecho, las observaciones de Waldron causan aquí una particular perplejidad. Después de analizar mi rechazo explícito del intencionalismo basado en los principios mayoritario y democrático al inicio de este artículo, reintro-

C. El argumento conceptual

Estos breves comentarios sobre el argumento de la democracia de Waldron no pueden, en ningún modo, ser concluyentes. La plausibilidad de la tesis de Waldron deriva de su argumento conceptual y es a este argumento al que debemos regresar ahora. La principal falacia de mi tesis, arguye, «reside en establecer una conexión demasiado estrecha entre autoridad y autoría. La autoridad, en la concepción de Raz/Marmor, no puede ser sistemática: debe ser atribuible a un autor»²⁰. Para mostrar que esto constituye una falacia, Waldron sugiere una reformulación de la «tesis de la justificación normal» de Raz, de la siguiente forma:

«[J]: Una ley (o cualquier texto) S tiene autoridad sobre una persona y si y sólo si la persona Y probablemente se adecuará mejor a las razones que le son aplicables siguiendo las provisiones de S que si trata de seguir aquellas razones directamente»²¹.

Para satisfacer la tesis [J], según Waldron, no es preciso asumir que S tiene un autor. La autoría real de S, afirma, es como máximo un caso especial. S puede ser concebido como dotado de autoridad en el sentido requerido por [J] incluso si no hay ninguna persona que haya establecidos²².

Waldron ciertamente tiene razón al presumir que esta concepción impersonal de la autoridad está reñida con la mía. En mis argumentos relativos a la intención del legislador, he supuesto, siguiendo a Joseph Raz²³, que: [1] el derecho es inteligible sólo si pretende tener autoridad legítima; [2] para que algo sea susceptible de pretender autoridad, debe ser un tipo de cosa que es capaz de tenerla; y [3] sólo las personas, que pueden comunicarse con otros, son capaces de

duce el principio mayoritario en mi concepción al final: «Seguramente -[Marmor] dirá- que lo que importa es si el punto de vista que tenemos en mente se corresponde a las intenciones de la mayoría o de la minoría de la legislatura. Seguramente el punto de vista de la mayoría es -en virtud de las reglas que le permiten prevalecer- el más canónico. (Ver p. 41) [cursiva mía]. Y esta supuesta réplica mía, sostiene Waldron, «está basada en una profunda mala comprensión acerca del... principio de la regla de la mayoría» (ibid.). Ciertamente, también yo estoy de acuerdo en que tal punto de vista está basado en una mala comprensión, pero como Waldron mismo reconoce al inicio del artículo, está mala comprensión no me es imputable.

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

²¹ *Ibid.*, p. 20.

²² Una observación similar es la de M. Moore, pero su interés radica en la interpretación en general, y no tanto en el concepto de autoridad. Ver M. Moore, «Interpreting Interpretation», en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, *supra* nota 1; ver también H. Hurd, «Interpreting Authorities», *ibid.*

²³ Ver Raz, «Authority, Law, and Morality», *supra* nota 6, pág. 303, y Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, *supra* nota 2, págs. 104-107, 113-118.

tener autoridad. Ahora bien, parece claro que Waldron desafía únicamente mi última presunción. Para que algo sea susceptible de tener autoridad, arguye, no necesita ser una persona.

Waldron nos ofrece dos ejemplos de cómo esto puede ser. El primero es la «máquina de Wollheim»: supongamos que concebimos una máquina determinada, digamos un ordenador, que es alimentada con elecciones diversas de los ciudadanos particulares. Entonces, la máquina agrega estas elecciones según un método preestablecido y produce «lo que puede denominarse una «elección» propia»²⁴. De esta forma, los ciudadanos de esta democracia wollheimiana contemplarán los outputs de la máquina como dotados de autoridad. La consecuencia de este experimento mental (que, claramente, no es el mismo de Wollheim), sostiene Waldron, «es que nos habilita para imaginar una pieza de legislación que no puede ser concebida, en palabras de Fish, como algo producido «por un ser intencional... que está involucrado en alguna empresa en relación a la cual tiene un propósito o un punto de vista»²⁵.

El segundo ejemplo es relativo a otra máquina, pero esta vez más familiar: para aquellos que son muy incapaces de controlar las transacciones de su tarjeta de crédito, el banco puede proporcionar una fácil solución. Llamando a un determinado número de teléfono, una voz automática de una máquina puede hacerles saber su saldo en segundos. El resultado de esta voz automática de la máquina, según Waldron, «está dotada de autoridad en relación a mí en términos de la tesis [J]: es mejor para mí fiarme de esta pieza de información acerca del saldo existente en mi tarjeta de crédito que fiarme de mis propios cálculos olvidados»²⁶.

Podemos añadir un tercer ejemplo, sugerido por Michael Moore: «Supongamos que las nubes, al igual que los sueños, fueran en realidad mecanismos para generar conocimiento de uno mismo... El valor del conocimiento de sí mismo en tal caso haría de las nubes y los sueños un texto incluso en ausencia de autor para ellos»²⁷.

Lo que estos ejemplos intentan mostrar, entonces, es que podemos contemplar ciertos textos como dotados de autoridad, aunque carezcan de autor, de forma que no expresan los puntos de vista de nadie en relación a cómo debemos comportarnos. Estos ejemplos, sin embargo, no son concluyentes para mí, principalmente porque no

²⁴ R. Wollheim, «A Paradox in the Theory of Democracy», in P. Laslett & W.G. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics, and Society*, Blackwell, Oxford (1969), pág. 75. Citado por Waldron, *supra* nota 1, pág. 13.

²⁵ Waldron, *Ibid.*, pág. 14.

²⁶ *Ibid.*, pág. 22.

²⁷ Moore, *supra* nota 21, pág. 21.

aciertan a distinguir las razones para la acción (o para la creencia) que los textos pueden generar, de las razones que están característicamente dotadas de autoridad²⁸. Nadie necesita negar lo primero. Seguramente, la gente puede contemplar determinados textos, outputs de determinadas máquinas, o cosas similares, como razones para la acción o la creencia, al margen de su autoría. Pero tales razones no pueden estar dotadas de autoridad. Las razones para la acción que emergen de una prescripción dotada de autoridad deben tener ciertos rasgos, y estos rasgos están ausentes en estos ejemplos.

