José Antonio SEOANE y Pedro RIVAS, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Comares, Granada, 2005, 245 pp.

La filosofía perenne tiene mucho que aprender de Joseph Raz, con la condición de que sepa seleccionar puntillosamente lo mejor de su abundante producción bibliográfica y de las intuiciones elaboradas contra corriente a lo largo de tres décadas.

Recuerdo que en cierta ocasión, hace algunos años, comenté con un investigador del ámbito anglosajón, buen conocedor de las obras de Raz, mi sentimiento de admiración y de desencanto a la vez, de desconcierto ante las tesis y los argumentos del profesor oxoniense. Por una parte, muchas de sus explicaciones sobre la estructura del derecho y sobre la naturaleza de la autoridad guardan asombrosos paralelos con la filosofía jurídica clásica en lo relativo al derecho positivo. Por otra, sin embargo, sus afirmaciones sobre la fundamentación de esas tesis y sobre su conexión con los deberes morales, reflejan buena parte de la disolución de la filosofía práctica en los últimos dos siglos. El experimentado profesor a quien yo le confiaba mi desconcierto me respondió que, tras varios años de intentar comprenderlo, había él llegado a la conclusión de que Joseph Raz simplemente defiende varios conjuntos de tesis incoherentes entre sí. Había que tomarlo como era: cada cosa por su parte.

Ahora tengo el agrado de recomendar, a quienes gustan de la filosofía del derecho, un libro enteramente dedicado a la exposición y crítica de algunos aspectos centrales de la filosofía jurídica de Joseph Raz. La anécdota recién narrada viene a cuento porque presiento que los lectores podrán comprobar, en este libro, tanto por los comentarios de los autores como, sobre todo, por las diferencias entre ellos y de ellos con respecto a otros intérpretes de Raz, que el profesor de Oxford defiende efectivamente tesis suficientemente incoherentes entre sí como para provocar una serie de exposiciones sistemáticas contrapuestas por parte de quienes han procurado reconstruir un pensamiento coherente.

Los dos autores de *El último eslabón del positivismo jurídico* siguen un procedimiento similar: exponen el tema prácticamente sin intervenir críticamente, siguiendo de cerca a Raz y a algunos comentaristas, y ofrecen un capítulo crítico al final. Mi comentario se centrará en los capítulos críticos, que constituyen el aporte más original en los dos casos. Sintetizaré, sin embargo, los capítulos expositivos, que también pueden considerarse un aporte valioso de reconstrucción sistemática del pensamiento de Raz, altamente complejo, disperso y debatido.

El estudio de José Antonio Seoane, primera parte del libro, se titula "El Concepto de Derecho. La Teoría del Sistema Jurídico" (pp. 11-168).

El capítulo I reconstruye la teoría completa del sistema jurídico, según Raz. Trata de la existencia de un sistema jurídico, que se determina sobre la base de dos *tests* –el *test* preliminar de eficacia y el *test* de exclusión, que opta por afirmar la existencia del mejor sistema eficaz–; de la distinción entre sistema jurídico –existente a lo largo del tiempo– y sistema jurídico momentáneo –las disposiciones jurídicas de un sistema válido en un determinado momento–, éste como parte de aquél; de la identidad del sistema jurídico –primacía del criterio de *reconocimiento autoritativo* por los órganos primarios respecto del principio de origen y, consiguientemente, multiplicación de las reglas de reconocimiento y de las disposiciones últimas del sistema–; de la concepción del sistema jurídico como sistema de razones para la acción con fuentes sociales y carácter excluyente; de la combinación de los criterios de existencia e identidad del sistema jurídico –eficacia, institucionalidad, fuentes sociales y apertura al sistema político–; y, finalmente, de la estructura del sistema jurídico –relaciones entre disposiciones, normas, coacción, validez– y de la nula importancia directa del contenido del sistema para determinar las características generales de los sistemas jurídicos.

En el capítulo II, tras mostrar la continuidad metodológica entre Raz y Hart –analogía, recurso al punto de vista interno–, Seoane explica los atributos esenciales del sistema jurídico: su carácter institucional –vinculado a la tesis de las fuentes sociales, la naturaleza ejecutiva del derecho y su carácter autoritativo–, la normatividad, la coactividad –esencial para el derecho humano, pero no para el derecho *per se*–, la comprehensividad, la supremacía, la apertura, la complejidad y la heteronomía (respecto del sistema político).

