

EL PRIVILEGIO CONCEPTUAL DE LOS PARTICIPANTES EN LA TEORÍA DE JOSEPH RAZ*

*Paula Gaido***

Resumen

El análisis de los escritos de Joseph Raz permite concluir que sostiene la tesis que dice que en la elucidación del concepto de derecho el punto de vista de los participantes tiene primacía conceptual. Para Raz no sólo sería necesaria la existencia de participantes para la existencia del derecho, sino que la manera en que ellos comprenden al derecho es la vía de acceso a la comprensión de su naturaleza. En este trabajo me propongo analizar el alcance de esta tesis en su teoría del derecho.

Palabras clave: Participantes, punto de vista interno, concepto de derecho, metodología, teoría del derecho.

Abstract

An analysis of Joseph Raz's writings makes possible to conclude that he maintains the thesis that says that in elucidating the concept of law, the point of view of the participants had conceptual priority. For Raz then, not only is the existence of participants necessary for the existence of law, but the manner in which they understand the law is the means of access to our understanding of its nature. In this paper my purpose is to assess the scope of this thesis in his theory of law.

Key words: Participants, concept of law, methodology, theory of law, internal point of view.

Joseph Raz considera que en la elucidación del concepto de derecho el punto de vista de los participantes –esto es, el punto de vista de quienes entienden al derecho como fuente justificatoria de comportamientos– tiene primacía conceptual.¹ Con ello lo que busca resaltar

* Quiero agradecer a Ricardo Caracciolo y Cristina Redondo por discutir una versión previa de este trabajo

** Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

¹ Si bien es posible afirmar que Raz encuentra en la teoría del derecho de Herbert Hart (cfr. H. Hart, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrión Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992 –en adelante lo citaré como CD–; título original: H. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961) su antecedente teórico inmediato, como se verá, llega a conclusiones diferentes a las de

es que la manera en que estos individuos entienden la práctica jurídica tiene que tener prioridad en nuestra comprensión de la naturaleza del derecho. Es por esta vía que Raz explica en qué sentido el derecho es fuente de razones objetivas para la acción; esto es, de razones cuya existencia es independiente de todo componente subjetivo: deseos, intereses, creencias, aceptación, etc., propio o ajeno.² Bajo esta perspectiva, entonces, no sólo es necesaria la existencia de participantes para la existencia del derecho, sino que la manera en que ellos comprenden al derecho es *la vía de acceso a la comprensión de su naturaleza*. Considero, sin embargo, que Raz, al momento de establecer a la pretensión de autoridad legítima como una propiedad necesaria del derecho, contradice este compromiso teórico inicial –esto es, deja a un lado la primacía conceptual de los participantes–, sin ofrecer razones que permitan explicar ni justificar tal cambio de perspectiva. En lo que sigue intentaré articular por qué considero que ello es así.

Hart respecta a la manera de entender el punto de vista interno y al rol que dice tiene que tener tal punto de vista en la explicación del concepto de derecho. Raz expresa la idea de la primacía conceptual de los participantes en diferentes textos de diferente manera. Lo sostiene de manera clara cuando afirma: “Dado que admitimos la prioridad del punto de vista del participante, incluso el observador, a fin de adquirir una comprensión razonable del derecho, debe concebirlo como lo haría un participante”, J. Raz, ‘La relevancia de la coherencia’, trad. de M. L. Melón, en *Ética en el ámbito público*, op. cit., p. 321 (título original: ‘The Relevance of Coherence’, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 261-309). En particular señala: “Como para entender el derecho tenemos que entender la forma en que el derecho se entiende a sí mismo (esto es, la forma en que sus funcionarios y aquellos que aceptan su legitimidad lo entienden), lo tenemos que entender como sería entendido por la gente que lo considera éticamente justificado, al menos, en el sentido de que es éticamente correcto obedecerlo y, por tanto, lo tenemos que entender como si fuera así justificado”, en J. Raz, ‘¿Por qué interpretar?’, trad. R. Tamayo y Salmorán, *Isonomía*, Nro. 5., octubre (1996), pp. 34-35 (‘Why Interpret?’, *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 4, December (1996), pp. 349-63). Para una lectura de Raz en este sentido ver Ricardo Caracciolo, ‘El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción’, *Doxa* 10 (1991)., p. 74 y ss.. Aunque cabe aclarar que Caracciolo equipara privilegio conceptual con privilegio epistémico, ideas que considero relevantes distinguir. Más adelante desarrollaré esta idea.

