

Joseph Raz, Aristóteles y el razonamiento con precedentes judiciales

Romero Muñoz, Armando A.

Armando A. Romero Muñoz
armando.romero@ucsp.edu.pe
Universidad Católica San Pablo, Perú

Prudentia Iuris
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 97, 2024
prudentia_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 25 Agosto 2023
Aprobación: 22 Septiembre 2023

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974948004/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.4>

Resumen: Esta investigación se enfoca en la concepción de Joseph Raz sobre el razonamiento moral que realizan los jueces cuando razonan con precedentes judiciales. Para Raz, un aspecto del razonamiento jurídico que ejercen los jueces es de naturaleza moral. Este se realiza a partir de lo que él denomina razones operativas y razones auxiliares de un sistema jurídico. Las razones operativas son razones que indican que se debe de realizar un determinado fin. Las razones auxiliares son razones que indican los medios o acciones a través de los cuales se puede realizar un determinado fin. Para Raz, al igual que Aristóteles, dicho fin y medios son de naturaleza moral y la relación entre fines y medios no es de corte instrumental. Una vez expuesto este aspecto del razonamiento jurídico en Raz, se puede sostener que en su propuesta están presentes algunos de los elementos centrales de la tradición ética aristotélica.

Palabras clave: Joseph Raz, Precedentes judiciales, Razonamiento jurídico, Razonamiento moral, Aristóteles.

Abstract: This research focus on Joseph Raz's conception of the moral reasoning done by judges when they reason with precedents. For Raz, one aspect of the legal reasoning exercised by judges is of moral nature. This reasoning is done considering what he calls the operative reasons and auxiliary reasons of a legal system. Operative reasons are reasons that indicate that a specified end should be done. Auxiliary reasons are reasons that indicate the actions through which (means) it is possible to achieve a specified end. For Raz, as for Aristotle, this end and means are of moral nature and the relation between ends and means is not instrumental. Once expounded this aspect of Raz's conception of legal reasoning, it is possible to sustain that in his account there are some central features of the Aristotelian ethical tradition.

Keywords: Joseph Raz, Precedents, Legal reasoning, Moral reasoning, Aristotle.

Joseph Raz, ARISTÓTELES y el Razonamiento con precedentes JUDICIALES

Joseph Raz, y el Razonamiento
Armando A. Romero Muñoz
Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú
ORCID: 0000-0003-2940-3658

Contacto: armando.romero@ucsp.edu.pe

Recibido: 25 de agosto de 2023

Aprobado: 22 de septiembre de 2023

Para citar este artículo:

Romero Muñoz, Armando A. "Joseph Raz, Aristóteles y el razonamiento con precedentes judiciales". *Prudentia Iuris*, 97 (2024):

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.4>

Resumen: Esta investigación se enfoca en la concepción de Joseph Raz sobre el razonamiento moral que realizan los jueces cuando razonan con precedentes judiciales. Para Raz, un aspecto del razonamiento jurídico que ejercen los jueces es de naturaleza moral. Este se realiza a partir de lo que él denomina razones operativas y razones auxiliares de un sistema jurídico. Las razones operativas son razones que indican que se debe de realizar un determinado fin. Las razones auxiliares son razones que indican los medios o acciones a través de los cuales se puede realizar un determinado fin. Para Raz, al igual que Aristóteles, dicho fin y medios son de naturaleza moral y la relación entre fines y medios no es de corte instrumental. Una vez expuesto este aspecto del razonamiento jurídico en Raz, se puede sostener que en su propuesta están presentes algunos de los elementos centrales de la tradición ética aristotélica.

Palabras clave: Joseph Raz; Precedentes judiciales; Razonamiento jurídico; Razonamiento moral; Aristóteles.

Joseph Raz, Aristotle and reasoning with judicial precedents

Abstract: This research focus on Joseph Raz's conception of the moral reasoning done by judges when they reason with precedents. For Raz, one aspect of the legal reasoning exercised by judges is of moral nature. This reasoning is done considering what he calls the operative reasons and auxiliary reasons of a legal system. Operative reasons are reasons that indicate that a specified end should be done. Auxiliary reasons are reasons that indicate the actions through which (means) it is possible to achieve a specified end. For Raz, as for Aristotle, this end and means are of moral nature and the relation between ends and means is not instrumental. Once expounded this aspect of Raz's conception of legal reasoning, it is possible to sustain that in his account there are some central features of the Aristotelian ethical tradition.

Keywords: Joseph Raz; Precedents; Legal reasoning; Moral reasoning; Aristotle.

Joseph Raz, Aristotele e ragionando dai precedenti giurisprudenziali

Sommario: Questa ricerca si focalizza sulla concezione di Joseph Raz riguardo al ragionamento morale compiuto dai giudici quando ragionano utilizzando precedenti giurisprudenziali. Per Raz, un aspetto del ragionamento giuridico eseguito dai giudici ha natura morale. Questo avviene attraverso ciò che egli definisce come ragioni operative e ragioni ausiliarie di un sistema giuridico. Le ragioni operative sono ragioni che indicano che un certo fine deve essere realizzato. Le ragioni ausiliarie sono ragioni che indicano azioni attraverso le quali (mezzi) un certo fine può essere raggiunto. Per Raz, come anche per Aristotele, sia tale fine che i mezzi sono di natura morale e la relazione tra fini e mezzi non è di tipo strumentale. Una volta esposto questo aspetto del ragionamento giuridico secondo Raz, si può sostenere che nella sua proposta siano presenti alcuni degli elementi centrali della tradizione etica aristotelica.

Parole chiave: Joseph Raz; Precedenti giurisprudenziali ; Ragionamento giuridico; Ragionamento morale; Aristotele.

I. La concepción del precedente judicial de Joseph Raz

La concepción del precedente judicial de Joseph Raz se expone principalmente en su ensayo “Law and Value in Adjudication”[2]. Sin embargo, también es desarrollada en sus ensayos “Facing Up: A Reply”[3], “The Problem About the Nature of Law”[4], “Legal Rights”[5], “The Inner Logic of the Law”[6], “On the Autonomy of Legal Reasoning”[7] y en su libro *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*[8]. Antes de explicar la concepción del precedente judicial de Raz es necesario señalar qué entendemos por ella.

En su ensayo “Facing Up: A Reply”, Raz afirma explícitamente que él “no tiene una teoría del precedente judicial”[9] y también señala que no “cree que tal teoría exista, si por ella uno entiende una teoría sobre cómo los jueces deben de [...] tratar al precedente judicial”[10]. Luego indica que esto se trata de un asunto “que es regulado de diferentes maneras por el derecho de cada país”[11]. Sin embargo, también indica que “es cierto [...] [que existen] proposiciones iusfilosóficas generales que uno puede formular [sobre el precedente judicial], pero que ellas no son suficientes para constituir una teoría”[12]. Finalmente, Raz afirma que su ensayo “Law and Value in Adjudication” esboza “algunas características de la práctica del derecho inglés para ilustrar cómo algunas proposiciones iusfilosóficas generales [sobre el precedente judicial] son compatibles con las prácticas de un país [Inglaterra]”[13]. Agregando que “diferentes explicaciones son necesarias para mostrar cómo dichas proposiciones iusfilosóficas [sobre el precedente judicial] son compatibles con las prácticas de diferentes países”[14]. Por tanto, cuando hacemos alusión a la concepción del precedente judicial de Joseph Raz, debe entenderse que se trata principalmente de un conjunto de “proposiciones iusfilosóficas generales” que se formulan considerando las prácticas jurídicas en Inglaterra[15].