Los dos primeros capítulos constituyen un notable esfuerzo de reconstrucción teórica. En seguida, el capítulo III expone la visión crítica del autor sobre las ideas de Joseph Raz.

Es en este capítulo donde cabe advertir que Joseph Raz –siguiendo la estela de Hart como transformador profundo de la tradición del positivismo jurídico analítico– se hace difícilmente inteligible si se considera su teoría como una explicación del derecho tal como es y ha sido comprendido culturalmente. En efecto, histórica y culturalmente siempre ha sido entendido como una mezcla de elementos autoritativos y de elementos racionales o morales –derecho positivo y derecho natural, en la terminología antigua–. Raz, paradójicamente, considera *derecho* solamente los elementos autoritativo-institucionales, pero admite su entrelazamiento con los elementos no-jurídicos tanto en la creación como en la aplicación del derecho. Casi parece como si la palabra *derecho* significara simplemente, por estipulación, lo que antes se designada como *derecho positivo*. No es así. Raz huye de hacer verdaderas sus tesis solamente por estipulación lingüística. Sin embargo, sí cabría decir que, tanto en la filosofía

clásica del derecho como en la de Raz, los argumentos de fondo y la observación del funcionamiento del *derecho* (*derecho positivo*) exigen un *concepto* que englobe todos esas normas de origen autoritativo-institucional. La teoría de Raz procura justificar la existencia y las características de eso que él llama *derecho* –nosotros también–, y que los antiguos llamaron *derecho positivo* –nosotros también–, como una realidad social distinta de las normas morales, pero relacionada de diversas maneras con ellas. El hecho de que se llame a esta empresa intelectual *positivismo jurídico* y de que se adopte tan frecuentemente el punto de vista meramente jurídico –el del hombre legal– para caracterizar el fenómeno, aunque en otros momentos se adopte el punto de vista moral o filosófico general para relativizarlo, ha inducido a confusiones a algunos de sus críticos.

La consideración del alcance de las críticas de Seoane nos permitirá apreciar también el alcance de las incoherencias de Joseph Raz, no obstante las útiles explicaciones de ambos autores.

En primer lugar, entiende Seoane que, por la naturaleza ejecutiva del derecho, Raz excluye la deliberación del derecho, lo cual contradice la idea de que los órganos primarios aplican y *crean* derecho a la vez (p. 145: me parece que la remisión de nota 8 debe entenderse hecha a *supra capítulo segundo*, III.1.1). Lo cierto, sin embargo, es que Raz no excluye la deliberación del derecho, sino que simplemente sostiene –sigue en esto a Aristóteles– que la deliberación es el estadio previo de la decisión, en este caso de la decisión que crea derecho, de manera que toda ejecución o mera aplicación del derecho supone que ha cesado la deliberación. Mas, como los tribunales no se limitan a aplicar el derecho preexistente, sino que también crean derecho nuevo, se sigue que son órganos que deliberan (sobre la base de razones extrajurídicas, como Seoane bien explica en el lugar citado y p. 121).

En el contexto de esta discusión sobre la facultad deliberadora de los tribunales, Seoane critica la tesis de Hart, según la cual los poderes *instersticiales* de los tribunales –su facultad de crear derecho en lo no definido por el derecho preexistente– deben ejercerse con sujeción a dos condiciones: (i) referirse a razones generales que justifiquen su decisión y (ii) actuar como lo haría un legislador racional al decidir de acuerdo *con sus propias creencias y valores*. Según Seoane, la condición (i), exigir una referencia a razones generales justificadoras, "parece razonable, aunque habría que precisar qué tipo de razones (presumiblemente "jurídicas")" (p. 146, nota 9). Mas esto no es lógico, si pensamos que precisamente son las razones *jurídicas* aquellas que faltan y que abren el marco de discrecionalidad: Hart debe de estar pensando, simplemente, en que el ejercicio de la discrecionalidad debe estar guiado por razones que realmente justifiquen la decisión –sin excluir las razones morales de una moralidad crítica–, lo cual exige un cierto carácter de generalidad del principio racional (no