Primero y principal, se considera que las prescripciones dotadas de autoridad ofrecen (en parte) *razones para la acción independientes del contenido*²⁹. Debe admitirse que el concepto de independencia del contenido en este contexto es notoriamente difícil de definir, y más bien discutible, pero espero que llegará a ser más claro más adelante. Por el momento, es suficiente con observar que las razones de una persona para obedecer una prescripción de la autoridad, no pueden basarse únicamente en el contenido de la prescripción. Deben basarse, *inter alia*, en el hecho de que la prescripción ha sido promulgada por una autoridad. La autoridad marca la diferencia, por así decirlo. Al fin y al cabo, hay un número y variedad indefinidos de textos que pueden ofrecer razones para la acción que no están dotados de autoridad en ningún sentido significativo. Un texto está dotado de autoridad sólo si no hay conexión directa entre las razones que ofrece y su contenido. Ahora bien, creo que Waldron acordaría en ello. Su error reside, sin embargo, en una mala concepción de aquello en que «la independencia del contenido» consiste: tener una razón para creer que un texto determinado contiene la verdad, por así decirlo, no nos da una razón independiente del contenido, como parecen comportar los ejemplos de Waldron.

Consideremos este ejemplo: supongamos que estoy viajando por un país extranjero; es claro que tengo muy buenas razones para creer que llegaré mejor desde A a B si consulto mi mapa de carreteras. Sin embargo, el mapa de carreteras no es un texto dotado de autoridad. Mis razones para consultar el mapa son exclusivamente dependientes del contenido. Incluso la más leve sospecha de que el mapa que tengo en mi poder está equivocado, digamos, porque no está actualizado, arrojaría dudas sobre mis razones para seguirlo y ello de una forma directamente relacionada con aquellas razones. Supongamos

²⁸ Obsérvese que la posición de Moore es distinta: sus ejemplos se refieren a los objetos de interpretación en general, no a la autoridad. De forma que el análisis siguiente no intenta ser una crítica de sus argumentos relativos a la “textualidad”.

²⁹ Ver H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford, (1982), capítulo 10, y Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* nota 6, págs. 35-37.

que descubro una vía que no está diseñada en el mapa. Lo único que puedo deducir es la sospecha de que el mapa no está actualizado y que haré bien en tomar precauciones. La inadecuación del mapa está directamente relacionada con mis razones para seguirlo, porque el mapa no es una autoridad. Esto es así, aunque sea verdad que llegaría mejor desde A a B consultando el mapa que tratando de configurar el camino por mí mismo.

La concepción de la autoridad de Waldron, sin embargo, hace imposible distinguir razones independientes del contenido de aquellas dependientes del contenido. Según la tesis [J], un mapa de carreteras es un texto dotado de autoridad y también lo es cualquier otro texto del cual una persona pueda tener alguna razón para creer que es útil o indicativo de la verdad de alguna forma. Lo cual nos deja con una concepción muy parcial de la autoridad, puesto que nos priva de su rasgo característico de ofrecer razones para la acción independientes del contenido³⁰.

Creo que esto es suficiente para mostrar la inadecuación de dos de los tres ejemplos mencionados, a saber, la máquina con voz automática, y las nubes que generan conocimiento de uno mismo³¹. La máquina de Wollheim podría ser diferente. Parece que los sujetos tienen algo como una razón independiente del contenido para seguir el resultado de la máquina de una forma semejante a como siguen las prescripciones dotadas de autoridad. Pero, debe apreciarse que disponemos de dos interpretaciones posibles de la situación, que dependen de cómo los ciudadanos de esta imaginaria democracia wollhemiana contemplan este proceso único. Nótese la interesante formulación que Waldron cita de Wollheim en este lugar: «la máquina entonces... produce lo que puede denominarse una “elección” propia». Todos sabemos, obviamente, que las máquinas no realizan elecciones. Pero algunos de nosotros, ateos, sabemos que Dios tampoco. Sin embargo, para aquellos que creen en los mandatos divinos, Dios es el autor y la fuente dotada de autoridad de sus prescripciones. Así puede entenderse la máquina de Wollheim. Si el procedimiento puede ser visto como un modelo razonable de legislación es, claramente, una cuestión distinta (y en la sección anterior ya indiqué mis razones para creer que no puede ser visto de esa manera). Hasta

³⁰ Obsérvese que lo que encuentro defectuoso no es la particular formulación de la tesis [J], ni tan sólo pretendo que sea una interpretación implausible de la tesis de la justificación normal de Raz. El error de Waldron reside en que ignora otros elementos importantes de nuestra concepción de la autoridad, algunos de los cuales serán indicadas con mayor claridad a continuación.

³¹ Como Martín Stone me señaló, es difícil comprender cómo el resultado de la voz de máquina está, en algún sentido, basada en razones, en cuyo caso, la ‘tesis de la dependencia’ raziana quedaría también desplazada aquí.

cierto punto, sin embargo, la gente dispone de razones para seguir los resultados de la máquina, este proceso único debe hacerse inteligible para ellos, y una forma de hacerlo es contemplar la máquina como si «produjera una “elección” propia».

La opción más plausible, sin embargo, es que los ciudadanos de la democracia wollhemiana no contemplen los resultados de la máquina como algo más allá del producto de un cálculo. Es decir, la máquina simplemente agrega las preferencias individuales según algún método acordado, y nadie contempla el proceso como si fuera la representación de algo semejante a una «elección de la máquina». Entonces surge esta cuestión: ¿en qué sentido está dotado de autoridad el resultado de la máquina, por encima y más allá de la autoridad del método preacordado que es necesariamente (como Waldron concede fácilmente) el producto de la autoría de alguien? La respuesta es simple: en ningún sentido. Para comprender esta idea, supongamos que en la democracia wollhemiana hay un gran matemático, el cual lleva a cabo los mismos cálculos precisamente, de forma concomitante a la actividad de la máquina y, podemos asumir, exactamente con la misma precisión. Claramente, no habría diferencia entre el revestimiento de autoridad del resultado de la máquina y el del matemático. Ambos serían sólo concebidos como «instrumentos» para el descubrimiento de la resolución dotada de autoridad; ninguno de los cuales es, con todo, la autoridad.