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, la concepción del precedente judicial de Raz puede ser sintetizada en tres proposiciones: 1) un precedente judicial constituye una regla que brinda una “razón protegida” para la acción o una regla que puede ser cambiada/modificada por una corte posterior; 2) una regla constituida por un precedente judicial puede distinguirse de otra regla o “ser distinguida” (*distinguished*) solo si su modificación reduce su ámbito de aplicación, “permanece ligada a su pasado” (esta expresión se explicará posteriormente), es compatible con su justificación y la mejora; 3) la derogación de un precedente judicial (*overruling*) y el razonamiento por analogía son parte de las prácticas jurídicas con respecto a los precedentes judiciales.

1) Un precedente judicial constituye una regla que brinda una “razón protegida” para la acción o una regla que puede ser cambiada/modificada por una corte posterior

En su ensayo “Law and Value in Adjudication”, Raz señala que su trabajo “expone un esbozo de una visión positivista de la adjudicación”[16]. Afirma esto a la luz de la proposición que sostiene que “todo derecho deriva exclusivamente de fuentes sociales [autoritativas]”[17]. Por otro lado, para Raz las cortes pueden

aplicar el derecho creado por fuentes sociales autoritativas. Pero las cortes, por los menos en los sistemas jurídicos con “precedentes vinculantes”, también son una fuente social autoritativa que crea el derecho.

Cuando una corte considera un caso que cuenta con una respuesta jurídicamente correcta establecida por una fuente social autoritativa, tal corte está frente a lo que Raz denomina un “caso regulado”[18]. En “*Law and Value in Adjudication*”, Raz sostiene que un “caso regulado” es uno “que está bajo el ámbito de aplicación de una regla constituida por un precedente judicial o por un estatuto [y] que no requiere de discreción judicial para su solución”[19]. Esto implica que cuando una corte establece una regla a través de un precedente judicial, esta regla (la *ratio decidendi* del caso[20]) provee al caso posterior con una “respuesta jurídica correcta” en la que la discreción judicial no es requerida para identificar la solución jurídica. O, en otras palabras, las cortes pueden constituir reglas que son capaces de crear un “caso regulado”.

Ahora bien, la idea de una decisión judicial (precedente judicial) que crea una regla que provee a un caso posterior con una “respuesta jurídica correcta” en la que la discreción judicial no es requerida para identificar la solución jurídica tiene que ser matizada.

En su ensayo “*Law and Value in Adjudication*”, Raz señala:

Las cortes tienen tanto la función de aplicar el derecho ya existente como la de crear nuevo derecho en casi todos los casos (no digo que ellas casi siempre crean nuevo derecho, solo que casi siempre tienen que considerar si crearlo o no). La diferencia entre los casos regulados y los no regulados se debe a que, por definición, en los casos regulados el derecho provee una solución jurídica al caso y la corte no puede crear nuevas reglas excepto cambiando las ya existentes, [mientras que] en un caso no regulado el derecho presenta un vacío, pues falla en proveer una solución jurídica al caso, [por tanto] la corte puede crear derecho sin cambiar el derecho ya existente. Crea derecho al llenar el vacío[21].

Es decir, existen decisiones judiciales que crean una regla que provee a un caso posterior con una “respuesta jurídica correcta” en la que la discreción judicial no es requerida para identificar la solución jurídica. Pero también existen decisiones judiciales que crean nuevas reglas cambiando/modificando las reglas de un precedente judicial en casos regulados o formulando una nueva regla en los casos no regulados.

Raz reconoce que incluso si uno considera que no siempre es evidente si una corte está aplicando la regla de un precedente judicial (“etapa ejecutiva”) o creando una nueva regla (“etapa deliberativa”), ya que la corte puede estar ejecutando ambos tipos de decisiones judiciales[22], la diferencia entre ambas etapas se puede establecer[23].

En algunos casos, una corte aplica la regla que ha sido creada por un precedente judicial y que provee a un caso posterior con una “respuesta jurídica correcta” en la que la discreción judicial (o el razonamiento moral) no es requerida para identificar la solución jurídica (“razonando sobre el derecho”[24]).

En estas ocasiones una corte posterior estima una conclusión jurídica verdadera no porque está justificada por un argumento moral (“algunas decisiones judiciales no pueden estar justificadas por el razonamiento moral”) [25], sino porque está incluida en otra conclusión jurídica que describe

directamente el contenido de la regla de un precedente judicial, “quizá junto con algunas premisas fácticas adicionales”[26].

Solo en estos casos las cortes pueden considerar la regla de un precedente judicial como una “razón protegida para la acción”[27]: “[...] deben considerar de esta manera la ratio, la ratio es una razón protegida”[28].

En otras situaciones las cortes pueden crear una nueva regla cambiando/modificando la regla de un precedente judicial que tiene bajo su control casos regulados, o crear una nueva regla en casos no regulados, ejerciendo en ambos escenarios un razonamiento moral (“razonando de acuerdo con el derecho”[29]).

Según Raz, una razón protegida para la acción es aquella que está compuesta por una razón de primer orden para la acción y por una razón excluyente para la acción[30]. Una razón de primer orden para la acción pesa a favor o en contra de cierta acción[31], v. gr., comer alimentos porque estoy con hambre, no comer alimentos porque estoy ayunando. Una razón excluyente para la acción es una razón que exige a un agente no considerar ciertas razones de primer orden para la acción cuando tiene que realizar una acción[32]. Por ejemplo, si prometiste a alguien que realizarías una acción, estás creando una razón excluyente para la acción. Por tanto, si después de que la promesa fue hecha uno tiene una razón de primer orden para la acción que sugiere no realizar la acción prometida, uno no debe considerar dicha razón de primer orden porque existe una razón excluyente para la acción creada por la promesa.

Ahora, como se indicó anteriormente, una razón protegida para la acción está compuesta por una razón de primer orden para la acción y una razón excluyente para la acción. Esto significa que una razón protegida para la acción exige realizar la acción ordenada por una razón de primer orden para la acción y al mismo tiempo no considerar algunas otras razones de primer orden para la acción.

Supongamos, por ejemplo, que A promete a su mejor amigo B que asistirá a su celebración de cumpleaños en Chicago. Aquí tenemos una razón protegida para la acción. Por un lado, A se encuentra frente a una acción que debe ser realizada, a saber, asistir a la celebración de cumpleaños de B en Chicago. Porque al asistir a dicha celebración, B estará feliz (razón de primer orden para la acción). Por otro lado, porque existe una promesa: A no debe considerar ciertas razones de primer orden para la acción que sugieran no asistir a la celebración de cumpleaños de B (razón excluyente para la acción). Por lo tanto, si A antes de asistir a la celebración de cumpleaños de B se entera a través del reporte del tiempo que lloverá y A considera que no debe asistir a la celebración de cumpleaños de B porque terminará mojado por la lluvia, A no debe actuar de acuerdo con esa razón de primer orden para la acción y debe de realizar la acción que exige la razón de primer orden que se encuentra en la razón protegida para la acción porque existe una promesa. En consecuencia, A debe asistir a la celebración de cumpleaños de B en Chicago. Aquí es importante notar que la justificación para obedecer la razón protegida se encuentra en el mismo hecho que crea la razón protegida (la promesa), no en la razón de primer orden que es parte de tal razón protegida (al asistir a la celebración de cumpleaños B estará feliz). Esto explica por qué en nuestro ejemplo la razón que exige asistir a la celebración de cumpleaños de B no es la felicidad del amigo, sino la promesa que se hizo de asistir a dicha celebración. Ocurre lo mismo cuando el hecho que origina la razón protegida es creado por una fuente social autoritativa, v. gr., uno debe obedecer la regla de un precedente

judicial porque es creada por la autoridad, no por la justificación subyacente de dicha regla. Sucede lo mismo, pues tanto el hecho de hacer una promesa como el hecho de crear una norma por una autoridad serían suficientes para identificar el estándar de conducta que se debe de realizar bajo ciertas circunstancias. Es decir, sería posible conocer el estándar de conducta que se debe realizar solo considerando ciertos hechos, a partir de la mera facticidad. Por eso Raz sostiene:

