

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**



## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

#### **TESIS:**

### **LA PRETENSIÓN DE AUTORIDAD DEL DERECHO: UNA EXPLICACIÓN DEL CARÁCTER AUTORITATIVO DE LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**

Asesora:

**Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**

**Cajamarca, Perú**

**2023**



## **Universidad Nacional de Cajamarca**

“NORTE DE LA UNIVERSIDAD PERUANA”  
Fundada por Ley 140515 del 13 de febrero de 1962

### **Escuela de Posgrado**

El Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, expide la presente:

### **CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD:**

Que el Maestro en Ciencias Mención: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS **JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**, ha sustentado y aprobado su tesis para obtener el Grado de Doctor en Ciencias, Mención Derecho, titulada: **“LA PRETENSIÓN DE AUTORIDAD DEL DERECHO: UNA EXPLICACIÓN DEL CARÁCTER AUTORITATIVO DE LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO EN EL PERÚ”**.

Ha cumplido con los requisitos de originalidad establecidos por la Escuela de Posgrado, para lo cual ha presentado el Reporte de Aplicativo TURNITIN con el 6% de similitud, reporte presentado por su asesora la Dra. Cinthya Cerna Pajares.

Se otorga la presente constancia, a solicitud del interesado para los fines pertinentes.

Cajamarca, 15 de diciembre de 2023

  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA  
Dr. Jorge Luis Salazar Sotolapuca  
Director Unidad de Posgrado  
Facultad de Derecho y CCPP.

COPYRIGHT © 2023 by  
**JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**  
Todos los derechos reservados



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**UNIDAD DE POSGRADO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las 18:20 horas, del día 01 de diciembre del año dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dra. LETICIA NOEMI ZAVALETA GONZALES**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, y en calidad de Asesora la **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **LA PRETENSIÓN DE AUTORIDAD DEL DERECHO: UNA EXPLICACIÓN DEL CARÁCTER AUTORITATIVO DE LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO EN EL PERÚ**; presentada por el Maestro en Ciencias Mención: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS **JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**.

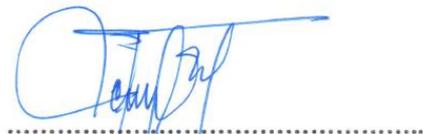
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISIETE (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Maestro en Ciencias Mención: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS **JULIO CÉSAR RUIZ ROSAS**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 19:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dra. Cinthya Cerna Pajares**  
Asesora

  
.....  
**Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Presidente - Jurado Evaluador

  
.....  
**Dra. Leticia Noemi Zavaleta Gonzales**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Jurado Evaluador

A:

Mi madre, de cuyos auténticos cabellos grises  
yo soy una de las principales causas.

## TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO .....	vi
LISTA DE ABREVIACIONES .....	ix
GLOSARIO.....	x
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT .....	xiii
INTRODUCCIÓN .....	xv
CAPÍTULO I .....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	1
1.1.1.Planteamiento del problema .....	1
1.1.2.Formulación del problema .....	3
1.2. JUSTIFICACIÓN .....	3
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA .....	4
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	4
1.4.1.De acuerdo al fin que se persigue .....	4
1.4.2.De acuerdo al diseño de investigación .....	5
A. Explicativo .....	5
B. Propositivo .....	5
1.4.3.De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	6
1.5. HIPÓTESIS.....	6
1.6. OBJETIVOS .....	7
1.6.1.Objetivo general.....	7
1.6.2.Objetivos específicos .....	7
1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....	8
1.7.1.Métodos genéricos .....	8
A. Método analítico – sintético.....	8
B. Método dialéctico .....	9
C. Método deductivo.....	10
1.7.2.Métodos propios del Derecho.....	11
A. Hermenéutica jurídica .....	11
B. Argumentación jurídica .....	11
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	12
1.8.1.Técnicas de investigación.....	12
1.8.2.Instrumentos de investigación .....	13
1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS.....	13

1.10.	POBLACIÓN Y MUESTRA .....	13
1.11.	ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	13
	<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>17</b>
	<b>MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>17</b>
2.1.	MARCO IUSFILOSÓFICO .....	17
2.2.	IUSNATURALISMO VERSUS POSITIVISMO: UN EXAMEN DE ARGUMENTOS PARA LA DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO .....	23
2.2.1.	Positivismos jurídico .....	24
	A. Positivismos metodológico .....	27
	B. El positivismo como ideología .....	28
	C. El positivismo como teoría .....	30
	D. La polémica iusnaturalista respecto al positivismo jurídico .....	31
2.2.2.	Definición de la corriente positivista en esta tesis .....	35
2.2.3.	Metaética como justificación de los juicios morales .....	36
	A. El cognitivismo o descriptivismo .....	37
	B. No cognitivismo .....	38
2.2.4.	Relativismo metaético .....	40
2.2.5.	Excursus sobre objetivismo y relativismo moral .....	42
2.2.6.	Aportes de la neurociencia a la comprensión de la conducta moral .....	44
2.2.7.	Metaética y positivismo jurídico excluyente .....	49
2.3.	LAS NORMAS JURÍDICAS Y SU FUNCIÓN EXCLUYENTE EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO .....	50
2.3.1.	Normas jurídicas y razones para la acción .....	54
2.3.2.	Teoría analítica del Derecho según John Austin .....	54
2.3.3.	Teoría analítica del Derecho según Hart .....	56
2.3.4.	Tesis analítica del Derecho según Joseph Raz .....	61
2.3.5.	Razones protegidas y razonamiento práctico .....	64
2.3.6.	Las razones para la acción como razones protegidas y su función excluyente en el razonamiento práctico .....	67
2.4.	EL CONCEPTO DE AUTORIDAD .....	71
2.4.1.	Las paradojas de la autoridad .....	74
2.5.	PRECEDENTE VINCULANTE .....	80
2.5.1.	El precedente vinculante en el sistema de <i>common law</i> .....	83
2.5.2.	El precedente constitucional como regla autoritativa jurisdiccional excluyente: análisis conceptual .....	85
2.5.3.	Precedente constitucional como regla excluyente y autonomía judicial .....	92

<b>CAPÍTULO III</b> .....	100
<b>CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS</b> .....	100
<b>3.1. LA AUTORIDAD PRÁCTICA DEL DERECHO Y EL MODELO DE REGLAS COMO RAZONES EXCLUYENTES</b> .....	100
<b>3.2. TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES DEL DERECHO</b> .....	106
<b>3.3. LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL</b> .....	110
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	116
<b>PROPUESTA TEÓRICA</b> .....	116
<b>CONCLUSIONES</b> .....	121
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	123
<b>LISTA DE REFERENCIAS</b> .....	124

## LISTA DE ABREVIACIONES

PV: Precedente vinculante.

RA: Razón absoluta.

RD: Razón dependiente.

RE: Razones excluyentes.

RP: Razones protegidas.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC: Tribunal Constitucional.

TD: Tesis de la dependencia.

TNJ: Tesis normal de justificación.

## GLOSARIO

**Regla de reconocimiento.** Desde una perspectiva fáctica, establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas en un sistema jurídico.

**Razón protegida.** Son razones de primer orden para actuar de determinada manera, y de segundo orden, al excluir cualquier consideración adicional contra la acción exigida por la norma.

**Autoridad legítima práctica.** Es aquella autoridad que además de asumirse como tal, proporciona a sus súbditos razones para la acción que son excluyentes.

**Razón excluyente.** Son razones de segundo orden que excluye el actuar en base a razones de primer orden (por ejemplo: razones prudenciales o morales).

## RESUMEN

*Prima facie*, el ordenamiento jurídico peruano reconoce la facultad del Tribunal Constitucional para crear normas autoritativas generales mediante precedentes vinculantes. Sin embargo, existe un problema, pues el máximo intérprete de la Constitución no ha desarrollado una teoría que explique de manera satisfactoria el carácter autoritativo de esta pretensión, que además sea compatible con la autonomía de los jueces para reducir o ampliar el contenido de las reglas creadas a través de precedentes constitucionales cuando se encuentre razones que excedan su poder normativo.

Por esta razón, el propósito de esta investigación fue construir una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho<sup>1</sup> que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y, la autonomía judicial en la creación del Derecho en el ordenamiento jurídico peruano.

En ese sentido, se formuló la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son los fundamentos iusfilosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú? La respuesta a esta interrogante, se sustentó en tres argumentos: a) la autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes, b) la tesis de las fuentes sociales del Derecho y c) la separación conceptual entre Derecho y moral.

---

<sup>1</sup> Utilizaremos la primera letra de la palabra Derecho con mayúscula para referirnos al Derecho como institución jurídica y diferenciarlo del derecho como obligación intersubjetiva.

En base a dicho análisis conceptual, se demostró que la reconstrucción iusfilosófica de las fuentes del Derecho, intrínsecamente relacionada con cada uno de los argumentos propuestos en la hipótesis, se sustenta en una tesis metaética no cognitivista de la moral. Los métodos generales de investigación utilizados para su demostración fueron: el analítico -sintético, dialéctico y deductivo, y los métodos específicos: hermenéutica jurídica, argumentación jurídica.

**Palabras claves:** precedente vinculante, pretensión de autoridad, autoridad práctica del Derecho, fuentes del Derecho, razones excluyentes, conexión conceptual entre Derecho y moral.

## ABSTRACT

*Prima facie, the Peruvian legal system recognizes the power of the Constitutional Court to create general authoritative norms through binding precedents. However, there is a problem, since the highest interpreter of the Constitution has not developed a theory that satisfactorily explains the authoritative nature of this claim, which is also compatible with the autonomy of judges to reduce or expand the content of the rules. created through constitutional precedents when there are reasons that exceed their normative power.*

*For this reason, the purpose of this investigation was to build a ius-philosophical definition of sources of Law that allows affirming the claim of authority of constitutional precedents as excluding reasons in practical reasoning and judicial autonomy in the creation of Law in the legal system peruvian.*

*In this sense, the following research question was formulated: what are the legal-philosophical foundations that support the reconstruction of the definition of sources of Law that allow affirming the claim to authority of constitutional precedents as excluding reasons in practical reasoning and, the judicial autonomy in the application of law in Peru? The answer to this question was based on four arguments: a) the practical authority of Law and the model of rules as exclusive reasons, b) the thesis of the social sources of Law, and c) the conceptual separation between Law and morality.*

*Based on this conceptual analysis, it was shown that the legal-philosophical reconstruction of the sources of Law, intrinsically related to each of the arguments proposed in the hypothesis, is based on a non-cognitivist metaethical thesis of morality. The general research methods used for its demonstration were: the*

*analytical-synthetic, dialectical and deductive, and the specific methods: legal hermeneutics, legal argumentation.*

**Keywords:** *binding precedent, claim of authority, practical authority of law, sources of law, exclusive reasons, conceptual connection between law and moral.*

## INTRODUCCIÓN

La teoría del Derecho tiene como objetivo ofrecer recursos teóricos y metodológicos para comprender los aspectos fundamentales de la práctica jurídica que se desea investigar, así como para realizar un análisis crítico de problemas jurídicos concretos.

La teoría del Derecho engloba dos categorías principales de actividades: aquellas teóricas y conceptuales que proporcionan herramientas para analizar problemas generales, y aquellas dirigidas a resolver problemas específicos. La distinción entre estas dos actividades es complicada y la capacidad para diferenciarlo es un asunto filosófico crucial. Sin duda, esta tensión está presente en la investigación que aquí realizamos.

El tema de esta investigación surge de una discusión local que afecta a problemas generales que no son exclusivos de la práctica constitucional peruana. En diferentes sistemas jurídicos, especialmente en aquellos que tienen un control judicial de la constitución existe preocupación por el papel que desempeñan las normas judiciales en la interpretación y aplicación de la constitución, especialmente si se relaciona con el poder del Tribunal Constitucional para crear normas generales como razones excluyentes en el razonamiento práctico, y su posición como fuente de Derecho.

Esto generó la formulación de las siguientes interrogantes, las cuales se resumieron adecuadamente en la definición del problema de investigación: ¿en qué sentido podemos decir que el Tribunal Constitucional peruano crea reglas jurídicas de carácter *erga omnes*?; ¿cómo se pueden identificar estas reglas?; ¿el reconocimiento de la creación de precedentes constitucionales implica que sean legales y excluyentes?; ¿cuál es el fundamento de la obligatoriedad de los

precedentes constitucionales?; y, ¿cuál es el modelo de razonamiento jurídico que explica mejor la aplicación del Derecho basado en precedentes como razones excluyentes en el razonamiento práctico?

En torno a estos temas se ha desarrollado una teoría del precedente constitucional. El precedente constitucional (PC) es una norma general creada por el Tribunal Constitucional (TC) que tiene la capacidad de obligar a los jueces en la toma de decisiones en casos futuros. La teoría del PC se centra en tres aspectos: 1) la creación judicial del Derecho por parte del Tribunal Constitucional, 2) la identificación del PC como una razón de autoridad que obliga a las personas a comportarse de acuerdo con la regla de precedente, aunque no estén de acuerdo, y 3) la función normativa de los PC al guiar la conducta de las personas como razones excluyentes en el razonamiento práctico.

Sobre la base de las ideas expuestas por Joseph Raz (1991, pp. 39-54), se sostiene que los precedentes vinculantes actúan como reglas de autoridad y desempeñan un papel excluyente en el razonamiento práctico. Sin embargo, esta explicación ha recibido dos críticas fundamentales.

La primera crítica argumenta que los precedentes son ambiguos, es decir, no es posible encontrar en ellos un contenido jurídico claro que pueda ser explicado mediante el modelo de reglas excluyentes. *Ergo*, el intérprete debe recurrir a consideraciones morales para justificar cualquier precedente (Lamoud, 2006).

La segunda crítica sostiene que el modelo de reglas excluyentes no puede explicar cómo se puede distinguir un precedente cuando existen razones para reducir o ampliar su contenido semántico. Distinguir implica no seguir un precedente, incluso si los hechos del último caso se encuentran dentro del alcance del caso anterior. Aunque la decisión en este último caso pueda ser la misma, el tribunal posterior

tiene la libertad de no seguir el caso anterior, señalando alguna diferencia fáctica entre los dos casos, aunque estos hechos no figuren dentro del alcance de la regla excluyente (Perry, 1987, pp. 215-257).

Por esta razón, se argumenta que existe una contradicción entre el carácter general de las reglas creadas a través de precedentes y la capacidad de los jueces para apartarse de ellas, haciendo distinciones que van más allá de las reglas excluyentes.

Basándose en estas ideas, esta investigación aborda cuatro temas importantes: 1) cómo es que los PC como razones excluyentes en el razonamiento práctico definen la forma en que se debe actuar, independientemente de consideraciones individuales sobre el contenido de la conducta requerida; 2) la factibilidad de que los PC sean reglas imperativas y que los jueces tengan la facultad de limitar o extender su alcance; 3) la posibilidad de entender los PC sin tener en cuenta consideraciones morales; y 4) las relaciones entre la autoridad de los precedentes como razones excluyentes en el razonamiento práctico y el concepto de fuente del Derecho que determina su existencia.

Es por eso, que el propósito de esta investigación fue explicar la naturaleza normativa de los PC, estableciendo los fundamentos y límites de su pretensión de autoridad normativa. A partir de esto, también se buscó determinar los fundamentos filosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de las fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú.

Con este fin, en el capítulo I se abordaron los aspectos metodológicos del trabajo de investigación, mientras que en el capítulo II se desarrolló el marco iusfilosófico

sustentando en el positivismo jurídico excluyente. Se analizaron los principales conceptos doctrinales relacionados con el tema de investigación, tales como: tesis de las fuentes sociales del Derecho, precedente vinculante, la separación conceptual entre Derecho y moral, teorías metaéticas de la moral, autoridad práctica del Derecho y pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales. Asimismo, se desarrolló los principios conceptuales detrás de la teoría de la autoridad del Derecho como razón excluyente de Joseph Raz, en particular su idea de razones protegidas. Se establecieron ciertos límites a esta idea, necesarios para abordar el problema de la normatividad del PC como una razón excluyente en el razonamiento práctico y la facultad de los jueces para distinguirlo.

Además, es importante resaltar que a lo largo de toda la investigación se analizaron los problemas teóricos relacionados con la autoridad práctica de los precedentes constitucionales y su impacto en la teoría de las fuentes del Derecho. En el capítulo III se desarrolló la contrastación hipótesis, mientras que en el capítulo IV se propuso la reconstrucción iusfilosófica de las fuentes del Derecho que demuestre la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico, así como la autonomía de los jueces en la aplicación del Derecho en el Perú. Por último, se presentaron las conclusiones y recomendaciones.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

En este capítulo se desarrollan los aspectos metodológicos de la tesis. Se inicia con el planteamiento, formulación y justificación del problema, luego hacemos referencia al tipo de investigación, hipótesis, objetivos, métodos de investigación, técnicas e instrumentos de investigación, para terminar con el estado de la cuestión.

#### 1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

##### 1.1.1. Planteamiento del problema

La tesis que se pretende defender parte de la premisa de que la interpretación y creación judicial del Derecho es una responsabilidad inherente a la labor del juez, ya que, debe resolver los conflictos de interés sometidos a su conocimiento. Esta facultad directamente relacionada con la potestad soberana del Poder Judicial para administrar justicia (artículo 138 de la Constitución Política), no constituye una potestad exclusiva *prima facie*. También es ejercida por el Tribunal Constitucional, en tanto le corresponde dirimir en última instancia los procesos constitucionales regulados en el artículo 202 de la Carta Magna, como supremo intérprete de la Constitución.

De ahí la importancia de comprender el valor obligatorio de los precedentes constitucionales como reglas que excluyen argumentos en la toma de decisiones judiciales, su condición de fuente del Derecho y su relación con la autonomía judicial en la aplicación del Derecho.

Entender la relación entre los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y la facultad de los jueces para modificar el significado de la regla vinculante, es sumamente significativo en la práctica judicial.

Una crítica tradicional a la idea de que los precedentes sean considerados como reglas autoritativas, es que no pueden explicar la capacidad de distinguir. Se argumenta que la facultad de distinguir, contradice la naturaleza de las reglas como razones excluyentes.

En ese sentido, se plantea como problema principal determinar si es verdad que los precedentes son completamente indeterminados, es decir, que no exista forma de comprender las reglas de manera autónoma, lo que impediría que el modelo de reglas explique la naturaleza normativa de los precedentes. Además, se cuestiona si la facultad de distinguir los precedentes implica que estos no sean excluyentes.

El problema radica en que el Tribunal Constitucional no ha desarrollado una teoría que explique su pretensión de autoridad para crear normas de carácter general a través de precedentes vinculantes. Lo cual implica, reconstruir una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico compatible con la autonomía de los jueces en la creación del Derecho, sin que ello

signifique, necesariamente, recurrir a razones morales objetivas que lo justifiquen.

Todo esto, con el objeto de evitar incoherencias que generen la imprevisibilidad de los fallos judiciales y, consecuentemente, la inseguridad jurídica en los justiciables. Se plantea entonces la siguiente pregunta de investigación.

### **1.1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son los fundamentos iusfilosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú?

## **1.2. JUSTIFICACIÓN**

El aporte teórico de la investigación llenará un vacío interpretativo en relación a las fuentes del Derecho, la teoría metaética de la moral, la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y, la autonomía de los jueces en la adjudicación del Derecho, que dotará al sistema jurídico peruano de mayor coherencia y previsibilidad en la resolución de los fallos judiciales. El sistema jurídico funcionará mejor si es coherente, ya se trate de coherencia lógica, de coherencia lingüística o de coherencia al regular tal o cual materia.

El problema en estudio encuentra sustento en la seguridad jurídica, al ser uno de los pilares que sostienen el Derecho contemporáneo. Cuando

aparecen tratamientos incongruentes ante una misma figura, contradicciones teóricas en la definición de un mismo concepto (fuentes del Derecho) por un mismo órgano constitucional (Tribunal Constitucional). Esta seguridad se quiebra hasta el punto de incrementar la desconfianza en nuestros órganos jurisdiccionales (Tribunal Constitucional), y en nuestro sistema judicial en general.

De esta manera, al proponer una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía de los jueces en la adjudicación del Derecho en el Perú. Se pretende cerrar una brecha interpretativa, que dará al sistema jurídico una mayor coherencia y previsibilidad.

### **1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

Al tratarse de una investigación de contenido iusfilosófico, no presenta limitaciones de tiempo y espacio.

### **1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.4.1. De acuerdo al fin que se persigue**

La presente investigación es básica, su propósito es reconstruir una definición específica de fuentes del Derecho que nos permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico compatible con la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú.

Dentro de este marco, teniendo como base el análisis de las doctrinas positivistas excluyente e incluyente, se estudió conceptos importantes de fuente del Derecho y metaética moral. Asimismo, se

analizaron concepciones paradigmáticas de precedente vinculante, pretensión de autoridad del Derecho, modelo de reglas como razones excluyentes en el razonamiento práctico y autonomía judicial.

#### **1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación**

##### **A. Explicativo**

La investigación jurídica explicativa se utiliza con frecuencia para proporcionar una explicación objetiva de las relaciones, descripciones y observaciones de los problemas jurídicos identificados durante la investigación (Salazar, 1998, p. 55). En esa perspectiva, a través de la argumentación jurídica se explicó los fundamentos iusfilosóficos para la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía de los jueces en la aplicación del Derecho en el Perú.

##### **B. Propositivo**

Una tesis jurídico propositiva tiene por objeto elaborar propuestas doctrinales, argumentativas, iusfilosóficas, o reformas legislativas, inspirándose en la realidad socio jurídica (Suyo, 2004, p. 153). De acuerdo con esta definición, el alcance de la tesis es propositiva. Se propone una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento

práctico; y, la autonomía de los jueces en la adjudicación del Derecho en el sistema jurídico peruano.

La reconstrucción propuesta, se fundamenta en una tesis metaética no cognitiva de moral, cuyos parámetros filosóficos están relacionados con la filosofía analítica del Derecho, centrada en el análisis lingüístico de estructuras conceptuales del Derecho ajenas a valoraciones morales absolutas.

#### **1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

La presente investigación se basa en un enfoque cualitativo, utilizando la argumentación e interpretación jurídica y el análisis iusfilosófico se identificó, formuló y resolvió el problema. Se utilizó el método hermenéutico, analítico-sintético y dialéctico para reconstruir críticamente la definición de fuentes del Derecho, autonomía judicial, razonamiento práctico, razones excluyentes, metaética moral y la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales.

#### **1.5. HIPÓTESIS**

Los fundamentos iusfilosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú, son:

- a. La autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes.
- b. La tesis de las fuentes sociales del Derecho.
- c. La separación conceptual entre Derecho y moral.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. Objetivo general**

Determinar los fundamentos iusfilosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú.

### **1.6.2. Objetivos específicos**

- a) Analizar la doctrina y las escuelas filosóficas positivistas excluyente e incluyente, que desarrollan el concepto de fuentes del Derecho a partir de la relación entre Derecho y moral.
- b) Explicar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico, siguiendo la teoría del modelo de reglas y la autoridad práctica del Derecho de Joseph Raz.
- c) Explicar la relación entre pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y el concepto de fuente del Derecho que determina su existencia.
- d) Construir una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú.

## **1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.7.1. Métodos genéricos**

#### **A. Método analítico – sintético**

El análisis se refiere a la acción de dividir un objeto o fenómeno en sus elementos constitutivos para comprender cada uno de ellos. Por otro lado, la síntesis se refiere al proceso de reunir las partes del objeto o fenómeno y comprender las relaciones internas y externas entre sus elementos, que lo distinguen de otros objetos o fenómenos. Estos dos métodos se complementan mutuamente (Zelayarán, 1997, p. 148).

La combinación de los métodos analíticos y sintéticos se basa en el hecho de que el uso de uno implica necesariamente el uso del otro. Analizar significa dividir un objeto para examinarlo en segmentos. Cuando hemos entendido todas las partes en forma individual, los elementos separados se sintetizan y reensamblan, se ordena la información, y se extrae una conclusión en la que hacemos una afirmación en forma generalizada respecto al objeto de estudio (Salazar, 1998).