² A los fines de este trabajo es posible afirmar de manera rudimentaria que en el ámbito de las razones para la acción pueden ser distinguidos dos tipos de razones: subjetivas y objetivas. Mientras que la existencia de razones subjetivas depende de la existencia de un componente motivacional subjetivo (deseos, intereses, creencias, aceptación, etc.); la existencia de razones objetivas es independiente de todo componente motivacional subjetivo. Para profundizar sobre este punto se puede recurrir a Bernard Williams, ‘Internal and external reasons’, en *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-80*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, pp. 101-113; C. Redondo, ‘¿Razones internas vs. razones externas?’, *Isonomía*, N° 4, abril (1996), p. 134; R. Caracciolo, ‘Realismo moral vs. Positivismo jurídico’, *Analisi e diritto* (2000), pp. 67-90.

1. El punto de vista interno en Hart

Herbert Hart es el antecedente teórico inmediato de Raz cuando está pensando en que los participantes tienen privilegio conceptual en la explicación de la naturaleza del derecho. Como es sabido, para Hart la existencia del derecho como conjunto de normas depende de que algunos de los integrantes de la práctica jurídica (de manera típica los jueces) acepten o, dicho con otras palabras, adopten el punto de vista interno respecto de una práctica social consistente en reconocer competencia para ser fuente de derecho a ciertos hechos del mundo.³ Ello se traduce en que, quienes adoptan la perspectiva a la que acabo de referirme aceptan al derecho como constitutivo de pautas de conducta que se toman como fundamento para la propia acción y la crítica de quienes se apartan de ellas.⁴ Quiero aquí subrayar que, de acuerdo con esta interpretación de Hart, el derecho es constitutivo de razones justificatorias sólo para quienes adoptan este punto de vista interno. El derecho *per se* no constituiría ningún tipo particular de razones para actuar. Es decir que su existencia como conjunto de razones depende del dato subjetivo de su aceptación.

Hart considera que la perspectiva de los participantes es relevante en la explicación de la naturaleza del derecho,⁵ sin embargo, no piensa que para dar cuenta de ella sea necesario adoptar su concepto. Es en la observación externa de los que considera casos paradigmáticos de derecho en donde Hart apoya su análisis del concepto de derecho. El conjunto de propiedades que se presentan en los casos paradigmáticos de derecho es aquello de lo cual el teórico da cuenta vía la formulación

³ Tal como se recordará Hart no considera que sea necesario ni que todos los integrantes de la práctica jurídica adopten el punto de vista interno, ni que el punto de vista interno se verifique respecto de todas las reglas que conforman el sistema jurídico. En particular, será necesario que al menos los integrantes de la estructura de gobierno –en especial los jueces– adopten el punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento –que es considerada la regla maestra del sistema–. A su vez, al decir que es necesaria la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los funcionarios del sistema no quiere concluir que de hecho las restantes reglas del sistema no se acepten, sino que dicha aceptación no es una condición necesaria para la existencia y estabilidad del sistema jurídico en general. Cfr. H. Hart, *CD*, pp. 101 y ss., 145.

⁴ Cfr. H. Hart, *CD*, pp. 71-2, 129-137.

⁵ Cfr. H. Hart, *CD*, pp. 111-2.

del concepto de derecho.⁶ De acuerdo con esta lectura, aquellos rasgos que son considerados definitorios del derecho es algo que determina el teórico, con independencia de los esquemas conceptuales con los que los participantes de las prácticas jurídicas estén comprometidos.