Este carácter distintivo de las decisiones autoritativas indica la existencia en dicha sociedad de una institución y organización que reclama el reconocimiento de su autoridad sobre los miembros de la sociedad, obligándolos a cumplir con ciertos estándares de conducta solo porque han sido establecidos por tal supuesta autoridad, independientemente de si son estándares justificables de acuerdo con otras premisas. Considerando que es parte de la misma esencia de la supuesta autoridad que ella tome decisiones que son obligatorias independientemente de cualquier otra justificación, es necesario que sea posible identificar dichas decisiones sin involucrarse en una argumentación justificativa, es decir, como teniendo su origen en ciertas actividades e interpretada a la luz de estándares públicamente determinables que no requieren involucrarse en argumentos morales[33].

2) La regla de un precedente judicial puede ser distinguida solo si su modificación reduce su ámbito de aplicación, “permanece ligada a su pasado”, es compatible con su justificación y la mejora

Raz reconoce la práctica de distinguir precedentes judiciales. En “*The Authority of Law*” señala:

La doctrina inglesa del precedente judicial establece que el precedente judicial debe ser obedecido o distinguido (sin embargo, algunas cortes también tienen el poder de derogar los precedentes creados por ellas o los creados por otras cortes). Combina la obediencia al precedente judicial con una considerable flexibilidad institucional porque permite a las cortes, incluso a aquellas que están controladas por un precedente judicial, distinguir una decisión anterior en vez de obedecerla[34].

¿Por qué Raz relaciona la idea de flexibilidad con la práctica de distinguir precedentes? Porque afirma que cuando se distingue un precedente, este es modificado. “Ya que ‘distinguir’ significa cambiar la regla que es distinguida, el poder para distinguir es un poder para crear derecho (‘desarrollarlo’) incluso cuando se deciden casos que se encuentran regulados e incluso por cortes que no tienen el poder de derogar precedentes judiciales”[35].

En consecuencia, de acuerdo con Raz, cuando la regla de un precedente judicial, o un precedente judicial, se distingue, este es modificado y en él se realiza un acto creativo (se “desarrolla”). Y esto puede ser realizado tanto en casos regulados como por cortes que no tienen el poder para derogar precedentes judiciales. Esto significa que al distinguir precedentes judiciales las cortes que no cuentan con el poder para derogar precedentes judiciales, frente a casos regulados no aplican (o no solo aplican) el derecho, sino que también lo crean. Es más, estas cortes no solo crean nuevo derecho, ellas también aplican el nuevo derecho que crean. Cuando una corte distingue un precedente judicial está modificando la regla del precedente judicial que aparentemente regula el caso y de acuerdo con esta nueva regla creada decide el caso. La corte realiza esto para evitar la aplicación de la regla no modificada de un precedente judicial, de lo contrario esta regla sería

la que resolvería el caso. La corte actúa de esta manera porque considera que no debe aplicar la regla no modificada de un precedente judicial al caso nuevo ya que se trata de un “caso diferente” al caso en el que se formuló la regla del precedente judicial. Por tanto, para evitar aplicar dicha regla cambia su supuesto de hecho de tal manera que los hechos del caso nuevo no se encuentran comprendidos en el supuesto de hecho de la nueva y modificada regla del precedente judicial. ¿Cuándo esto es posible? Raz nos brinda ciertos criterios para determinar cuándo un precedente judicial puede ser distinguido o no. Antes de explicar estos criterios debemos hacer tres aclaraciones.

La primera es que para Raz siempre es posible distinguir un precedente judicial:

Creo que las cortes cuentan con discreción en todos los casos, no menos en los denominados casos fáciles que en los llamados casos difíciles. En todos los casos, por ejemplo, una corte tiene discreción para distinguir un precedente judicial vinculante [...] [36].

La segunda es que para Raz identificar la regla de un precedente judicial no parece ser una tarea difícil. A pesar de que existen algunos casos en los que no es posible identificar la regla del precedente judicial o la *ratio decidendi*, o en los que no es posible decir que no existe, en la mayoría de los casos esta identificación es clara [37]. La *ratio decidendi* o la regla de un precedente judicial está compuesta por “las razones con las que una corte justifica su decisión” [38]. Y estas razones, de acuerdo a nuestras convenciones, no se encuentran fuera de las sentencias escritas y dictaminadas por las cortes [39].

La tercera es que la regla de un precedente judicial siempre se constituye en un contexto particular. Los hechos de dicho contexto también son identificados en las sentencias escritas y dictaminadas por las cortes [40].

Hemos sintetizado los requisitos para determinar si un precedente judicial puede ser distinguido o no de la siguiente manera:

i) La regla de un precedente judicial puede ser distinguida solo si la modificación de la regla del precedente judicial reduce su ámbito de aplicación [41].

Este requisito prohíbe a las cortes ampliar el ámbito de aplicación de la regla del precedente judicial cuando se está distinguiendo un precedente judicial [42]. El ámbito de aplicación de la regla de un precedente judicial es su supuesto de hecho. Por ejemplo, si tenemos una regla de un precedente judicial que prohíbe votar a los miembros de la marina, del ejército y de la fuerza aérea [43], no podemos distinguir dicha regla modificándola de tal manera que la regla también prohíba votar a los miembros de la policía.

ii) La regla de un precedente puede ser distinguida solo si su modificación “permanece ligada a su pasado”. Este requisito tiene dos condiciones.

La primera establece que una corte “no puede reemplazar una regla preexistente con cualquier regla que quiera, incluso si la nueva regla tiene un ámbito de aplicación más reducido. La nueva regla debe estar fundada en la anterior y contener todas las condiciones que la norma preexistente presenta junto con la nueva condición” [44]. Por ejemplo, la regla del precedente judicial que prohíbe votar a los miembros de la marina, del ejército y de la fuerza aérea no puede ser modificada de tal manera que la nueva regla solo prohíba votar a los miembros de la marina y del ejército, pero no a los miembros de la fuerza aérea. Sin embargo, puede ser modificada de tal manera que la nueva regla prohíba votar

a los miembros de la marina, del ejército y de la fuerza aérea si ocupan un cargo militar de alto rango.