Así pues, a fin de reconstruir la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú, se analizó conceptos esenciales, como: fuentes sociales del Derecho, teorías metaéticas de la moral, autoridad práctica del Derecho, modelo de reglas como razones excluyentes,

precedente vinculante, pretensión de autoridad del Derecho, conexión contingente y conexión necesaria entre Derecho y moral.

Una vez comprendido cada uno de estos conceptos en forma segmentada, se sintetizó (unir y recomponer) la información y se desarrolló un nuevo concepto de fuente del Derecho para demostrar la hipótesis formulada.

## **B. Método dialéctico**

La dialéctica busca generar nuevas ideas al presentar una afirmación o tesis y luego confrontarla con una antítesis o tesis contraria, para finalmente llegar a una síntesis que englobe un nuevo concepto, más elevado y enriquecido, rescatando para sí lo verdadero de los momentos anteriores (Zelayarán, 1997, p. 87). Siguiendo el método dialéctico, con el objeto de reconstruir la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú. Se planteó como tesis, el positivismo jurídico excluyente, como teoría iusfilosófica que justifica el modelo autoritativo de regla excluyente de los precedentes vinculantes en el razonamiento práctico. El positivismo jurídico excluyente afirma que la existencia y el contenido del Derecho dependen únicamente de hechos sociales, no de contenidos morales objetivos. Si se prefiere, sólo se considera Derecho aquello que derive de hechos sociales

verificables. No existe conexión conceptual o empírica necesaria entre Derecho y moral objetiva. La moral no condiciona la validez del Derecho.

La antítesis, lo constituyó el positivismo jurídico incluyente, el cual defiende una conexión necesaria entre Derecho y moral objetiva. Según este enfoque, la existencia y el contenido del Derecho se determinan no solo por hechos sociales, sino también por elementos morales objetivos que condicionan su existencia. En términos convencionales, la moral se considera como una fuente de corrección del Derecho.

Finalmente, bajo una nueva estructura simplificada de la tesis y la antítesis, pero con la profundidad requerida, el trabajo de investigación sintetizó la reconstrucción de un nuevo concepto de fuente del Derecho, en base a pretensiones teóricas acordes con esquemas metodológicos propios del positivismo jurídico excluyente, como una teoría descriptiva y general del Derecho, sustentada en la tesis de las fuentes sociales con su corolario de neutralidad axiológica, la separación entre el Derecho y la moral (tesis metaética no cognitiva de la moral), la autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes.

### **C. Método deductivo**

En la investigación jurídica conceptual, el uso del método deductivo implica el análisis de teorías y conceptos generales para extraer conclusiones específicas. “Se realiza, tomando como fundamento algunos principios generales que son aplicables para

inferir conclusiones particulares” (Armenta, 1999, p. 73). En este sentido, el análisis de conceptos generales relacionados con las teorías jurídicas positivistas excluyente e incluyente, razonamiento práctico, regla excluyente, pretensión de autoridad y metaética, fueron relevantes en la obtención de conclusiones específicas para demostrar la hipótesis planteada y de gran ayuda en la reconstrucción de una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía de los jueces en la adjudicación del Derecho en el Perú.

### **1.7.2. Métodos propios del Derecho**

#### **A. Hermenéutica jurídica**

El papel de la interpretación jurídica fue relevante para aclarar el concepto iuspositivista de las fuentes del Derecho en sus diferentes versiones excluyente e incluyente. También fue importante para entender los precedentes constitucionales como reglas excluyentes en el razonamiento práctico, la autoridad del Derecho, las fuentes sociales del Derecho, la objetividad moral y la autonomía judicial en la aplicación del Derecho.

#### **B. Argumentación jurídica**

En base a este método, se reconstruyó una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho compatible con la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico, y la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú.

Esto, previo análisis de la doctrina y las escuelas positivistas excluyente e incluyente, la identificación de vacíos en la definición de moral y contradicciones en el razonamiento del Tribunal Constitucional para identificar el valor *erga omnes* de sus sentencias vinculantes y su posición en la estructura de las fuentes del Derecho, que justifique su pretensión de autoridad en el razonamiento práctico desde el modelo de reglas.

## **1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

Según lo expuesto por Zelayarán (1997), las técnicas de investigación científica engloban todos los recursos utilizados para recolectar y analizar datos. Por otro lado, los instrumentos de investigación se refieren a los medios físicos empleados para registrar la información recolectada, para su posterior análisis por parte del investigador (pp. 149-152).

### **1.8.1. Técnicas de investigación**

- a) Análisis documental: esta técnica se utilizó en la labor de análisis e interpretación de la información obtenida en documentos importantes buscando identificar los principales conceptos y argumentos expuestos en ellos. En la presente investigación se analizó el contenido documental de conceptos doctrinales y teóricos clave, como: fuentes sociales del Derecho, autoridad práctica del Derecho, metaética moral, modelo de reglas como razones excluyentes, precedente vinculante, pretensión de autoridad del Derecho, conexión contingente y conexión necesaria entre Derecho y moral. Estos datos documentales, jugaron un rol importante en la reconstrucción de los

fundamentos jurídicos iusfilosóficos que demuestran la hipótesis planteada.

- b) Sistematización bibliográfica, facilita la recopilación bibliográfica de los datos identificados en la investigación (Zelayarán, 1997). Este método, fue de utilidad al momento de identificar los datos bibliográficos del material de estudio, especialmente libros y artículos de revistas electrónicas, relacionados con la hipótesis de trabajo.

#### **1.8.2. Instrumentos de investigación**

- a) Como instrumento de la técnica de análisis documental, se utilizó el registro de anotaciones.
- b) Como instrumento de la técnica de sistematización bibliográfica, se empleó fichas de trabajo bibliográfico.

### **1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS**

En la presente investigación no se consideró unidad de análisis, por tratarse de una investigación cualitativa.

### **1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA**

Por tratarse de una investigación teórica iusfilosófica, no fue necesario utilizar universo y muestra para demostrar la hipótesis planteada.

### **1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Los trabajos de investigación que se citan a continuación servirán como fuente de información, sin embargo, se precisa que éstos, no consideraron en su análisis la problemática de las fuentes del Derecho desde la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico, la metaética; y, la autonomía

judicial en la aplicación del Derecho. Este estudio de investigación se ocupa de la temática mencionada.

Ruiz Rosas, Julio César, tesis titulada “Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y la reformulación de la teoría clásica de las fuentes del Derecho Peruano”, para optar el Grado Académico de Maestro en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Nacional de Cajamarca (Rosas, 2019). Esta tesis concluye que la reformulación de la teoría clásica de las fuentes del Derecho peruano que incluya a los precedentes constitucionales como fuente principal del Derecho, sin desnaturalizar su naturaleza positivista, se sustenta en la regla de reconocimiento hartiana, la discrecionalidad judicial y la textura abierta del Derecho.

Terán Ramírez, Teresa Ysabel, tesis titulada “Fundamentos jurídicos para la inaplicabilidad del precedente vinculante constitucional en el Perú”, para optar el Grado Académico de Doctor en Ciencias, mención Derecho. Universidad Nacional de Cajamarca (Ramírez, 2019). En base a los principios derechos de independencia judicial; respeto al estado constitucional de Derecho, y sometimiento del juez a la Constitución, esta tesis propone que el precedente constitucional no debe ser obligatorio.

Morales Saravia, Francisco, tesis titulada “El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú”, para optar el grado académico de Magister en Derecho. Pontificia Universidad Católica de Perú (Saravia, 2016). La conclusión a la que arriba esta tesis, es que, el Tribunal Constitucional siguiendo los modelos de referencia de EE.UU. y Colombia, debería cambiar su interpretación y práctica de un

precedente rígido y autoritario a uno flexible, limitando su actuación únicamente a cuestiones constitucionales.

Sánchez Sánchez, Wilson, tesis titulada “La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional: Problema y soluciones”, para optar el grado académico de Magister en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, (Sánchez, 2013). Esta investigación propone la creación de un órgano superior encargado de la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional y la tipificación de sanciones en caso de retraso por parte de la judicatura.

Cruzado Edward, Alexander Dyer, tesis titulada “Una historia de desconfianza: el precedente constitucional a través del análisis cultural del Derecho”, para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, (Cruzado, 2014). La conclusión a la que arriba esta tesis, es que, el precedente constitucional obedece a un formalismo legal concatenado a factores inherentes a nuestra cultura jurídica de *civil law*, sin embargo, se debe tener en cuenta un punto común con el *common law*: la desconfianza en el juez ordinario.

Morocco Colque, Edwin Adolfo, tesis titulada “El overruling en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano y su incidencia en los derechos fundamentales”, para optar el título profesional de Abogado. Universidad Privada del Norte, (Colque, 2016). La conclusión de este trabajo de investigación, es que, las afectaciones resultantes de la aplicación del *overruling* en los precedentes vinculantes y los derechos fundamentales, debe estar limitado por la teoría de los derechos

fundamentales, y las consideraciones de especialistas en las áreas del Derecho Constitucional y procesal constitucional.

Finalmente, Rivera Delgado, José Carlos, tesis titulada “Posibilidad de apartamiento de precedentes vinculantes, por parte de los jueces del Poder Judicial, Arequipa 2017”, para optar por el título de abogado. Universidad Católica de Santa María (Delgado, 2017). Este trabajo concluye que el precedente no es absoluto, por esta razón, el juez una vez valorado los hechos del caso, puede determinar su aplicación y apartarse del mismo de considerarlo necesario. El precedente no puede restar funciones jurisdiccionales.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

La interpretación y creación judicial del Derecho es inherente a la labor del juez ya que tienen la responsabilidad de resolver los conflictos de interés que se les presentan. Esta facultad directamente relacionada con la potestad soberana del Poder Judicial para administrar justicia (artículo 138 de la Constitución Política), no constituye una potestad exclusiva *prima facie*. También es ejercida por el Tribunal Constitucional, en cuanto le corresponde dirimir en última instancia los procesos constitucionales regulados en el artículo 202 de la Constitución en su condición de supremo intérprete de la misma. Por tanto, es necesario determinar el valor vinculante de sus sentencias, su posición como fuente del Derecho, su pretensión de autoridad y su relación con la autonomía judicial en la aplicación del Derecho.

Partiendo de estos supuestos, el objeto del presente trabajo de investigación fue construir una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; compatible con la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el sistema jurídico peruano, sin que ello, signifique necesariamente recurrir a razones morales objetivas que lo justifiquen.

En torno a estos temas se ha desarrollado una teoría del precedente constitucional. El precedente constitucional (PC) es una norma general creada por el Tribunal Constitucional (TC) que tiene la capacidad de obligar

a los jueces en la toma de decisiones en casos futuros. La teoría del PC se centra en tres aspectos: 1) la creación judicial del Derecho por parte del Tribunal Constitucional, 2) la identificación del PC como una razón de autoridad que obliga a las personas a comportarse de acuerdo con la regla de precedente, aunque no estén de acuerdo, y 3) la función normativa de los PC al guiar la conducta de las personas como razones excluyentes en el razonamiento práctico.

Sobre la base de las ideas expuestas por Joseph Raz (1991, pp. 39-54), se sostiene que los precedentes vinculantes actúan como reglas de autoridad y desempeñan un papel excluyente en el razonamiento práctico. Sin embargo, esta explicación ha recibido dos críticas fundamentales.

La primera crítica argumenta que los precedentes son ambiguos, es decir, no es posible encontrar en ellos un contenido jurídico claro que pueda ser explicado mediante el modelo de reglas excluyentes. *Ergo*, el intérprete debe recurrir a consideraciones morales para justificar cualquier precedente (Lamoud, 2006).

La segunda crítica sostiene que el modelo de reglas excluyentes no puede explicar cómo se puede distinguir un precedente cuando existen razones para reducir o ampliar su contenido semántico. Distinguir implica no seguir un precedente, incluso si los hechos del último caso se encuentran dentro del alcance del caso anterior. Aunque la decisión en este último caso pueda ser la misma, el tribunal posterior tiene la libertad de no seguir el caso anterior, señalando alguna diferencia fáctica entre los dos casos, aunque estos hechos no figuren dentro del alcance de la regla excluyente (Perry, 1987, pp. 215-257).

Por esta razón, se argumenta que existe una contradicción entre el carácter general de las reglas creadas a través de precedentes y la capacidad de los jueces para apartarse de ellas, haciendo distinciones que van más allá de las reglas excluyentes.

Por consiguiente, uno de los asuntos a resolver en esta investigación es: ¿en qué sentido se puede afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico, que exige a los jueces que los sigan de forma obligatoria; asimismo, reconocer la existencia de razones para apartarse de su alcance e incluso la facultad de modificar su significado?

A partir de las ideas presentadas, la investigación aborda cuatro temas de gran importancia: 1) cómo es que los PC como razones excluyentes en el razonamiento práctico definen la forma en que se debe actuar, independientemente de consideraciones individuales sobre el contenido de la conducta requerida; 2) la factibilidad de que los PC sean reglas imperativas y que los jueces tengan la facultad de limitar o extender su alcance; 3) la posibilidad de entender los PC sin tener en cuenta consideraciones morales; y 4) las relaciones entre la autoridad de los precedentes como razones excluyentes en el razonamiento práctico y el concepto de fuente del Derecho que determina su existencia.

Se toma como base de estudio, una versión específica del positivismo jurídico excluyente como teoría para entender el Derecho y su relación con la moral. Según esta teoría, la separación entre el Derecho y la moral se explica mejor a través de la tesis de las fuentes sociales. Lo que se considera y lo que no se considera Derecho es una cuestión de hechos

sociales. La existencia y contenido del Derecho se determina únicamente mediante hechos sociales, sin necesidad de consideraciones morales (Raz, 1982, pp. 57 y 77).

Según Joseph Raz (2011), es contradictorio desde un punto de vista conceptual incluir principios morales en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico (pp. 57-75). Para él, es necesario excluir consideraciones morales al identificar tanto la existencia como el contenido del Derecho. La validez jurídica, entendida como la identificación de las reglas que pertenecen al sistema, no puede depender de criterios morales, sino únicamente de hechos sociales. Según este enfoque, la identificación del Derecho puede realizarse sin tener en cuenta lo que debería ser, por lo tanto, las razones morales no tienen influencia en la determinación de la existencia y contenido del Derecho (Róndenas, 2003, pp. 417- 418).

La relación entre moral y Derecho se centra en la cuestión de ¿si una norma jurídica debe necesariamente obedecer a una moral objetivamente correcta para ser considerada válida? Para abordar esta pregunta, se priorizará la idea de que las fuentes sociales son el mejor criterio para determinar la existencia y el contenido del Derecho, y la doctrina de la autoridad legítima como base para entender la naturaleza del Derecho. El objetivo es analizar los principales vínculos conceptuales entre Derecho y la moral según la tesis de Joseph Raz y explicar el problema filosófico de la normatividad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico.

El núcleo de la defensa se sostiene en el examen de los diferentes tipos y conceptos de moral considerados relevantes para identificar las fuentes del

Derecho (tesis metaética). La discrepancia entre diversos enfoques de positivismo jurídico radica en las distintas interpretaciones de la tesis de las fuentes del Derecho (Bulygin, 2006, p. 41-44). Mientras que una versión sostiene que la moral puede determinar la existencia y el contenido del Derecho, la otra sostiene que esto no puede ser el caso. La primera versión del iuspositivismo se conoce como incluyente o incorporacionista, y la segunda como excluyente (Cano, 2008, pp. 23-24).

El positivismo jurídico excluyente no hace más que excluir del campo de la identificación de lo jurídico, lo que otros positivismos incluyen, la moral. Puede parecer absurdo sostener la tesis de que la inclusión de un concepto moral en una norma jurídica tiene por objeto excluir la moral. Lo que se quiere decir no es que cuando se incluye un término moral en una norma jurídica, esa norma pretenda excluir la moral en la resolución de un caso, sino que, para identificar la norma que incorpora la referencia moral no es necesario recurrir a argumentos morales objetivos, pues ésta ya se contiene en una fuente. Para identificar el contenido del concepto moral, el operador jurídico debe ir más allá de los límites de lo jurídico, recurrir a argumentos extrajurídicos. Un operador jurídico puede recurrir a argumentos morales, únicamente si se considera que está ejerciendo su discreción judicial (Cano, 2008, pp. 198-199).

En definitiva, la diferencia entre positivismo jurídico excluyente e incluyente es clara. Desde la perspectiva excluyente, cuando las fuentes del Derecho no sean suficientes para resolver el caso, el juez en ejerciendo de su discreción podrá recurrir a la moral — moral reducible a hechos sociales verificables — para solucionarlo y, reconocer que está aplicando

estándares extrajurídicos, pues tales conceptos exceden los límites del Derecho. *Contrario sensu*, desde la perspectiva incluyente, el juez no tiene que acudir a contenidos extrajurídicos para solucionar el caso, ya que la moral *per se* forma parte del sistema jurídico (Cano, 2008, p. 200).

Cano (2013, pp. 83-126) defiende una versión del positivismo excluyente basada en el positivismo suave de Hart. Para este autor la versión incluyente no constituye una teoría iuspositivista, puesto que se adscribe a un tipo de moral objetiva. La moral objetiva se define como un conjunto de principios verdaderos que son correctos en sí mismos, independientemente de lo que los individuos consideren al respecto; no admite verificación empírica al no poder reducirse a hechos.

Podemos distinguir entre tres tipos de moral: 1) La moral subjetiva, que se refiere a los principios de comportamiento de cada individuo con respecto a su idea de lo que está bien y mal, 2) La moral social, que se refiere a los principios de comportamiento de un grupo específico basados en su idea de lo que está bien y mal, 3) La moral objetiva, que se refiere a un conjunto de principios universalmente válidos y justos *per se*, independientes de las opiniones subjetivas de las personas.

Las definiciones morales en los dos primeros tipos se pueden reducir a hechos comprobables. Es posible verificar empíricamente lo que un individuo o grupo considera moralmente correcto o incorrecto. Si esto es así, los hechos sociales dependen de la moral personal o social, ya que son determinados por las creencias y valores de las personas (Cano, 2013, pp. 83-126).

En ese sentido, el objetivo del presente trabajo de investigación fue reconstruir una definición iusfilosófica de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el sistema jurídico peruano, teniendo como base tres criterios: a) la autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes, b) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, y c) la separación conceptual entre Derecho y moral.

## **2.2. IUSNATURALISMO VERSUS POSITIVISMO: UN EXAMEN DE ARGUMENTOS PARA LA DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

Indudablemente, no parece haber mucho acuerdo sobre qué se entiende por iusnaturalismo y positivismo jurídico, ni sobre los diferentes tipos de posiciones que se pueden considerar dentro de estas corrientes, así como sobre su incompatibilidad. Por esta razón, antes de plantearnos una defensa del enfoque positivista, debemos afrontar esta problemática.

La disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, frecuentemente se desarrolla a partir del término validez jurídica. Al reconocer o negar la validez jurídica de una norma o un conjunto de normas, ambos sistemas están defendiendo un cierto concepto de Derecho. El problema de la validez jurídica, como señala Bobbio (2016) presupone que se haya respondido previamente la pregunta: ¿qué se entiende por derecho? (p. 38).

Este concepto presenta dificultades y se pueden observar distintas aplicaciones del mismo, pero lo innegable es que cuando un seguidor del iusnaturalismo o del positivismo otorga validez jurídica a una norma o

conjunto de normas, no solo está afirmando que eso constituye Derecho, sino que también está expresando que es imperativo cumplirlas. Pero, ¿cuál es el sentido de obligatorio? La interpretación de "obligatorio" varía considerablemente entre el positivismo y el iusnaturalismo, como veremos más adelante.

Sucintamente, este apartado tiene como objetivo argumentar a favor del positivismo jurídico en contraposición al iusnaturalismo. Para ello, comenzaremos analizando los distintos contextos en los que se han utilizado los términos iusnaturalismo y positivismo jurídico, y explicaremos en qué sentido se emplearán ambos términos en este texto. También examinaremos la forma en que se puede defender el positivismo jurídico frente al iusnaturalismo a partir de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

### **2.2.1. Positivismo jurídico**

Los desacuerdos dentro del positivismo jurídico hacen referencia al rol de la moral en el Derecho, específicamente, si la moral puede determinar tanto su existencia como su contenido. En otras palabras, si la moral puede ser considerada como una fuente del Derecho. Ninguna afirmación es tan importante para el positivismo jurídico, como lo es la tesis de las fuentes sociales, la cual sostiene que el origen del Derecho se encuentra en los hechos sociales, es decir, "lo que es y no es derecho se basa en hechos sociales" (Raz, 2011, p. 57).

La divergencia entre los distintos tipos de positivismo jurídico se encuentra en las diferentes interpretaciones de la tesis de las fuentes

del Derecho. Mientras que, para un tipo de positivismo, la moral puede influir en la existencia y contenido del Derecho de forma necesaria, para otro tipo de positivismo, no lo hace. La primera versión se conoce como positivismo incluyente y a la segunda como positivismo excluyente.

El positivismo excluyente afirma que solo los hechos sociales pueden determinar la existencia y el contenido del Derecho; mientras que el positivismo incluyente afirma que en determinadas ocasiones los principios morales pueden condicionar esta existencia y este contenido. Ambas posiciones pretenden servir a los objetivos generales y descriptivos de la teoría de las fuentes jurídicas de forma más satisfactoria que la otra (Cano, 2008, pp. 23-24).

Como tesis conceptual, la tesis social de las fuentes del Derecho representa un concepto de Derecho que se vincula a hechos sociales empíricamente verificables y excluye expresamente hechos morales objetivos. Este término no tiene conexión con hechos que no puedan ser verificados por una experiencia sensible. La tesis de la separación, tal como se entiende, no es más que una ramificación de la tesis social. (Cano, 2008, pp. 279-280).

De acuerdo con la perspectiva del positivismo jurídico excluyente, se sostiene la idea de que la validez de una norma jurídica en cualquier sistema jurídico no depende de sus características morales o su grado de corrección moral, sino de sus fuentes sociales. Es importante distinguir entre la existencia del Derecho y su evaluación desde una perspectiva moral. Según esta postura, el Derecho puede

existir independientemente de su justicia o injusticia, lo que implica que el valor moral del Derecho es relativo (Raz, 2011, p. 58). Es importante destacar que la validez jurídica de una norma no implica necesariamente su validez moral, y de la misma manera, la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica (Bulygin, 2006, p. 73).

Consecuentemente, la tesis social con su corolario de neutralidad axiológica, constituye uno de los requisitos indispensables para reconstruir la definición iusfilosófica de las fuentes del Derecho, ya que es consistente con los supuestos metodológicos del positivismo jurídico. “Siendo esto así, la propuesta teórica del positivismo jurídico excluyente convierte a este no en una versión de iuspositivismo — sea excluyente, dura, o cualquier otro calificativo que se le busque — sino en la única forma de positivismo” (Cano, 2008, p. 283).

La expresión positivismo jurídico como lo precisa (Bobbio, 1993), deriva de la locución Derecho positivo en contraposición a la de Derecho natural (p. 35). Este enfoque, que se alinea con la definición de positivismo jurídico excluyente, nos lleva a ver al positivismo jurídico como la denominación que agruparía todas las teorías que retan al iusnaturalismo.

El iusnaturalismo sostiene una idea de dualidad respecto al concepto de Derecho, al diferenciar entre Derecho natural y Derecho positivo, y defiende la superioridad del primero sobre el segundo. Por otro lado, el positivismo jurídico mantiene una tesis monista, al no

reconocer esta distinción y afirmar que solo existe el Derecho positivo (Bobbio, 1991, p. 74).

Sin embargo, esta descripción del positivismo jurídico, aunque puede ser útil como punto de partida, es simplemente una aproximación que no nos permite distinguir claramente en qué consiste y en qué medida se opone al iusnaturalismo. Por lo tanto, se tomará como base la distinción que hace Bobbio (1991, pp. 44-72) entre tres formas de positivismo: el positivismo como enfoque científico, como ideología y como teoría.