En relación a la propuesta de Hart me parece importante subrayar tres cuestiones: a) que la aceptación puede estar basada en diferentes tipos de razones (prudenciales, morales, religiosas, etc.);⁷ b) que el derecho sólo es constitutivo de razones justificatorias para los aceptantes; y c) que desde el punto de vista de los aceptantes las normas jurídicas son razones justificatorias que se distinguen de las razones estratégicas o prudenciales.⁸ El participante acepta las normas jurídicas como razo-

⁶ Para clarificar la empresa filosófica con la cual Hart está comprometido es de interés reparar en lo dicho por Coleman: "Para Hart, la investigación del uso no está, como algunos han sostenido, orientada a la identificación de algún tipo de criterios compartidos que fijan las condiciones de aplicación del término 'derecho'. Más bien, la investigación del uso sirve para proveer, de una manera provisional y revisable, ciertos casos paradigmáticos de derecho, así como para ayudar a individualizar qué características del derecho necesitan ser explicadas. La sociología descriptiva no se incorpora en la instancia de proveer a la teoría del concepto, sino en la instancia preliminar de proveer los materiales crudos sobre los cuales teorizar. (la traducción es mía; en adelante P. G.)", J. Coleman, 'Methodology', en Jules Coleman and Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 33. En esta clave se podría relacionar la manera que Hart entiende el concepto de derecho con los tipos ideales de Max Weber. Es posible retomar la caracterización que hace Ernesto Garzón Valdés cuando analiza las distintas maneras de entender la noción de tipo ideal: "... la de Max Weber es más bien una versión lógica, en donde desaparece toda referencia a ideales políticos, sociales, técnicos o culturales, que impliquen una connotación valorativa laudatoria. Lo que queda es una idealización lógica... Por esto es posible, dentro de la concepción weberiana hablar de un tipo ideal no sólo de la Ilustración o del estado moderno sino también, por ejemplo, de la prostitución. Este tipo ideal está vinculado a datos empíricos, especialmente a «relaciones y procesos de la vida histórica» y, mediante elevación conceptual de ciertos elementos de la realidad y teniendo en cuenta ciertos elementos difusos y dispersos de los fenómenos singulares es posible reunirlos en una estructura conceptual. De esta manera, el tipo ideal no es el resultado de la libre invención sino que tiene su fundamento empírico y puede ayudarnos a comprender mejor la realidad, e interpretar los fenómenos culturales y atribuirles un «sentido»", E. Garzón Valdés, *Derecho y naturaleza de las cosas. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, tomo I, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1970, p. 39.

⁷ Cfr. H. Hart, *CD*, págs. 250-1; H. Hart, 'Postscript', p. 257; H. Hart, 'Commands and Authoritative Legal Reasons', en J. Raz (ed.), *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1990, p. 103; H. Hart, 'Legal and Moral Obligation', op. cit., p. 92-3.

⁸ Cabe aquí recordar que Hart opone a la idea de punto de vista interno la de punto de vista externo. De acuerdo con Hart, quienes adoptan el punto de vista externo respecto de las reglas pueden tener o bien un interés teórico o bien un interés práctico. Tienen un interés teórico quienes sólo están interesados en su análisis, explicación o justificación. Tienen un interés práctico,

nes que justifican su acción en el ámbito jurídico, con independencia de que otro tipo de razones puedan entrar en concurrencia. Lo que en la discusión contemporánea se considera problemático en la teoría de Hart son, entre otros, dos puntos: 1) en qué sentido el derecho es fuente de razones justificatorias para aquellos agentes que no adoptan la perspectiva interna; y 2) en qué medida la idea de justificación relevante para explicar la normatividad del derecho puede ser entendida de manera independiente de todo componente moral. Raz considera que un componente subjetivo es insuficiente para afirmar la existencia de una razón para la acción,⁹ y que no es posible explicar la normatividad jurídica, sino se la vincula a un valor moral.¹⁰ Llega a tales conclusiones luego de otorgar al punto de vista de los participantes privilegio conceptual.

2. La reformulación del punto de vista interno en Raz

Al intentar precisar la idea a la que Raz apunta cuando afirma que los participantes tienen primacía conceptual, advierto su contenido ambiguo. La misma puede ser entendida, por lo menos, en dos sentidos diferentes. Por un lado, puede querer decir que es posible la existencia de conceptos de derecho distintos, y que se debe dar preferencia al concepto de derecho de los participantes (opción a). Por el otro, más bien,

en cambio, quienes buscan adecuar su conducta a ellas, pero sólo por temor a un posible castigo o esperanza de obtener algún beneficio. Me parece importante advertir que para quien acepta (adopta el punto de vista interno) basado en el miedo o esperanza de obtener algún beneficio las normas jurídicas constituyen una razón justificatoria para la acción. Para quien adopta el punto de vista externo, en cambio, el temor al posible castigo o la esperanza de obtener algún beneficio es la razón por la cual se actúa, no la normajurídica.