La segunda condición establece que una corte puede modificar la regla de un precedente solo si “La regla modificada [...] [es] [...] tal que justifica lo establecido en el precedente judicial”[45]. Esto significa que la nueva regla tiene que ser compatible con la decisión del precedente judicial y con todos los hechos del caso descritos en la sentencia judicial. De lo contrario, no justificaría lo que fue decidido en el caso donde fue creado el precedente judicial. Esto explica por qué para Raz el contexto en el que la regla del precedente fue constituida es importante para determinar su fuerza vinculante[46]. Siguiendo nuestro ejemplo anterior, supongamos que en una sección de la sentencia judicial que prohíbe votar a las fuerzas armadas, la posibilidad de prohibir el voto solo a los miembros de la marina, el ejército y la fuerza aérea que ocupan un cargo militar de alto rango y no a todos los miembros de las fuerzas armadas es mencionada como un factor que debe ser considerado para resolver el caso, pero no se establece nada más con respecto a dicho factor. Si eso ocurriese, no sería posible distinguir la regla del precedente considerando dicho factor, pues debe entenderse que, para la corte que constituyó ese precedente judicial, dicho factor fue irrelevante en la toma de su decisión. Por tanto, distinguir el precedente considerando tal factor no estaría justificado.

iii) La regla de un precedente judicial puede ser distinguida solo si la nueva regla modificada es compatible con su justificación.

Raz también afirma que una corte puede modificar la regla de un precedente judicial solo si la nueva regla modificada es compatible con la justificación de la regla del precedente judicial no modificada[47]. En nuestro ejemplo, parece que la justificación o propósito de la regla que prohíbe votar a los miembros del ejército, de la marina y de la fuerza aérea es preservar la imparcialidad de las fuerzas armadas en un Estado democrático de Derecho donde el jefe del Poder Ejecutivo es un miembro de la sociedad civil elegido por los ciudadanos de dicho país y a quien las fuerzas armadas están sujetas.

Por tanto, uno puede sostener que modificar la regla del precedente judicial de tal manera que solo prohíba votar a los miembros de la marina, el ejército y la fuerza aérea que ocupen cargos militares de alto rango y no a todos sus miembros tiene sentido porque ellos son los principales agentes que pueden atentar contra dicha imparcialidad. Luego, tal modificación de la regla del precedente puede ser permitida ya que es compatible con su justificación.

iv) La regla de un precedente judicial puede ser distinguida solo si la regla nueva y modificada es mejorada.

Finalmente, Raz sostiene que una corte puede modificar la regla de un precedente judicial solo si la regla nueva y modificada es mejor que la regla del precedente judicial no modificada (de hecho, tiene que ser regla que mejore en la mayor medida posible la regla del precedente, pues existen muchas reglas que cumplen con todos los requisitos anteriormente indicados):

Existe un número indefinido de diferentes modificaciones de cada regla que cumplen con las [...] condiciones mencionadas anteriormente. Sin embargo, la obligación del tribunal es de adoptar solo la modificación que mejore en la mayor medida posible la regla del precedente[48].

De nuevo, volviendo a nuestro ejemplo, parece ser que la justificación o propósito de la regla que prohíbe votar a los miembros del ejército, la marina y las fuerzas armadas es preservar la imparcialidad de las fuerzas armadas en un Estado democrático de Derecho donde el jefe del Poder Ejecutivo es un miembro de la sociedad civil elegido por los ciudadanos de dicho país y a quien las fuerzas armadas están sujetas.

Por tanto, uno puede sostener que modificar la regla del precedente judicial de tal manera que prohíba ejercer el voto solo a los miembros de la marina, el ejército y la fuerza aérea que ocupan un cargo militar de alto rango y no a todos los miembros de las fuerzas armadas tiene sentido pues ellos son los principales agentes que pueden atentar contra dicha imparcialidad. Pero además, uno puede sostener que tal modificación mejora en gran medida la regla no modificada del precedente judicial porque busca preservar tal imparcialidad, pero al mismo tiempo permite que más ciudadanos (v. gr., los miembros de la marina, del ejército y de la fuerza aérea) puedan participar en la elección del jefe de Poder Ejecutivo, lo que también es compatible con el propósito de la regla del precedente judicial. Solo entonces, dicha modificación puede ser permitida, ya que mejora en gran medida la regla no modificada del precedente judicial.

3) La derogación de precedentes judiciales y el razonamiento por analogía forman parte de la práctica con precedentes judiciales

Raz también reconoce la práctica de derogar precedentes judiciales. Esta práctica ciertamente implica modificar la regla del precedente judicial, como en la distinción de precedentes judiciales, pero es una modificación que no tiene las restricciones que tiene la práctica de distinguir precedentes judiciales. Si una corte tiene el poder para derogar un precedente judicial y considera con certeza que la modificación de la regla de un precedente judicial mejorará dicha regla o que mejorará el sistema jurídico (en ambos casos por lo menos en alguna medida), la corte puede modificar la regla del precedente judicial al punto de cambiarla completamente si es necesario o de reemplazarla con una regla opuesta a la regla del precedente judicial[49].

Cuando una corte deroga la regla de un precedente actúa como si el caso que estuviese resolviendo fuese un caso no regulado[50]. Debido a los serios efectos que conlleva derogar una regla del sistema jurídico, Raz sostiene que las cortes que tienen este poder deben siempre ser cuidadosas cuando derogan la regla de un precedente judicial[51]. Esto también explica por qué las cortes que pueden derogar las reglas de los precedentes judiciales son “distribuidas más selectivamente”[52]. Es importante notar que si toda corte de un sistema jurídico tuviese el poder de derogar las reglas constituidas por los precedentes judiciales “en cualquier caso en el que considere que es mejor hacerlo”, no existirían precedentes vinculantes en tal sistema jurídico[53].

Raz también señala que existen dos tipos de derogación de precedentes judiciales. Uno, cuando la regla constituida por una corte de menor jerarquía es derogada por una corte de mayor jerarquía y, otro, cuando la regla de un precedente judicial es derogada por la misma corte que estableció dicha regla[54]. En ambos casos debe considerarse que “la decisión derogada fue jurídicamente vinculante hasta que fue derogada”[55].

Otra práctica que Raz reconoce como parte del razonamiento con precedentes judiciales es el razonamiento por analogía. Para Raz es posible emplear el

razonamiento por analogía cuando los hechos de un caso nuevo no se encuentran comprendidos completamente bajo el ámbito del supuesto de hecho de la regla del precedente judicial, pero los hechos que sí se encuentran comprendidos bajo dicho ámbito son relevantes, a pesar de que existan hechos diferentes entre el caso en el que se creó el precedente judicial y el caso nuevo[56].

Una vez que estamos frente este tipo de casos (casos análogos) la corte puede (pero no está jurídicamente obligada a hacerlo) ampliar el supuesto de hecho de la regla del precedente judicial sin requerir que los hechos del caso nuevo se encuentren comprendidos bajo el supuesto de hecho de la regla del precedente judicial para decidir el caso nuevo con la respuesta establecida por la regla del precedente judicial ya existente[57].

En consecuencia, la corte está creando derecho y cubriendo uno de sus vacíos. ¿Y cómo es que uno conoce que los hechos del caso nuevo que se encuentran comprendidos bajo el supuesto de hecho de la regla del precedente son hechos relevantes? O, en otras palabras, ¿cómo es que uno conoce que estamos frente a un caso análogo?

Raz argumenta que para conocer esto uno tiene que determinar si, luego de modificar la regla del precedente judicial, esta nueva regla es compatible con la justificación de la regla del precedente judicial[58]. Si esto ocurre, estamos frente a un caso análogo. Para Raz esta justificación protege ciertos valores, es el propósito de la regla del precedente judicial, indica su función y es de naturaleza moral[59].