#### **A. Positivismo metodológico**

Este enfoque positivista, también conocido como positivismo metodológico o tesis conceptual que separa el Derecho de la moral, presupone la aceptación de la neutralidad de los valores. Desde esta perspectiva, el positivismo jurídico se caracteriza por diferenciar claramente entre el Derecho como realidad social y el Derecho ideal, entre el Derecho como un hecho y el Derecho como un valor, entre lo que es el Derecho y lo que debería ser. Además, se fundamenta en la convicción de que el jurista debe enfocarse en el Derecho como realidad social y no en el Derecho como un ideal. Por tanto, un positivista metodológico es aquel que adopta una postura éticamente neutral ante el Derecho, es decir, considera como criterio para determinar si una norma es jurídica o no, la comprobación de hechos verificables (por ejemplo, hechos que surgen de órganos específicos mediante un procedimiento determinado, o que han sido observados

efectivamente por un grupo de personas durante un período de tiempo) y no la mayor o menor correspondencia con un sistema de valores específico (Bobbio, 1991, pp. 46-47).

En ese sentido, podemos argumentar que el positivismo metodológico tiene una estrecha relación con el positivismo excluyente, ambos defienden la noción de neutralidad axiológica, abogan por una estricta separación entre la atribución de validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas, es decir, la diferencia entre juicios fácticos y de valor.

Un juicio fáctico involucra el conocimiento de los hechos y busca informar a alguien sobre un descubrimiento. Por otro lado, un juicio de valor implica tomar una postura frente a los hechos con el objetivo de influenciar en alguien. Para los positivistas, la ciencia debe mantenerse ajena a los juicios de valor, ya que busca obtener un conocimiento objetivo de la realidad, mientras que los juicios de valor son siempre subjetivos (Bobbio, 1991, p. 83).

## **B. El positivismo como ideología**

El positivismo como ideología acepta la tesis de que hay una obligación moral de obedecer el Derecho, simplemente porque positivo. Se basa en la creencia en ciertos valores y atribuye al Derecho un valor positivo por el simple hecho de existir, sin tener en cuenta si se corresponde con un derecho ideal (Bobbio, 1991, p. 52). Hay dos puntos de vista diferentes al respecto.

La primera postura, conocida como extrema, señala que el Derecho positivo es justo por el mero hecho de ser positivo. Es

decir, el criterio para juzgar la justicia de las leyes es idéntico al utilizado para determinar su validez. La segunda postura, considerada moderada, sostiene que el Derecho, entendido como un conjunto de normas impuestas por el poder derivado del monopolio de la fuerza, tiene utilidad para lograr ciertos objetivos deseables, como el orden, la paz y la justicia legal en general, independientemente del valor moral de sus reglas (Bobbio, 1991, pp. 52-53). Lo que ambas posiciones tienen en común, siempre y cuando se mantenga una idea positivista sobre la obediencia al Derecho, es que las normas jurídicas tienen que ser acatadas por su propia naturaleza; en otras palabras, es un deber moral obedecerlas, entendiendo el deber moral como una obligación interna o de conciencia (Bobbio, 1991, p. 53).

Estos postulados se identifican con una concepción legalista de la justicia, que ha sido objeto de serias críticas por parte del iusnaturalismo, en el sentido que, no se puede definir un acto bueno o malo, únicamente a través de la mera obediencia a la ley, también es necesario su conformidad con principios morales inmutables identificados por la ley natural.

De hecho, la concepción legalista de la justicia define “un acto justo como aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella” (Bobbio, 1991, p. 16).

Aunque el iusnaturalismo critica el enfoque formalista de la justicia, los autores positivistas como Norberto Bobbio argumentan que el iusnaturalismo confunde erróneamente la

legalidad como criterio para distinguir entre actos legales y extralegales, con criterios para juzgar la justicia o injusticia de la ley. Según (Bobbio, 1991, p. 17), la validez de una norma no depende necesariamente de su corrección moral objetiva.

Bobbio (1991) argumenta que, en la historia del Derecho natural, la definición más común de justicia es de hecho la formal: frente a la definición positivista “esta acción es justa porque corresponde a la ley positiva”, el legalismo iusnaturalista responde que “la ley positiva es justa debido a que está en consonancia con las leyes naturales”. Quien afirma que la justicia consiste en la correspondencia con leyes divinas o naturales, da una definición legalista de la justicia, que no difiere de quien afirma que la justicia es la correspondencia con las leyes positivas (p. 19).

En conclusión, esto nos permite entender que la concepción formal de la justicia no debe ser rechazada, mucho menos ridiculizada, sino que debe tenerse en cuenta en todas las discusiones sobre lo justo y lo injusto

### **C. El positivismo como teoría**

Se trata de la identificación común del positivismo jurídico con la teoría del Derecho estatal. Identifica al Estado como el único creador de Derecho, utiliza las siguientes tesis: a) la coactividad del Derecho se refiere a que este se define como un conjunto de reglas que son aplicadas a través de la fuerza, ya sea por medio de normas que regulan el uso de la fuerza o por normas que son aplicadas mediante la fuerza, b) la supremacía de la ley sobre las

otras fuentes y su reducción a meras reglas subordinadas o aparentes; c) la obligatoriedad del Derecho consiste en que las reglas del ordenamiento jurídico son mandatos emitidos por la autoridad soberana y respaldadas por el uso legítimo de la fuerza, d) el Derecho es un conjunto de normas coherentes y completas, en el que la labor del legislador evita la existencia de contradicciones o vacíos legales, y, e) la interpretación mecanicista es aquella que limita el papel del juez a la aplicación silogística de la ley, sin considerar valoraciones morales (Bobbio, 1991, pp. 52-53).

#### **D. La polémica iusnaturalista respecto al positivismo jurídico**

La polémica iusnaturalista respecto al positivismo, centra su crítica en la actividad del juez como simple aplicador mecánico de la ley, a través del razonamiento silogístico. El juez como mero autómatas, cuya función es adecuar los hechos al sentido de la ley. Esta imagen del positivismo es errónea y es rechazada por el positivismo jurídico contemporáneo.

La interpretación no siempre lleva a un resultado específico (indeterminación), ya que puede haber diferentes posibilidades de interpretación, es decir, es razonablemente posible definir el significado de las palabras de manera que los hechos del caso estén dentro de la ley. Sin embargo, también es posible definir el significado de las palabras de manera que el caso quede fuera del alcance de la ley (Ross, 1997, p. 173).

La consecuencia obvia de la indeterminación del Derecho es que los jueces tengan un papel activo en la creación de normas jurídicas. En lugar de simplemente ser un aplicador de la ley, los jueces se ven obligados a interpretarla y crearla (Bobbio, 1990, p. 213). Implica una interpretación constructiva que combina conocimiento y valoración, es una mixtura de pasividad y actividad (Ross, 1997, p. 176).

Desde una perspectiva positivista, todos los métodos de interpretación solo conducen a un resultado posible, nunca a un único resultado justo, “Así como de la constitución no pueden extraerse leyes justas por interpretación, tampoco puede extraerse de la ley, por interpretación, sentencias justas” (Kelsen, 2003, p. 135).

Es evidente que la función judicial no es únicamente declarativa, como comúnmente se cree. La labor del tribunal no se reduce a simplemente descubrir y articular el Derecho, sino que también comprende la creación de una norma individual o incluso normas generales, como ocurre cuando la decisión del tribunal establece un precedente (Kelsen, 2003, pp. 133-137).

De manera similar, Hart (1961) plantea la tesis de la discrecionalidad judicial como una consecuencia de la indeterminación del lenguaje de las normas, conocida como textura abierta del Derecho. Si la solución del caso por ser difícil, no se encuentra en el sistema de fuentes, entonces, el juez tiene discrecionalidad judicial para crear la regla aplicable al caso. La

solución que propone el juez siempre es una elección entre diferentes opciones, lo que significa que el proceso de subsunción y la inferencia lógica son insuficientes para solucionar el caso. Es evidente, entonces, que los tribunales desempeñan un papel trascendental en la producción de reglas en la solución de casos difíciles a través de precedentes vinculantes, que, junto con las leyes, son los principales recursos para la creación del Derecho (pp. 158-159).

Dworkin (1995) rechaza el modelo positivista de discreción judicial para resolver casos difíciles y plantea la viabilidad de obtener una respuesta correcta para los casos inciertos u oscuros a través de principios morales. Afirma que cuando hay contradicciones o vacíos legales, el juez no tiene margen de discrecionalidad debido a que está vinculado por los principios. Esta afirmación se apoya en dos argumentos: a) todas las normas se basan en un principio moral objetivo; b) los jueces no tienen la capacidad de crear nuevas normas, sino que tienen la obligación de aplicar los principios morales, ya que forman parte esencial del Derecho (pp. 13-15). Para Dworkin, el Derecho nunca está incompleto o indeterminado, el juez no puede apartarse del Derecho para resolver los casos difíciles, sino que debe recurrir a los principios morales implícitos para encontrar una solución correcta. Desde una postura claramente iusnaturalista, Dworkin sostiene que la identificación del Derecho implica necesariamente un juicio moral sobre el Derecho establecido (Hart, 2000, pp. 55-56).

En respuesta, Hart (2000) argumenta que, si bien existen varias conexiones contingentes entre el Derecho y la moral, no existe una conexión conceptual necesaria. En consecuencia, la moral solo está vinculada al Derecho en la resolución de casos difíciles a través de la discrecionalidad judicial, con esto la moral no se convierte en Derecho preexistente. No hay un Derecho moral que sea preexistente al Derecho antes de la intervención del juez (pp. 30-31 y 49-54).

En función a lo ante dicho, se advierte que en la actualidad el positivismo jurídico no comparte las ideas tradicionales del positivismo jurídico como teoría. El positivismo actual, reconoce la dificultad de definir las fuentes del Derecho si la discrecionalidad judicial para crear normas generales en la solución de casos difíciles, considerándolo como una labor reconstructiva del Derecho.

Como afirma Hoerster (1992), en la actualidad no se encuentra ningún autor positivista que respalde las tesis positivistas tradicionales, y una de las razones principales de su rechazo es el surgimiento del Estado Constitucional que dota a la constitución del máximo nivel jerárquico para actuar como una verdadera norma jurídica estableciendo límites al poder legislativo (p. 11).

En consecuencia, la crítica al positivismo jurídico por parte del Derecho natural es errónea, ya que generaliza sus críticas sin considerar las diferentes posturas positivistas. El valor moral del Derecho, ya sea de una ley en particular o de un sistema jurídico

en general, es algo variable que depende del contenido metaético del Derecho y de las circunstancias de la sociedad a la que se aplica.

### **2.2.2. Definición de la corriente positivista en esta tesis**

Si se toma en cuenta la precisión inicial que considera el positivismo jurídico como aquella posición que mantiene una visión monista del Derecho e identifica la necesaria separación conceptual entre Derecho y moral (positivismo jurídico excluyente como única forma de positivismo) y a ello se suma la tesis sobre el positivismo jurídico como método.

La definición de positivismo jurídico a la que nos adscribimos, se resume en las siguientes dos tesis: 1) el término Derecho debe reservarse para referirse únicamente al Derecho positivo en su versión excluyente, lo que implica el rechazo del uso de la expresión Derecho natural para designar una determinada moral correcta, o una subordinación del Derecho a la moral objetiva. El rechazo del término Derecho natural se debe a que incluso si se piensa que se puede hablar de una moral correcta, se considera que es preferible llamarla moral y no Derecho. Esta posición rechaza el positivismo jurídico incluyente, 2) se defiende una separación conceptual entre Derecho y moral objetiva. Sin embargo, esto no significa que no existan vínculos entre Derecho y moral social intersubjetiva (moral respaldada y practicada por la población), sino simplemente que no existe una conexión necesaria entre la validez del Derecho y su adecuación a una moral crítica particular, ya sea que se considere

correcta o no. Una cosa es identificar las fuentes del Derecho y otra muy distinta su valoración. El valor moral del Derecho es hecho contingente que depende del contenido metaético del Derecho y del entorno social en el que se aplica.

### **2.2.3. Metaética como justificación de los juicios morales**

La posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor es el objeto de estudio de la rama de la filosofía que se ha denominado metaética o ética analítica. En este nivel teórico se analiza el tipo de significado que caracteriza a términos éticos como bueno, justo, correcto y sus opuestos; la posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor depende del tipo de juicio que sean y de los significados de las expresiones que se utilizan generalmente para formularlos (Nino, 2003, p. 354).

El término metaética se utilizará como aquella disciplina que se interesa "por la cuestión de si y cómo se pueden justificar los juicios morales" (HÖFFE, 1994, p. 185), es decir, si es posible hablar racionalmente en la esfera moral y, de ser así, en qué sentido y en qué condiciones.

La metaética es importante, en la medida en que trata de la posibilidad o no de demostrar racionalmente que una determinada moral es correcta, de modo que se puedan resolver verdaderos desacuerdos éticos. La razón es obvia, ya que sólo si mantenemos que es posible hablar de una moral correcta fundada racionalmente, se puede utilizarla como criterio objetivo para la evaluación moral del Derecho (Porras, 2004, pp. 25-26).

Desde esta perspectiva, vamos a hablar de dos posiciones metaéticas: el cognitivismo o descriptivismo y el no cognitivismo prescriptivista.

### **A. El cognitivismo o descriptivismo**

El cognitivismo o descriptivismo engloba todas aquellas posiciones que parten de una concepción objetiva de la moral. La moral objetiva, se configura como una realidad objetiva o extrasubjetiva independiente de la experiencia sensible del ser humano, de valor universal, cuyo fundamento o justificación, es una cuestión de conocimiento. Son teorías epistemológicas sobre la justificación de las teorías morales que perciben las normas correctas como completamente verdaderas, y el problema de diferenciarlas de las incorrectas un problema epistemológico recurrente. La principal preocupación en cuanto a su justificación, se relaciona directamente con encontrar argumentos o evidencia que respalden la veracidad de una teoría moral objetiva y universal (Porrás, 2004, p. 26).

Según la metaética cognitivista, es posible conocer racionalmente la validez moral de una norma y demostrar su corrección objetiva inmutable. Sus premisas pueden ser verdaderas o falsas; es decir, las personas pueden conocer la verdad o falsedad de los juicios morales objetivos inmutables de la misma forma en que se conocen los hechos científicos.

Afirma que hay verdades absolutas acerca de lo que es bueno y malo, justo e injusto, correcto e incorrecto, los cuales no

dependen de los sujetos que están intentando adquirir ese conocimiento. Es decir, el conocimiento de estos hechos morales absolutos, no dependen de los sujetos que conocen.

Según el método empleado para conocer esa moral objetiva, el cognitivismo puede ser dividido en dos categorías: a) cognitivismo naturalista, el cual sostiene que la observación de la naturaleza es el método adecuado para acceder a la moral correcta y objetiva. Desde esta perspectiva, los predicados morales son equiparables a los predicados empíricos. En consecuencia, los juicios éticos pueden ser deducidos de proposiciones empíricas acerca del ser humano y el mundo. El estudio de la verdad moral es abordado como una cuestión científica, b) cognitivismo intuicionista, que considera los juicios morales fundamentales como términos autoevidentes, es decir, como objeto de una intuición directa, lo que significa que es posible conocer la moral correcta a través de dicha intuición (HÖFFE, 1994, p. 185).

## **B. No cognitivismo**

Aunque no exista un consenso sobre la existencia de una moral objetiva, se puede afirmar que esta no puede ser alcanzada a través de métodos científicos basados en la lógica y la observación experimental. Esto se debe a que las convicciones éticas no se ajustan a los criterios de verdad establecidos por el positivismo lógico científico (HÖFFE, 1994, p. 185).

La metaética no cognitivista considera que no se puede determinar la verdad o falsedad de las afirmaciones morales, sino

que únicamente se puede hablar de valoración moral. Palabras como "bueno" o "malo" simplemente expresan un estado emocional; las valoraciones morales nacen de las acciones y sentimientos que generan ciertas acciones. La moral no es un conocimiento racional, sino una expresión de la esfera emocional y subjetiva que depende de cada cultura, raza, ideología, época, clase social, situación o creencia personal (León, 1993, p. 32). Toda moral es subjetiva.

Se distinguen dos posiciones, dependiendo de si todavía es posible establecer una moral correcta o no: a) el no cognitivismo emotivista que sostiene que los juicios morales se basan en nuestros sentimientos subjetivos y actitudes personales, sin poder aplicar criterios de verdad científica, b) el no cognitivismo prescriptivista considera que, aunque no se pueden aplicar criterios científicos a la moral, aún es posible hablar de una moral correcta desde una perspectiva relativista individual o colectiva (Porrás, 2004, pp. 26-27).

El no cognitivismo prescriptivista forma parte de las teorías prácticas que se ocupan de justificar códigos y teorías morales. Propone un criterio práctico para evaluar los estándares morales, basado en una concepción racional de elección o razón práctica, para determinar cuál moral es más justificada que otra. Aunque desde un punto de vista epistemológico las normas morales no tienen un valor moral absoluto, es posible someterlas a una evaluación racional en términos de una moral intersubjetiva

relativa, válida en relación con una perspectiva particular de valores éticos (Porrás, 2004, p. 27).

#### **2.2.4. Relativismo metaético**

La discusión filosófica acerca de cómo comprender los juicios morales, si diferentes individuos y comunidades tienen profundos desacuerdos acerca de lo que consideran reprobable o plausible moralmente, constituye uno de los principales problemas del relativismo moral. Sobre todo, si consideramos que no existe un criterio objetivo incuestionable para resolver tales conflictos, como sí lo puede haber cuando intentamos comprobar la verdad de una proposición que describe un hecho del mundo; por ejemplo, en el ámbito científico.

El relativismo metaético, contrario al absolutismo o universalismo<sup>2</sup>, rechaza la idea de que existe un solo código moral válido para todos. La verdad moral y la justificabilidad —si es que existen—están influenciadas por factores culturales e históricos. Esta figura se conoce como relativismo metaético, ya que se refiere a la relatividad de la verdad moral y la justificabilidad. (Singer, 1995, p. 593).

La magnitud y profundidad del desacuerdo moral en ética, se debe a que los juicios morales no son juicios sobre hechos, pues, no expresan la verdad o falsedad de la realidad, sino que se refieren a reacciones subjetivas, individuales o colectivas, frente a

---

<sup>2</sup> A partir de ahora, emplearemos el término "universalismo" en vez de "absolutismo", debido a que "absolutismo" se utiliza no solo para referirse a la negación del relativismo moral, sino también para describir la idea de que algunas normas o deberes morales no tienen ninguna excepción.

determinados hechos y acontecimientos. La validez de los juicios morales, es relativa al contexto social e intercultural y a la posición metaética de quien los emite (Singer, 1995, pp. 593-602).

El relativismo niega la existencia de una única moral verdadera o correcta, *per se*. “La complejidad de nuestra naturaleza nos permite valorar una diversidad de bienes y ordenarlos de diferentes maneras, lo cual permite confirmar un considerable relativismo” (Singer, 1995, p. 598).

La posición más extrema de relativismo metaético, conocido como relativismo normativo, afirma que: “es erróneo juzgar a otras personas que tienen valores sustancialmente diferentes, o intentar que se adecuen a los nuestros, en razón de que sus valores son tan válidos como los nuestros” (Singer, 1995, p. 594).

Esta definición extrema de relativismo moral, frecuentemente es la más criticada por sus adversarios, ya que suele ser una posición indefendible. Pero hay razones prácticas para considerar una versión moderada<sup>3</sup> de relativismo metaético.

Esta versión, nos abre el camino para estructurar un relativismo moral menos extremo que nos ayude a considerar que no existe una única moralidad verdadera, sin negar la posibilidad de que algunas moralidades puedan ser más justificadas que otras a la luz de una moral intersubjetiva (individual o colectiva) sin pretensión de

---

<sup>3</sup> La mayoría de las críticas al relativismo moral se centran en sus formas más radicales, que sostienen que todas las moralidades son igualmente válidas o igualmente falsas, sin tener sentido ni contenido cognitivo. Estas formas extremas defienden que nunca deberíamos juzgar a otras personas con valores significativamente diferentes a los nuestros, ni tratar de que se ajusten a nuestros propios valores.

universalidad objetiva en el marco de un entendimiento dialógico<sup>4</sup> con quienes tienen valores morales diferentes. Esta versión de relativismo moral no impide aceptar principios que favorezcan una mejor convivencia social en pro de la tolerancia (Singer, 1995, pp. 597-602).

### **2.2.5. Excursus sobre objetivismo y relativismo moral**

La discusión entre objetivismo y relativismo moral gira en torno a la pregunta sobre la verdad moral, sobre la posibilidad de justificar esta verdad, es decir, si en efecto existe una moral de carácter objetivo o universal que sea aplicable extrasubjetivamente a todos los seres humanos, en todo lugar y en todo momento, que sea equivalente con una descripción correcta del mundo e independiente de la experiencia. La tesis objetivista, plantea que existen verdades morales cuyas características esenciales no cambian.

Quienes defienden esta teoría, argumentan que existen hechos morales extra subjetivos, cuya verdad o falsedad no dependen de los sujetos que están intentando adquirir ese conocimiento. Ese objeto de conocimiento es lo que es en sí mismo (Singer, 1995, pp. 593-602).

Si el objetivismo, tiene razón, nuestros juicios morales serían o verdaderos o falsos, dependiendo de su correspondencia con una moralidad objetiva e inmutable establecida, *per se*. Si en efecto, fuese posible conocer la moralidad objetiva, entonces, tendríamos

---

<sup>4</sup> El diálogo dentro del ámbito ético debe guiar la resolución de necesidades y objetivos compartidos. Es la única opción que tenemos para resolver nuestros problemas y superar nuestros intereses personales.

razones para universalizarla, podríamos argumentar que los individuos que no se adecuen a esos principios morales objetivos, están equivocados, y estaría justificado exigir la modificación de su comportamiento.

Los juicios morales objetivos, implican juicios morales absolutos, que no admiten punto en contrario, pues, niegan la relativización de la verdad moral. La corrección o incorrección de las verdades morales absolutas, no dependen de aspectos culturales o de la subjetividad e ideología de las personas. La moralidad depende de sí misma, no de la experiencia intersubjetiva de los sujetos.

Las objeciones al objetivismo moral se resumen en dos posiciones: primero, no existe un método racional unificado que nos permita establecer verdades morales inmutables que sean válidas por sí mismas. Segundo, la imposibilidad de conocer hechos morales verdaderos únicamente con el ejercicio de la razón de forma aislada. La participación de los sujetos, para esta tesis, es irrelevante. La veracidad de los juicios morales objetivos no se basa en la experiencia sensible de los sujetos (Singer, 1995, pp. 593-602).

En oposición a las teorías objetivas de la moral, tenemos a las teorías del relativismo moral. El relativismo moral a diferencia del objetivismo, rechaza la idea de que exista una única verdad moral inmutable con validez universal. *Contrario sensu*, arguye que la verdad moral depende de condiciones culturales, históricas y sociales en general. La verdad moral es relativa, se alcanza a través de la interacción dialógica o de la construcción de la práctica de las

distintas sociedades en torno a sí mismas. El conocimiento moral depende de los sujetos que conocen. La moral es intersubjetiva (Singer, 1995, pp. 593-602).

El relativismo metaético, considera que no existe una esencia objetiva inmutable de los hechos, puesto que, siempre van a tener características de las personas que los conocen. Mediante la interacción entre los sujetos que conocen, se llega a acuerdos sobre las características de ciertos objetos y/o conceptos; se rechaza la tesis de una verdad moral única y de un código moral de validez universal (Singer, 1995, pp. 593-602).

Si los juicios morales no son absolutos, entonces, es factible construir teorías morales satisfactorias. El relativismo moral, incorpora la posibilidad de hacer crítica en sentido moral y justificar la validez de determinados principios morales en lugar de otros (teoría constructivista de la moral). La moral no es monolítica, sino que va evolucionando y reconstruyéndose con la práctica social. El relativismo metaético, no descarta la posibilidad de que exista prácticas morales más justificadas que otras, y la factibilidad de su reconstrucción dialógica intersubjetiva (Singer, 1995, pp. 597-602).