Tal vez otra forma de resumir el aspecto que trato de mostrar es el siguiente: la concepción de Waldron de la autoridad es, como máximo, una concepción de las autoridades teóricas; la tesis [J] proporciona la esencia de las autoridades teóricas. Sin embargo, no capta los rasgos característicos de la autoridad práctica. Únicamente las autoridades prácticas pueden contemplarse como produciendo razones para la acción independientes del contenido. Por el contrario, si un texto determinado es concebido como una autoridad teórica, las razones para la acción o la creencia que genera no pueden contemplarse como independientes del contenido, como he sugerido en estas líneas. Una persona o un texto pueden contemplarse como una autoridad teórica si se cumplen las condiciones de la tesis [J]. Hasta el punto en que tengo razones para creer que haré las cosas correctamente si me fío de S más que las haría si buscara las razones por mí mismo, S es para mí una autoridad teórica, sea el producto de una autoría o no lo sea.

Las distinciones entre autoridades prácticas y teóricas son, como es sabido, discutibles pero creo que vale la pena explorarlas aquí un poco más para facilitar nuestra comprensión de la independencia del contenido que, en mi opinión, sólo tiene relevancia en el caso de las autoridades prácticas.

La autoridad teórica es a menudo distinguida de la práctica en términos de la distinción entre razones para la creencia en oposición a razones para la acción. Una autoridad teórica, se sugiere muchas veces, es la fuente de las razones para la creencia, en oposición a la autoridad práctica que es tenida como generadora de razones para la acción. No tardamos en darnos cuenta de que esta distinción, en estos términos, es más bien discutible. Cuando consulto un médico, y me receta que siga determinado tratamiento, es claro que tengo razones para creer que él tiene más probabilidades de acertar que yo y esto en sí mismo ya es una razón para que siga el tratamiento. Lo mismo, más o menos, se aplica a cualquier autoridad que podamos imaginar. Y no debe sorprendernos, al fin y al cabo, que las razones para la acción estén necesariamente enredadas en un ámbito lleno de creencias acerca de hechos, valores y de lo que sea. Tener una razón para la acción comporta razones para creer que esta acción, y no otra, debe ser hecha, y esto normalmente comporta un ámbito muy amplio de creencias acerca de numerosas cosas. Y también, es obvio, al revés: las razones para la creencia dan lugar, a menudo, a razones para la acción. Así que debemos tener algún otro fundamento para distinguir una autoridad teórica de una práctica.

La gente muchas veces habla de autoridades teóricas para referirse a alguna pericia especial que posee una persona o un texto determinados. Así puede decirse, por ejemplo, que «Jones es una autoridad en la historia del siglo XVII inglés». Lo que se quiere decir con ello es simplemente que Jones es un gran experto en este campo, y de esta forma, probablemente tiene muchas más posibilidades de hacer las cosas bien en su campo que la mayoría de los demás. (Lo mismo, tal vez, pueda afirmarse de un texto, incluso aunque no sepamos nada de su autor. Puede haber quedado establecido a través del tiempo y la experiencia, por ejemplo, que este texto «funciona bien» para nosotros, en su campo, aunque no comprendamos adecuadamente por qué ni cómo). Ahora uno podría preguntarse, ¿qué es lo que distingue a las autoridades teóricas de las prácticas, y, deseo añadir, de las autoridades genuinas? ¿Por qué debe haber alguna diferencia?

Joseph Raz sugirió que la respuesta reside en que las prescripciones de las autoridades prácticas son tomadas como imponiendo obligaciones, mientras las razones engendradas por las llamadas autoridades teóricas no son concebidas como obligatorias³². Así, una persona que acepta la autoridad práctica de A debe creer que tiene una obligación para obedecer las prescripciones dotadas de autoridad de A. Las autoridades teóricas, por otra parte, no imponen obligaciones. La distinción de Raz es, de hecho, más sofisticada: la naturaleza de

³² *The Morality of Freedom*, supra nota 6, capítulos 2 y 3.

las obligaciones creadas por las autoridades prácticas es de un tipo especial, explicado por su «tesis del reemplazo» (*pre-emption thesis*)³³. Sin embargo, los detalles de esta tesis del reemplazo no nos conciernen ahora. En cambio, deseo fijarme en alguna de las implicaciones de la principal intuición de Raz, a saber, la idea de que las autoridades prácticas tienen una relevancia práctica especial, que está ausente en las llamadas autoridades teóricas. Si esta dimensión práctica es mejor captada por la idea de una obligación, o por la de razones desplazadoras, es una difícil cuestión que no trataré de resolver aquí.

Sin embargo, excepto que clarifiquemos primero la idea según la cual una autoridad comporta una dimensión práctica, no podremos iniciar nuestra comprensión del concepto de autoridad práctica. Una forma importante en la que una autoridad comporta dicha dimensión consiste en que las razones para la acción generadas por la autoridad no están afectadas por su corrección objetiva ni directa ni indirectamente. Si S es un texto dotado de autoridad, que prescribe una acción A, debe ser posible para los sujetos de S tener una razón para hacer A (que, es obvio, no necesita ser concluyente), incluso si S es objetivamente erróneo y no hay razón para hacer A, esto es, al margen de que A haya sido prescrita por una autoridad. Es éste un elemento que, obviamente, está ausente completamente en el caso de las autoridades teóricas. Volviendo a nuestro ejemplo: si Jones realiza determinada observación sobre el siglo XVII inglés, digamos T, que yo llego a *saber* que es falsa, entonces el hecho de que Jones sea una autoridad en su campo no proporciona ningún fundamento independiente para mi creencia en T. La autoridad de Jones, es claro, puede llevarme a sospechar de mis fundamentos para dudar de T y puede conducirme a revisar otra vez mis pruebas, etc., pero nada de ello añade una razón independiente para creer que T. Una vez que *se* que T es falso, la autoridad de Jones se convierte en irrelevante. Éste no es el caso, por el contrario, con las autoridades prácticas. El hecho de que S sea una autoridad para mí, y que prescriba A, bien puede darme una razón para hacer A, incluso si sé que S está en un error al prescribir A. Las razones creadas por las resoluciones dotadas de autoridad pueden ser invalidadas, obviamente, pero nunca pueden ser tomadas como prácticamente irrelevantes.