un *fiat* aplicable solamente al caso). Enseguida, Seoane subraya que el segundo condicionante (ii), decidir de acuerdo con las propias creencias y valores, "aisladamente considerado, sin sujeción jurídica alguna (normas legislativas, precedentes, por ejemplo) no parece razonable ni para el órgano judicial ni para el legislativo, y sí, en cambio, una fuente inagotable de arbitrariedad" (*ibid.*). No comparto la crítica a Hart, porque, en primer lugar, el carácter *instersticial* de las facultades discrecionales supone que la condición propuesta no es algo "aisladamente considerado, sin sujeción jurídica alguna" sino precisamente algo *instersticial*, contextual y *no* aisladamente considerado, acotado por el marco jurídico positivo. Pero, además, es que en cualquier teoría jurídica –iuspositivista, realista, iusnaturalista, como se quiera–, atribuir al órgano aplicador facultades deliberativas y reconocer –descriptiva o normativamente– que *de hecho* recurre o *puede* o *debe* recurrir a razones no-jurídicas (como las razones morales) equivale a afirmar que decide o puede o debe "decidir de acuerdo *con sus propias creencias y valores*": el funcionario no tiene otras que las propias, e incluso cuando, al ejercer su discrecionalidad, pone entre paréntesis alguna creencia propia, lo hace porque tiene alguna otra creencia propia que le mueve a hacer ese paréntesis.

De las mismas citas que Seoane aduce (*vid.* p. 148, nota 12) se sigue que Raz *no* excluye "a los tribunales y órganos aplicadores del estadio deliberativo, equiparando la tarea judicial al modelo de Montesquieu" (p. 148), sino que se limita a decir que, cuando va más allá de ejecutar, ejerce habilidades no-técnico-jurídicas sino morales que "son muy importantes para los jueces en tanto jueces" y relevantes para el papel del juez (Raz, en *ibid.* p. 148, nota 12).

Al parecer, la incoherencia de las tesis razianas entre sí –su filosofía moral y política respecto de su teoría jurídica descriptiva– y el hecho de que Seoane se ha ocupado sobre todo de las obras de teoría jurídica, han arrastrado al crítico a atribuirle afirmaciones que Raz no comparte. Seoane parece creer que "la noción de razón excluyente y la naturaleza ejecutiva del Derecho" –*i.e.*, la explicación raziana de la naturaleza del derecho– "obliga al ciudadano o al destinatario de las normas a seguirlas con independencia de los contenidos; a obedecerlas o respetarlas por el hecho de ser producto de la autoridad" (p. 154); a la vez que "los órganos primarios han de limitarse a aceptar y aplicar lo ya existente" (p. 155); "asunción acrítica de la voluntad de la autoridad" (*ibid.*); o: "La noción de razón excluyente se sustenta en una noción de autoridad que conduce a un acto de abdicación de la deliberación y de la razón; a una obediencia ciega" (*ibid.*). Pues bien, nada de eso está presente en el pensamiento de Raz, como el mismo comentador observa en nota 25 de la página 155: Raz *no* cree en una obligación general de obedecer el derecho... Sucede que Seoane parece haber tomado como tesis de filosofía moral y política las afirmaciones de Raz

hechas desde el punto de vista legal, puramente jurídico, que nada implican –en el pensamiento de Raz– respecto del deber moral de obedecer (ni siquiera respecto del deber *moral* de los jueces).

En este sentido, no puedo concordar con la idea de que "Raz puede identificarse también (...) con un positivismo ideológico débil" (p. 168). Tampoco es verdad que la teoría de Raz "presume la justificación de las directivas y mandatos de la autoridad (...) y no afirma la existencia de una pretensión de corrección, legitimidad o justicia de dichas normas o directivas autoritativas" (*ibid.*). La verdad es lo contrario: Raz no presume ninguna justificación (moral) del derecho, sino solamente que, vistas las normas desde el punto de vista interno –el del hombre legal, que sería diabólico adoptar en la vida real–, una norma es una razón excluyente –en esto consiste tener autoridad– y el derecho *pretende* autoridad legítima (*moralmente* legítima, no solamente de facto): tal es la tesis de la pretensión de corrección en el pensamiento de Raz.

Algunas de las críticas que se recogen en la segunda parte incurren en la misma confusión: atribuir a la elucidación raziana del derecho tesis de filosofía política y moral que Raz claramente rechaza. Además, son tesis morales (sumisión, obediencia ciega, etc.) que ni siquiera se siguen lógicamente de lo que Raz ha expuesto. Sin embargo, aunque no puedo detenerme más en este punto, tengo para mí que esa elaboración raziana de una teoría jurídica desconectada de las fundamentaciones morales y políticas últimas –*i.e.*, sin la correspondiente teoría de la ley natural– es de hecho, en la práctica y aun contra lo que Raz querría, sumamente apta para engendrar, en los lectores y especialmente en los funcionarios públicos, esa mentalidad que Seoane califica de positivismo ideológico débil y que Raz llama simplemente diabólica: la del que se considera moralmente justificado para aplicar las reglas del derecho sin deliberar sobre sus méritos morales. Reitero que este resultado no es una consecuencia lógica ni menos un contenido del pensamiento de Raz, sino una consecuencia práctica –causal– de insertar su pensamiento jurídico en el contexto de una mentalidad y de una cultura donde las afirmaciones sobre el derecho suelen interpretarse con una carga moral: si se dice que el derecho consiste en razones excluyentes o protegidas para la acción, que pretenden autoridad moral legítima, es fácil que los funcionarios piensen que su deber *moral* consiste en tomarse esas razones como realmente legítimas, moralmente obligatorias y excluyentes de toda otra deliberación moral (que es lo que Raz denomina el punto de vista diabólico del hombre puramente legal).