#### **2.2.6. Aportes de la neurociencia a la comprensión de la conducta moral**

Tener la capacidad de ver lo que sucede en el cerebro de una persona mientras realiza juicios morales, tiene grandes ventajas sobre cualquier estudio filosófico especulativo de la moral. A pesar de que destacados filósofos han intentado crear y respaldar teorías

morales, la carencia de conocimiento acerca de cómo funciona la mente y su base biológica representa una falla en los argumentos de dichas teorías. De hecho, sería un error establecer cómo debería comportarse una persona en situaciones morales específicas sin tener conocimiento sobre los circuitos neuronales implicados en la toma de decisiones morales. Afortunadamente, gracias a los avances en neurociencia, esta situación ha comenzado a cambiar. La neurociencia ha realizado contribuciones significativas al análisis del juicio moral, particularmente en lo que respecta al papel de las emociones en el momento de establecer la jerarquía de valores que orientan una decisión moral y los mecanismos cerebrales involucrados en la toma de tales decisiones. En este sentido, los factores emocionales rastreados en diferentes áreas del cerebro se han incorporado de manera original en los estudios sobre el desarrollo moral, planteando nuevos cuestionamientos, modelos teóricos y aplicaciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de comprender las decisiones morales. La última respuesta al problema de las emociones proviene de la neurociencia, que busca desentrañar el vínculo entre las emociones, el cerebro y juicio moral. La neurociencia cognitiva tiene como objetivo comprender la mente en términos físicos investigando lo que ocurre en el cerebro cuando pensamos sobre decisiones morales (Castillo, 2015, pp. 16 -21).

El cerebro humano tiene una estructura anatómica que ayuda a procesar la información de los sentidos. Hay funciones conscientes e inconscientes que determinan cómo interpretar la información en

función a experiencias pasadas y significados previamente almacenados. Además de los aspectos sociales, también es importante considerar los estímulos emocionales y sentimentales en la evaluación del comportamiento, ya que las emociones y los sentimientos tienen un papel importante en los juicios éticos (Grosso, 2013, p. 51).

Al describir ciertas funciones cerebrales, Lázaro y Ostrosky-Solis, (2008) señalan que la corteza prefrontal es la parte más compleja y desarrollada en los seres humanos. Las funciones principales de esta área del cerebro son la programación, regulación y control de las conductas. Además, la corteza prefrontal tiene la capacidad de controlar los impulsos que se originan en otras partes del cerebro y ejercer una influencia inhibitoria sobre el tálamo, lo cual es relevante para la conducta moral (pp. 47-55).

Las partes fundamentales del cerebro necesarias para tomar decisiones éticas son similares a las que se utilizan en las decisiones sociales (Grosso, 2013, p. 52). La corteza prefrontal es esencial para procesar la información social y el juicio moral. Esto se debe a que la mayoría de las áreas de la corteza prefrontal, como la corteza orbitofrontal, la corteza prefrontal ventromedial y la corteza prefrontal dorsolateral, están involucradas en todos los aspectos del procesamiento de la percepción y la emoción (Forbes y Grafman, 2010, pp. 299-324).

Las personas que sufren ciertas lesiones cerebrales, especialmente en el lóbulo frontal, experimentan trastornos graves que alteran

completamente su personalidad. Estas personas son incapaces de pasar de la comprensión de una situación moral a la realización de una elección moral, a pesar de que sus habilidades cognitivas y lingüísticas se mantengan sin cambios. Cuando se deteriora la capacidad de tener interés en uno mismo, se ve afectada la capacidad de experimentar emociones morales que son necesarias para tomar decisiones y administrar la vida social. Sin emoción, no hay preferencias, ni motivación ni juicio moral, lo cual es esencial para la existencia de conciencia y de moralidad (Damasio, 1994).

Según Otrosky-Solis y Vélez (2008), diferentes estudios han demostrado de manera sistemática que ciertas áreas del cerebro son esenciales para el comportamiento moral. Las lesiones tempranas en el lóbulo frontal, como se ha visto en informes neuroquirúrgicos de heridas de guerra, causan daños tanto en el comportamiento como en el razonamiento moral, lo que sugiere que estas lesiones afectan el desarrollo moral. Este deterioro en el comportamiento es similar al observado en personas psicópatas o con personalidad múltiple. Además del lóbulo frontal, otras regiones cerebrales también son importantes para la cognición moral. Ciertos cambios estructurales en el lóbulo temporal anterior, pueden afectar el comportamiento moral. La disfunción de los circuitos neurales que involucran el surco temporal superior, una región clave para la percepción social, está asociada con dificultades en atribuir intencionalidad, experimentado por personas autistas, lo cual lleva a una experiencia reducida de emociones como el orgullo y la

vergüenza. Lesiones en estructuras límbicas y paralímbicas pueden deteriorar mecanismos básicos de motivación, como la conducta sexual, la adhesión social y la agresividad, lo que lleva a violaciones morales extremas. Estudios de neuroimagen realizados en personas psicópatas han revelado anormalidades en todas estas áreas clave para la percepción moral. Específicamente, se ha observado disfunción en el lóbulo frontal en algunos pacientes con deterioro en las emociones y conductas socio morales. Estos pacientes muestran una falta de coherencia entre la comprensión de las reglas morales y su comportamiento (pp. 118-122).

En este contexto, la moralidad se concibe como un conjunto de normas y principios que son adoptados por un grupo cultural para orientar el comportamiento social, sin que ello signifique aceptar la existencia de valores morales universales (Otrosky-Solis y Vélez, 2008, pp. 117-118). En suma, según la neurociencia, existe todo un conjunto de redes neuronales especializadas en generar emociones morales, lo que implica que el cerebro y los circuitos neuronales son la base estructural y funcional de la conciencia y de las decisiones morales que intrínsecamente incluye una plasticidad cerebral en la toma de decisiones éticas.

Sucintamente y en relación con el tema de nuestra investigación, podríamos concluir que la neurociencia niega la posibilidad de la existencia de una moral universalmente objetiva, que sea extrasubjetiva e independiente de la experiencia del individuo. Toda ética está en el cerebro, la moral es el resultado de una simbiosis

biológica – sociocultural. Toda moral es intersubjetiva (individual o colectiva).

### **2.2.7. Metaética y positivismo jurídico excluyente**

Entre otras cosas, un positivista excluyente puede defender —desde los postulados de la metaética— una postura no cognitivista emotivista y rechazar la posibilidad de un discurso descriptivo racional objetivo en el ámbito moral. Al ser la moral la expresión de la esfera emotiva intersubjetiva, no existe la posibilidad de enunciar una moral objetivamente correcta con la que enjuiciar el Derecho. Igualmente sería factible defender una postura no cognitivista prescriptivista y afirmar la posibilidad de construir una moral correcta desde una base intersubjetiva-relativa, válida en relación a una determinada perspectiva moral.

En estas dos situaciones, el positivismo excluyente presenta otra tesis que será llamada la tesis del subjetivismo, “según la cual los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva” (Hoerster, 1992, p. 23), es decir “no existen normas suprapositivas objetivamente válidas” (Hoerster, 1992, p. 23). Esta tesis aborda el tema del relativismo metaético, que se centra en la relatividad moral y su capacidad de ser justificada, pues no descarta la posibilidad de que ciertas prácticas morales sean más justificadas que otras (Singer, 1995, p. 593-602).

En definitiva, el positivismo excluyente puede admitir o no la aceptación de las tesis metaéticas no cognitivistas (emotivista y prescriptivista) o la tesis subjetivista (relativismo moral), toda vez

que, puede rechazar o no la posibilidad de enunciar una moral correcta de forma intersubjetiva, pero, en cualquier caso, esa moral correcta de base relativa no puede considerarse, necesariamente, como un criterio para identificar el Derecho, sino solamente para valorar su justicia o para solucionar casos indeterminados.

### **2.3. LAS NORMAS JURÍDICAS Y SU FUNCIÓN EXCLUYENTE EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO**

Del mismo modo que desde un punto de vista epistémico, es habitual la oposición entre razón y experiencia, también dentro de los problemas prácticos es común encontrar la confrontación entre razón y voluntad o entre razón y pasión; a partir de esta oposición, se establece un primer criterio para distinguir entre teoría y práctica. La razón como facultad teórica se diferencia de la razón como facultad práctica, en la forma de responder a la cuestión práctica ¿cómo se debe actuar? Esta interrogante, no encuentra respuesta en el ejercicio de la razón, sino en la voluntad o la pasión (Redondo, 1994, pp. 9-10).

Según esta distinción, la posibilidad de atribuir practicidad a la razón dependerá de si es capaz de responder a la pregunta práctica antes formulada. Esto solo tiene sentido si dicha pregunta tiene una respuesta que se pueda conocer, ya que la razón es una capacidad epistémica. En otras palabras, si hay una respuesta verdadera a la pregunta ¿cómo se debe actuar?, entonces la razón puede conocerla, como se puede conocer cualquier otro tipo de proposición. Si este es el *test* que debe aprobarse para calificar como facultad práctica, no es necesario tener una visión

diferente de la razón o ampliar sus posibilidades; basta con reconocer la existencia de proposiciones verdaderas (Redondo, 1994, p. 10).

Desde este punto de vista, afirmar la calidad práctica de la razón implica integrar el discurso práctico en el campo del conocimiento teórico y reconocer la existencia de hechos normativos que hacen que los enunciados prácticos sean verdaderos o falsos (Redondo, 1994, pp. 10-11).

La razón podrá entonces vincular proposiciones prácticas mediante reglas lógicas y conocerlas en este sentido como cualquier otra proposición. De otro lado, negar el carácter práctico de la razón, significa rechazar los presupuestos que hacen posible la función epistémica en este terreno. Es decir, negar que existan hechos normativos y que la pregunta: ¿cómo se debe actuar? tenga una respuesta verdadera o falsa. Los defensores de esta posición argumentan, que los enunciados prácticos son solo una manifestación de emociones o un intento de influir en los demás. Puesto que, los enunciados prácticos no son descriptivos, carecen de contenido cognitivo (Redondo, 1994, pp. 10-11). La discusión depende en todo caso de la posición metaética que se adopte.

Decir que la razón es una facultad práctica implica la aceptación de una concepción cognitiva metaética, según la cual es posible conocer la verdad de los enunciados de deber. La razón práctica así concebida no cuestiona la concepción de la razón como facultad epistemológica. La clasificación de teórico o práctico no está determinada por la razón en sí, sino por el objeto de conocimiento al que se refiere. En otras palabras, cuando calificamos la razón como teórica o práctica, estamos reflejando la naturaleza teórica o

práctica de los contenidos o afirmaciones a los que se refiere. Por lo tanto, existen dos posibilidades: la diferencia puede surgir del significado o de los enunciados metaéticos (Redondo, 1994, p. 11).

A partir de lo mencionado, se puede decir, tomando como referencia a Redondo (1994), que existen dos aspectos cruciales que no deben ser confundidos:

El primer punto se refiere a la diferenciación entre contenidos teóricos y contenidos prácticos. El segundo punto se refiere a las funciones que la razón puede tener en relación a cada uno de estos tipos de contenido. Algunas posturas son escépticas y otras son optimistas sobre si la razón puede desempeñar su función epistémica en ambos ámbitos. Sin embargo, hay una cuestión diferente que es si la razón también tiene una función práctica además de su función epistémica. La distinción que se ha discutido hasta ahora no tiene en cuenta este punto y clasifica a la razón como teórica o práctica según los contenidos o enunciados con los que está relacionada. En otras palabras, la distinción trata de distinguir a la razón cuando en realidad solo está diferenciando los contenidos y ámbitos en los cuales la razón puede intervenir (p. 13).

Al igual que existen motivos para tomar acciones, también existen motivos para tener creencias, deseos y emociones, actitudes, normas e instituciones, entre otras cosas. Entre todas ellas, los motivos (razones) para la acción y los motivos para la creencia son los tipos de motivos más fundamentales, mientras que los otros tipos de motivos se derivan o dependen de estos (Raz, 1991, p. 18).

Siguiendo a Raz (1991), nos enfocaremos únicamente en las razones para la acción. Cuando hablamos de razones, nos referimos exclusivamente a las razones que guían el comportamiento de las personas para hacer o no hacer algo. Esto no implica que haya una diferencia fundamental entre las razones para la acción y las razones para creer. Aunque existen diferencias importantes entre ambas, comparten las mismas características lógicas

fundamentales. Aunque gran parte de lo que se diga se aplique tanto a las razones para la acción como a las razones para la creencia, no será necesario explicar directamente las razones para creer. Las creencias a veces pueden ser razones, pero sería incorrecto considerar a todas las creencias como razones. Es el hecho en sí y no la creencia en él lo que debe guiar la conducta y lo que constituye un motivo para la acción (pp. 18-20).

En este sentido, se puede afirmar que el dilema de la autoridad normativa o el ejercicio del Derecho se encuentra vinculado con la manera en que el Derecho pretende establecer cómo se debe actuar, incluso si los individuos no están de acuerdo con las obligaciones impuestas. De hecho, se da una incompatibilidad entre la existencia de un poder práctico y la autonomía racional de las personas. Si entendemos la racionalidad como la capacidad de actuar según un equilibrio autónomo de razones, el estar sometido a las órdenes de una autoridad va en contra de la razón.

Sobre la base de las ideas expuestas, Raz (1991) ha desarrollado un marco teórico para tratar los principales problemas relacionados con la autoridad práctica del Derecho, con el objetivo de reconciliar dicha pretensión con la autonomía de los individuos. El autor sostiene que las normas jurídicas son un tipo especial de razones para la acción —razones protegidas—, las cuales no solo determinan un curso de acción específico (razones de primer orden), sino que también excluyen otras razones (razones de segundo orden) que lo contradigan. Cuando las normas jurídicas se entienden como directivas de una autoridad, es decir, como razones protegidas, la aparente tensión entre autoridad y autonomía se disuelve (pp. 39-54).

En base a lo expuesto *ex ante*, este acápite tiene como objetivo explicar las principales ideas de Raz referente a la normatividad del Derecho y reconocer elementos conceptuales que ayuden a comprender la tesis de las normas jurídicas como razones protegidas y excluyentes. La primera parte expone los fundamentos teóricos y metodológicos de la normatividad del Derecho en Raz y enfatiza su posición con respecto al punto de vista interno del Derecho. La segunda parte analiza la opinión de Raz sobre el papel de las razones protegidas en el razonamiento práctico. Por último, se resaltan dos ideas principales para entender el concepto de razones protegidas: 1) la doctrina de la autoridad legítima y 2) la tesis de las fuentes sociales del Derecho.

### **2.3.1. Normas jurídicas y razones para la acción**

Para comprender el carácter normativo de las normas jurídicas como razones para la acción (razones para hacer o no hacer algo), *grosso modo*, a continuación, se desarrolla las teorías de tradición analítica de John Austin, Herbert Hart y Joseph Raz.

### **2.3.2. Teoría analítica del Derecho según John Austin**

Según Austin (2011), la teoría jurídica debería limitarse a identificar y reconstruir sistemas jurídicos basados en los conceptos de mandato, sanción y deber, fenómenos que pueden formularse en términos empíricamente verificables o refutables. Las normas jurídicas, en este sentido serían mandatos del soberano, es decir, la persona o grupo de personas a las que habitualmente se obedece en una sociedad, y se apoyarían en la amenaza de una sanción en caso de desobediencia (pp. 17-38).

Para Austin, el Derecho es fuente de deberes para las personas, en el sentido que existe la probabilidad de que se impongan sanciones si no actúan de acuerdo con lo que exigen las normas.

La crítica a la teoría de Austin se centra en cuestiones metodológicas y en cuestiones reduccionistas de su teoría. Desde el punto de vista metodológico, se acusa a la teoría de Austin de no definir si su tesis es de naturaleza empírica o conceptual. Si se trata de una tesis empírica, no describe adecuadamente los hechos que caracterizan a los sistemas jurídicos. Pues, existe una imposibilidad empírica de identificar al soberano en los sistemas jurídicos reales, en los términos que Austin lo caracteriza (Bix, 2022).

Además, esta teoría no explica hechos fundamentales de los sistemas jurídicos contemporáneos, como la continuidad del Derecho cuando desaparece la persona del soberano. Conceptualmente, la tesis de Austin no explica ciertos elementos fundamentales del Derecho. La reducción del Derecho a órdenes de un soberano respaldado por amenazas deja fuera diferentes tipos de reglas paradigmáticas en los sistemas jurídicos (Hart, 1961, p. 101). La teoría de Austin no toma en cuenta las reglas que imponen autoridades y procedimientos para crear o modificar leyes que, en cualquier caso, no pueden explicarse como mandatos. El hecho de que exista una obediencia habitual al legislador no respalda la afirmación de que su sucesor tiene Derecho a dictar normas, ni la afirmación de que es probable que se le obedezca. La mera repetición del hábito de obediencia no hace que los ciudadanos

crean que siguen una regla. Para entender la noción de obligación, el concepto de regla es esencial; el hecho de que una persona tenga una obligación jurídica significa que hay una regla que la prevé y que el caso se encuentra en el alcance de la regla (Hart, 1961 pp. 69-71, 102-104).

### **2.3.3. Teoría analítica del Derecho según Hart**

A diferencia de la tesis reduccionista de Austin, Hart (1961) argumenta que los sistemas jurídicos están formados por diferentes tipos de reglas con funciones distintas. Las reglas primarias definen los deberes jurídicos de las personas, mientras que las reglas secundarias se dividen en tres categorías: reconocimiento, cambio y adjudicación. La regla de reconocimiento determina las fuentes normativas del sistema al establecer qué obligaciones jurídicas son válidas y exigibles en un momento dado, su existencia está determinada por una práctica jurídica de facto. Las reglas de cambio permiten que ciertos órganos creen, modifiquen o anulen las reglas primarias. Las reglas de adjudicación autorizan a ciertos órganos a juzgar con autoridad y establecen el procedimiento para juzgar los casos de violación de las reglas (pp. 117-120).

La tesis imperativa de John Austin no proporciona una explicación sobre el Derecho como fuente de deberes y obligaciones, es decir, en qué sentido es normativo. De acuerdo con Hart (1961), la normatividad del Derecho no debe reducirse únicamente a explicar la imposición de sanciones. Para respaldar este argumento, Hart diferencia entre "estar siendo obligado" y "tener una obligación". El

primero se refiere a los motivos que impulsan a una persona a realizar una acción, como en el caso de un asalto, donde el individuo se ve obligado a entregar el dinero porque teme sufrir daños si no lo hace. Sin embargo, el hecho de que alguien tenga una obligación no necesariamente implica que tenga una obligación en un sentido jurídico, incluso si cree que no enfrentará consecuencias negativas específicas (pp. 102-104).

La normatividad del Derecho debe explicar cómo es que las normas jurídicas constituyen fuente de deberes y obligaciones, y no solo explicar cómo es que los individuos se sienten obligados por el temor a ser castigados. De acuerdo con Hart (1961), la clave para comprender la obligatoriedad del Derecho radica en la presencia de reglas que establecen conductas específicas y critican el comportamiento de aquellos que se desvían de ellas (pp. 80-100).

En la explicación de la normatividad del Derecho, es importante destacar la existencia de reglas que obligan a las personas a seguir determinados comportamientos, pero estas reglas son diferentes a un hábito o a realizar algo bajo la amenaza de una sanción. Para entender la normatividad del Derecho, es necesario considerar la perspectiva interna de quienes participan en una práctica jurídica específica, es decir, la manera en que los participantes utilizan las reglas como guía para su propia conducta y como base para criticar la conducta de quienes las infringen (Hart, 1961, pp. 112-113).

En las reglas podemos distinguir dos dimensiones: una externa y otra interna. La dimensión externa hace referencia a conductas

habituales en el cumplimiento o incumplimiento de las reglas (el individuo no acepta la regla como vinculante, es un mero observador). La dimensión interna se refiere a las actitudes prácticas de las personas que ven al Derecho como una referencia para guiar su comportamiento y como base para juzgar las acciones de los demás (Hart, 1961, pp. 112-113).

Para entender la normatividad del Derecho, como un asunto de reglas que orientan el comportamiento, es necesario explicar desde un punto de vista interno cómo los participantes en una práctica jurídica específica entienden las regulaciones jurídicas que rigen su conducta (Hart, 1961, pp. 113).

Aceptar las reglas significa considerarlas desde una perspectiva interna y utilizarlas como guía para identificar normas válidas y como base para criticar a quienes no las siguen. La normatividad del Derecho no puede entenderse únicamente a partir de descripciones de las acciones de los individuos, sino que debe captarse, desde una perspectiva interna, la forma en que los participantes en las prácticas jurídicas aceptan la regla de reconocimiento como criterio para identificar las reglas primarias de obligación (Hart, 1961, pp. 125-126).

Por consiguiente, afirmar que una norma jurídica es válida implica reconocer que cumple con los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento, la cual sirve como criterio para identificar las fuentes del Derecho a partir de una práctica jurídica específica ampliamente aceptada por los individuos (principalmente jueces y funcionarios)

que forman parte de un determinado sistema jurídico. La regla de reconocimiento puede adoptar diferentes formas: desde una práctica judicial específica hasta una norma constitucional (Hart, 1961, pp. 125-126).

La perspectiva interna de las normas jurídicas se basa en la concepción de estas como un criterio para juzgar y justificar acciones. Lo que importa desde este punto de vista, es la voluntad de considerar a las normas como fundamentos de la acción, ya sea antes o después de su realización, sin necesidad de que exista coincidencia entre la disposición y la motivación para actuar— razón para la acción, (Hart, 1961, pp. 125-126).

Lo importante es que las normas jurídicas puedan respaldar las acciones de las personas, aunque no constituyan precisamente una motivación para actuar (razón para la acción). Por ejemplo, puede suceder que alguien tome una decisión basada en factores distintos a los estipulados en una norma, sin embargo, si es un participante del sistema (punto de vista interno), debería estar dispuesto a utilizar esa norma como fundamento justificativo de su acción<sup>5</sup>.

De acuerdo a Hart (1961), no es necesario que todos los individuos adopten el punto de vista interno, es decir que acepten la práctica del Derecho como fuente de deberes y, por tanto, participen de él, ni

---

<sup>5</sup> Supongamos que César es un participante en la práctica jurídica del Estado E. Según Hart, esto significa que César ve en las reglas de E (reglas creadas en función a la regla de reconocimiento) una fuente de obligaciones. Si la regla establece hacer A, César tiene la obligación de hacer A, y esa obligación constituye, en relación a él, una justificación para hacer A. Sin embargo, esto no significa necesariamente que cada vez que César actúe de acuerdo a lo requerido por las reglas de E, lo haga motivado por esas reglas; puede suceder, que César actúe de acuerdo a la regla por razones prudenciales u otro tipo de razones.

que el punto de vista interno se verifique respecto de todas las reglas del sistema. Lo principal es que las autoridades jurídicas, especialmente los jueces, acepten las reglas del sistema, compartan criterios de validez jurídica y adopten el punto de vista interno en cuanto a la regla de reconocimiento (pp. 115-119). La aceptación de las reglas, no es solo de parte de quienes no deben infringirlas, sino también de quienes están llamados a aplicarlas.

Resumiendo, para Hart el carácter normativo del Derecho depende de que al menos las autoridades institucionales, sobre todo los jueces, adopten el punto de vista interno frente a la regla de reconocimiento. Una vez verificada la existencia de la regla de reconocimiento, como criterio de validez jurídica que las autoridades judiciales utilizan de manera compartida, se puede argumentar que el Derecho es normativo, al ser una fuente de deberes para los individuos, aunque no necesariamente estas reglas constituyan una razón para la acción o motivación del comportamiento. Lo fundamental en los individuos que adoptan el punto de vista interno es el ajuste entre disposición y justificación de la acción, y no el ajuste consciente entre disposición y motivación de la acción. Puede ocurrir, que un individuo actúe o no conscientemente, motivado por lo que la norma establece, sin embargo, desde el punto de vista interno, debería de estar dispuesto a utilizar las normas jurídicas como criterio de justificación de su acción (Gaido, 2011).