D. Autoridad práctica y el problema del error

La conclusión de que las autoridades deben comportar una dimensión práctica, aún si es conocido que están objetivamente

³³ *Ibid.*, págs. 57-62.

equivocadas, es doblemente problemática. En primer lugar, requiere una explicación acerca de por qué los individuos han de tener razones para seguir una prescripción dotada de autoridad si ellos conocen que la prescripción es errónea. En segundo lugar, y de modo más específico, esta conclusión parece estar reñida con la tesis de la pericia de la justificación normal, que he usado anteriormente. He argumentado que la deferencia hacia las intenciones de los legisladores está algunas veces garantizada sobre los fundamentos de que la autoridad -podría decirse- conoce mejor aquello que debe ser hecho. Sin embargo, si la legitimidad de la autoridad descansa en su relativa pericia, esto parece excluir la irrelevancia del error. El conocimiento de que la autoridad está equivocada, sostendría esta objeción, socava la base de su legitimidad.

Por supuesto, ambas cuestiones están relacionadas, pero no de una manera simple. Es posible dar cuenta fácilmente de la irrelevancia del error sobre la base de la tesis de la coordinación de la justificación normal. Si es el caso de que la legitimidad de una resolución dotada de autoridad descansa en su función de solucionar un problema de coordinación, el hecho de que su resolución no sea óptima, o sea parcialmente errónea, no socava necesariamente las razones del sujeto para obedecerla. Al fin y al cabo, incluso una solución parcial o imperfecta de un problema de coordinación es a menudo mejor que ninguna solución. Supóngase, por ejemplo, que mi Facultad está considerando comprar nuevos ordenadores para nuestro departamento, y delibera acerca de comprar IBM o Mackintosh. Ahora bien, puede ser el caso de que sea más importante insistir en la uniformidad de la clase de ordenadores adquiridos que en la elección particular entre las dos clases. Supóngase, entonces, que la Facultad decide comprar Mackintosh, pero que su decisión fue objetivamente errónea; y que IBM nos hubiese convenido más. Sin embargo, dada la mayor importancia de la uniformidad, tenemos ahora buenas razones para obedecer la decisión de la Facultad, aun si ésta es parcialmente errónea³⁴.

La situación es más complicada cuando consideramos las resoluciones dotadas de autoridad, basadas en la tesis de la pericia. Para dar cuenta de la irrelevancia del error en este caso, debemos destacar que hay una distinción entre las razones de los sujetos para seguir una directiva dotada de autoridad y su legitimidad. En otras palabras, la tesis de la justificación normal apunta solamente a las razones primarias para seguir una prescripción de la autoridad, pero los

³⁴ Para un tratamiento más detallado, véase, A. Marmor, «On Convention» a publicarse en *Synthese*, 1995.

sujetos de esta autoridad también poseen típicamente otras razones secundarias y auxiliares. Estas razones auxiliares proporcionan una importante explicación para el hecho de que los individuos tienen razones para seguir una prescripción objetivamente errónea de la autoridad, aun si esa prescripción pretende basarse en la tesis de la pericia³⁵.

Las razones auxiliares para la obediencia a una autoridad son de vanas clases. Primero y principal están aquellas que consisten en las razones de los sujetos para mantener y respaldar la capacidad general de la autoridad para desempeñar su tarea³⁶. Estas razones pueden abarcar tanto aspectos personales como institucionales. Considérese este ejemplo trivial. Mi decano, profesor A, es, normalmente, un decano bastante bueno. La mayoría de sus decisiones son sensatas y justificadas. Sin embargo, en algunos casos, sus decisiones están lejos de ser óptimas. Algunas veces él está sencillamente equivocado. Creo, sin embargo, que tengo buenas razones para obedecer sus decisiones equivocadas, en parte porque así contribuyo a mantener su autoridad personal entre los miembros de la Facultad, y de modo más importante, porque esto contribuye a mantener la autoridad de la institución de Decano. Por supuesto, éstas son razones auxiliares en tanto que no forman parte de la tesis de la justificación normal. Pero ellas son bastante comunes y a menudo proporcionan poderosas razones para la obediencia, aún si la autoridad se equivoca.

No es necesario señalar que esta clase de razones auxiliares normalmente prevalecería sólo si se obtienen ciertas condiciones. En primer lugar, debe asumirse que la autoridad es, en general, legítima, de acuerdo a la tesis de la justificación normal. En segundo lugar, las razones auxiliares deben ser sopesadas contra las razones objetivas primarias para desobedecer la prescripción de la autoridad, cuando ésta está equivocada. Finalmente, si las razones para la obediencia son auxiliares, el acto de obediencia debe ser público. Después de todo, si la única razón para seguir una autoridad consiste en la nece-

³⁵ Hay que destacar que Raz formuló cuidadosamente su tesis de la justificación en términos de la justificación «normal», expresando así, creo, su opinión de que existe una distinción entre la legitimidad de una prescripción dotada de autoridad y las razones de sus sujetos para seguirla. Por otra parte, su explicación de la necesidad de seguir, ocasionalmente, prescripciones erróneas basada parcialmente en su interesante distinción entre «errores claros» y «grandes errores» no es, creo, completamente persuasiva. (Véase Raz, *supra* nota 6, págs. 61-62) Sin embargo, un análisis detallado de las ideas de Raz sobre estos temas excede los límites de este trabajo. Básicamente, mi argumento es que Raz ha subestimado la importancia de las razones auxiliares en este contexto.

³⁶ Cf. C. Gans, *Philosophical Anarchism and Political Disobedience* (1992), Cambridge University Press, pág. 71.

sidad de apoyar y mantener su capacidad para funcionar eficazmente, este objetivo no podría ser alcanzado a menos que los individuos sean conscientes del acto de obediencia y éste sea públicamente reconocido como tal.

Hay una segunda e importante clase de razones auxiliares para seguir las prescripciones dotadas de autoridad. Estas razones están estrechamente conectadas con las razones primarias para la obediencia. Con mucha frecuencia, la autoridad intenta decidir una cuestión práctica basándose en su pericia (o así debería esperarse que suceda), pero las razones de los sujetos para obedecer tal prescripción consisten principalmente en consideraciones relativas a la coordinación; ésta es una categoría prevalente de justificación mixta. Algunas veces, aun en materias que requieren pericia, puede ser prácticamente más importante tener una resolución dotada de autoridad que los detalles de la correcta resolución. La determinación de los niveles de impuestos sobre la renta, por ejemplo, requiere una gran dosis de pericia en economía, políticas de bienestar, moralidad, etc. Una autoridad que pretende decidir sobre estas cuestiones debe presumirse que descansa sobre la tesis de la pericia de la justificación normal. Sin embargo, puede ser más importante para nosotros tener una resolución con autoridad sobre estas cuestiones que el que los detalles sean correctos. Aun si la autoridad ha cometido un error, sus sujetos pueden tener razones para seguir su prescripción, las cuales están basadas en consideraciones de coordinación. Una vez más, hay numerosas condiciones que deben producirse para que prevalezcan estas razones auxiliares, pero no es necesario considerar aquí estos detalles.