La segunda parte, más breve, se titula: "El Fundamento del Derecho. El Problema de la Autoridad".

En el capítulo I, Pedro Rivas sintetiza el pensamiento de Raz sobre la autoridad como explicación del derecho. Primero recuerda las explicaciones de Raz sobre las "razones para la acción" de diversos tipos, en términos de las cuales

–no de prácticas sociales, como sostuvo el primer Hart en *The Concept of Law*– se han de concebir las reglas y las normas. Enseguida se explica la autoridad en términos de razones para la acción de diversos tipos (excluyentes, protegidas, etc.). Luego se expone la justificación moral de la autoridad, que es la concepción de la autoridad como servicio. En seguida se utiliza la relación entre autoridad y derecho para explicar la naturaleza del derecho, pues la tesis central de la explicación "positivista" del derecho es la tesis de las fuentes sociales: es derecho solamente lo que puede identificarse por referencia a hechos sociales sin recurrir a valoraciones morales. Esta tesis, a su vez, viene exigida por la naturaleza de la autoridad, que reemplaza las razones que podría tener cada ciudadano por una razón excluyente. Esa función mediadora de la autoridad no se cumpliría si, para saber lo que la autoridad *ha mandado* (atención: *no para saber si se le debe obedecer*), tuviésemos que recurrir a las mismas razones morales en que ella se ha basado para adoptar su determinación autoritativa. En fin, Rivas se detiene en mostrar las relaciones entre estas tesis centrales de Raz y su concepción institucional del derecho, la obligación moral de obedecer el derecho –no existe en general, ni *prima facie*, ni siquiera en un sistema justo– y la incipiente teoría raziana de la interpretación jurídica.

El capítulo II es un recuento de las principales críticas a la teoría raziana de la autoridad y del derecho como razón excluyente y/o protegida para la acción. Una parte de la crítica consiste –como vimos que hacía Seoane en la primera parte– en atribuirle la tesis moral de la obediencia ciega y en refutar su tesis de que incluso las órdenes autoritativas erróneas poseen autoridad. También se critica su justificación de la autoridad como servicio. Entre otras cosas, por ejemplo, se dice que Raz supone la idea de un experto en cuestiones morales, que sería *contraintuitiva*. En fin, también se ha criticado la incoherencia de su teoría de la interpretación con respecto a la separación tan nítida entre aplicar y crear derecho en sus obras anteriores. Ésta es la única crítica que comparto de todas las que he leído; las demás me parece que son fruto de no comprender adecuadamente el pensamiento de Raz, quizás porque él mismo no diferencia claramente cuándo habla desde el punto de vista legal y cuándo desde el punto de vista moral (por ejemplo, legalmente existe la obligación de seguir las órdenes jurídicas autoritativas erróneas; moralmente, según Raz, no existe la obligación de obedecer ni siquiera las normas justas por sí mismas, aunque puede existir la obligación por consideraciones independientes de su propia autoridad, por ejemplo, porque mandan algo que ya es en sí moralmente obligatorio, como no matar). Naturalmente, no dispongo de espacio para comentar estos malentendidos, ni creo que revistan mayor interés.

Más interesante es el último capítulo, donde Pedro Rivas aporta su propia crítica al pensamiento de Raz sobre la autoridad.

Rivas señala, en primer lugar, que la explicación de la autoridad en términos de razones excluyentes sería acertada en la medida en que se profundizara en el fundamento objetivo de dicha racionalidad. De lo contrario, las razones para la acción –desprovistas de su contexto racional último– se resolverían en la imposición de una autoridad no justificada. En mi opinión, esta crítica es correcta, pero no debe llevar a abandonar el mejor aporte de Hart y de Raz a la teoría jurídica contemporánea, que consiste en concebir la normatividad en términos de razones para la acción y no de meros actos de voluntad. La crítica debe llevar, más bien, a reconocer la insuficiencia de la fundamentación raziana y la incoherencia entre su teoría jurídica y su no cognitivismo ético más general.