#### **2.3.4. Tesis analítica del Derecho según Joseph Raz**

Raz (1991) ha reelaborado y ajustado la teoría del enfoque interno, planteada por Hart, teniendo en cuenta dos aspectos clave que se destacan en su explicación: 1) la conexión entre deberes y razones para la acción; y 2) la descripción del comportamiento de los participantes involucrados en las prácticas sociales.

La relación entre deberes y razones para la acción, es analizada desde dos posiciones: a) la primera sostiene que no hay una relación conceptual entre ellos, mientras que la b) segunda afirma que sí existe dicha relación.

Hart (1961) defiende la tesis (a), pues, diferencia deberes jurídicos de carácter objetivo, de razones para la acción de carácter subjetivo (pp. 250-251). Los deberes jurídicos son objetivos, ya que no están fundados en las motivaciones personales del individuo, sino en las normas que cumplen los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento.

Las razones para la acción — razones para seguir o no una norma —son subjetivas, ya que dependen de la percepción que cada individuo tiene de los deberes prescritos en la norma. Por lo tanto, una norma puede considerarse válida si cumple con los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y pueda generar obligaciones jurídicas, aunque no necesariamente genere una motivación o razón para la acción.

A diferencia de Hart, Raz defiende la tesis (b) y argumenta que hay una conexión conceptual necesaria entre los deberes y las razones

para la acción. Las razones para la acción tienen un estatus objetivo, que es distinto a los deseos intersubjetivos. Por lo tanto, la explicación de la normatividad del Derecho depende de la influencia de las reglas jurídicas en el razonamiento práctico de las personas, es decir, ¿en qué sentido es el Derecho fuente de razones objetivas para actuar? (Raz, 1991, pp. 32-37). No se puede explicar de qué manera las disposiciones jurídicas obligan a las personas si no se explica cómo son constitutivas de razones para la acción.

La forma en la que las reglas funcionan en el razonamiento práctico será explicada mediante la tesis de las razones excluyentes, la cual será explorada a detalle en los próximos apartados.

Ahora bien, la segunda distinción en términos del punto de vista interno se relaciona con la identificación de los participantes involucrados en la práctica jurídica. Según Hart (1961), abordar el punto de vista interno es un asunto neutral en términos de valoración, ya que se enfoca únicamente en la perspectiva de aquellos que ven las normas jurídicas como fuentes de obligaciones (aceptando la regla de reconocimiento), sin tomar en cuenta la moralidad del Derecho ni las creencias individuales necesarias para su aceptación (pp. 251- 261).

Considerando que Hart (1961) define el Derecho no solo desde una perspectiva interna, sino también externa, se establece que, desde una perspectiva externa, una persona puede acercarse al Derecho con fines prácticos o teóricos. Si alguien se acerca al Derecho con la intención de adecuar su conducta por razones de prudencia,

miedo a ser castigada o con la expectativa de obtener algún beneficio, sus motivos son prácticos. Por otro lado, si alguien se acerca al Derecho con motivos teóricos, es porque busca comprenderlo o analizarlo, sin necesidad de obedecerlo. De esta manera, Hart (1961) limita el concepto de Derecho a un conjunto de reglas descriptivas para la convivencia social, sin que se puedan derivar valores que justifiquen los fines del Derecho.

Para Raz (1984), a diferencia de Hart, solo podemos comprender el Derecho si priorizamos la comprensión de los participantes y consideramos lo que ellos valoran dentro de él. Esto no implica que todo el Derecho sea bueno o que toda aceptación esté basada en creencias apropiadas, sino que, para ser una justificación para la acción, el Derecho debe tener una autoridad legítima y no solo reclamarla. Esto significa que aquellos que aceptan el Derecho deben creer en su autoridad para definir lo que está permitido o prohibido como una razón para la acción (pp. 130-131).

Raz en desacuerdo con Hart, sostiene que el punto de vista interno no está determinado por las creencias subjetivas de quienes lo aceptan, sino por el hecho de que el Derecho realmente proporciona razones para actuar. Esto significa que aquellos que aceptan el Derecho creen en su autoridad para establecer lo que se debe o no hacer.

Según Raz, la postura de Hart, que basa el carácter normativo de las normas jurídicas en las razones subjetivas de los individuos, debe ser rechazada ya que no explica cómo los participantes

conciben el Derecho no solo como razones para la acción, sino también como una fuente de justificación de razones para la acción.

### **2.3.5. Razones protegidas y razonamiento práctico**

Joseph Raz ha realizado aportes significativos a la teoría jurídica, en particular en lo que se refiere al análisis del razonamiento práctico como un elemento esencial en la comprensión del Derecho.

Según Raz (1991), la aceptación del Derecho da lugar a un tipo particular de motivos para actuar, conocido como razones protegidas. Estas razones incluyen tanto motivos primarios (razones de primer orden) para seguir un determinado comportamiento, como motivos secundarios (razones de segundo orden) que excluyen consideraciones normativas que las puedan contradecir (p. 191).

Las normas jurídicas constituyen razones protegidas en el razonamiento práctico, si es que actúan como razones de primer orden, es decir, motivos para actuar de cierta manera, y como razones de segundo orden, al excluir cualquier otra consideración que vaya en contra de la acción especificada por la norma (Raz, 2011, pp. 38-43). Por ejemplo, para que un individuo Y sea considerado o pretenda ser autoridad en relación a Z, las normas que Y conciba deben constituir una diferencia práctica en el razonamiento de Z, excluyendo otras consideraciones normativas relevantes de primer orden en el razonamiento.

Para ilustrar lo que se ha dicho, considérese el siguiente caso: pocos minutos antes de que la clase de filosofía del Derecho comience, Rebeca, quien está pasando por momentos difíciles en su vida

personal está en la cafetería de la universidad hablando con su amiga María, quien a su vez debe resolver si asistir a clases o quedarse con su amiga Rebeca.

Se pueden identificar las siguientes razones subyacentes de primer orden: (1) la obligación de tener una buena formación como estudiante, (2) el compromiso de ayudar a los amigos, y (3) la importancia del curso para aprobar el semestre académico. De otro lado, el reglamento de la universidad, prohíbe faltar a clases, salvo por motivos médicos debidamente justificados. Esta regla se sustenta en la razón número (1).

A partir del ejemplo propuesto, siguiendo la tesis de Raz, podemos señalar que la regla establecida en el reglamento de la universidad constituye una razón protegida (RP) para la acción de María, al excluir de la deliberación el peso relativo de las razones de primer orden 1, 2 y 3. Además, en relación a lo que debe hacer María, se advierte que la RP reemplaza a las razones 1, 2 y 3. La determinación del contenido de la acción requerida por RP no está relacionada con la primera razón que justifica la regla. La razón que justifica la acción de Rebeca es la norma establecida en el reglamento en forma independiente de las razones que justifican su emisión.

En el campo de la filosofía, se distingue entre el razonamiento teórico y el práctico. El razonamiento teórico tiene como resultado la formación y cambio de las creencias individuales, mientras que el razonamiento práctico conlleva la formación y cambio de las razones para actuar (motivos para hacer o no hacer algo). Esta diferencia

entre lo teórico y lo práctico involucra, por un lado, el control de las creencias y, por otro, el control de la acción intencional (Wallace, 2006, pp. 179-205).

El razonamiento práctico distingue entre la justificación y la motivación. Una razón justificadora es aquella que se utiliza para respaldar o cuestionar una determinada acción (Raz, 1991, pp. 17-23). Por otro lado, las razones motivacionales, son las que forman parte del conjunto de motivaciones de una persona y son las que se tienen en cuenta al momento de actuar (Farrel, 2003, pp. 274-277). Decir, por ejemplo, que P es un motivo para que una persona realice la acción Q, no implica necesariamente que P sea la única razón para dicha acción. Es posible que P sea parte de las motivaciones del individuo, y aun así, decida actuar en contra de Q (Farrel, 2003, pp. 270-280). No hay equivalencia necesaria entre razones que justifican una acción y sus motivos. Según el relato bíblico de Génesis, podríamos explicarlo así: si Caín mató a Abel porque Dios no aceptó su ofrenda; podríamos decir, que la falta de aceptación de la ofrenda fue el motivo de Caín para matar a Abel; pero no podemos decir que justifica su acción. La no aceptación es un motivo, pero no una razón para la acción justificable.

Un individuo puede actuar por diferentes motivos, pero solamente una razón puede justificar su acción según una norma. Aunque las creencias pueden ser razones en ocasiones, no todas las razones son creencias. Es importante recordar que las razones se utilizan para dirigir el comportamiento y las personas deberían guiarse por

lo que es verdaderamente cierto, no por lo que creen que es cierto (Raz, 1991, p. 19).

### **2.3.6. Las razones para la acción como razones protegidas y su función excluyente en el razonamiento práctico**

El concepto de razones para la acción, constituye el elemento clave para explicar la normatividad del Derecho, “las razones para la acción explican los motivos de los seres humanos para realizar una conducta u otra, a estos motivos para la acción también se les denomina razón práctica” (Montero, 2011, p. 85).

Según Raz (1991), hay dos modelos de razonamiento práctico: (1) razones para la acción de primer orden, en el que el conflicto de razones de primer orden se resuelve por medio de la fuerza relativa de las razones en conflicto, la decisión depende del balance de razones que el individuo realiza como predeterminación o decisión de su conducta; se describe en términos de una razón que prevalece sobre otra. Puede ser formulada en función al principio práctico (P1), los individuos, consideradas todas las cosas, deben actuar siempre sobre la base del balance general de razones de primer orden. (2) razones para la acción de segundo orden, es toda razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón. Una razón excluyente, es una razón para abstenerse de actuar por una razón, excluye el balance general de las razones de primer orden. Se expresa en el principio práctico (P2), los individuos no deben de actuar sobre la base del balance de razones de primer orden, si las

razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada (p. 39-45).

La introducción de las razones excluyentes implica que hay dos formas en que las razones de primer orden pueden ser derrotadas: por el peso relativo de la razón que triunfa en los casos de conflicto y por la función excluyente de una razón de segundo orden. Entonces, si P2 es válido, P1 debería ser reemplazado por P3 que establece: consideradas todas las cosas, se debe actuar por una razón no derrotada (Raz 1991, p. 45).

Mientras que los conflictos entre razones de primer orden se resuelven de acuerdo al peso relativo de las razones en competencia, los conflictos entre razones de primer orden y razones excluyentes se resuelven siempre a favor de estas últimas, no tanto por su peso relativo, sino por la función que desempeñan en el razonamiento práctico. “Las razones de segundo orden son excluyentes, autoritativas y legales, pues nos referimos a aquellas dadas por una autoridad como directrices de conducta con el propósito de que sean cumplidas” (Montero, 2011, p. 89).

Las reglas jurídicas emitidas por una autoridad, no podrían desempeñar su función normativa, si no son consideradas como razones excluyentes en el razonamiento práctico, es decir, como razones que excluyen razones de primer orden. Dado que una norma es una razón excluyente, no ha de competir con las demás razones, pues esta las excluye. La exclusión de las demás razones

no es un asunto de peso, obedece al hecho de que la norma es una razón de segundo orden (Raz, 1991, pp. 89-90).

De esta manera, las reglas al constituir razones excluyentes tienen una cierta independencia en relación a las razones que las respaldan. Para considerar que una regla es válida, es necesario que existan razones que la justifiquen. Sin embargo, no es necesario conocer específicamente cuáles son esas razones para poder aplicarlas en la mayoría de los casos. Las razones subyacentes de la regla establecen su importancia como razón de primer orden y su función como razón que excluye otras opciones. La regla prevalece en virtud de su naturaleza excluye. (Raz, 1991, p. 90). Una norma jurídica, al ser el resultado de varios valores en conflicto, no siempre expresa de forma clara las razones para su exigencia (Raz, 1991, p. 86-87). La validez de una regla es una justificación independientemente de contenido, ya que su justificación no se basa principalmente en las razones de la acción que motiva la regla, sino en las razones excluyentes (Gómez, 2004, p. 716).

Las reglas jurídicas para Raz son tanto razones excluyentes como razones protegidas. En otras palabras, se trata de una combinación organizada de una razón para llevar a cabo un acto exigido por la norma, y una razón que excluye actuar basado en ciertas razones que lo contradicen (Raz, 1991, p. 238).

El término "razones protegidas" se refiere a una consideración que respalda la acción de hacer algo, al mismo tiempo que descarta un conjunto de razones en contra. La comprensión de este concepto es

crucial para entender la legalidad y autoridad de las leyes. Cuando estamos sujetos a una norma, la propia existencia de dicha norma nos brinda una razón primordial para llevar a cabo una determinada acción, pero también nos previene de actuar de acuerdo a las razones excluidas por dicha norma (Raz, 1986, pp. 41-42).

Las normas jurídicas son razones protegidas debido a que las razones para actuar que establece están protegidas por la regla excluyente. Lo distintivo de las reglas es que proporcionan reglas excluyentes diferentes a las razones que ofrecen para justificar la acción, lo que Raz llama la tesis de la autonomía. La justificación de la validez de una regla no reside principalmente en las razones que ofrece para la acción exigida por la regla, sino en la regla excluyente que marca una diferencia práctica en el razonamiento al proporcionar razones adicionales a las ya brindadas por las acciones requeridas por la regla (Gómez, 2004, p. 716).

Volviendo al tema, podríamos decir que las diferentes razones que se presentan en las reglas son razones que excluyen otras opciones. Estas reglas excluyentes, al brindar razones adicionales, hacen hincapié en la idea de autonomía que se mencionó anteriormente.

Para que todo esto sea posible, Raz (2011) propone la tesis de la autoridad legítima, según la cual aquellos que obedecen a la autoridad, tienen mayor probabilidad de que actúen conforme con las razones que justifican la acción (razones subyacentes), sin necesidad de que decidan actuar en cumplimiento de estas.

## 2.4. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD

De manera análoga a la diferencia entre razonamiento práctico y razonamiento teórico, se suele diferenciar entre autoridades teóricas y prácticas. Una autoridad es teórica si sus enunciados son fuente de razones para creer en el enunciado (autoridad epistémica), ejemplo: una autoridad sobre cómo programar una computadora, realizar un experimento médico, arreglar un motor, etcétera; y es práctica, si sus enunciados son fuente de razones para actuar de la forma establecida en un enunciado normativo. Por tanto, las autoridades teóricas, son fuente de razones para creer, y las prácticas, fuente de razones para actuar, tratan de lo que uno debe o no debe hacer. La relevancia normativa de las autoridades prácticas radica en su capacidad de modificar el universo normativo de los individuos, creando nuevos deberes y, en consecuencia, nuevas razones para la acción (Raz, 2011, pp. 20-27).

Una autoridad teórica puede eventualmente servir como guía para detectar la existencia de una razón para la acción. Sin embargo, la existencia de una autoridad teórica no genera, en sí misma una nueva razón para la acción; *ergo*, no tiene poder normativo para modificar las razones para la acción que determinan el comportamiento de los individuos (Hurd, 1991).

La preferencia por la explicación de la autoridad sustentada en razones para la acción, es porque tales explicaciones muestran el papel de los enunciados de autoridad dentro del razonamiento práctico de forma directa, prescindiendo de la mediación de otros conceptos. Las directivas emitidas por la autoridad, tienen la pretensión de que sean consideradas como una

razón para actuar con independencia de cualquier otra razón en contra que pudiera existir (Raz, 2011, pp. 29-31).

En ese sentido, el poder normativo implica la aptitud de la autoridad para cambiar razones protegidas en el razonamiento práctico. Existen tres formas por las cuales los titulares de poder pueden cambiar razones protegidas: primero, emitiendo una instrucción excluyente; es decir, utilizar el poder para ordenar hacer  $\emptyset$ , y también una razón de segundo orden para no actuar siguiendo todas o algunas de las razones en contra de  $\emptyset$  (las instrucciones excluyentes, por tanto, son razones protegidas). Segundo, emitiendo una expresión de poder que otorgue una permisión para realizar una acción hasta entonces prohibida por una instrucción excluyente (permisión excluyente, puesto que cancelan razones excluyentes). Tercero, usar el poder para conceder poder para cambiar razones protegidas (Raz, 2011, pp. 35-36).

De acuerdo a lo expuesto, es notorio que existe una relación entre poder normativo y autoridad. El poder nos dice Raz (2011) es la aptitud de cambiar razones protegidas. El Derecho tiene autoridad si la existencia de una norma jurídica que requiere cierta acción es una razón protegida para realizar tal acción; una norma jurídica es autoritativa si su existencia es una razón para realizar una acción y excluir consideraciones en contra, así pues, el Derecho goza de autoridad si sus súbditos, o algunos de ellos consideran su existencia como una razón protegida para obedecer (p.48). Si el análisis es correcto, entonces, el Derecho pretende autoridad. “El derecho se presenta como un conjunto de patrones autoritativos y requiere

de todos aquellos a los que se aplica que reconozcan su validez” (Raz, 2011, p. 53).

No debemos concebir el derecho como un conjunto de disposiciones jurídicas aisladas en que cada uno tiene su función propia, separada e independiente, sino como un conjunto de razones (potencialmente en conflicto y reforzándose mutuamente), las cuales determinan en conjunto, lo que es requerido por el derecho (Raz, 2011, p. 53).

Según Raz (2011), el término "autoridad" es un concepto práctico que aborda la cuestión de cómo establecer reglas normativas para guiar el comportamiento de las personas. Raz hace referencia a dos tipos de autoridad: la autoridad de facto y la autoridad legítima. Una persona tiene autoridad de facto si aquellos sobre quienes ejerce autoridad la consideran legítima. Un común denominador a todas las formas de autoridad de facto es que presuponen que algunos creen que la persona en cuestión tiene autoridad legítima (pp. 47-48).

No se puede explicar la autoridad de facto, sin la de autoridad legítima. Por su parte, aceptar que la autoridad es legítima, es considerar las directivas como válidas y seguir sus razones en vez de entrar en los méritos del caso, si se da esto en la práctica o no es cuestión empírica, pero las autoridades en el derecho pretenden tener esta autoridad legítima, y así se explica el concepto con la noción de regla excluyente (Gómez, 2004, p. 720).

Que la autoridad sea legítima significa que sus directivas constituyen razones protegidas para actuar, es decir, son razones válidas para realizar acciones específicas y para ignorar ciertas consideraciones en contra (razones excluyentes). El Derecho irroga autoridad si sus normas que exigen ciertas acciones constituyen razones para llevar a cabo las acciones requeridas y excluyen consideraciones en contra. El Derecho tiene autoridad si sus ciudadanos, o al menos algunos de ellos, consideran su existencia como una razón protegida para obedecer. Esto demuestra que

tiene sentido hablar de la autoridad del Derecho y que, si se analiza su noción de autoridad efectiva o de facto, también implica hablar de su noción de autoridad legítima. Esto muestra que la noción de autoridad está inextricablemente relacionada con la del Derecho (Raz, 2011, p. 48). Es propio de la autoridad práctica, su capacidad para modificar las normas que rigen las acciones de los individuos sujetos a su autoridad, mediante la definición de nuevos deberes y, por lo tanto, de razones excluyentes para la acción.

#### **2.4.1. Las paradojas de la autoridad**

Pues bien: cumplidas las precisiones antedichas, a partir del trabajo de Wolff (1970, pp. 1-40), se desarrolló un extenso debate sobre la racionalidad de la autoridad (paradoja de la irracionalidad de la autoridad), y sobre si, en realidad, las normas jurídicas tienen la capacidad de hacer una diferencia normativa en el razonamiento práctico de los individuos (paradoja de la superfluidad de la autoridad). La paradoja de la irracionalidad de la autoridad advierte una incompatibilidad entre la existencia de una autoridad práctica y la autonomía racional de los agentes. Si una parte fundamental de la racionalidad consiste en actuar conforme a un balance autónomo de razones, estar sujeto a las órdenes de una autoridad sería contrario a la razón. La existencia de una autoridad, además, resultaría contraria a la autonomía moral de los agentes: mientras que la autonomía moral exige actuar de acuerdo al propio balance de razones, la autoridad demanda que actuemos de forma contraria a dicho balance.

Según Raz (2011), las paradojas de la autoridad pueden adoptar diversas formas, pero todas ellas se refieren a la aparente incompatibilidad entre autoridad, razón y autonomía moral. Se argumenta que estar sometido a la autoridad es incompatible con la razón, ya que esta última exige actuar siempre en base a las razones que uno es consciente de tener. Es inherente a la naturaleza de la autoridad exigir sumisión, incluso cuando se piensa que lo que se nos pide va en contra de la razón, por lo tanto, someterse a la autoridad es irracional. Del mismo modo, el principio de autonomía implica que uno debe actuar basándose en su propio juicio en todas las cuestiones morales. Como la autoridad a veces requiere que uno actúe en contra de su propio juicio, también exige renunciar a dicha autonomía moral (pp. 19-20).

La paradoja de la superfluidad de la autoridad muestra que la legitimidad de las reglas y las órdenes de la autoridad depende de su concordancia con una moral objetiva. Las directivas de la autoridad serán consideradas autoritativas, es decir como razones excluyentes en el razonamiento práctico solo si están de acuerdo con el contenido de una moral objetiva. En otras palabras, cuando preguntamos por la obligatoriedad de las normas jurídicas, estamos preguntando por su obligatoriedad moral. La paradoja de este enfoque radica en que para que las normas sean efectivas, es necesario hacer referencia a principios morales, pero si estos principios *per se* indican cómo debemos actuar, entonces las normas jurídicas serían innecesarias, superfluas (Nino, 1986, pp. 66-67).

De acuerdo con las paradojas de la autoridad y la superfluidad, podemos decir que: 1) los mandatos de la autoridad podrían ser consideradas relevantes, pero violarían la autonomía moral de los individuos. Por otro lado, 2) podrían no violar la autonomía moral de los individuos, pero serían irrelevante en términos de su aplicación. Además, las directivas de la autoridad podrían ser redundantes con las razones morales. Es decir, podrían ser innecesarias debido a que ya existen razones morales que justifican determinadas acciones. Sin embargo, si no fueran redundantes, resultarían injustificadas, ya que no contarían con una base moral sólida que las respalde.

El enfoque teórico del razonamiento práctico de Raz se enfrenta a los desafíos planteados por estas paradojas, que según el autor son solo aparentes. Por un lado, busca conciliar la existencia de la autoridad práctica con la autonomía moral de las personas, y de otro, busca conciliar el concepto de autoridad con la naturaleza moral de las razones que justifican la acción.

La tesis de las normas jurídicas como razones protegidas, sostiene que las normas jurídicas son fundamentales para guiar el comportamiento de las personas y que el Derecho no es superfluo, explica que cumplir con las normas jurídicas no significa necesariamente comportarse de manera irracional o inmoral. Las paradojas de la autoridad son solo aparentes, se deben a una simplificación inapropiada del razonamiento práctico (Raz, 2011, pp. 19-21 y pp. 43-46).

Esta confusión puede ser comprensible si consideramos que todas las razones para la acción son razones de primer orden y no se toma en cuenta la existencia de razones de segundo orden. El principio de autonomía moral, que es parte de los argumentos de las paradojas de la autoridad, incurre en esta confusión al negar la existencia de razones de segundo orden que justifican la existencia de la autoridad. Sin embargo, dado que en principio puede haber razones válidas de segundo orden, el principio de autonomía no implica necesariamente el rechazo de toda autoridad (Raz, 2011, p. 45)

Para Raz, no es verdad que seguir las instrucciones de una autoridad sea irracional. Razonar de esta forma negaría la existencia de razones protegidas (razones de segundo orden) para actuar bajo la autoridad del Derecho. Por lo tanto, no es cierto que siempre esté justificado para los individuos actuar solo de acuerdo a razones de primer orden. En algunos contextos prácticos, la justificación de sus acciones puede provenir de razones de segundo orden (Raz, 2011, pp. 19-53).