⁹ Para Raz, las razones son hechos que indican cómo *se debe* actuar, independientemente de que se lleguen a conocer o desear. Cfr. J. Raz, *Razón Práctica y Normas*, trad. J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constituciones, Madrid, 1991, pp. 19-21 (título original: *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, Princeton, 1990).

¹⁰ Cfr. J. Raz 'La pureza de la teoría pura', *Ánálisis Filosófico* 1 (1981), pp. 71-88 (título original: 'The Purity of the Pure Theory', in R. Tur and W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 79-97), y 'Hart on Moral Rights and Legal Duties', *Oxford Journal of Legal Studies* 4/1 (1984), pp. 1-25 (en adelante lo citaré como *HMRLD*). Hay que advertir que con anterioridad a estos trabajos la vinculación necesaria entre aceptación y creencia moral no es siempre clara; más bien sus dichos dan cabida a una interpretación contraria. Este viraje es advertido por Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, nota 39, p. 37, nota 42, p. 38.

puede querer decir que el concepto de derecho es uno, y que los participantes tienen sobre él una ventaja en su acceso (opción b). Es la opción b) la que considero más plausible atribuir a Raz. De acuerdo con esta interpretación, para Raz es un concepto de derecho, el *nuestro*,¹¹ el que hay que elucidar, y la manera como lo entienden quienes aceptan al derecho marca la línea de su comprensión correcta.¹² Ello llevaría a Raz a afirmar que la manera apropiada de hacer teoría del derecho es adoptando el concepto asumido desde el punto de vista interno.¹³

Es importante tener en cuenta que, para Raz, los conceptos son entidades sociales, en el sentido de que sus rasgos son productos de una construcción social.¹⁴ En este sentido, nuestro concepto de derecho es propio de un determinado grupo cultural –i.e. el de la sociedad moder-

¹¹ Para Raz hablar del concepto de derecho es hablar de nuestro concepto de derecho en cuanto comunidad cultural. Cfr. J. Raz, 'Puede haber una teoría del derecho?', trad. de R. Sánchez Brígido en H. Bouvier, P. Gaido, R. Sánchez Brígido (eds.), *Una discusión sobre teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 47-86 (título original: 'Can there be a Theory of Law', en Golding and Edmunson (eds.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Georgia State Univ., Blackwell Publishers, 2004, págs. 324-342. En adelante citaré la versión original como *CBTL*); J. Raz, 'El problema de la autoridad como servicio: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio', trad. de P. Gaido, *Doxa* 29 (2006), pp. 141-175 (título original: 'The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception', *Minnesota Law Review* (2006), pp. 1003-1044).

¹² La primacía conceptual de los participantes, como se verá, no es equivalente a afirmar que dominan el concepto de derecho ni a que nunca se puedan equivocar en la identificación de ejemplos correctos de derecho. Volveré más adelante sobre estas distinciones.

¹³ J. Raz, 'On the Nature of Law', *Archiv für Recht und Sozial Philosophie* (1996), p. 15 (en adelante lo citaré como *ONL*). Remito también a las citas de la nota 1.

¹⁴ Raz se adheriría al relativismo conceptual anti-individualista (cfr. J. Raz, *ONL*, p. 6; J. Raz, 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison', *Legal Theory* 4 (1998), p. 281). Por relativismo conceptual en términos generales se entiende la concepción que parte del presupuesto de que hay diferentes maneras de categorizar y conceptualizar el mundo, y sostiene que no tiene sentido intentar decidir cuál de esas diferentes perspectivas conceptuales es superior, ya que tal juicio presupondrá algo que está fuera de nuestros esquemas conceptuales. De manera típica, quienes se adhieren a esta perspectiva sostienen que "no hay disponible ningún punto ventajoso neutral desde el cual examinar y comparar varios esquemas conceptuales". El relativismo conceptual, a su vez, reconocería dos variantes: una individualista y otra anti-individualista. La versión individualista sostendría que los conceptos son entidades individuales; esto es, los conceptos dependerían de la manera en que cada individuo concibe aspectos del mundo. La versión anti-individualista, por el contrario, sostendría que los conceptos son entidades sociales, o lo que es lo mismo, que el concepto de una cosa es el modo en que un grupo la concibe. La medida de corrección del uso de un concepto, en este caso, está determinada por el uso compartido de ciertos criterios por parte de una comunidad. Para profundizar sobre este punto cfr. María Baghramian, *Relativism*, Routledge, Londres-Nueva York, 2004, pp. 212 y ss..