En resumen: he argumentado que es típico de las autoridades prácticas que las razones para seguir sus directivas son una combinación de razones primarias y auxiliares. Las razones auxiliares explican por qué los sujetos de una autoridad pueden tener buenas razones para seguir sus prescripciones, incluso si se conoce que estas prescripciones son objetivamente erróneas. Este, he sostenido, es un sentido importante en el cual se mantiene correctamente que la autoridad genera razones para la acción independientes del contenido. Ahora, si esto es correcto, podría también mostrarse por que las denominadas autoridades teóricas son muy diferentes de las autoridades prácticas: las razones para creer (o actuar) que ellas generan carecen de esta propiedad de la independencia del contenido. Tampoco tenemos razones auxiliares para seguir autoridades teóricas. Finalmente, para volver a los argumentos de Waldron, podemos concluir que él ha fracasado en demostrar cómo los ejemplos de autoridad sin autor en los que se apoya son autoridades *prácticas*: ninguna de ellas puede considerarse que genera razones para la acción independientes del contenido.

Hay que reconocer que todo esto nos deja sólo una réplica parcial a Waldron. La conclusión de que sus argumentos en apoyo de una concepción impersonal de la autoridad no son convincentes, no prueba que él está básicamente equivocado. Necesitamos algún argumento positivo mostrando por qué la autoría es un requisito conceptual de la autoridad práctica. También necesitamos, como Waldron correctamente reclama, una réplica convincente al famoso argumento de H. L. A. Hart contra la concepción personal de la autoridad de Austin. Estas dos cuestiones constituyen el tema del resto de este artículo.

E. Autoridad y autoría

Uno de los errores más importantes de Austin en su descripción de las autoridades jurídicas consiste en su falta de reconocimiento de que la autoridad, como opuesta a un asaltante, *debe pretender ser legítima*. Por supuesto, puede fallar en satisfacer su pretensión de legitimidad, pero hay que asumir que intenta mantener esta pretensión. En otras palabras, una prescripción dotada de autoridad o bienes obligatoria para sus sujetos, o no es obligatoria. Pero debe pretender ser obligatoria para ser considerada como una prescripción dotada de autoridad. Siguiendo a Joseph Raz³⁷, pienso que esto debería ser suficiente para mostrar que solamente aquellas cosas que pueden pretender legitimidad pueden ser autoridades. Para pretender legitimidad, hay que ser capaz de comunicarse con otros; he sostenido que solamente aquellos que pueden expresar una opinión acerca de cómo deben comportarse los demás pueden considerarse como autoridades. De allí la conclusión de que la autoridad requiere autoría. Pero ahora me doy cuenta de que la conclusión puede no ser tan evidente, por razones que están ocultas detrás de algunos de los principales argumentos de Hart contra la concepción de la autoridad jurídica de Austin. El problema es éste: aun si uno admite que -como una cuestión de hecho- la autoridad del derecho necesita algún autor, la autoridad del derecho puede no derivarse de la autoridad de su autor fáctico. No, como Waldron sugiere, porque no hay necesidad de un autor, sino porque el autor puede perder su relevancia como autoridad con el paso del tiempo, o si se producen ciertas condiciones.

Sin embargo, en la evaluación de los argumentos de Hart, no debemos confundirnos por defectos específicos en su blanco; la caracterización de la autoridad jurídica de Austin está seriamente

³⁷ «Authority, Law and Morality», *supra* nota 6, y Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, *supra* nota 2, capítulo 6.

equivocada, aun desde el punto de vista de la concepción personal de la autoridad. Mucho se ha dicho contra su cruda definición de soberano en términos de obediencia habitual, y no necesitamos repetir aquí esos puntos obvios. De modo más importante, sin embargo, Austin ha cometido un error grave al identificar el concepto de autoridad jurídica con el de soberano político. Hart estaba en lo cierto al observar que, desde un punto de vista jurídico, la identidad del soberano depende en general de las normas jurídicas y no viceversa³⁸. Solamente sobre la base de normas y convenciones que constituyen las Reglas de Reconocimiento podemos identificar a determinadas personas como los (jurídicamente) soberanos. Más aún, el hecho de que podamos tener definiciones no-jurídicas de soberanía política tampoco salvaría a Austin, simplemente porque el concepto de soberanía política no está necesariamente vinculado al de autoridad jurídica. Desde un punto de vista político o sociológico, las dos instituciones no son necesariamente (y a menudo, ni siquiera prácticamente) idénticas. De ahí que la identificación de la autoridad jurídica con el soberano político es juricista, en cuyo caso, involucra un círculo vicioso (como señaló Hart), o si no, no es jurídica, en cuyo caso, está simplemente equivocado.

Sin embargo, lo que permanece como un blanco genuino es la intuición de Austin de que la autoridad de las normas jurídicas deriva de la autoridad de su autor. Más aún, la definición de derecho de Austin en términos de órdenes, aunque equivocada, envuelve una intuición básicamente correcta: esto es, que el derecho es el producto de un acto de comunicación.

Recordando estas clarificaciones, volvamos a la evaluación de los argumentos de Hart. Nuestro propósito, entonces, es ver si sus argumentos tienen una relación con la concepción personal de la autoridad, aun cuando no sigamos defendiendo la definición de Austin de la autoridad jurídica en términos de soberano político, y éste último en términos de obediencia habitual.

Dejando de lado su argumento, mencionado anteriormente, acerca de la circularidad de la definición de Austin, Hart ha formulado tres argumentos principales contra la concepción personal de la autoridad de Austin. El primero es el argumento acerca de la continuidad del derecho: «¿Cómo el derecho creado por un legislador, muerto hace un largo tiempo, puede aún ser derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedece habitualmente?»³⁹. En cualquier sistema jurídico, sostuvo Hart, tenemos «normas que nos per-

11. ³⁸ Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, p. 75, y compárese con Austin, *supra* nota 3, p.