Según Raz, cuando no hay autoridad práctica, los agentes solo tienen razones de primer para actuar. Sin embargo, cuando una autoridad emite una regla, los agentes no solo tienen una nueva razón para actuar, sino que también tienen una razón excluyente para abstenerse de actuar en contra de la regla. Por lo tanto, las normas jurídicas funcionan como razones protegidas en el pensamiento práctico de los actores, ya que son razones tanto de primer orden para actuar de cierta manera, como de segundo orden

al excluir consideraciones adicionales en contra de la acción exigida por la regla. La existencia de reglas, o cualquier tipo de directiva de autoridad, marca una diferencia práctica en el razonamiento, ya que pasa de ser comportamiento fundado en razones de primer orden, a ser comportamiento fundado en una regla autoritativa de segundo orden. En resumen, las reglas generan razones que reemplazan las razones previamente aplicables a los individuos, evitando así repetir las consideraciones normativas que justificaron su creación sin introducir ninguna diferencia práctica (Raz, 2011, pp. 1-53).

Un individuo tiene autoridad práctica si sus enunciados *per se* son suficientes para motivar la acción, sin depender de las razones que generaron la acción requerida (tesis de la independencia). La tesis de la independencia sostiene que la justificación para cumplir una regla es independiente de las razones que lo justifican (razones subyacentes). El hecho de que una autoridad exija una acción es una razón en sí misma, que no se añade a otras razones relevantes, sino que las reemplaza y constituye una razón para realizarla (Raz, 1986: 46). Es decir, cuando la autoridad exige cierto comportamiento, eso se convierte en una justificación para realizarla (razón para la acción) y reemplaza a las demás razones que podrían haber justificado la acción en cuestión (Raz, 1986).

Por lo tanto, una vez que se establece una regla, las razones que dependen de ella se reemplazan, ya que tomar en cuenta tanto la regla como sus razones subyacentes implicaría un doble conteo de esas mismas razones (Raz, 1986, pp. 57-58). De esta manera, la

tesis del reemplazo y la prohibición del doble cálculo de razones, sostiene que la función excluyente de las reglas se aplica incluso a las razones subyacentes. Así, la justificación de la fuerza vinculante de las reglas depende de las razones subyacentes, sin embargo, estas razones se reemplazan por la regla, lo que significa que una vez que una autoridad formula una regla, esta se convierte en una razón independiente para la acción que reemplaza la relevancia práctica de las razones subyacentes.

En palabras de Vega Gómez, el pedido de una autoridad de llevar a cabo una acción es motivo suficiente para actuar de acuerdo a ello, sin considerar otras razones relevantes al momento de decidir qué hacer. Estas razones, dadas por la autoridad, sustituyen a algunas de las otras razones existentes (Gómez, 2004, p. 719).

Para ejemplificar la antedicho, volvamos a considerar el caso de María y Rebeca: pocos minutos antes de que la clase de filosofía del Derecho comience, Rebeca, quien está pasando por momentos difíciles en su vida personal está en la cafetería de la universidad hablando con su amiga María, quien a su vez debe resolver si asistir a clases o quedarse con su amiga Rebeca. Se pueden identificar las siguientes razones subyacentes de primer orden: (1) la obligación de tener una buena formación como estudiante, (2) el compromiso de ayudar a los amigos, y (3) la importancia del curso para aprobar el semestre académico. De otro lado, el reglamento de la universidad, prohíbe faltar a clases, salvo por motivos médicos debidamente justificados. Esta regla se sustenta en la razón número (1).

A partir de este ejemplo, siguiendo la tesis de Raz, podemos señalar que la regla establecida en el reglamento de la universidad constituye una razón protegida (RP) para la acción de María, al excluir de la deliberación el peso relativo de las razones de primer orden 1, 2 y 3. Además, en relación a lo que debe hacer María, se advierte que la RP reemplaza a las razones 1, 2 y 3. La determinación del contenido de la acción requerida por RP no está relacionada con la primera razón que justifica la regla. La razón que justifica la acción de Rebeca es la norma establecida en el reglamento en forma independiente de las razones que justifican su emisión

## **2.5. PRECEDENTE VINCULANTE**

Con el propósito de reconstruir una definición de precedente constitucional que sea compatible con la tesis positivista excluyente, primero se desarrollará la definición de precedente constitucional establecida por el Tribunal Constitucional basándose en su interpretación del artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, identificando las principales lagunas y contradicciones de esta definición y proponer una explicación alternativa respaldada por la teoría de la pretensión de autoridad del Derecho y el modelo de reglas como razón excluyente propuesto por Joseph Raz.

El TC interpretó que el concepto de precedente constitucional, establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, otorga al tribunal el poder de crear reglas que son aplicables a todas las personas, de manera similar a las leyes establecidas por el legislador. Así, en la sentencia N.º 0024-2003-AI/TC, argumentó:

Parafrasear: El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

De igual forma, en la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, arguyó:

El precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional (fundamento 49).

Si contrastamos la tesis planteada por Hans Kelsen en la Teoría Pura del Derecho, con las facultades normativas del Tribunal Constitucional (TC) para establecer normas generales, podemos concluir *prima facie* que esta facultad carecería de validez constitucional. Según Kelsen (2003), cualquier fuente del Derecho debe tener su fundamento de validez en la Constitución como norma jurídica superior. Por tanto, la facultad del TC para crear normas de carácter general, como los precedentes constitucionales, debe tener su fundamento en la Constitución. Sin embargo, el TC no proporciona ningún desarrollo teórico al respecto y no se ha pronunciado sobre la supuesta derivación lógica de sus facultades

constitucionales para crear precedentes vinculantes de carácter erga omnes (Rosas, 2019, pp. 18-19).

El modelo de precedente constitucional peruano, se diferencia del modelo anglosajón, en su grado de flexibilidad. El TC impuso un modelo de precedente rígido sin posibilidad de ser modificado sustancialmente por el juez que resuelve un caso similar. La singularidad del precedente anglosajón radica en su capacidad de adaptabilidad, y el papel fundamental del segundo juez en la interpretación del precedente establecido (Rosas, 2019, pp. 19-20). En palabras de Medina y Gordillo (2002):

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser *la ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido, sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores” (p.14).

Kerpel (2001) aludiendo al precedente en el *common law*, expone:

En suma, los precedentes no establecen reglas axiomáticas que se puedan aplicar deductivamente. Existen distintas formas para determinar la regla que establece el precedente; y, el tribunal posterior siempre cuenta con un margen de libertad para elegir el método y la forma para hacerlo. Ello dota al *case law* de un dinamismo muy particular: las reglas cambian, se redefinen y se transforman en el proceso mismo de su aplicación (p.89).

Sesma (1995) señala que, en lugar de crear reglas axiomáticas y preexistentes, los precedentes son una creación conjunta entre el tribunal que establece el precedente y el que lo aplica a un caso específico, (p.116).

En el sistema anglosajón, el juez encargado de decidir un caso tiene la responsabilidad de buscar y desarrollar la regla adecuada para resolverlo, e incluso en algunas ocasiones deberá crearlo (Pound, 1954).

### 2.5.1. El precedente vinculante en el sistema de *common law*

En esta sección, el estudio del *common law* se llevará a cabo desde la perspectiva norteamericana. Lo relevante para el sistema de Derecho norteamericano es la forma en que se aplican las normas a casos concretos. El *common law*, más que un conjunto de normas abstractas y generales, es una disciplina práctica para resolver disputas jurídicas.

Las decisiones judiciales (precedentes vinculantes), constituyen el objeto de estudio del Derecho americano. Las sentencias con valor de precedente configuran Derecho nuevo, completan y adicionan el ordenamiento jurídico, convirtiendo a los jueces en órganos de creación del Derecho en sentido amplio (Kerpel, 2001, p. 25). El juez debe crear el Derecho para el caso y no solo aplicar el ya preexistente.

Desde el punto de vista de la autoridad práctica del Derecho, en los sistemas de *common law* la adherencia al precedente es quizás la forma más importante en que los jueces pueden demostrar su obediencia al Derecho.

Una de las características más importantes del *common law* es que el alcance normativo y el significado de un precedente no se pueden conocer *a priori* a sus futuras aplicaciones; las reglas que sientan el precedente están determinadas por la interacción entre el tribunal que las crea y el que las aplica; el tribunal posterior es el que tiene que elegir el nivel de generalidad y abstracción de la regla de precedente, mientras que el tribunal anterior tiene que determinar el

marco de posibilidades dentro del cual pueden llevarse a cabo las elecciones de los jueces vinculados a sus elecciones, ello dota al *cas law* de un dinamismo muy particular (Kerpel, 2001, pp. 62-63).

“La técnica del precedente opera como un control de racionalidad o de corrección de la solución adoptada, pero sin suministrar propiamente esa solución” (Abellán, 1993, p. 44). Una sentencia que tenga en cuenta la regla de precedente, no es por tanto aquella que repite otra anterior, sino aquella que pretende justificarse en un criterio general, en una regla que se considera deseable para regular un futuro caso semejante, disipando toda sospecha de parcialidad o arbitrariedad (Abellán, 1993, p. 47).

En síntesis, para los jueces norteamericanos, el Derecho no es un hecho predeterminado, sino algo que debe buscarse y construirse en la resolución de casos específicos. El Derecho al ser indeterminado no puede considerarse como algo establecido y definido de antemano para los jueces. Cuando surja una controversia jurídica en la que las normas existentes no brinden una respuesta, los tribunales deben resolver esa "zona oscura" estableciendo un precedente que resuelva el conflicto y que también pueda aplicarse en casos similares en el futuro.

Parfrasear: El dinamismo de la realidad social hace que siempre exista una “zona de penumbra” en el derecho que el legislador no puede iluminar a priori. Sin embargo, siendo el *common law* un derecho preexistente al derecho legislado, se mantiene como un derecho de carácter supletorio: todo aquello que el legislador no reguló expresamente se podrá regular a través de la técnica del *common law* (Kerpel, 2001, p. 68).

### **2.5.2. El precedente constitucional como regla autoritativa jurisdiccional excluyente: análisis conceptual**

Esta investigación gira en torno a la determinación de los fundamentos iusfilosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico. Esto significa, dilucidar *ab initio*, el significado de precedente al que podemos aproximarnos atendiendo a la idea preliminar de que se trata de ciertas resoluciones judiciales que son investidas de autoridad como razones excluyentes en el razonamiento práctico, cuya función entre otras, es orientar las decisiones de los tribunales. Partiendo de esta idea, se propone un estudio iusfilosófico acerca del concepto de precedente constitucional que revele de la manera más fiel posible esta institución jurídica tal como la entendemos y la practicamos.

Los problemas y complejidades que surgen en función a una inadecuada comprensión del concepto de precedente constitucional no se resuelven con reglamentaciones técnicas, como podría indicar una primera aproximación. El problema es mucho más profundo y se ubica a nivel conceptual. Esto requiere cuestionar qué es un precedente y analizar sus posibles complejidades.

Este trabajo se circunscribe a la teoría jurídica analítica descriptiva y ofrece una explicación del concepto de precedente constitucional en función al concepto de regla autoritativa excluyente propuesto por Joseph Raz. Se toma en cuenta a los órganos jurisdiccionales como

los destinatarios de estas reglas autoritativas y se analizan las interacciones que se generan entre ellos en diferentes contextos de creación y aplicación del precedente. Además, se explica cómo se utiliza la regla de precedente como razones excluyentes para la acción y se detalla cómo opera dentro de los propios órganos jurisdiccionales. Así pues, se propone una reconstrucción racional y analítica del concepto de precedente constitucional, dentro de los límites conceptuales que la propia práctica impone. La teoría que se propone es descriptiva en el sentido de que, al explicar el concepto de precedente constitucional, no se emite juicios morales sobre si es bueno o malo, sino que busca ofrecer explicaciones conceptuales moralmente neutrales sobre la definición de precedente.

Por su puesto, las ambiciones de la teoría conceptual descriptiva no eliminan ni excluyen la posibilidad de llevar a cabo una evaluación moral y de justificación de las instituciones; simplemente señalan que esta última empresa solo puede emprenderse (si así se quiere) una vez que se ha agotado la fase descriptiva. Otra forma de decirlo es que para evaluar alguna institución necesitamos comprender plenamente la institución de la que estamos hablando; de este modo, el paso de evaluar moralmente o justificar algo es un paso posterior de la comprensión de ese algo (Juárez, 2018, p. 20).

Esto significa que el enfoque teórico educado para abordar el análisis del precedente es la tesis de la autoridad y el modelo de reglas excluyentes. Dado que toda autoridad, incluyendo la del Tribunal Constitucional, se considera a sí misma como intermediaria entre el problema y las soluciones posibles, al adoptar la perspectiva de la autoridad, se puede comprender el rol de las reglas en el

razonamiento práctico, de la manera más adecuada (Juárez, 2018, p. 37).

La tesis de la autoridad es la más apropiada para comprender el concepto de precedente, ya que hay una relación entre el enfoque adoptado y la fuerza de la regla del precedente que deriva específicamente de la autoridad de dicha regla. Esta autoridad tiene la capacidad de ofrecer razones excluyentes para la acción, lo cual genera el cumplimiento de la regla y lo convierte en una norma justificada.

La primera condición del concepto de precedente constitucional se refiere a una regla jurisdiccional autoritativa y obligatoria. Al decir que una norma es autoritativa, se le atribuye un poder específico, es decir, tiene la capacidad de establecer reglas y ser obedecida. La noción de autoridad juega un papel fundamental en la explicación del concepto de precedente. Solo cuando reconocemos la autoridad legítima de una norma en cualquier contexto, podemos entenderla como una razón excluyente para la acción.

Joseph Raz subdivide la autoridad en dos categorías principales: autoridad de facto y autoridad legítima. En general, consideramos que una persona es una autoridad o tiene autoridad cuando algunas de sus declaraciones tienen la intención de regular la conducta de otros. La autoridad de facto busca tener autoridad legítima sobre aquellos a quienes gobierna, aunque no siempre lo logra, pero ejerce efectivamente su voluntad sobre sus súbditos, si es que, la mayoría de ellos reconoce su legitimidad. La autoridad de facto no solo busca

tener el derecho de regular la conducta de los demás, sino que también establece y mantiene efectivamente su dominio y autoridad, logrando la conformidad de las personas sujetas a ella. Esta autoridad de facto puede considerarse legítima si su pretensión de ser autoridad legítima está justificada al proporcionar razones excluyentes para la acción, lo cual puede determinarse a través del reconocimiento de la mayoría de personas sujetas a ella (Raz, 1994, 228).

En general, se distinguen dos tipos de autoridad: teórica y práctica, ya sea que la autoridad sea legítima o de facto. Para explicar el tema de manera más clara en este trabajo, nos centraremos en la autoridad legítima, que a su vez puede ser teórica o práctica, y puede manifestarse como una de ellas o ambas a la vez (Raz, 1994, 229).

La autoridad legítima y práctica se define como aquella autoridad que, además de ser reconocida como tal, proporciona razones excluyentes a sus súbditos. Lo característico de las órdenes revestidas de autoridad es su carácter excluyente, lo que significa que pueden reemplazar cualquier otra consideración que trate sobre el mismo tema. Toda autoridad legítima también es una autoridad de facto, pero no toda autoridad de facto es legítima, ya que esta última va más allá del simple ejercicio efectivo del poder y la pretensión abierta de dar órdenes (Raz, 1986, pp. 56-65).

Cuando una persona decide obedecer las normas de una autoridad legítima, tiene una razón fundamental para actuar de acuerdo con esas normas. Esta decisión de seguir las indicaciones de la

autoridad es una razón excluyente, ya que seguir lo establecido la norma equivale a haber tomado una decisión anticipada sobre cómo actuar. Para aquellos que siguen y aplican las normas, estas son consideradas como razones de primer orden para llevar a cabo la acción prescrita por la norma, y como una razón de segundo orden para no actuar con base en el balance de las razones (Raz, 1991, pp. 39-50).

De acuerdo con Raz (1991) si la creación de reglas modifica las razones que las personas tienen para actuar, razones de primer orden, entonces, las reglas jurídicas son en sí mismas razones para la acción de segundo orden, aunque a mayor precisión diríamos que no son las reglas en sí mismas, sino el hecho de que existen esas reglas lo que constituye una razón excluyente (pp. 39-50).

Así: una razón excluyente se define como una razón para no actuar con base en el balance de razones, una razón para no considerar las razones que intervendrían en el balance de razones de primer orden y para no actuar a partir de ellas. Es importante tener en cuenta que las razones excluyentes sólo eliminan la motivación de guiarse por las razones de primer orden (por ejemplo, razones prudenciales o morales), más no eliminan el actuar en correspondencia con ellas (Gómez, 2004, p.713).

En el Derecho, las normas jurídicas, que rigen diferentes situaciones de hecho, son entendidas como razones de segundo orden, es decir, como razones que reemplazan las razones normales y propias que los sujetos tienen para actuar (razones de primer orden). El Derecho

haciendo un abalace de las razones de primer orden de sus súbditos, establece las razones para actuar en las situaciones por él reguladas. La razón elegida por la autoridad, que es una razón de primer orden que adquiere el carácter de segundo orden una vez elegida por la autoridad, constituye una razón excluyente, ya que reemplaza razones de primer orden. De esta manera, cada vez que los súbditos tengan que tomar una decisión, deben seguir normas jurídicas excluyentes de segundo orden en lugar de discutir sobre la acción a tomar en cada situación (Juárez, 2018, p. 50).

La comprensión del concepto de precedente constitucional como una regla autoritativa excluyente es crucial, y el andamiaje conceptual proporcionado es de gran importancia. Cuando hablamos de regla nos referimos a un mandato general que tiene como objetivo regular la conducta en una situación específica. Una regla general establece lo que las personas de un grupo específico deben, no deben o pueden hacer en ciertas circunstancias. Estas reglas buscan influir en el comportamiento de las personas y evitar acciones que la contradigan (Juárez, 2018, pp. 61-62).

Ahora bien, en cuanto regla, el precedente constitucional tiene dos dimensiones: uno personal, que se aplica a las personas a las que se refiere la norma, y otro institucional, que se aplica a los órganos jurisdiccionales. El primer aspecto del precedente obliga a las personas en términos sustantivos, mientras que el segundo implica la obligación de aplicar la regla al resolver un caso concreto cuando sea necesario.

El carácter autoritativo y excluyente de la regla de precedente constitucional, significa que no se puede optar por seguirlas o ignorarlas, y tienen la capacidad de influir en la conducta. El hecho de que exista una regla de precedente (razón excluyente) aplicable al caso específico es motivo suficiente para que los órganos jurisdiccionales (Poder Judicial) actúen de acuerdo con ella.

El precedente constitucional es una regla prescriptiva que establece conductas obligatorias de carácter *erga omnes*. Estas conductas no son opcionales y su cumplimiento o incumplimiento tiene consecuencias jurídicas. Cuando actuamos de acuerdo con lo que prescribe un precedente constitucional, consideramos a dicha regla como una razón excluyente en el razonamiento práctico. La justificación de la regla de precedente se encuentra en su carácter de norma de segundo orden, que excluye cualquier consideración que lo pueda contradecir. Cuando una regla de precedente resulte aplicable a un caso concreto, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de aplicarlo y excluir cualquier otra consideración de que lo pueda contradecir, prescindiendo de un balance de razones de primer orden

Recordemos que, según la teoría de la autoridad del Derecho de Joseph Raz, la manera común de resolver conflictos entre razones de primer orden es mediante el balance de las razones en conflicto. Mientras que el conflicto entre razones de primer orden y segundo orden (razones excluyentes) se resuelven a favor de éstas últimas. Las razones de segundo orden reemplazan a las de primer orden en

el razonamiento práctico, toda vez que, una regla excluyente es una razón para la acción con el peso suficiente para excluir otras razones dependientes aplicables al caso. De esta manera, la regla de precedente constitucional, siempre constituirá una razón excluyente para el tribunal ordinario que lo aplique en la resolución de un caso, prescindiendo del balance de razones que en otras circunstancias tendría que abordar.

El poder del Tribunal Constitucional para establecer precedentes vinculantes se deriva de su capacidad para resolver un caso específico de manera autoritativa y excluyente mediante la interpretación del lenguaje jurídico. Su objetivo, *prima facie*, es determinar con precisión el significado de la norma jurídica en cuestión para poder tomar una decisión y justificarla adecuadamente.

### **2.5.3. Precedente constitucional como regla excluyente y autonomía judicial**

Cuando nos referimos a un tribunal encargado de resolver controversias jurídicas, estamos asumiendo que dicho tribunal tiene autoridad dentro del sistema judicial y que sus decisiones son excluyentes y vinculantes para las partes involucradas. En este escenario inicial, los tribunales resuelven las controversias siguiendo fuentes específicas que incluyen a leyes ordinarias y precedentes establecidos.

En un segundo escenario, el juez se encarga de resolver casos difíciles, de penumbra o indeterminados en los que no hay una

respuesta clara debido a que la disposición general que podría aplicarse es demasiado amplia, ambigua o incompleta. Esto hace imposible determinar con certeza las dimensiones y límites reales de su contenido y alcance, por lo que, el juez a través de la discrecionalidad judicial, deberá construir la norma aplicable al caso. Cuando el Derecho no ofrece una respuesta clara o definitiva (ambigüedad), el juez se ve obligado a apelar al balance de razones de primer orden para tomar una decisión en el caso. Esta situación, implica una contradicción en la tesis de Raz (1991), ya que por un lado sostiene que el juez decide los casos basándose en razones excluyentes, pero por otro lado afirma que en los casos indeterminados el juez debe recurrir a razones dependientes de primer orden para resolverlos.

En ocasiones, el Derecho puede ser indeterminado, lo que implica que existen normas jurídicas que regulan el tema de la disputa legal, pero son demasiado amplias, ambiguas o incompletas para ser aplicadas directamente o incluso, puede ser que no existan normas aplicables para resolver la controversia. En estos casos, si no hay una respuesta específica que resuelva el problema planteado, el juez debe, inevitablemente, considerar y analizar las razones de primer orden disponibles. En este escenario, no se puede afirmar que el juez tenga una razón excluyente para decidir, ya que una razón excluyente es aquella que tiene suficiente peso para descartar otras razones aplicables al caso. Ante la falta de una respuesta

previa, el tribunal debe recurrir de ser el caso, a principios morales intersubjetivos para resolver la controversia.

Si las fuentes del Derecho no son suficientes para resolver un caso, debido a su inevitable incertidumbre, las consideraciones que el juez evalúen mediante discreción judicial serán consideradas como razones de primer orden. Estas razones se equilibrarán junto con otras aplicables en base a la interpretación más adecuada, y esto dará lugar a una nueva regla que resolverá el caso y se considerará como una regla excluyente relacionada directamente con las circunstancias planteadas en la litis. Esta solución se convierte en una nueva regla autoritativa, que no existía previamente, y que tiene la función de resolver tanto el caso en cuestión como casos similares en el futuro.

Las reglas jurídicas, ya sea de origen legislativo o judicial, tienen un significado central que es fácilmente reconocible al momento de su aplicación (casos fáciles). No obstante, ciertas reglas también tienen un área de incertidumbre o ambigüedad conocida como textura abierta del Derecho (casos difíciles), que permite a los jueces crear la regla que se aplicará al caso mediante discreción judicial (Hart, 1961). En otras palabras, los jueces pueden determinar el contenido de la regla a través de la interpretación jurídica, utilizando incluso razones de primer orden en la forma de principios morales intersubjetivos.

La interpretación es factible debido a la presencia de normas autoritativas que pueden ser interpretadas, y a partir de ellas se

pueden generar nuevas reglas más precisas, adaptadas y exhaustivas. A través de las normas aplicables y las situaciones de hecho que regulan, los tribunales desarrollan respuestas específicas a problemas concretos al un balance de razones de primer orden (Juárez, 2018, p. 169).

La interpretación, especialmente en los casos difíciles, puede llevarse a cabo utilizando distintos criterios. Esto ocurre porque la teoría de la autoridad no abarca todas las maneras en las que se pueden presentar los argumentos interpretativos. Por lo tanto, el juez puede tomar en cuenta las intenciones de la norma jurídica, así como otras intenciones relevantes que busquen promover objetivos sociales e incluso considerar la moral social o individual (moral intersubjetiva, relativismo metaético) para solucionar un caso concreto.