Sin embargo, como ha sido indicado anteriormente, incluso si una corte encuentra un caso análogo, el derecho no exige que dicha corte resuelva el caso con la respuesta establecida por la regla del precedente judicial. La corte puede hacerlo o no. Es discreción de la corte. Pero si lo hace la corte está creando un derecho que no afectará drásticamente el sistema jurídico porque en cierto modo esa nueva regla, a pesar del hecho de que probablemente agudice los conflictos ya presentes en un sistema jurídico, será en ciertos aspectos consistente con dicho sistema[60].

Finalmente, como uno puede apreciar, de acuerdo con la teoría del precedente de Joseph Raz, cuando una corte obedece un precedente judicial, está aplicando el derecho y cuando lo distingue, deroga o emplea el razonamiento por analogía, lo está creando.

II. Algunos elementos centrales de la tradición aristotélica en la concepción del precedente judicial de Joseph Raz

Como mencionamos anteriormente, cuando Raz explica el razonamiento con precedentes señala que en algunas situaciones las cortes pueden crear una nueva regla cambiando/modificando la regla de un precedente judicial que tiene bajo su control casos regulados, o crear una nueva regla en casos no regulados, ejerciéndose en ambos escenarios un razonamiento moral (“reasoning according to law” o “razonando de acuerdo con el derecho”)[61]. Es este aspecto del razonamiento con precedentes judiciales el que a nuestro juicio revela con claridad la existencia de algunos elementos centrales de la tradición ética aristotélica en la concepción del razonamiento jurídico de Raz.

Según Raz, en la razón práctica existen dos tipos de razones: razones operativas (operative reasons) y razones auxiliares (auxiliary reasons)[62]. De la combinación de ambas razones se determina la acción concreta que se debe de realizar aquí y ahora. Las razones operativas son razones que indican que se debe de realizar un determinado fin[63]. Mientras las razones auxiliares son razones que indican acciones a través de las cuales se puede realizar un determinado fin[64]. Por ejemplo, de acuerdo con Raz, la promesa de brindar cierta información a un amigo es una razón operativa[65]. En cambio, el que ahora llame a mi amigo a su casa porque en este momento se encuentra disponible para conversar por teléfono es una razón auxiliar[66]. En este caso, la combinación de ambas razones determina que llamar por teléfono en este momento a mi amigo es la acción que se debe de realizar aquí y ahora[67].

Para Raz las razones operativas y las razones auxiliares están presentes en todo sistema jurídico y cada una de ellas tiene su propia función en el razonamiento jurídico. Las razones operativas de un sistema jurídico exigen la realización de ciertos fines requeridos por la justicia social (social justice) y el bienestar (welfare)[68]. En cambio, las razones auxiliares indican las acciones a través de las cuales los fines exigidos por las razones operativas de un sistema jurídico pueden ser realizados. Para Raz, las razones auxiliares de un sistema jurídico están constituidas por reglas e instituciones jurídicas[69]. Por ejemplo, es una razón auxiliar de un sistema jurídico el impuesto nacional a la renta[70]. Tal institución está constituida por reglas jurídicas y permite la realización de un fin establecido por una razón operativa, en este caso, la captación de recursos para el Estado. Si combinamos la exigencia de captar recursos para el Estado con la acción de pagar un impuesto nacional por nuestras rentas, podemos señalar que pagar un impuesto por nuestras rentas es la acción que de acuerdo con el derecho debemos realizar aquí y ahora. Tal aproximación de Raz con respecto al funcionamiento de las razones operativas y las razones auxiliares en los sistemas jurídicos sugiere que el razonamiento jurídico presenta una estructura de fines y medios con respecto a la acción requerida por el derecho.

Esta estructura se revela con claridad cuando se distingue un precedente de otro y cuando se realiza un razonamiento por analogía, pues como explicamos en el acápite anterior, para Raz, en dichos casos se tiene que considerar el fin/propósito de la regla del precedente para determinar la creación de una nueva regla jurídica. Esto debido a que solo será posible distinguir un precedente (habiendo satisfecho los requisitos indicados en el acápite anterior) o aplicar el razonamiento analógico si la nueva regla jurídica es compatible con el fin/propósito de la regla del precedente aún no modificada. Es decir, en dichos casos se tiene que considerar la razón operativa que subyace a la regla del precedente (un fin que exige ser realizado) para crear una nueva regla jurídica que estará conformada por una nueva razón auxiliar (un medio que permite realizar un determinado fin).

Cuando Raz explica el cambio/modificación de la regla de un precedente a través de la distinción de precedentes señala:

La modificación de una regla generalmente puede ser justificada solo razonando de una forma muy similar a aquello [propósito, sentido, finalidad] que justifica la regla original[71].

Por otro lado, en su explicación sobre la determinación de los hechos similares relevantes de un caso nuevo para conocer si es posible crear una nueva regla jurídica a través del razonamiento por analogía, Raz sostiene:

Sin embargo, ¿cuál es la forma a través de la cual determinamos dicha relevancia? La respuesta se encuentra en la razón esencial de la regla en P –es decir, en las razones de su existencia, en el propósito que sirve. Es esto lo que explica el rol y la importancia de las condiciones establecidas en ella. Por su misma naturaleza la justificación de una regla es más abstracta y general que la regla que justifica. Por tanto, así como justifica esta regla puede justificar otra. Si esta regla está justificada por ser una forma de realizar cierto propósito, o de proteger cierto valor, también estarán justificadas otras reglas si promueven el mismo propósito o protegen el mismo valor de diferentes maneras o bajo circunstancias distintas[72].

Es más, al tratar de determinar si finalmente se puede distinguir un precedente (que implica necesariamente el cambio/modificación de la regla del precedente), aparte de que la nueva regla debe ser compatible con el fin/propósito de la regla del precedente, Raz señala lo siguiente: solo procede dicho cambio/modificación si la nueva regla es mejor que la regla del precedente no modificada. Es decir, tiene que ser una regla que mejore en la mayor medida posible la regla del precedente, pues existe un número indefinido de otras nuevas reglas que son compatibles con el fin/propósito de la regla del precedente[73]. Es decir, solo procede tal cambio si al comparar la nueva regla del precedente con la regla del precedente no modificada, la primera logra realizar de una mejor manera que la segunda el fin o propósito de la regla del precedente no modificada. Algo semejante ocurre con la creación de una nueva regla a partir del razonamiento analógico. Pues a pesar de que forma parte de la discreción de un tribunal determinar la creación de una nueva regla a partir del razonamiento analógico cuando tal regla es compatible con el fin/propósito de la regla de un precedente, dicha discreción debe considerar si crear tal regla permitirá, teniendo en cuenta el resto de las reglas de un sistema jurídico, realizar de una mejor manera el fin o propósito de la regla del precedente[74]. Si, considerando el resto de las reglas de un sistema jurídico, el tribunal juzga que la creación de tal regla dificultará la realización del propósito de la regla del precedente, dicha regla no debe de crearse[75].

A nuestro juicio, estos razonamientos no son otra cosa que razonamientos de naturaleza moral donde se presentan dos elementos centrales de la tradición aristotélica: la noción de medio y la noción de fin que emplea Aristóteles para explicar el funcionamiento de la operación principal de la razón práctica, es decir, de la deliberación.