na occidental.¹⁵ Tiene particular relevancia agregar que el concepto de derecho no es para Raz un concepto introducido por los teóricos para explicar un fenómeno social, sino que es un concepto atrincherado en el auto-entendimiento de la sociedad.¹⁶ A su vez, y por esta razón, mantiene que la tarea del teórico del derecho tiene que limitarse a la elucidación de nuestro concepto de derecho, y a nada distinto de ello.¹⁷ De este modo, si se afirma que los participantes tienen primacía conceptual, en el sentido de que la manera como entienden al derecho marca

¹⁵ J. Raz, *CBTL*, págs. 332, 335.

¹⁶ Señala en esta línea que: "La noción del derecho como designación de un tipo de institución social no es, sin embargo, parte del aparato escolar de ninguna disciplina desarrollada. No es un concepto introducido por los académicos para ayudar en la explicación de algunos fenómenos sociales. Más bien, es un concepto imbricado en la auto-comprensión de nuestra sociedad... En *gran medida* lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es la naturaleza de nuestra propia auto-comprensión. La identificación de cierta institución social como derecho no es introducida por sociólogos, polítólogos, u otros académicos como parte de su estudio de la sociedad. Es parte de la auto-consciencia, del modo en que concebimos y comprendemos nuestra sociedad." (el énfasis me pertenece), J. Raz, *CBTL* p. 331.

¹⁷ Ver por ejemplo la entrevista que le realiza Juan Ruiz Manero, donde Raz afirma: "La intención principal de ésta (la filosofía del derecho, *P. G.*) es poner en claro la manera en que el derecho es concebido por quienes están sujetos a él, hasta el punto en que esto es una investigación conceptual más que empírica. En otras palabras, la filosofía jurídica pretende explicar el concepto de derecho *de quienes están sujetos a él*. Si ese concepto es vago, entonces, la filosofía jurídica debe proporcionar una explicación que muestre que tal concepto es vago. Lejos de ser una virtud, dar una explicación que transforme un concepto vago en un concepto preciso es un vicio filosófico" (el énfasis me pertenece), J. Ruiz Manero, 'Entrevista a Joseph Raz', *Doxa 9* (1991), p. 335. En la misma línea se encuentra la siguiente cita: "Consideramos que el concepto es lo que quiera que es en las manos de la comunidad científica trabajando en el área en cuestión. Las cosas son diferentes con conceptos sociales como los conceptos de regalo, propiedad, matrimonio, derecho, derechos, deberes, que son usados por todos para entenderse a sí mismos y a los otros, y para entender su posición en el mundo. Estos conceptos no son meramente herramientas de comprensión, son parte de lo que moldea el mundo social que estamos tratando de entender. Ellos, los conceptos mismos, son lo que estamos tratando de entender; no son herramientas de explicación. Si pudiéramos cambiarlos a voluntad estaríamos cambiando la realidad social que estamos intentando comprender. Semejante cambio no habría constituido una explicación de la realidad que cambió. Habría mostrado fracaso en la comprensión. A veces es más importante cambiar la realidad que entenderla. Pero mi artículo no versó acerca de lo que es más importante, y no versó acerca de los modos de cambiar la realidad. Sólo versó sobre la cuestión de explicarla.", J. Raz, 'Teoría y conceptos: réplica a Alexy y Bulygin', trad. R. Sánchez Brígido, en H. Bouvier, P. Gaido, R. Sánchez Brígido (eds.) *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons Madrid, 2007, p. 120 (en adelante lo citaré como *T&C*). En este sentido considero problemáticas las afirmaciones del autor que sostienen que explicar el concepto de derecho es la tarea secundaria de la teoría del derecho, y la explicación de la naturaleza del derecho su tarea principal (Cfr. J. Raz, *CBTL*, p. 327-8). Pero no es mi objetivo profundizar sobre este problema en este trabajo.

la línea de su comprensión correcta, la única tarea posible para el filósofo del derecho tendría que consistir –si se acepta este punto de partida– en la elucidación del concepto que ellos tienen.