³⁹ *The Concept of Law*, *supra* nota 4, págs. 60-61.

miten salvar la transición de un legislador a otro»⁴⁰, y la autoridad de estas normas, *ex hypothesis*, no puede derivar de la autoridad de los legisladores habitualmente obedecidos. Esto es así, aun sí, en algún momento u otro, se ha originado en un acto de creación de derecho.

El segundo argumento de Hart, también mencionado por Waldron, se refiere al ideal de la *rule of law*. Como Austin mismo rápidamente admitió, su definición de la autoridad jurídica implica que el soberano no puede estar limitado por el derecho, que no puede existir ninguna limitación jurídica al poder de legislar. Pero esta conclusión, observó correctamente Hart, está reñida con la práctica y el ideal moral de la *rule of law*⁴¹.

Finalmente, Hart ha argumentado detalladamente que las definiciones de Austin hacen completamente problemático dar cuenta de las costumbres como una fuente del derecho. La costumbre no puede ser considerada como la expresión de una autoridad acerca de cómo deben comportarse sus sujetos. El recurso de Austin de una «orden tácita» para dar cuenta del derecho consuetudinario ha sido en este caso el principal blanco de la crítica de Hart⁴².

Consideremos estos puntos uno por uno.

(1) *La continuidad del derecho.*

El problema de la continuidad del derecho debe ser dividido en dos diferentes cuestiones. La principal preocupación de Hart en este punto se resume en la pregunta: ¿Cómo es posible, en la teoría de Austin, dar cuenta de la autoridad jurídica de las normas de transición? Pero es fácil advertir que la preocupación de Hart en este punto se deriva exclusivamente de la definición de autoridad jurídica de Austin en términos de *hábitos de obediencia*. Como él oportunamente señala: «[la cuestión es] cómo, sobre la base del esquema simple de los hábitos de obediencia, puede decirse que la primera norma jurídica creada por un sucesor en el cargo de legislador *ya* es derecho antes que él reciba obediencia habitual»⁴³. Así una vez que abandonamos la teoría de Austin de la obediencia habitual como base para la identificación de la autoridad, la cuestión acerca de la continuidad del derecho no puede ser ya considerada como una cuestión acerca de la autoridad de las normas de transición. En una aproximación *raziana* a la autoridad jurídica, las normas de transición no son más misteriosas o involucran circularidad que cualquier otra norma que es considerada vigente después de que su legislador ha dejado personalmente de ser una autoridad jurídica.

⁴⁰ Ibid., pág. 53.

⁴¹ Ibid., pág. 42.

⁴² Ibid., págs. 46-48.

⁴³ Ibid., pág. 60.

Pero, ahora parece que las preocupaciones de Hart acerca de la continuidad del derecho pueden ser reformuladas y ésta es la segunda, y más relevante, cuestión que aquí surge: ¿Cómo en la concepción personal de la autoridad, podemos dar cuenta de la autoridad jurídica de normas antiguas? (Por «antiguas» me refiero a aquellas normas jurídicas que se consideran dotadas de autoridad, a pesar de que sus autores no son ya autoridades jurídicas). Para dar cuenta de la autoridad de las normas jurídicas antiguas, parece que la autoridad del derecho debe presumirse que se extiende más allá de la autoridad de su autor. En regímenes democráticos, es un fenómeno frecuente que las normas de una legislatura se consideren obligatorias aún después de que ésta ha sido remplazada por otra legislatura varios años más tarde⁴⁴. ¿Cómo debemos dar cuenta, entonces, de la autoridad de las normas antiguas?

Bien podría sorprender al lector en este punto que el problema sea en sí mismo algo problemático. Después de todo, una de las más enraizadas convenciones de cada uno de los sistemas jurídicos es que las normas promulgadas por una autoridad son consideradas válidas hasta que son derogadas por una autoridad subsiguiente (o hasta que ellas pierden su validez conforme a algún otro criterio establecido). Así parece que tenemos una respuesta fácil a la pregunta acerca de las normas antiguas: su autoridad deriva de las normas o convenciones que determinan la continuidad de la validez de las normas en el sistema jurídico. Estas reglas de continuidad o convenciones bien pueden ser consideradas como parte de las Reglas de Reconocimiento del sistema jurídico.

Parece que la única razón para ver un misterio en donde no hay ninguno surge de la incomprensión de la naturaleza personal de la concepción personal de la autoridad. Esta última requiere que el derecho, al igual que cualquier otra prescripción dotada de autoridad, sea el producto de un acto de comunicación, en tanto debe reflejar el punto de vista de una persona con autoridad acerca de cómo deben comportarse los demás. Sin embargo, no son las características personales del autor lo que lo o la convierten en una autoridad. No consideramos a ciertas personas como autoridades porque ellas tengan ciertas características personales, sino porque actúan en una función o cargo de autoridad. Es la identidad del car-

⁴⁴ Tal vez el ejemplo más dramático de esto lo tenemos en la autoridad de la constitución de Estados Unidos: para la mayoría de los juristas americanos, la autoridad actual de la constitución en el derecho americano no deriva de la autoridad personal de sus constituyentes muertos hace tiempo. Deriva del hecho de que los americanos y sus juristas consideran el documento, y no a los constituyentes, como la autoridad suprema de su derecho.

go y no la identidad personal lo que importa. Por supuesto, normalmente es importante quien ocupa un cargo en particular. Nunca somos indiferentes a la identidad personal de la autoridad; siempre es importante quienes son los legisladores. Pero las razones para la deferencia a una autoridad son básicamente razones dependientes del cargo: deferimos a la autoridad de x, porque x es una autoridad y no porque él es x.

La importancia de la identidad del cargo no está confinada a las autoridades. Juega un papel similar en otros numerosos contextos donde las razones para creer o actuar son parcialmente independientes del contenido. Considérese las razones de un individuo para deferir a las peticiones de su amiga. Jim es el mejor amigo de Sarah. Sarah cree que ella tendría razones para actuar conforme a los requerimientos de Jim, porque ella cree que la deferencia a las peticiones de sus amigos es parte de su concepción de la amistad.