Ahora bien, la formulación de una regla de precedente por parte del Tribunal Constitucional no implica que dicha regla sea definitiva o inmutable. Al crear una regla de precedente, el Tribunal Constitucional está estableciendo la mejor interpretación posible en ese momento, considerando los hechos en cuestión. Esta regla de precedente de carácter *erga omnes* se convierte en una razón de segundo orden, que debe ser tratada como una razón excluyente. Su objetivo es evitar que en el futuro los jueces utilicen razones de primer orden al resolver casos similares (Juárez, 2018, p. 172). *Ergo*, si los hechos de un caso que debe resolver un juez de la judicatura ordinaria se encuentran dentro del supuesto de hecho establecido

por la regla de precedente, el juez no podrá tomar una decisión diferente y debe acatar la regla establecida. Solo en caso de que la regla de precedente presente ambigüedad o vaguedad, el juez tendría la posibilidad de buscar una nueva interpretación utilizando su discrecionalidad judicial.

Hasta ahora, hemos abordado los casos que involucran disputas parcialmente reguladas o no reguladas (casos difíciles). Sin embargo, también existen casos de disputas reguladas que forman parte de la complejidad de la regla de precedente, como la práctica de distinguir (*distinguish*) o desautorizar (*overruling*). El *overruling*, se caracteriza por ser una práctica restrictiva, reservada únicamente al Tribunal Constitucional cuando modifica sus propios precedentes. Ambas prácticas son interpretativas y se aplican a reglas de precedentes autoritativos que tienen fuerza obligatoria.

Distinguir, en términos generales, consiste en demostrar las diferencias fácticas entre un caso pasado y uno actual para mostrar que la razón de una regla de precedente no se aplica adecuadamente al caso actual. Esta práctica se divide en dos categorías: distinción externa e interna. La distinción externa busca invalidar la aplicación de la razón del precedente en el caso actual al demostrar que los hechos del caso actual difieren de los considerados en el precedente. Por otro lado, la distinción interna tiene como objetivo revelar la inadecuación de la razón del precedente en el caso actual al ofrecer una interpretación diferente de los hechos relevantes considerados en el precedente. Mientras

que la primera distinción no altera la regla, la segunda sí lo hace (Juárez, 2018, p. 173).

Distinguir significa ofrecer argumentos para no seguir o aplicar una regla previa en un caso posterior; sin embargo, esto no significa que los tribunales no estén obligados a seguirla, ya que, si no fuera obligatorio acatar la regla de precedente, no tendría sentido hablar de distinguir. La regla de precedente debe ser seguida a menos que haya una razón más relevante para no hacerlo; por ejemplo, reglas de precedente con supuestos de hecho demasiado amplios, ambiguos o indeterminados como para admitir interpretaciones diferentes a la sostenida por la regla de precedente.

Por esta razón, teóricos como (Lamoud, 2006), argumentan que el hecho de realizar distinciones entre casos es una razón válida para demostrar que el precedente no es una regla obligatoria. Esto se debe a que un tribunal posterior tiene la libertad de no seguir el caso anterior, señalando diferencias en los hechos entre ambos casos, incluso cuando estos hechos no respaldan la razón del caso previo. La respuesta a Lamoud está contenida en la afirmación misma. Si existe algo que condiciona al tribunal posterior para apartarse de la regla anterior, entonces dicho tribunal no tiene libertad para decidir cuándo hacer una distinción. Los hechos del caso en cuestión deben ser diferentes, pero igualmente relevantes para considerar una distinción; esto solo es posible si estos hechos no están incluidos en la regla que respalda el precedente; de lo contrario, no habría motivo para apartarse de la regla. La obligación primordial de los tribunales

es seguir las reglas de precedente y la práctica de hacer distinciones es secundaria, solo se aplica en casos donde la regla anterior no satisface plenamente los hechos actuales (Juárez, 2018, pp. 174-175). La idea principal de la tesis es que los precedentes vinculantes deben ser obligatorios para otros tribunales, ya que se basan en el hecho de que la razón dada por el tribunal es la razón más adecuada para guiar la acción. Esto a su vez, se explica a través de la teoría de la autoridad del Derecho y la función de las reglas excluyentes en el razonamiento práctico.

Distinguir, no debe entenderse como si el juez posterior estaría ignorando la regla de precedente o no la considerase una regla excluyente al hacer una distinción, ya que el Tribunal Constitucional no siempre establece reglas de precedente exhaustivas y precisas. Es posible que los tribunales posteriores introduzcan excepciones o cualificaciones para manejar circunstancias que no se presentaron previamente en la regla de precedente debido a razones de ambigüedad o vaguedad. Sin embargo, cualquier distinción debe estar justificada y los cambios generados son limitados. Dudar del criterio del Tribunal es dudar de su autoridad y el carácter excluyente de sus reglas

(Juárez, 2018, pp. 175 - 177).

En síntesis, la existencia del precedente no está condicionada a su aplicación en cada caso específico. La regla excluyente establecida por el Tribunal Constitucional siempre será efectiva en aquellos casos en los que sea aplicable. Las reglas de precedente tienen

autoridad y se emiten con el objetivo de hacer diferencia en el razonamiento práctico. Al establecer un precedente, el Tribunal Constitucional es consciente de que sus reglas tienen autoridad sobre otros tribunales y que su respuesta establece una forma excluyente de actuación en situaciones similares.

El precedente constitucional creado en el contexto de un caso determinado establece una regla autoritativa dirigida a otros jueces para resolver futuros casos similares, pretende ser, en la mayoría de los casos, una regla excluyente lo suficientemente clara para ser aplicada de manera directa. El propósito de estas reglas autoritativas y excluyentes, es evitar la evaluación de argumentos en cada caso cuando ya existe una regla de precedente que proporciona la respuesta. Por lo tanto, decir que el segundo juez decide cuál será el contenido de la regla de precedente, no parece describir la realidad, ya que cuando existe un precedente, le corresponde al segundo juez aplicar la regla a su caso (Juárez, 2018, pp. 200 - 201). Reconocer que el Derecho existente no abarca todas las respuestas correctas que necesitamos, nos lleva a una de las justificaciones del precedente constitucional: ofrecer soluciones a problemas no contemplados por el Derecho cuando lo necesitamos.

## **CAPÍTULO III**

### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

La contrastación de la hipótesis se desarrolló de manera explicativa utilizando los métodos generales de investigación: analítico – sintético, dialéctico y deductivo; y, los métodos específicos: hermenéutica jurídica y argumentación jurídica. Estos métodos sirvieron para demostrar que los fundamentos iusfilosóficos que sustentan la reconstrucción de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía de los jueces en la adjudicación del Derecho en el Perú, son: a) la autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes, b) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, y c) la separación conceptual entre Derecho y moral.

#### **3.1. LA AUTORIDAD PRÁCTICA DEL DERECHO Y EL MODELO DE REGLAS COMO RAZONES EXCLUYENTES**

El concepto de razón como facultad práctica es fundamental para comprender la autoridad y el modelo de reglas como razones excluyentes en el Derecho. La idea de atribuir practicidad a la razón depende de la posibilidad de responder a la pregunta sobre cómo se debe actuar. Si existe una respuesta objetiva a esta pregunta, entonces la razón puede conocerla de la misma manera que cualquier otro tipo de proposición. Reconocer la calidad práctica de la razón desde este punto de vista implica aceptar que los enunciados prácticos normativos son verdaderos o falsos. Por el contrario, negar el carácter práctico objetivo de la razón implica rechazar la existencia de hechos normativos verdaderos o falsos, y considerar que los

enunciados prácticos son simplemente manifestaciones de nuestras emociones (Redondo, pp. 10-11).

La razón práctica se refiere a nuestra capacidad de tomar decisiones de la mejor manera posible, pero estas decisiones están influenciadas por nuestras valoraciones morales. Palabras como "justo" o "injusto", "bueno" o "malo" solo expresan nuestros sentimientos y emociones. Al rechazar la objetividad de los términos valorativos, también se niega la existencia de la razón práctica desde una perspectiva moral objetiva.

Hart (1961) y Raz (2011) tratan de abordar esta objeción al distinguir entre la perspectiva externa del observador y la perspectiva interna del participante. En otras palabras, diferencian entre la aplicación teórica y la aplicación práctica de la razón. Mientras que la aplicación teórica tiene como objetivo ofrecer descripciones verdaderas o falsas de los hechos del mundo (ciencia), la aplicación práctica consiste en ofrecer razones para realizar o no realizar una acción (valoración). "Las razones para la acción explican los motivos de los seres humanos para realizar una conducta u otra, a estos motivos para la acción también se les denomina razón práctica" (Monteo, 2011, p. 85).

De lo expuesto, podemos deducir que el debate sobre la autoridad del Derecho tiene que ver con la forma en que éste establece cómo las personas deben actuar, incluso si no están de acuerdo con lo que se les exige. Según Hart (1961), la normatividad del Derecho debe explicar cómo las normas jurídicas generan deberes y obligaciones desde su dimensión interna. El aspecto normativo del Derecho no puede comprenderse simplemente describiendo lo que hacen los individuos, sino comprendiendo

cómo los participantes en las prácticas jurídicas aceptan la regla de reconocimiento como fuente del Derecho y criterio para identificar las reglas primarias de obligación. Por ende, lo que define la dimensión interna es la voluntad de considerar las normas jurídicas como el fundamento de la acción, ya sea antes o después de su realización, y no necesariamente una coincidencia entre la disposición y la motivación para la acción (Hart, 1961, pp. 80-126). Es esencial que las normas jurídicas puedan justificar las acciones de las personas, aunque no sean necesariamente la razón detrás de dichas acciones. Por ejemplo, una persona puede cumplir las normas de tránsito, incluso si no se siente motivado por la norma en sí misma. Puede hacerlo por motivos de seguridad, por consideraciones a sus propios intereses o por razones morales. Lo crucial es que puede emplear la norma como justificación de su conducta.

En este sentido, Hart argumenta que la normatividad del Derecho no depende de una coincidencia entre lo que las personas hacen y lo que las normas ordenan, sino en el reconocimiento y aceptación de estas normas como fuentes de obligación. Es decir, la normatividad radica en la percepción de que las normas jurídicas establecen deberes y obligaciones, independientemente de si las personas se sienten motivadas por las normas en sí mismas.

Para Hart, la dimensión interna del Derecho se encuentra en la actitud de respeto y reconocimiento hacia las normas jurídicas, aunque esto no implica necesariamente que los individuos actúen en conformidad con ellas. Incluso en los casos en los que las personas desobedecen las normas,

estas siguen teniendo validez y pueden justificar su acción, lo que evidencia la importancia de la dimensión interna del Derecho.

En resumen, para Hart, la normatividad del Derecho reside en la aceptación de las normas jurídicas como fuentes de obligación, más allá de la correspondencia entre las acciones individuales y lo que las normas establecen. La dimensión interna del Derecho se basa en la voluntad de considerar las normas como fundamentos de la acción, lo que permite justificar las acciones de las personas, aunque no necesariamente sean la razón detrás de ellas. Esto ocurre porque los deberes jurídicos son objetivos, dependen de los criterios establecidos en la regla de reconocimiento, y las razones para la acción son subjetivas, dependen de la percepción individual de los deberes prescritos en la norma. Por lo tanto, una norma es válida siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y establezca deberes jurídicos, aunque no necesariamente genere razones para la acción (Hart, 1961, pp. 250-261).

A diferencia de Hart, Raz argumenta que el estatus de las razones para la acción es objetivo. Esto significa que existe una relación conceptual entre deberes y razones para la acción que no está basada en los deseos o intereses de los individuos. Raz sostiene que el punto de vista interno no se basa en las creencias subjetivas de quienes aceptan las reglas, sino en el hecho de que el Derecho es una fuente objetiva de razones para la acción. Esto significa que aquellos que aceptan el Derecho desde el punto de vista interno creen en su autoridad para definir lo que se debe y no se debe hacer —las normas en sí mismas constituyen fuente de motivación—. Consecuentemente, el Derecho no solo se concibe como una razón para

la acción, sino como una fuente de razones que justifican la acción (Raz, 1991, pp. 32-37, 130-131). A partir de estos argumentos, Raz postula la tesis de las reglas como razones excluyentes en el razonamiento práctico. La tesis de las reglas como razones excluyentes sostiene que cuando una regla se aplica a una situación, esa regla proporciona una razón para actuar que tiene prioridad sobre cualquier otra razón o consideración. Esto significa que, en situaciones en las que existen reglas en conflicto, la regla que se aplica (regla excluyente de segundo orden) prevalece sobre las demás razones de primer orden. Raz argumenta que ello se debe a que las reglas tienen un carácter excluyente, es decir, cuando una regla se aplica, excluye la aplicación de cualquier otra razón o consideración. Por ejemplo, si hay una regla que prohíbe conducir a una velocidad superior a los límites establecidos, esta regla excluye cualquier otra razón o consideración que uno pueda tener para conducir a una velocidad superior (Raz, 2011, pp. 38-54).

Raz sostiene que esta característica de las reglas tiene consecuencias importantes para el razonamiento práctico de los individuos. En primer lugar, implica que las reglas tienen un carácter objetivo, ya que su aplicación está basada en la regla misma y no en los deseos o intereses subjetivos de los individuos. Quiere decir que las reglas tienen un estatus normativo independiente de las actitudes o creencias de aquellos que las aceptan. En segundo lugar, implica que las reglas en la mayoría de los casos definen las razones para la acción de manera clara y precisa. Al establecer reglas, el Derecho proporciona a los individuos una guía clara sobre qué deben y no deben hacer en diferentes situaciones. Esto facilita

la toma de decisiones y permite a los individuos actuar de manera objetiva y predecible (Raz, 2011, pp. 38-54).

En resumen, Raz argumenta que el Derecho es una fuente objetiva de razones para la acción y que las reglas tienen un carácter excluyente que define de manera clara y precisa, en la mayoría de los casos, las razones para actuar de acuerdo con ellas. Esto implica que, desde el punto de vista interno, aquellos que aceptan el Derecho creen en su autoridad para definir lo que se debe y no se debe hacer, y que las reglas excluyen cualquier otra razón o consideración moral de primer orden que las puedan contradecir. Las normas jurídicas al operar como razones excluyentes en un sistema jurídico específico, excluyen la aplicación de razones y estándares que no pertenezcan al sistema o no sean reconocidas por éste. El punto de vista jurídico sería en todo caso un punto de vista excluyente (Raz, 1991, pp. 89-90).

Las teorías de Hart y de Raz, intentan explicar la tesis de la autoridad y el modelo de reglas como razones excluyentes sin establecer previamente su posición teórica sobre el concepto de razón práctica. Aunque utilizan diferentes argumentos, ambos autores coinciden en afirmar que la autoridad del Derecho no depende de las motivaciones subjetivas de las razones para la acción. Hart argumenta que es suficiente con aceptar las reglas como guías de comportamiento desde una perspectiva interna. No interesa si los individuos obedecen el Derecho por un cálculo de intereses o motivaciones morales, lo realmente importante es que estén dispuestos a aceptar las reglas como guías de su comportamiento. Raz por su parte, sostiene que los individuos que aceptan el Derecho creen en su autoridad

como guía de conducta, es decir, la reglas por sí mismas constituyen fuente de razones objetivas para la acción que no dependen de las creencias subjetivas de los individuos. Esto permite, según Raz, que las reglas funcionen como razones excluyentes en el razonamiento práctico.

Para demostrar este extremo de la hipótesis y evitar contradicciones metodológicas, asumiremos, que la autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes, se sustentan en una tesis subjetiva de las razones para la acción, es decir, la forma como se debe actuar depende de la valoración subjetiva de los individuos. Los enunciados prácticos normativos no son ni verdaderos ni falsos, simplemente son manifestaciones valorativas de nuestras emociones. Esta posición teórica tiene implicaciones tanto en el ámbito moral como en el ámbito jurídico, serán explicada con más detalle en los siguientes puntos de la contrastación de la hipótesis.

### **3.2. TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES DEL DERECHO**

Para demostrar este extremo de la hipótesis, se asumirá que el positivismo jurídico, tal como se planteó en este trabajo de investigación, está comprometido con la defensa de la tesis de las fuentes sociales del Derecho, esto es, que las fuentes del Derecho se determinan a partir de hechos sociales<sup>6</sup>, que guían la práctica y conducta efectiva de los tribunales y funcionarios en la identificación de las fuentes primarias de obligación, sin

---

<sup>6</sup> Estos hechos sociales son identificados a través de la regla de reconocimiento, que funciona como un criterio fáctico de aceptación para identificar las reglas primarias de obligación, estos criterios pueden asumir una o más formas diversas, entre ellas se mencionan: la Constitución, la ley, la práctica consuetudinaria, los precedentes vinculantes, las decisiones judiciales (Hart, 1961, pp. 125-126).

que esto comprenda necesariamente un análisis de sus méritos morales (Hart, 1961, pp. 125-145).

A menudo se asocia al positivismo jurídico excluyente con la idea de que únicamente son normas jurídicas aquellas que cuentan con alguna fuente de autoridad<sup>7</sup>, sin que ello involucre una relación conceptual necesaria con la moral. Raz (1991) defiende esta tesis; define el Derecho como un sistema de razón práctica compuesto por reglas excluyentes, cuya autoridad como fuente de razones objetivas para la acción depende de su aceptación, sin que la verdad de los enunciados jurídicos justificados dependan de argumentos morales, es decir, niega la existencia de premisas morales en la construcción de la justificación de un enunciado jurídico, incluso en los casos difíciles; abriendo así una brecha conceptual respecto al rol de la moral en el razonamiento práctico de los tribunales.

Para superar esta brecha conceptual, siguiendo a Hart (2000), se sostiene que la valoración moral en el razonamiento práctico de los tribunales debe ajustarse, principalmente, a la resolución de casos difíciles, casos para los cuales debido a la textura abierta del Derecho no se encuentra una solución en el sistema de fuentes, esto, debido a que las fuentes sociales del Derecho no eliminan la penumbra de incertidumbre del sistema jurídico. Si la cuestión es saber si una regla dada se aplica o no a un caso particular y el Derecho no ofrece una respuesta mostrándose indeterminado, entonces, el juez en ejercicio de su función jurídico creadora, llamada discrecionalidad judicial, tiene que construir la solución para el caso utilizando incluso juicios morales (juicios morales sujeto a una valoración subjetiva), con ello no se

---

<sup>7</sup> Para Hart (1961) fuente de autoridad, constituye una práctica social efectiva en la identificación de las normas jurídicas, normalmente aceptado por jueces y funcionarios del sistema.

convierte a la moral en Derecho preexiste (pp. 28-37). Discrecionalidad no significa arbitrariedad, el juez tiene que argumentar la solución del caso y llenar el vacío normativo. Esto constituye el verdadero núcleo de una interpretación constructiva, desde la perspectiva de las fuentes sociales del positivismo jurídico.

De lo expuesto, se advierte que la identificación e interpretación normativa en la solución de casos difíciles, requiere de un juicio valorativo por parte del intérprete. Sin embargo, esto no significa una conexión necesaria entre el Derecho y moral objetivamente hablando, sino en todo caso una conexión entre Derecho y una moral relativa del intérprete. De manera que, así entendida la valoración moral de las normas jurídicas no constituye una objeción contra la tesis de las fuentes sociales porque se limitaría a recoger la posibilidad de que existan convenciones interpretativas de conformidad con una moral relativa reducida a hechos sociales que admita la introducción al sistema jurídico de nuevas normas creadas mediante discrecionalidad judicial con base en una argumentación racional.

Ahora bien, tomando como base la tesis de las fuentes sociales, interesa analizar la forma en que las reglas excluyentes se integran al razonamiento práctico del Tribunal Constitucional en la creación de precedentes vinculantes. Se busca analizar la función que dichas reglas cumplen o pretenden cumplir en el razonamiento justificativo de las decisiones del Tribunal Constitucional. El punto de vista adoptado no es meramente descriptivo, sino que pretende reconstruir racionalmente las razones que el Tribunal Constitucional debe de tener en cuenta al momento de justificar sus decisiones de forma coherente con la tesis de las fuentes sociales.

Si bien Raz (1991) define el Derecho como un sistema de reglas excluyentes que excluyen estándares extrajurídicos del sistema, también advierte que estas reglas no pueden resolver de forma automática los problemas prácticos de indeterminación jurídica. Por lo que, propone reabrir el balance de las razones subyacentes que justifican una regla excluyente, es decir, volver a abrir en cada caso la deliberación de las razones de primer orden concurrentes. Esto refleja cierta ambigüedad en su tesis del Derecho como sistema de razones excluyentes. Por un lado, afirma que a pesar del carácter excluyente del sistema jurídico se puede reabrir el balance de razones subyacentes de primer orden para solucionar determinados casos, de otro, afirma que las reglas son excluyentes únicamente si excluyen toda deliberación valorativa sobre su procedencia extrajurídica.

Si el análisis anterior es correcto, entonces la única forma de hacer compatible la tesis de las fuentes sociales con la teoría de las razones excluyentes de Raz, que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico es reconstruyendo los argumentos de Raz y aceptando que la discrecionalidad judicial como razón práctica en la solución de los casos difíciles, implica un marco de valoración moral intersubjetiva. Es decir, para colmar los vacíos normativos del sistema debido a la penumbra del Derecho, es necesario prescindir de la razón excluyente de las reglas en conflicto y contrastar el peso relativo de cada una de ellas desde su dimensión moral como razón de primer orden.

En ese sentido, desde una definición metaética relativa de fuentes del Derecho, es perfectamente posible limitar la creación de precedentes constitucionales a la solución de casos difíciles y utilizar argumentos valorativos a través del balance de razones de primer orden. Asimismo, una vez creada la regla de precedente, ésta funcionará como una regla excluyente en el razonamiento práctico, excluyendo razones que lo puedan contradecir. De esta manera, la regla de precedente constitucional, siempre constituirá una razón excluyente para el tribunal ordinario que lo aplique en la solución de un caso, prescindiendo del balance de las razones subyacentes a la regla que lo puedan llevar a distinguir el caso, salvo que se trate una regla ambigua o indeterminada.

La tesis de las fuentes sociales desde una perspectiva metaética relativa, no niega la solución de casos indeterminados o difíciles por medio de principios morales intersubjetivos, lo que niega es que la moral intersubjetiva constituya Derecho antes de la participación del juez en la construcción de argumentos discrecionales que pueden ser plasmados en una sentencia o precedente vinculante. Un operador jurídico puede recurrir a argumentos morales intersubjetivos, únicamente si se considera que está ejerciendo su discrecionalidad judicial.

### **3.3. LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL**

La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral busca responder a la pregunta de si la moral es fuente del Derecho. Sin embargo, tanto el positivismo jurídico excluyente como el incluyente no definen claramente lo que se debería entender por moral, lo que dificulta su comprensión. Por lo tanto, con el fin de poder responder a la pregunta, es

indispensable aclarar desde el principio la posición metaética implícita en cada teoría.

La metaética tiene dos enfoques para conceptualizar los juicios morales: uno objetivo (cognitivismo moral) y otro relativo (no cognitivismo moral). El cognitivismo moral sostiene que existen verdades morales absolutas cuyas propiedades esenciales no cambian. Esta verdad no depende de aspectos culturales, subjetividad o ideología de las personas. La moralidad depende de sí misma y no de la experiencia intersubjetiva de los individuos que buscan adquirir ese conocimiento. Estas verdades existen como una realidad independiente (extrasubjetiva) y se pueden conocer de manera racional y demostrar su corrección de la misma manera en que se conocen los hechos científicos del mundo (HÖFFE, 1994, p. 185).

Si el objetivismo moral está en lo correcto y realmente existe una moral objetiva e inmutable, entonces, se podría argumentar que es legítimo exigir a las personas que ajusten su comportamiento a esos principios morales inmutables. Esta posición metaética, es respaldada por el positivismo jurídico incluyente que sostiene que la relación entre el Derecho y la moral es necesaria e inevitable. Este enfoque utiliza dos argumentos para respaldar esta relación conceptual necesaria. El primero es el argumento de la injusticia, que establece que las normas o sistemas normativos pierden su carácter jurídico si son extremadamente injustos. El segundo es el argumento de la corrección, que afirma que en el proceso de creación y aplicación del Derecho los participantes necesariamente buscan una corrección moral objetiva que determine la validez de las normas. Según esta postura, las normas jurídicas que no cumplen con la pretensión de

corrección moral son deficientes o no se consideran Derecho (Alexy y Bulygin, 2001, p. 19). De este modo, la moral para el Derecho sería un criterio de corrección objetiva, no solo para resolver casos complejos sino también casos fáciles.