Diferentes son los matices que se podrían incorporar a estas afirmaciones, y diferentes las objeciones que se les podrían oponer. Numerosos han sido los autores que cuestionan la naturaleza convencional de los conceptos,¹⁸ que niegan la primacía conceptual de los participantes,¹⁹ o que desestiman la relevancia de una explicación del derecho que de cuenta del sentido en que es fuente de razones objetivas para la acción.²⁰ Sin embargo, en este trabajo lo que me interesa es precisar la tesis de Raz, ofreciendo la articulación que considero más plausible, y evaluar la consistencia de la misma teniendo en cuenta el contexto general de sus compromisos teóricos.

En razón de los intereses afectados, sostiene Raz, los participantes no pueden aceptar al derecho sino en virtud de consideraciones morales. Su argumento para alcanzar esta conclusión se podría resumir diciendo lo siguiente. Dentro de nuestra práctica conceptual toda imposición de un deber a un tercero no admite otra justificación que no tenga como base una razón moral.²¹ En este sentido, no se entienden como razones que justifican la imposición de deberes a terceros a aquellas

¹⁸ Por ejemplo, aquellas concepciones que adhieren al esencialismo conceptual. De manera rudimentaria es posible afirmar que el esencialismo conceptual parte del presupuesto de que hay un mundo afuera de la mente, y afirma que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas. De este modo, se sostiene que los conceptos están vinculados a la realidad por una conexión necesaria. Esto quiere decir que, de acuerdo con el esencialismo, no hay conceptos correctos o incorrectos, según se ajusten o no al mundo, sino sólo conceptos que reflejan la esencia de las cosas, dando posibilidad sólo a un déficit epistémico en su elucidación. Los conceptos, en este sentido, no se pueden cambiar o crear, sino sólo reconocer. Carlos Nino, *Introducción a análisis del derecho*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 12.

¹⁹ Como es, tal cual lo visto, el caso de Hart.

²⁰ En esta línea puede ser consultado, entre otros, Eugenio Bulygin, ‘¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?’, *Doxa* 27 (2004), pp. 15-26.

²¹ Raz expresa esta idea al afirmar: “Dado que parece que las reglas que le dicen a otras personas qué es lo que deben hacer sólo pueden ser justificadas en su auto-interés o por consideraciones morales. Mi auto-interés no puede explicar por qué ellos deben hacer una cosa u otra, a menos que se asuma que tienen un deber moral de proteger mi interés, o que es en su interés hacerlo así. Mientras que el auto-interés de una persona puede justificar decir que el debe actuar en un cierto modo, no puede justificar el deber de actuar de cualquier manera, a menos que se asuma que tiene una razón moral para proteger su interés. (P.G.)”, J. Raz, *HMRLD*, p. 130. Se podría objetar a Raz por falsa la afirmación que dice que en nuestras prácticas conceptuales toda imposición de un deber a un tercero manifiesta de manera necesaria una creencia moral. Sin embargo, no disputaré en este trabajo tal presupuesto.

basadas en consideraciones estratégicas o el autointerés. Con lo afirmado lo que intento poner de relieve es que, para Raz, el concepto de aplicar una norma, de imponer un deber a otro, exhibe en nuestra práctica conceptual la existencia de una creencia moral. En esta dirección, quien reclama el cumplimiento de un deber a un tercero puede no tener esa creencia pero no puede negarla si es que entiende que el concepto de imponer un deber a otro la requiere; hacerlo implicaría desconocer los compromisos conceptuales incluidos en la noción de justificación. En este sentido, el que niega la creencia moral estaría frustrando el acto de justificar. En nuestras prácticas jurídicas –continúa el argumento– se persigue de manera típica la imposición de deberes a terceros. Para quienes son partícipes de estas prácticas –en tanto que integrantes de nuestra práctica conceptual–, el derecho, entonces, en la medida que tiene un rol justificatorio no puede dejar de tener un fundamento moral.²²