Sus razones son, entonces, parcialmente independientes del contenido. Pero, por la misma razón, ellas también son dependientes del rol (role-identity). Si Jim le pide a ella que haga unas averiguaciones para él, ella sentiría que tiene una buena razón para hacerlo, en parte (o quizá aún principalmente) porque Jim es su mejor amigo. El hecho de que ella no considere como un accidente que Jim, y no otra persona, sea su mejor amigo está más allá de nuestra discusión.

Dado que el papel de «mejor amigo», por así decirlo, es ocupado por Jim y dado sus convicciones de que uno debe deferir a los requerimientos de sus mejores amigos, Sarah tiene una razón para deferir a los pedidos de Jim⁴⁵.

Lo mismo es verdad, aun de modo más evidente, respecto de la identidad del cargo de las autoridades jurídicas. Así, una vez que vemos que no hay nada realmente personal acerca de la concepción personal de la autoridad, el misterio acerca de la autoridad de las normas antiguas debe disiparse. Las Reglas de Reconocimiento definen las fuentes de validez jurídica, y éstas deben incluir aquéllas que determinan el papel de los legisladores y, *inter alia*, las normas acerca de la continuidad del derecho. La única presuposición de la concepción personal de la autoridad es que alguien en el cargo de autori-

⁴⁵ Nótese, sin embargo, que no pretendo sostener que la dependencia del cargo (role-dependence) es un prerrequisito necesario de las razones independientes del contenido. Es posible que las razones para la acción de un individuo sean en parte independientes del contenido aun en la ausencia de un papel estructurado, tal como la amistad. Sarah puede estar simplemente enamorada de Jim, y consecuentemente ella puede actuar conforme a sus peticiones, de un modo que es parcialmente independiente del contenido. Esto es intelegible incluso si somos reacios a definir el objeto «estar enamorado de...» en términos de un papel. Estoy agradecido a Meir Dan-Cohen por llamarme la atención sobre este punto.

dad debe haber dictado el derecho. Este es un punto conceptual acerca de las fuentes del derecho. No implica que el requerimiento de autoría sea exhaustivo de las condiciones de validez del derecho. Las normas antiguas son válidas porque ellas tienen que ser consideradas válidas conforme a las reglas de reconocimiento, pero primero deben ser normas jurídicas.

(2) *The Rule of Law*

El concepto de identidad del cargo (role-identity) puede también ayudar en la discusión del argumento de Hart concerniente a la rule of law. Hart estaba ciertamente acertado al observar que la definición de autoridad jurídica de Austin torna imposible dar cuenta de que los legisladores se consideran a sí mismos, como debe ser, sujetos a las normas que promulgan. En otras palabras, parece que la concepción personal de la autoridad es incapaz de explicar la fuerza autovinculante de la legislación. Una cuestión similar es sostenida por Waldron: «es una parte importante de nuestro concepto normativo de autoridad jurídica que también los legisladores deben estar obligados por las leyes que ellos mismos promulgan. En el enfoque de Raz/Marmor es imposible que el derecho pueda tener *autoridad* para un legislador, porque no tiene sentido decir que x tiene una razón mejor para confiar en las prescripciones de x que confiar en su propio juicio en cuestiones que x está considerando»⁴⁶.

Sin embargo, Hart fue perfectamente consciente de una posible solución. Austin podría haberse apoyado en la distinción entre la capacidad personal y la capacidad oficial del soberano. Él podía, entonces, sostener que el soberano personalmente estaba vinculado por aquellas normas que él había promulgado conforme a su capacidad oficial. La objeción de Hart a este modelo es doble: primero, sostiene que, aun si podemos distinguir entre ambas capacidades del legislador, solamente podemos trazar esta distinción sobre la base de normas pre-existentes, es decir, de aquellas normas de competencia que definen la competencia legislativa. En segundo lugar, Hart argumenta, esta estrategia es superflua. Una vez que comprendemos que la competencia legislativa como tal, presupone la existencia de normas, la fuerza autovinculante de la legislación es explicable sobre los mismos fundamentos que la fuerza autovinculante de una promesa (o, en realidad, Hart podría haber sostenido, al igual que la fuerza autovinculante de un movimiento en un juego). Así, concluye: «El legislador no es necesariamente como quien da órdenes a otro: alguien por definición más allá del alcance de lo que él mismo hace.

⁴⁶ *Supra* nota 1, p. 32. Nótese que la formulación de Waldron no se aplica a la tesis de la coordinación de la justificación normal.

Al igual que quien promete, él ejerce poderes conferidos por normas: muy a menudo él puede, al igual que el promitente, estar dentro del ámbito de sus normas»⁴⁷.

Ambos puntos, sin embargo, son solamente parcialmente correctos. Respecto del primero: es, por cierto, verdad que el concepto de capacidad oficial, o como preferiría denominarlo, la identidad del cargo, requiere del respaldo de una práctica. Por ejemplo, debe existir una práctica de la amistad para que alguien sea capaz de ser considerado como un amigo. Pero, como el ejemplo de la amistad muestra, la práctica no necesita estar constituida por reglas de competencia (a pesar de que tal vez así suceda en el caso de los legisladores). En sus transacciones de cada día, los individuos normalmente actúan en diferentes papeles y cargos, algunos más estructurados que otros, y estos papeles están definidos por prácticas con las cuales los individuos se identifican, en diferentes grados⁴⁸. Muchos de estos papeles, sin embargo, tienen poco, si algo, que ver con las normas de competencia. El actor en un escenario, el secretario de una firma comercial, un profesor, un esposo, etc. están actuando en sus papeles, y ellos son fácilmente identificables como tales, con independencia de normas de competencia. Así el hecho que los individuos se sientan vinculados por las normas de los papeles que desempeñan es mucho más prevaleciente, y a menudo menos estructurado, que lo que Hart parece haber notado.

Todo esto muestra, sin embargo, que es solamente el segundo argumento de Hart el que potencialmente se dirige contra la concepción personal de la autoridad. No es la doble capacidad lo que explica la naturaleza autovinculante de la legislación, él sostiene, sino la analogía de la legislación con las promesas. En ambos casos, no es necesariamente una actividad «dirigida a otros». La legislación, en otras palabras, es como un movimiento en un juego; las consecuencias de los movimientos están definidos y constituidos por las reglas, y éstas pueden bien concernir a uno mismo, a otros individuos, o a ambos.