Por su parte, la metaética no cognitiva sostiene que en el ámbito moral no se puede hablar de la verdad o falsedad de las afirmaciones normativas, sino que solamente se pueden hacer valoraciones morales relativas. La moral es una expresión de las emociones compartidas entre individuos, por tanto, lo que está bien o mal, correcto o incorrecto, depende de la cultura, ideología, época, clase, situación o convicción particular. La verdad moral y la justificación son en ese sentido relativas a factores culturales e históricamente contingentes, de esta manera, el relativismo moral permite la crítica moral y la justificación de ciertos principios en lugar de otros sin descartar la posibilidad de que existan prácticas morales más justificadas que otras y que puedan ser reconstruidas de manera intersubjetiva a través del diálogo y la práctica social. (Singer, 1995, pp. 597-602). El positivismo jurídico excluyente defiende esta tesis, ya que postula una relación contingente entre Derecho y moral intersubjetiva.

Esta conexión contingente surge debido a la inevitable incertidumbre del Derecho. Las fuentes del Derecho no son capaces de resolver todos los casos que se presentan, especialmente los casos difíciles. Por ende, el positivismo jurídico excluyente propone que estos casos se resuelvan a través de la discrecionalidad judicial (Hart, 2000, pp. 28 y 37). Esto significa que cuando la solución del caso no se encuentra en el sistema jurídico, el juez tiene la facultad discrecional de crear la regla que lo resolverá,

utilizando si es necesario elementos extrajurídicos como la moral intersubjetiva a través del balance de razones morales de primer orden. La moral intersubjetiva como guía en la toma de decisiones, ha sido objeto de estudio de la neurociencia.

Las discusiones teóricas sobre la determinación de las fuentes del Derecho, que involucran tanto al positivismo jurídico inclusivo como al positivismo jurídico exclusivo, se centran en el papel de la moral en el Derecho. Sin embargo, ninguna de estas teorías ofrece una definición clara de lo que se entiende por moral, lo que ha generado inconsistencias tanto metodológicas como conceptuales.

Superar esta falta de claridad constituye un desafío importante para definir las fuentes del Derecho desde la perspectiva de la teoría práctica del Derecho, que se basa en tres elementos conceptuales: reglas excluyentes como razones para la acción, la autoridad práctica del Derecho y la tesis de las fuentes sociales del Derecho (tesis de la discrecionalidad judicial).

Con el fin de resolver esta falta de claridad conceptual, se propone una tesis metaética no cognitiva de moral, respaldada por estudios neurocientíficos. Los modernos estudios de neurociencia han demostrado que los circuitos neuronales prefrontales están estrechamente vinculados con la toma de decisiones morales. Esto se debe a que regiones como la corteza orbitofrontal, la corteza prefrontal ventromedial y la corteza prefrontal dorsolateral integran el procesamiento de la percepción moral y emocional (Forbes y Grafman, 2010, pp. 299-234). Sin estos circuitos neuronales, las preferencias, la motivación y el juicio moral serían inexistentes, los individuos simplemente serían incapaces de efectuar

juicios morales (Damasio, 1994). Para la neurociencia la moralidad es la suma de un conjunto de redes neuronales especializadas en generar emociones morales intersubjetivas para guiar la conducta ética de los individuos en la toma de decisiones (Otrosky-Solis y Vélez, 2008, pp. 117-118).

A partir de estas investigaciones, se puede concluir que la conexión entre el Derecho y la moral es subjetiva y depende de la percepción de cada individuo. Los estudios en neurociencia demuestran que no hay valores morales objetivos que sean válidos para todo el mundo, sino que la moral es el resultado de una combinación de aspectos biológicos y socio-culturales.

El escepticismo que se predica en este extremo de la hipótesis, no solo es cognoscitivo, es decir, que la verdad moral absoluta es incognoscible, sino también ontológico, es decir, no hay verdades morales absolutas. Si no se puede demostrar la existencia de una moral objetiva, no se puede afirmar que sea un criterio objetivo de corrección moral del Derecho, ni que haya respuestas moral y objetivamente correctas. Por lo tanto, la tesis propuesta por el positivismo jurídico incluyente resulta inaceptable, en este extremo de la hipótesis.

Si no existen hechos morales objetivos, el juez que resuelve un caso de penumbra utilizando principios morales, únicamente está ejerciendo discrecionalidad judicial en base a una moral relativa. Por lo tanto, la relación entre Derecho y moral es contingente. Sin importar la respuesta a esta cuestión filosófica, el deber del juez será el mismo: hacer el mejor juicio moral posible sobre cualquier cuestión moral controvertible que tenga que

resolver, teniendo en cuenta que existen patrones morales mejor justificados que otros, desde una perspectiva relativista.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROPUESTA TEÓRICA**

En este capítulo se propone una teoría iusfilosófica para reconstruir la definición de fuentes del Derecho y establecer la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico y la autonomía judicial en la adjudicación del Derecho.

La reconstrucción propuesta se fundamenta en una tesis metaética no cognitiva relativa de moral, cuyos parámetros iusfilosóficos se relacionan con la filosofía analítica del Derecho, que se encarga del análisis lingüístico de las estructuras conceptuales del Derecho y su relación con la moral.

Las dos teorías que han tenido mayor impacto en cuanto a la influencia de la moral en el Derecho son: el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente. El primer enfoque defiende una relación necesaria entre el Derecho y la moral como criterio de corrección del Derecho, argumentando que las normas jurídicas injustas no constituyen Derecho. El segundo enfoque, defiende una relación contingente entre el Derecho y la moral. El Derecho es definido como un sistema autónomo y separado de la moral, de manera que no se requiera una referencia a consideraciones éticas o morales de forma necesaria para comprender y crear el Derecho. Define el sistema jurídico, como un sistema autoritativo de razones excluyentes en el razonamiento práctico (Raz, 1991).

De lo antedicho, se advierte que las discusiones teóricas entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente sobre la definición de fuentes del Derecho centran su atención en el papel de la moral en el Derecho. Sin embargo, ninguna de estas teorías proporciona una definición precisa de lo que se debería entender

por moral, lo cual ha generado una serie de inconsistencias tanto metodológicas como conceptuales. Resolver esta falta de claridad constituye un desafío importante para la definición de fuentes del Derecho desde una perspectiva práctica, fundamentada en conceptos claves como: razones para la acción, reglas excluyentes, autoridad práctica del Derecho y tesis de las fuentes sociales del Derecho. Para cerrar esta brecha conceptual, se propone una tesis metaética no cognitiva de moral, basada en estudios neurocientíficos.

Los modernos estudios de neurociencia, tal como se demostró en este trabajo de investigación, establecen que la toma de decisiones morales está estrechamente ligada a circuitos neuronales prefrontales, sin los cuales seríamos incapaces de realizar valoraciones morales. Estas investigaciones, nos llevan a cuestionarnos de que en verdad exista una verdad moral ajena a la experiencia humana. Para la neurociencia no existen valores morales objetivos y universales, sino que la moral es resultado de una simbiosis neurobiológica y sociocultural. Toda moral es relativa.

La imposibilidad de demostrar la existencia de una moral objetiva, nos lleva a cuestionar si esta pueda ser utilizada como criterio de corrección del Derecho. Por tanto, la teoría positivista incluyente que aboga por una conexión necesaria entre el Derecho y la moral objetiva como criterio de corrección del Derecho, debe ser rechazada. Sin embargo, adoptar una postura relativa respecto a la moral no resuelve automáticamente el problema de la autoridad del Derecho como razón excluyente en el razonamiento práctico.

Tanto Hart (1961) como Raz (1991), intentan explicar la tesis de la autoridad y el modelo de reglas como razones excluyentes sin establecer previamente una posición teórica metaética en la conceptualización de la razón práctica.

Utilizando diferentes argumentos, ambos autores coinciden en afirmar que la autoridad práctica del Derecho no depende de las motivaciones subjetivas de las razones para la acción.

Hart argumenta que lo importante en relación a las razones para la acción es que los individuos estén dispuestos a aceptar las reglas como guías de su comportamiento, independientemente de las motivaciones que tengan para hacerlo. Por su parte, Raz sostiene que la autoridad práctica del Derecho como una razón para la acción depende de que las reglas en sí mismas sean una fuente de motivación, sin tener en cuenta las creencias morales intersubjetivas. Según Raz (1991), esto permite, que las reglas funcionen como razones excluyentes en el razonamiento práctico.

La cuestión a determinar es sí el simple hecho de que exista el Derecho constituye una razón excluyente para la acción en el razonamiento práctico. Si el juez debe aplicar las normas jurídicas, ¿qué tipo de deber es éste y dónde se encuentra su justificación? Naturalmente no podemos contestar esta interrogante, diciendo que es obligatorio porque es un deber jurídico, ya que incurriríamos en una clara petición de principio. La cuestión es saber si la mera vigencia de una norma jurídica proporciona una razón para la acción, es decir, si el simple hecho de que una norma jurídica ordene algo es motivo suficiente para hacer lo que ordena.

Siguiendo los modernos estudios de neurociencia, se advierte que la conexión entre las razones para la acción y la autoridad práctica del Derecho, no puede desligarse de motivaciones intersubjetivas, ya sea en forma de una moral relativa, cálculo de intereses, u otro tipo de motivaciones. Según la neurociencia,

los juicios valorativos intersubjetivos son inevitables en el proceso de la toma de decisiones.

Esta posición metaética relativa de moral, también está relacionada con la tesis de las fuentes sociales del Derecho en lo referente a la discrecionalidad judicial en la solución de casos difíciles. El juez al no encontrar la solución del caso en el sistema de fuentes debido a la textura abierta del Derecho, deberá crear la regla para solucionar la controversia, utilizando inclusive argumentos morales intersubjetivos.

Contrariamente a los planteamientos de Raz (1991), la solución de casos difíciles implica reabrir el balance de razones morales de primer orden en la solución de casos difíciles. Raz (1991) refleja cierta ambigüedad en su tesis del Derecho como razones excluyentes. Por un lado, afirma que a pesar del carácter excluyente del Derecho se puede reabrir el balance de razones de primer orden para solucionar determinados casos, de otro, afirma que las reglas son excluyentes únicamente si excluyen toda deliberación extrajurídica.

Si el análisis anterior es correcto, entonces la única forma de hacer compatible la tesis de las fuentes sociales con la teoría de las razones excluyentes de Raz, que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico es reconstruyendo los argumentos de Raz y aceptando que la discrecionalidad judicial como razón práctica en la solución de los casos difíciles, implica un marco de valoración moral intersubjetiva. Es decir, para colmar los vacíos normativos del sistema debido a la penumbra del Derecho, es necesario prescindir de la razón excluyente de las reglas en conflicto y contrastar el peso relativo de cada una de ellas desde su dimensión moral como razón de primer orden.

En ese sentido, desde una definición metaética relativa de fuentes del Derecho, es perfectamente posible limitar la creación de precedentes constitucionales a la solución de casos difíciles y utilizar argumentos valorativos a través del balance de razones de primer orden. Asimismo, una vez creada la regla de precedente, ésta funcionará como una regla excluyente en el razonamiento práctico, excluyendo razones que lo puedan contradecir. De esta manera, la regla de precedente constitucional, siempre constituirá una razón excluyente para el tribunal ordinario que lo aplique en la solución de un caso, prescindiendo del balance de las razones subyacentes a la regla que lo puedan llevar a distinguir el caso, salvo que se trate una regla ambigua o indeterminada.

La tesis de las fuentes sociales desde una perspectiva metaética relativa, no niega la solución de casos indeterminados o difíciles por medio de principios morales intersubjetivos, lo que niega es que la moral intersubjetiva constituya Derecho antes de la participación del juez en la construcción de argumentos discrecionales que pueden ser plasmados en una sentencia o precedente vinculante. Un operador jurídico puede recurrir a argumentos morales intersubjetivos, únicamente si se considera que está ejerciendo su discrecionalidad judicial, es decir, Los precedentes constitucionales al ser definidos como reglas autoritativas, prescriptivas y excluyentes no ofrecen la opción de seguirlas o ignorarlas. Si la regla de precedente es plenamente aplicable al caso, el juez no tiene autonomía para apartarse del precedente constitucional. Esto únicamente ocurre si el precedente constituye una regla indeterminada, por lo que, el juez puede ejercer su autonomía de forma discrecional y realizar distinciones a la regla de precedente para solucionar el caso.

## CONCLUSIONES

1. La reconstrucción iusfilosófica de la definición de fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía de los jueces en la adjudicación del Derecho en el Perú, se sustenta en una tesis metaética no cognitiva relativa de moral fundamentada en tres argumentos: a) la autoridad práctica del Derecho y el modelo de reglas como razones excluyentes, b) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, c) la separación conceptual entre Derecho y moral.
2. Los estudios de neurociencia indican que la conexión entre las razones para la acción y la autoridad práctica del Derecho, no pueden desligarse de motivaciones intersubjetivas. Los juicios valorativos intersubjetivos son inevitables en el proceso de la toma de decisiones.
3. El positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente abordan el tema de la relación entre la moral y el Derecho, desde conceptos metaéticos diferentes. El positivismo jurídico excluyente argumenta que existe una conexión contingente entre el Derecho y una moral intersubjetiva, mientras que el positivismo jurídico incluyente sostiene que hay una conexión necesaria entre el Derecho y una moral objetivamente correcta.
4. La tesis de Raz sobre el Derecho como una razón excluyente en el razonamiento práctico, presenta cierta ambigüedad. Por un lado, afirma que a pesar del carácter excluyente del Derecho se puede reabrir el balance de razones de primer orden para solucionar determinados casos, de otro, afirma que las reglas son excluyentes únicamente si excluyen

toda deliberación extrajurídica. Se propone como solución una tesis metaética no cognitiva de moral para colmar los vacíos normativos debido a la indeterminación del Derecho. En ese sentido, es necesario prescindir de la razón excluyente de las reglas en conflicto y contrastar el peso de cada una de ellas desde su dimensión moral relativa como razón de primer orden.

5. Desde una perspectiva metaética relativa de fuentes del Derecho, es posible restringir la creación de precedentes constitucionales a la solución de casos difíciles y utilizar argumentos valorativos mediante el balance de razones de primer orden.
6. Una vez establecida la regla de precedente, ésta funcionará como una norma excluyente en el razonamiento práctico, excluyendo razones que lo puedan contradecir. De este modo, la regla de precedente constitucional siempre constituirá una razón excluyente para el tribunal ordinario, salvo que se trata de una regla ambigua o indeterminada, entonces, el juez podrá distinguirlo utilizando razones subyacentes de primer orden.

## RECOMENDACIONES

1. Parfrasear: Con la finalidad de dotar al sistema jurídico peruano de mayor coherencia en la resolución de casos indeterminados a través de la discrecionalidad judicial, se recomienda al Tribunal Constitucional, adoptar una nueva definición de precedente constitucional como regla autoritativa de carácter excluyente en el razonamiento práctico.
2. Se recomienda a la comunidad académica, reforzar el estudio de la teoría del Derecho a través del estudio metaético de las tesis que sustentan las posiciones positivistas y no positivistas de las fuentes del Derecho.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Abellán, M. G. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Austin, J. (2011). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. México: Ediciones Coyoacán.
- Bix, B. (Friday de Junio de 2022). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (E. N. Zalta, Ed.) Recuperado el 20 de Agosto de 2022, de <https://plato.stanford.edu/entries/austin-john/#Bib>
- Bobbio, B. (1993). *El positivismo jurídico*. (R. d. Greppi, Trad.) Madrid: Editorial Debate, S.A.
- Bobbio, N. (1990). *Contribuciones a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. (E. G. Valdés, Trad.) México: Distribuciones Fontamara, S.A.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del Derecho* (Quinta edición ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Bulygin, E. (1998). *¿Hay una vinculación necesaria entre Derecho y moral?, en Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- Bulygin, E. (2006). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.

- Cano, R. M. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Cano, R. M. (Octubre de 2013). Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(39), 83-126. Recuperado el 20 de Junio de 2019, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n39/n39a4.pdf>
- Castillo, I. A. (2015). El factor emocional en la construcción del juicio moral: una trayectoria desde Kohlberg al horizonte de la filosofía experimental y la neurociencia cognitiva. *Límite. Revista de Filosofía y Psicología*, 10(32), 15-25. Recuperado el Marzo de 2023, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6612102>
- Chad E Forbes y Jhordan Grafman. (2010). The role of the human prefrontal cortex in social cognition and moral judgment. *Annual Review of Neuroscience*, 299-324. Recuperado el Marzo de 2023, de <https://doi.org/10.1146/annurev-neuro-060909-153230>
- Christiano, T. (2012). Authority. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado el 10 de Octubre de 2019, de <https://plato.stanford.edu/entries/authority/>
- Colque, E. A. (2016). El overruling en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano y su incidencia en los derechos fundamentales. *Tesis para optar el título profesional de Abogado*. Universidad Privada del Norte, Trujillo. Obtenido de <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1369560>

Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cruzado, E. A. (2014). Una historia de desconfianza: el precedente constitucional a través del análisis cultural del Derecho. *Tesis para optar por el Título de Abogado*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Obtenido de <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1457839>

Damasio, A. R. (1994). *El error de Descartes*. (E. d. Tivillus, Ed., & P. Jacomet, Trad.) Lectulandia. Obtenido de <https://ww2.lectulandia.com/book/el-error-de-descartes/>

Delgado, J. C. (2017). Posibilidad de apartamiento de precedentes vinculantes, por parte de los jueces del Poder Judicial, Arequipa 2017. *Tesis para optar el Título de Abogado*. Universidad Católica de Santa María, Arequipa. Obtenido de <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1140208>

Diego Eduardo López Medina y Roberto Gordillo. (Diciembre de 2002). Consideraciones ulteriores sobre análisis estático de jurisprudencia. (U. d. Andes, Ed.) *Revista de Derecho Público* (15).

Durand, M. Z. (1997). *Metodología de investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. (M. Guatavino, Trad.) Barcelona: Editorial S.A.

Farrel, M. D. (2003). *Ética en las relaciones internas e internacionales*. Barcelona: Gedisa.

- Feggy Otrosky-Solis y Alicia E. Vélez García. (2008). Neurobiología de la Sensibilidad Moral. *Revista Neuropsicología, Neuropsiquiatría y Neurociencia*, 115-126. Recuperado el 10 de 03 de 2023, de <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/3987515.pdf>.
- Gaido, P. (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez, J. V. (2004). El positivismo excluyente de Raz. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(110), 709-739. Recuperado el 11 de Setiembre de 2022, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3800/4717>
- Grosso, J. S. (julio-diciembre de 2013). Desde la bioética a la neuro-ética: ¿neuro-ética o persona-ética? *Revista Latinoamericana de Neuroética*, 48-59. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v13n2/v13n2a05.pdf>
- Hart, H. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. (P. A. Raz, Ed.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hart, H. L. (1961). *El Concepto de Derecho*. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hoerster, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. (J. Malem, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- HÖFFE, O. (Ed.). (1994). *Diccionario de ética*. Barcelona: Crítica.
- Hurd, H. M. (1991). Challenging Authority. *The Yale Law Journal*, 1611-1677. Recuperado el Agosto de 2022, de <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/8617>

Iturralde Sesma, V. (1995). *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas.

Jesús Josefa Palacios Vilela, Hugo Eusebio Romero Delgado, Humberto Ñaupas Paitán. (2016). *Metodología de la investigación jurídica una brújula para investigar en ciencias jurídicas y redactar la tesis*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Juárez, S. G. (2018). *Un análisis conceptual del precedente constitucional*. México: Universidad Nacional de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Julio César Flores Lázaro y Feggy Ostrosky-Solis. (2008). Neuropsicología de Lóbulos Frontales Funciones Ejecutivas y Conducta Humana. *Revista Neuropsicología, Neuropsiquiatría y Neorociencia*, 47-58. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3987468>

Kelsen, H. (2003). *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Losada.

Kerpel, A. L. (2001). *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill.

Lamoud, G. (2006). Precedent and Analogy in Legal Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado el 10 de Febrero de 2021, de <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

León, O. (1993). *Ética y diversidad cultural*. México: UNAM-Fondo de Cultura Económica.

- Montero, A. J. (2011). *Derecho y moral. Estudio introductorio*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, Coyoacan .
- Nino, C. S. (1986). La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia. *Análisis Filosófico*, 65-82.  
Recuperado el 25 de Septiembre de 2022, de <http://www.analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/790/347>
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial ASTREA.
- Perry, S. R. (1987). Judicial obligation, precedent and the common law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 215-257.
- Porras, J. D. (2004). *IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO: una defensa de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: DYKINSON.
- Pound, R. (1954). *El Espíritu del Common Law*. (J. P. Brutau, Trad.) Barcelona: BOSH.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas*. (J. R. Manero, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Raz, J. (1991). *Razón Práctica y Normas*. (J. R. Manero, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales Madrid.
- Raz, J. (1994). *La ética en el ámbito público* (2001 ed.). (M. L. Melon, Trad.) Oxford: Clarendon Press, Oxford.

- Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayo sobre derecho y moral*. México: Ediciones Coyoacán.
- Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (2011 ed.). México: Ediciones Coyoacán.
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid: Marcial Pons.
- Redondo, M. C. (1994). NORMAS JURÍDICAS, ACEPTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN: La noción de razón para la aceptación como instrumento de análisis conceptual. *Tesis Doctoral*. Universidad de Pompeu Fabra, Madrid. Recuperado el 10 de Enero de 2021, de <https://www.tdx.cat/handle/10803/7321#page=1>
- Robert Alexy, Eugenio Bulygin. (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica de la relación entre derecho y moral*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Róndenas, Á. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 417-418.
- Rosas, J. C. (2019). Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y la reformulación de la teoría clásica de las fuentes del Derecho Peruano. *Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca. Obtenido de <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1482001>
- Ross, A. (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Rúa, J. C. (1956). *El Common Law, su estructura normativa, su enseñanza*.

Buenos Aires: Abeledo Perrot .

Ruiz, M. A. (s.f.). *google académico*. (Dialnet) Recuperado el 23 de Agosto de

2018, de google académico:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=624318&orden=0>

Salazar, W. F. (1998). *La Investigación Jurídica*. Lima: IMSERGRAF EIRL.

Sánchez, W. (2013). La inejecución de las sentencias del Tribunal

Constitucional: problemas y soluciones. *Tesis para optar el Grado*

*Académico de Magister en Derecho*. Pontificia Universidad Católica del

Perú, Lima. Obtenido de

<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1458280>

Santiago Legarre y Julio César Rivera. (Enero-abril de 2006). Naturaleza y

Dimensiones del Stare Decisis. *Scielo*, 33(1), 109-124. Recuperado el 20

de Noviembre de 2018, de

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>

Saravia, F. H. (2016). El precedente constitucional vinculante y su aplicación

por el Tribunal Constitucional del Perú. *Tesis para obtener el grado*

*académico de Magíster en Derecho Constitucional*. Pontificia

Universidad Católica del Perú, Lima. Obtenido de

<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1452223>

Singer, P. (1995). *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial.

Suyo, J. A. (2004). *Elabore su tesis en derecho-Pre y postgrado*. Lima: Editorial

San Marcos.

Teresa Ysabel, T. R. (2019). Fundamentos jurídicos para la inaplicabilidad del precedente vinculante en el Perú. *Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Ciencias mención Derecho*. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca. Obtenido de <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1484428>

Wallace, R. (2006). *Cómo argumentar sobre la razón práctica*. México: UNAM.

Wolff, R. P. (1970 ). In Defense of Anarchism. *The Anarchist Library*, 40.

Recuperado el 24 de Septiembre de 2022, de

<https://theanarchistlibrary.org/library/robert-paul-wolff-in-defense-of-anarchism>