Es en este rasgo que Raz encuentra lo determinante para entender la naturaleza del carácter justificatorio del derecho y, en este sentido, habrá que elucidar el tipo de vínculo que desde el punto de vista de los participantes se traba entre derecho y moral. Según la propuesta teórica de Raz, los participantes, en particular los jueces, al aceptar la o las reglas de reconocimiento aceptan una regla que les requiere que acepten otras reglas que imponen obligaciones a terceros.²³ En este sentido, los participantes –por razones conceptuales– tienen que considerar al derecho como una particular fuente de razones morales. En particular, para Raz, desde el punto de vista de los participantes la aceptación implica una específica creencia moral: una que sostiene que el derecho es una *estructura de autoridad moral o legítima*. Autoridad legítima que, por

²² Esta idea es sostenida por Raz de manera explícita cuando afirma: “Por lo tanto, parece seguirse que no puedo aceptar reglas que imponen deberes a otras personas a menos que, si soy sincero, tenga razones morales. Los jueces que aceptan la regla de reconocimiento aceptan una regla que les requiere aceptar otras reglas que imponen obligaciones a otras personas. Ellos, por lo tanto, aceptan una regla que sólo puede ser aceptada de buena fe por razones morales. Ellos, por lo tanto, o bien la aceptan por razones morales o, al menos, pretenden hacerlo. (P.G.)”, J. Raz, *HMRD*, pág. 130. En el mismo sentido se manifiesta en J. Raz, ‘La pureza de la teoría pura’, op. cit., p. 84.

²³ *Idem*.

otra parte, se presupone que quienes emiten las directivas autoritativas afirman, dada la naturaleza de los intereses afectados.²⁴

Hay que tener en cuenta que para Raz sería concebible la aceptación de las directivas de la autoridad donde la creencia efectiva en su legitimidad esté ausente. Si por una razón conceptual la aceptación de la autoridad expresa o manifiesta la creencia en la proposición afirmada, éste es el dato relevante, no la efectiva actitud psicológica que tuvo el autor de la afirmación. Lo que tiene que contar, para Raz, son los compromisos conceptuales que el aceptante adquiere, no sus contingentes componentes psicológicos. Para poder decir que hay aceptación, entonces, bastaría que no se niegue la actitud proposicional implícita en el acto de justificar decisiones sobre la base del derecho, o sea, en el acto de usar el derecho como una razón. De esta manera, aunque de difícil concreción en la práctica, para Raz es conceptualmente posible pensar en la existencia de un sistema jurídico cuyos aceptantes no crean de manera efectiva en su legitimidad.²⁵

Me parece importante notar que, para Raz, si bien el derecho desde la perspectiva de los participantes es fuente de razones justificatorias, no lo es necesariamente en los hechos, puesto que puede fracasar en su

²⁴ Cfr. J. Raz, 'La pureza de la teoría pura', op. cit., p. 84; J. Raz, *ONL*, p. 13. Entender que es la autoridad legítima el valor moral al que está vinculado el derecho tiene una importancia central en la manera en que Raz entiende tanto cuáles son las disposiciones normativas que integran el derecho cuanto su fuerza práctica. Dejo para otro momento una profundización sobre estas cuestiones.

²⁵ Raz sugiere esta idea cuando sostiene: "Puede ser innecesario para la población relevante *creer genuinamente* que la persona que tiene autoridad efectiva sea la autoridad legítima; es suficiente si, ellos, por cualquier razón, confiesan tal creencia" (el énfasis me pertenece), J. Raz, 'Las pretensiones del derecho', trad. R. Tamayo y Salmorán, en *La autoridad del derecho...*, op. cit., p. 45 (título original: 'The Claims of Law', en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 28-33). En otro texto Raz sostiene: "Una persona puede aceptar una regla sin una concepción acerca de qué razones la justifican hacerlo, pero debe creer en la existencia de tales razones. Si una persona acepta una regla, debe también comprenderla; y ello incluye comprender qué tipo de razones son lógicamente capaces de justificar su aceptación. Una persona que acepta una regla, por lo tanto, debe *creer* que hay razones del tipo correcto para ello. He sugerido que si la regla es aceptada sinceramente y de buena fe, entonces, es aceptada por las razones correctas. Pero también puede haber aceptación insincera o pretender aceptar por razones de un tipo diferente. (P. G.)", J. Raz, *HMRLD*, p. 130. En esta misma línea, J. Raz, 'La intención en la interpretación', trad. J. J. Moreso y P. Navarro, *Doxa* 20 (1997), p. 213 (título original: 'Intention in Interpretation', en R. George (ed), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 249-8). Dejo a un lado en este trabajo el análisis sobre la posibilidad de que todos los aceptantes sean insinceros.