Cuando Aristóteles trata sobre los fines de la actividad humana (sea entendida como praxis o como poiēsis) señala:

Pero no deliberamos sobre los fines, sino sobre los medios que conducen a los fines. Pues, ni el médico delibera sobre si curará, ni el orador sobre si persuadirá, ni el político sobre si legislará bien, ni ninguno de los demás sobre el fin, sino que, puesto el fin, consideran cómo y por qué medios pueden alcanzarlo; y si parece que el fin puede ser alcanzado por varios medios, examinan cuál es el más fácil y mejor, y si no hay más que uno para lograrlo, cómo se logrará a través de éste, y éste, a su vez, mediante cuál otro, hasta llegar a la causa primera que es la última en el descubrimiento[76].

Por tanto, si nuestra aproximación aristotélica al razonamiento jurídico propuesto por Raz es correcta, las razones operativas de Raz corresponderían a los fines que propone Aristóteles como punto de partida de la deliberación, y sus razones auxiliares serían el objeto de la deliberación para Aristóteles, es decir, los medios que conducen a tales fines. Las razones operativas se encontrarían en el propósito o fines de cada regla jurídica de un sistema jurídico. Mientras que las razones auxiliares serían las mismas normas jurídicas de un sistema jurídico que se constituyen como los medios para realizar los fines de dichas normas[77]. Esto explicaría por qué dichas normas son creadas cuando se distingue un precedente de otro y cuando se realiza un razonamiento por analogía, ya que de acuerdo con Raz el razonamiento que se emplea en dicha creación es un razonamiento en el que se busca determinar un medio para la realización de un fin.

Frente a esta conclusión se puede objetar que nuestra lectura aristotélica de las razones operativas y auxiliares de Raz es apresurada e incorrecta ya que 1) no es del todo claro que, de acuerdo a Raz, los fines establecidos por un sistema jurídico (razones operativas) se traten de bienes humanos y 2) la relación entre fines y medios que forma parte de la estructura del razonamiento jurídico propuesto por Raz se puede entender desde una aproximación meramente instrumental, técnica o productiva; por tanto, no es posible tener una lectura de dichas razones desde la tradición ética aristotélica.

Para Aristóteles, los fines de la acción son bienes humanos:

Pero volvamos de nuevo al bien objeto de nuestra investigación e indagemos qué es. Porque parece ser distinto en cada actividad y en cada arte: uno es, en efecto, en la medicina, otro en la estrategia, y así sucesivamente. ¿Cuál es, por tanto, el bien de cada una? [...] en toda acción y decisión es el fin, pues es con vistas al fin como todos hacen las demás cosas. De suerte que, si hay algún fin de todos los actos, éste será el bien realizable, y si hay varios, serán éstos [...] En efecto, como en el caso de un flautista, de un escultor y de todo artesano, y en general de los que realizan alguna función o actividad parece que lo bueno y el bien están en [el fin], así también ocurre, sin duda, en el caso del hombre, si hay [algún fin] que le es [propio]. ¿Acaso existen [fines] y actividades propias del carpintero, del zapatero, pero ninguno del hombre, sino que éste es por naturaleza inactivo?[78]

Sin embargo, dicha acción presenta un valor intrínseco, pues su valor se encuentra en su misma realización, no en la realización o consecución de un propósito o fin externo a ella. Por eso Aristóteles, al tratar sobre la prudencia en su *Ética Nicomáquea*, señala:

[...] la prudencia no podrá ser ni ciencia ni arte: ciencia, porque el objeto de la acción puede variar; arte, porque el género de la acción es distinto del de la producción. Resta, pues, que la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre. Porque el fin de la producción es distinto de ella, pero el de la acción no puede serlo; pues una acción bien hecha es ella misma el fin[79].

La diferencia entre acción y producción, es decir, entre el acto moral y el acto productivo, es categórica en Aristóteles:

La producción es distinta de la acción (uno puede convencerse de ello en los tratados exotéricos); de modo que también el modo de ser racional práctico es distinto del modo de ser racional productivo. Por ello, ambas se

excluyen recíprocamente, porque ni la acción es producción, ni la producción es acción[80].

Frente a la primera objeción, encontramos que Raz en su obra *The Morality of Freedom* señala:

[...] el objetivo de toda acción política es permitir que las personas intenten realizar las concepciones válidas sobre el bien y disuadir a las personas de perseguir concepciones malas o vacías sobre el bien[81].

Quizá en este punto valga la pena recordar que la propuesta iusfilosófica de Raz incorpora lo que él denomina un pluralismo moral perfeccionista y que dicha aproximación a la moralidad no se sostiene en un escepticismo, relativismo o subjetivismo moral[82]:

Será la tarea principal de la cuarta sección del libro explorar la racionalidad del pluralismo moral perfeccionista, es decir, del pluralismo de las diversas concepciones del bien que son aceptadas como diversas expresiones valiosas de la naturaleza de las personas, pero se trata de un pluralismo que reconoce ciertas concepciones del bien como carentes de valor y degradantes, y que propone erradicar, o al menos restringir, dichas concepciones a través de la acción política[83].

Frente a la segunda objeción, en un pasaje de *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* encontramos que Raz sostiene lo siguiente:

El razonamiento jurídico no es de esa naturaleza [instrumental, técnica o productiva]. No se trata de una habilidad especializada que tiene que ver con la obtención de un bien específico y limitado. Más bien se trata de un razonamiento que considera muchos aspectos de las relaciones sociales e interpersonales, que a pesar de buscar parcialmente el manejo profesional de reglas altamente especializadas (como las reglas de adquisiciones y fusiones de empresas), en gran parte no es más técnico ni especializado que la moralidad misma. ¿De esto se sigue que el razonamiento jurídico es solo una especie del razonamiento moral? Sí y no. Ciertamente, en ningún momento nuestras conclusiones niegan la existencia de un conjunto de reglas y doctrinas técnicas que requieren de un conocimiento y habilidad especializada para su uso. Las conclusiones a las que hemos llegado fueron únicamente que (1) el razonamiento jurídico es más que la sola aplicación de dicho conocimiento especializado y más que el ejercicio de dicha habilidad especializada; (2) generalmente los tribunales cuentan con la discreción de modificar las reglas jurídicas o de hacer excepciones en su aplicación y cuando cuentan con dicha discreción ellos deben recurrir al razonamiento moral para decidir si deben emplearlo y cómo. De esto se sigue que la experticia jurídica y el conocimiento y sensibilidad moral están profundamente integrados en el razonamiento jurídico, a pesar de que, en ciertos casos, en algunos aspectos específicos, uno u otro predomina[84].

Pensamos que, considerando los pasajes citados, las dos objeciones formuladas anteriormente son superadas. Bajo esta aproximación los medios (razones auxiliares) se pueden comprender como acciones que tienen valor por sí mismas, no solo como medios (instrumentos) que permiten realizar cierto propósito o finalidad, y los fines (razones operativas) se pueden considerar bienes humanos. Sin embargo, si esto es así, ¿cómo explicamos que los medios para la acción de Aristóteles (o las razones auxiliares de Raz) son los mismos fines de la acción (o

las razones operativas)? Pues de acuerdo con el primer texto de Aristóteles citado en nuestro trabajo, la deliberación determina la acción moralmente correcta juzgando qué acción puede realizar un fin (o realizarlo de la mejor manera), acción que aparentemente no es más que un medio para lograr la realización de un fin. Por tanto, la acción moralmente correcta, que es el objeto de la deliberación, sería de naturaleza instrumental. Se trataría de una acción cuyo valor se encuentra en la realización o consecución de un propósito o fin externo a ella. De esta manera, el fin de la acción correcta se presentaría como algo distinto de ella misma. Conclusión que como hemos visto es contraria a lo que sostiene Aristóteles.