En este punto, sin embargo, uno comienza a sentirse perplejo. ¿Cuál es la diferencia, entonces, entre una orden y una promesa? ¿No es claro que, al igual que una promesa, una orden también es inteligible sólo sobre el respaldo de «ciertas normas que gobiernan el proceso»? Si prometer es como un movimiento en un juego, así también es emitir una orden. El hecho de que las promesas conciernen a uno mismo, y las ordenes conciernen a otras personas es aquí

⁴⁷ *The Concept of Law*, supra nota 4, pág. 43.

⁴⁸ Para un interesante análisis de la identidad del cargo y su significación para la teoría jurídica, véase M. Dan-Cohen «Law, Community and Communication» 1989, *Duke Law Journal*, págs. 1.654-1.676.

simplemente irrelevante. Ambas son inteligibles solamente sobre el respaldo de una práctica constituida por normas y convenciones que dan a la acción su significación particular. Una diferencia es que la práctica de las promesas no está vinculada a ningún papel específico que el promitente tenga que ocupar, mientras que las prácticas subyacentes a las órdenes normalmente están más estrechamente relacionadas con los papeles que el emisor de la orden tiene que desempeñar. Pero, *en este sentido*, seguramente, legislar es más similar a ordenar que a hacer promesas.

La conclusión es que hay dos explicaciones válidas para la naturaleza autovinculante de la legislación. Una explicación es la doble capacidad del legislador: no hay razones, o al menos no han sido ofrecidas. Por Hart, para rechazar la idea simple de que los legisladores, personalmente, están obligados por las normas que dictan en su capacidad oficial. Más aún, incluso desde su posición oficial, la legislación puede ser autovinculante, como una promesa o un movimiento en un juego. El hecho de que éste sea un rasgo de la legislación, el cual es explicable sólo sobre la base de una práctica preexistente, puede suponer tal vez alguna dificultad para Austin, pero no para la concepción personal de la autoridad como tal.

Waldron puede conceder esto. Pero, parece sugerir que aquí hay un problema especial respecto de la tesis del perito de la justificación normal. ¿Cómo podemos comprender la naturaleza auto-concerniente del perito?, él pregunta. ¿Cómo puede un legislador, aun desde su doble capacidad, ser considerado un experto en relación a su propio juicio? Si la autoridad del legislador consiste en su pericia, no podemos, pretende Waldron, dar sentido a la naturaleza autovinculante de la autoridad. La réplica a esto es bastante simple: no hay razón para creer que la naturaleza autovinculante de la legislación, esto es, en términos de su legitimidad subyacente, descansa sobre los mismos fundamentos que su autoridad concerniente a otros. Las razones de los legisladores para respetar las normas que ellos han promulgado no necesitan ser las mismas que las razones que se aplican a sus otros sujetos. Las primeras consisten de aquellos valores suministrados por ciertos aspectos bien conocidos de la *rule of law*. Ellos simplemente no necesitan derivarse de la tesis de la justificación normal.

(3) *La costumbre como una fuente de derecho.*

Austin se esforzó en mostrar cómo la costumbre puede ser una fuente de normas jurídicas válidas, desde que difícilmente pueda ser dicho que la costumbre es la expresión de los deseos del soberano acerca de cómo otros deben comportarse⁴⁹. Parece que una cuestión

⁴⁹ Austin, *supra* nota 3, pág. 32.

similar puede invocarse contra cualquier concepción personal de la autoridad, incluso la mía. El derecho consuetudinario parece ser derecho sin un autor.

No pretendo negar que hay un punto justificado aquí. Tampoco creo que el recurso de las «órdenes tácitas» de Austin pueda ser salvado de la crítica de Hart. Como un primer paso, debemos admitir que la concepción personal de la autoridad no se adecúa bien a los casos puros de derecho consuetudinario. Cuando los individuos consideran a una cierta norma como dotada de autoridad solamente porque así ha sido considerada por las generaciones previas, es imposible decir que la norma expresa los puntos de vista explícitos de cualquier persona o grupo de personas acerca de cómo deben comportarse los sujetos normativos. Pero, y este es un punto importante, las costumbres reflejan el punto de vista de gran parte de la comunidad acerca de cómo deben comportarse ellos mismos; en otras palabras, la costumbre no es simplemente una regularidad de comportamiento reconocida como tal por la comunidad. Es una regularidad de comportamiento que es considerada como obligatoria por la comunidad, como una norma a la cual ellos deben adherir. En otras palabras, me parece que las costumbres pueden bien ser consideradas como una estructura *informal* de expresión colectiva que es, en aspectos importantes, equivalente a las estructuras formales de decisión colectiva, tales como el voto por mayoría. Una vez que nos damos cuenta de que la naturaleza autovinculante de la legislación no está reñida con la concepción personal de la autoridad, muchas de las dificultades con la costumbre también son mitigadas.

En resumen: hemos visto que los argumentos de Hart contra la concepción de la autoridad jurídica de Austin, aunque básicamente válidos, no tienen que ver con la concepción personal de la autoridad como tal. Ninguno de los argumentos de Hart pueden usarse para repudiar la idea de que el derecho es básicamente un producto de comunicación; debe ser el producto de una autoridad que expresa sus puntos de vista sobre la conducta deseable de sus sujetos (incluyendo, típicamente, la autoridad misma).

Como una observación final, un breve comentario sobre los temores de Waldron motivados por cuestiones políticas: he indicado ya que comparto la aspiración de Waldron de abstenerse de forjar una conexión demasiado estrecha entre la autoridad del derecho y la autoridad de la regla de decisión mayoritaria. No pienso que la concepción personal de la autoridad esté reñida con este ideal. Por otra parte, creo que hay un daño real en el punto de vista opuesto, expuesto por Waldron, que la autoridad del derecho puede ser abstraída, por así decirlo, de la autoridad de los legisladores. Esta con-

cepción impersonal de la autoridad, aparte de ser errónea, tiene el peligro de la mistificación política. Cuanto más se abstrae la autoridad de las personas reales, más fácil es presentar al derecho como algo divino y sublime. La voluntad de los individuos fácilmente deviene en el mito de la «voluntad popular», o aún peor, la «verdadera voluntad» de los individuos. Estoy seguro de que este romanticismo es tan poco atractivo para Jeremy Waldron como para mí.

(Traducción de J. J. Moreso y Pablo E. Navarro)