En segundo lugar, critica Rivas el intento de Raz de explicar el derecho como algo normativo y obligatorio jurídicamente –desde el punto de vista interno– pero sin comprometerse, y más bien negando, su conexión con la obligatoriedad *simpliciter*, que es la obligación moral. Aquí Rivas es consciente de que no puede atribuir a Raz la tesis de la obediencia ciega.

En tercer lugar, muestra Rivas que el positivismo jurídico de Raz –la tesis de las fuentes sociales– es una consecuencia de su filosofía política sobre la autoridad, pues la justificación de la autoridad es la que exige que sus prescripciones autoritativas sean identificables sin recurrir a argumentación moral. Raz estaría, me parece, totalmente de acuerdo con esta observación. No concordaría, por supuesto, con la consecuencia que extrae Rivas, a saber, que la identificación del derecho con un aspecto del complejo fenómeno jurídico –su carácter autoritativo e institucional–, dejando de lado otros aspectos –por ejemplo, los contenidos materiales–, implica formar un concepto de derecho mediante una selección guiada por razones, razones que no están suficientemente justificadas. Quizás Rivas exagera al decir que "en realidad se carece de razones para tal elección" (p. 239), pues por algo esa elección coincide con la que han hecho los grandes filósofos del derecho a lo largo de la historia para caracterizar lo que llamamos derecho positivo (institucional, autoritativo, parte del sistema político, coactivo, etc.). Sin embargo, apunta acertadamente hacia una de las lagunas más importantes en el pensamiento de Raz.

En cuarto lugar, se refiere Rivas a la difícil compatibilidad entre la tesis de las fuentes y el uso judicial de principios que los jueces estiman como vinculantes por su contenido y no por haber sido ya incorporados a la práctica judicial (pp. 239-244).

Finalmente, juzga el autor brevemente la incipiente teoría raziana de la interpretación, que no parece ser más que un intento de salvar a la vez la autoridad del origen institucional del derecho y la autoridad de los órganos primarios para desarrollar el derecho, adaptarlo a nuevos tiempos, etc.

Tanto en relación con los principios como con la interpretación, me parece que Rivas logra mostrar que Raz aporta una descripción verdadera de un aspecto del fenómeno jurídico, a saber, el derecho normativo autoritativo-institucional (o *derecho positivo*); pero quedan abiertas las demás cuestiones clásicas sobre el derecho, como, por ejemplo, la intervención de lo valorativo en la judicación incluso más allá de la discrecionalidad jurídica admitida por el derecho preexistente.

José Antonio Seoane y Pedro Rivas, en síntesis, nos ofrecen una obra que une la excelente síntesis del pensamiento jurídico de Joseph Raz con sendas críticas, bien argumentadas y que provocan el pensamiento propio. Tienen el mérito, además, de considerar a otros autores y, cosa rara en el ambiente español, de citar a autores relevantes que no pertenecen a su escuela (me refiero a que, cuando yo leo a los analíticos, ellos se citan solamente entre sí: el resto del mundo no existe).

Cristóbal Orrego

José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *La Eutanasia,* Eiunsa, Madrid, 2007.

Seis años después de su *Eutanasia y Vida Dependiente* (Eiunsa, Madrid, 2001), José Miguel Serrano Ruiz-Calderón vuelve sobre los graves problemas que rodean el fin de la vida humana con la publicación de la obra *La Eutanasia* (Eiunsa, Madrid, 2007).

Realismo jurídico clásico y concepción personalista de la ética constituyen las bases desde las que se emprende esta revisión del problema eutanásico, que el autor aborda a través del planteamiento de dos cuestiones. La primera consiste en tratar de explicar por qué razón antes no había eutanasia y la hay ahora, o dicho de otra forma, cómo es posible explicar la contradicción que supone la reivindicación del homicidio eutanásico en una sociedad donde la propia vida se estima con una intensidad sin precedentes. El segundo interrogante se refiere al impacto de la legalización de la eutanasia sobre la protección de la vida humana, que el autor considera una "pieza clave de nuestro ordenamiento jurídico" (p. 72).

Para cumplir los objetivos propuestos, Serrano cuenta, además de con una extensa y actualizada bibliografía (lamentablemente, el autor no incluye una re-

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.