Una solución a este problema es la propuesta por Terence Irwin y John M. Cooper, entre otros autores[85]. Para ellos, el medio del cual habla Aristóteles cuando explica en qué consiste la deliberación se trata de una especificación del fin de la acción. Es decir, se trata de una parte constitutiva de dicho fin (o de un “medio constitutivo”), de algo que contribuye a tal fin sin necesariamente producirlo causalmente (ta pros ta telē). Siendo la deliberación la operación de la razón práctica encargada de determinar, considerando las circunstancias particulares de cada caso, el medio, especificación, parte constitutiva, o aquello que contribuye al fin de la acción sin necesariamente producirlo causalmente[86]. Irwin nos dice:

La razón práctica no trata sobre medios en oposición a fines. En la medida en que trata con medios constitutivos, también trata con fines y, por tanto, determina [...] fines particulares[87].

Esta solución al problema está en concordancia con la concepción de Raz sobre los bienes constitutivos y los bienes instrumentales:

Algo es bueno instrumentalmente si su valor se deriva del hecho que hace ciertas consecuencias más probables, o del hecho que puede contribuir a la producción de ciertas consecuencias. Algo es intrínsecamente bueno o valioso si es valioso independientemente del valor de sus consecuencias actuales o probables, y no debido a alguna consecuencia que puede producir o a la producción con respecto a la cual puede contribuir causalmente [...] Estamos frente a bienes constitutivos si son elementos de lo que es bueno en sí mismo y contribuyen en su valor, es decir, elementos sin los cuales una situación que es buena en sí misma sería menos valiosa. Tanto los bienes en sí mismos como los bienes constitutivos son intrínsecamente buenos[88].

Este pasaje nos permite sostener con mayor certeza que el razonamiento jurídico propuesto por Raz no es un razonamiento de naturaleza instrumental, técnico o productivo, como tampoco lo es el razonamiento moral aristotélico.

Raz reconoce esto nuevamente cuando al tratar sobre la autonomía del razonamiento jurídico señala:

Debemos rechazar el argumento a favor de la autonomía del razonamiento jurídico que hemos estado considerando. Este se funda en una analogía entre el razonamiento jurídico y el razonamiento sobre problemas prácticos de ingeniería, o en términos más generales, entre el razonamiento jurídico y el razonamiento sobre materias que Kant identificó como el ámbito de lo útil y que los griegos llamaron *techne* [técnica][89].

Finalmente, nuestra lectura aristotélica del razonamiento jurídico propuesto por Raz explicaría por qué Raz identifica al razonamiento con

precedentes judiciales que crea una regla al distinguir un precedente o al realizar un razonamiento por analogía con lo que él denomina “etapa deliberativa” (deliberative stage) del razonamiento jurídico[90]. Denominación que es congruente con el término que emplea Aristóteles para referirse a aquella operación de la razón práctica que busca especificar, considerando las circunstancias de un caso particular, el “medio constitutivo” del fin de una acción que busca la realización de un bien humano. Es decir, denominación que es congruente con lo que Aristóteles llama *boulêsis* y que nosotros en la lengua española llamamos deliberación.

III. Epílogo

Nuestro lector puede preguntarse qué utilidad o importancia tiene este trabajo para comprender el pensamiento de Joseph Raz y para la filosofía del derecho. Al parecer resulta cierto que un aspecto del razonamiento jurídico de Raz revela claramente que la concepción de Raz sobre el razonamiento jurídico contiene algunos elementos centrales de la tradición ética aristotélica, pero ¿qué logramos con dicho descubrimiento aparte de saber que uno de los grandes positivistas excluyentes de nuestro tiempo incorpora en su filosofía jurídica un aspecto central de la razón práctica aristotélica?

Frente a esta pregunta podemos responder que nuestra contribución busca constituirse como un razonable punto de partida para explorar el pensamiento de Raz desde una perspectiva que permita: 1) comprender la concepción del derecho de Raz como una concepción del derecho de *raigambre* aristotélica; 2) sostener que el razonamiento jurídico aristotélico presente en el pensamiento de Raz no se limita a considerar los fines o razones operativas de una determinada norma jurídica, sino que también considera los fines o razones operativas de todo un sistema jurídico, lo cual conlleva serias consecuencias para la adjudicación[91]; y 3) demostrar que una vez aceptada la tesis de este artículo y su justificación, y a la luz de la práctica de la distinción/obediencia de los precedentes y de la concepción del precedente de Raz, el positivismo excluyente raziano acaba siendo inconsistente y termina en una filosofía jurídica de *raigambre* aristotélica, donde existe una conexión necesaria entre derecho y moral que va más allá de la justificación moral de la autoridad y que socava lo que él denomina “razonando sobre el derecho”[92]. Lamentablemente, dichas tesis solo pueden ser exploradas en otro trabajo.

Agradecimientos

Esta investigación ha sido desarrollada gracias al financiamiento de la convocatoria para la contratación de investigadores 2022 de la Universidad Católica San Pablo. Todas las traducciones del inglés al español de las obras de Joseph Raz empleadas en este trabajo han sido realizadas por el autor de este artículo. El autor ha preferido emplear sus propias traducciones al español de las obras de Raz para conservar una terminología uniforme en la exposición de su trabajo. Agradezco los comentarios formulados por el profesor José Chávez-Fernández Postigo y el profesor Luciano D. Laise a una versión previa de este manuscrito.

Bibliografía

Bibliografía

- Aristóteles. *Ética Nicomáquea*. Trad. J. Pallí Bonet. Gredos, 1985.
- Broadie, S. *Ethics with Aristotle*. Oxford University Press, 1991.
- Cooper J. M. *Reason and Human Good in Aristotle*. Harvard University Press, 1975.
- Finnis, J. "Natural Law and Legal Reasoning". En R. P. George. *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford University Press, 1992, 134-157.
- George, R. P. *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford University Press, 1995.
- Irwin T. "Aristotle on Reason, Desire, and Virtue". *The Journal of Philosophy*, Nro. 72, 1975.
- Nussbaum M. C. *The Fragility of Goodness* (ed. revisada). Cambridge University Press, 2001.
- Raz, J. *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, 1986.
- Raz, J. "Facing Up: A Reply". *Southern California Law Review*, Nro. 62, 1989.
- Raz, J. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (ed. Revisada), ed. Oxford University Press, 1994.
- Raz, J. *Practical reason and norms*. 2ª ed. Oxford University Press, 1999.
- Raz, J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press, 2009.
- Raz, J. *The Authority of Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2009.

Notas

Notas

- [2] Raz, J., *The Authority of Law*. 2ª ed. (Oxford University Press, 2009).
- [3] Raz, J., "Facing Up: A Reply". *Southern California Law Review*, Nro. 62 (1989).
- [4] Raz, J., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, ed. revisada (Oxford University Press, 1994).
- [5] *Ibid.*
- [6] *Ibid.*
- [7] *Ibid.*
- [8] Raz, J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford University Press, 2009).
- [9] Raz, J., "Facing Up...", 1203.
- [10] *Ibid.*
- [11] *Ibid.*
- [12] Raz, J., "Facing Up...", 1204.
- [13] *Ibid.*
- [14] *Ibid.*
- [15] En *The Authority of Law* Raz señala: "My observations are meant to be faithful to the accepted theory of the practice rather than to the practice itself."

Their aim is to explain the way judges and legal scholars regard the working of the doctrine of precedent. Only an empirical study going well beyond the examination of the law reports could reveal to what extent the actual practice conforms to these theories”. Ver: Raz, J., *The Authority...*, 181. Por tanto, las “proposiciones iusfilosóficas generales” defendidas por Raz no se fundan en las mismas prácticas jurídicas inglesas con respecto al precedente, sino en lo que “los jueces y los estudiosos del derecho” consideran, en mutuo acuerdo, lo que constituye dichas prácticas. Esta distinción nos obliga a realizar el siguiente comentario: si la explicación de Raz sobre los precedentes judiciales tiene algún valor científico, él debe reconocer que “la teoría aceptada sobre lo que constituye dichas prácticas” con respecto al precedente judicial en Inglaterra, refleja en gran medida lo que ocurre en dichas prácticas en la realidad. De lo contrario, él estaría explicando un grupo de creencias que no son de interés para el estudio del derecho debido a que no se fundan en la realidad.

[16] *Ibid.*, 180.

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid.*, 181-183.

[19] *Ibid.*, 181.

[20] *Ibid.*, 183-189.

[21] *Ibid.*, 182.

[22] Raz, J., *Ethics in...*, 207-208; Raz, J., *The Authority...*, 206-209.

[23] Raz, J., *Ethics in...*, 207-208.

[24] *Ibid.*, 332-333. Raz considera: “La distinción entre la identificación del derecho y la creación del derecho es fundamental para el derecho y un aspecto central para cualquier forma consistente de comprender las decisiones judiciales”. Ver: Raz, J., *Between Authority...*, 239.

[25] Raz, J., *Ethics in...*, 338-339.

[26] *Ibid.*, 248. Ver también: *Ibid.*, 263-266, 273-274; 338-339.

[27] Raz, J., *The Authority...*, 17-18.

[28] Raz, J., “Facing Up...”, 1204-1205.

[29] Raz, J., *Ethics in...*, 332-333.

[30] Raz, J., *The Authority...*, 17-18.

[31] *Ibid.*, 17. Para una mayor profundización sobre las razones de primer orden en el pensamiento de Raz ver: Raz, J., *Practical reason and norms*. 2a ed. (Oxford University Press, 1999), 15-48.

[32] Raz, J., *The Authority...*, 17-18.

[33] *Ibid.*, 51-52.

[34] *Ibid.*, 185.

[35] *Ibid.* Ciertamente, este punto nos remite a la discusión contemporánea sobre los poderes normativos (normative powers).

[36] Raz, J., “Facing Up...”, 1204.

[37] Raz, J., *The Authority...*, 184.

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.*, 184.

[40] *Ibid.*, 183.

[41] *Ibid.*, 186.

[42] *Ibid.*

[43] Una regla semejante se puede encontrar en el artículo 219 de la Constitución Política de Colombia.

[44] Raz, J., *The Authority...*, 186.

[45] *Ibid.*

[46] *Ibid.*, 189.

[47] *Ibid.*, 187, 189. “A modified rule can usually be justified only by reasoning very similar to that justifying the original rule”. Ver: *Ibid.*, 187. “Instead, I have argued that common law rules are ‘less binding’ than statutory ones for the courts have power to modify them through the rule of distinguishing. They are binding in their essential rationale and as applied to their context”. Ver: *Ibid.*, 189.

[48] *Ibid.*, 187.

[49] *Ibid.*, 189-191. “[...] it is clear that if a court overrules because it thinks it likely (though it is not certain) that the new rule is an improvement, its decision is binding despite the fact that it acted improperly”. Ver: *Ibid.*, 190-191.

[50] *Ibid.*, 190.

[51] *Ibid.*, 191.

[52] *Ibid.*, 189.

[53] *Ibid.*, 189-190.

[54] *Ibid.*, 189.

[55] *Ibid.*

[56] *Ibid.*, 202-204.

[57] *Ibid.*, 202-206.

[58] *Ibid.*, 203.

[59] *Ibid.*, 203, 206.

[60] *Ibid.*, 204-205.

[61] Raz, J., *Ethics in...*, 332-333.

[62] *Ibid.*, 241.

[63] *Ibid.*

[64] *Ibid.*

[65] *Ibid.*

[66] *Ibid.*

[67] *Ibid.*

[68] *Ibid.*

[69] *Ibid.*

[70] *Ibid.*, 239.

[71] Raz, J., *The Authority...*, 187.

[72] *Ibid.*, 203.

[73] *Ibid.*, 187.

[74] Raz, J., *Ethics in...*, 239.

[75] *Ibid.*

[76] Aristóteles, *Ética Nicomáquea*. Trad. J. Pallí Bonet (Gredos, 1985), 1112b12-20. Este pasaje de la *Ética Nicomáquea* puede resultar problemático ya que hace referencia tanto a la acción (praxis) como a la producción (poiēsis), por lo que no queda del todo claro hasta qué punto lo que ocurre con el razonamiento técnico explica lo que sucede en el razonamiento moral. Sin embargo, del pasaje es posible inferir que tanto en la acción como en la producción no se delibera sobre los fines, sin que esto signifique que en otros aspectos la deliberación que se emprende en el ámbito de la acción es la misma a la deliberación que se realiza

en el ámbito de la producción. Ver: Broadie, S., *Ethics with Aristotle* (Oxford University Press, 1991), 186.

[77] Raz, J., *Ethics in...*, 239-41.

[78] Aristóteles, *Ética...*, 1097a15-1097b30. En este pasaje de Aristóteles hemos modificado la traducción de Pallí Bonet en orden a emplear el término “fin” en vez de “función”. Las modificaciones se encuentran entre corchetes.

[79] *Ibid.*, 1140a36-1140b7.

[80] *Ibid.*, 1140a2-1140a7.

[81] Raz, J., *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), 133.

[82] George, R. P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (Oxford University Press, 1995), 164.

[83] Raz, J., *The Morality...*, 133.

[84] Raz, J., *Ethics in...*, 335. Para otra aproximación a este problema ver: Finnis, J., “Natural Law and Legal Reasoning”, en R. P. George, *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford University Press, 1992), 134-157.

[85] Entre ellos, Martha Nussbaum y David Wiggins. Ver: Nussbaum, M. C., *The Fragility of Goodness*, ed. revisada (Cambridge University Press, 2001), 296-7; Wiggins, D., “Deliberation and Practical Reason”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Nro. 76 (1975-1976), 29-51.

[86] Irwin, T., “Aristotle on Reason, Desire, and Virtue”. *The Journal of Philosophy*, Nro. 72 (1975), 567-578; Cooper, J. M., *Reason and Human Good in Aristotle* (Harvard University Press, 1975), 19-22.

[87] Irwin, T., “Aristotle on...”, 571.

[88] Raz, J., *The Morality...*, 200.

[89] Raz, J., *Ethics in...*, 334.

[90] *Ibid.*, 207-208; Raz, J., *The Authority...*, 206-209.

[91] Raz, J., *Ethics in...*, 240-241.

[92] “I have divided legal reasoning into reasoning about the law and reasoning according to law. The first is governed by the sources thesis, the second I believe to be quite commonly straightforward moral reasoning”. Ver: *Ibid.*, 332-333.