propósito.²⁶ Será fuente de tal tipo de razones tan sólo si su autoridad es efectivamente legítima.²⁷ Del mismo modo, conviene advertir que Raz tiene que afirmar que *si* las disposiciones jurídicas son válidas –esto es, si tienen como origen a la autoridad legítima²⁸– tienen fuerza vinculante (moral) para todos aquellos que sean sus destinatarios.²⁹ Vale también añadir que Raz no equipara legitimidad moral con corrección moral, y, en este sentido, es para él posible la existencia de normas jurídicas que tengan como origen a una autoridad legítima y que, consideradas individualmente, sean moralmente incorrectas. Si la legitimidad, en cambio, es una propiedad ausente en su fuente de origen el carácter de razón justificatoria de tal disposición no se verifica. De este modo, para Raz la normatividad del derecho es un dato eventual: depende de la legitimidad de sus autoridades. Para intentar dar cuenta de la idea que Raz tiene en mira en este caso considero oportuno distinguir entre privilegio conceptual y privilegio epistémico de los participantes. En el próximo apartado exploraré tal distinción.

²⁶ Recuérdese la nota 9 de este trabajo.

²⁷ Así lo afirma Raz: “Pero desde que no toda autoridad es legítima, no toda directiva autoritativa es una razón para la acción. (*P.G.*)”, J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 46 (lo citaré como *TMF*); ver también en esta misma línea J. Raz, *ONL*, p. 14.

²⁸ El carácter legítimo de la autoridad se evalúa, para Raz, desde el punto de vista de cada individuo (Cfr. J. Raz, *TMF*, págs. 71-104) y teniendo en cuenta el conjunto de sus directivas (Cfr. J. Raz, *ONL*, p. 11). Con ello, lo que busco destacar es que, para Raz, no cabría evaluar la legitimidad de una autoridad teniendo en cuenta cada una de sus directivas ni respecto de todos los destinatarios de manera general. La muestra a partir de la cual evaluar la legitimidad de una autoridad es el conjunto de sus directivas, y la relación relevante para determinar su legitimidad no es grupal, sino individual. En esta línea, predicar respecto del derecho un deber general de obediencia no sería posible para Raz.

²⁹ Tal como lo expresa Raz: “Si hay una autoridad que es legítima, entonces, sus súbditos están debidamente vinculados a obedecerla, estén de acuerdo o no . (*P.G.*)”, J. Raz, ‘Introduction’, en J. Raz (ed.), *Authority*, Blackwells, Oxford, 1990, p. 4. Son numerosos los problemas que plantea esta conclusión, y diferentes las críticas que ha recibido esta idea de Raz en los últimos años. Por ejemplo pueden consultarse los trabajos de J.C. Bayón, ‘Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz’, *Doxa* 10 (1991), pp. 25-66; C. Redondo, ‘Normas jurídicas como razones protegidas’, *Archiv fur Recht und Sozial Philosophie*, vol. 79 (1993), pp. 321-332; R. Caracciolo, ‘El concepto de autoridad normativa’, op. cit.; donde esta idea se somete a una crítica exhaustiva.

3. Privilegio conceptual y privilegio epistémico

Cuando Raz presenta su concepción de los conceptos en general distingue entre: a) *posesión* de un concepto y b) *dominio o manejo acabado* de un concepto.³⁰ Se *posee* un concepto cuando se pueden identificar casos que lo ejemplifiquen en circunstancias normales, con independencia de que las propiedades tenidas en cuenta hagan referencia a propiedades esenciales del objeto al cual el concepto hace referencia, o no. En este caso es posible señalar error porque las propiedades tenidas en cuenta para identificar ejemplos correctos del concepto sólo son útiles en circunstancias normales, y no en toda ocasión. De este modo, aun cuando el participante de la práctica jurídica, por una razón conceptual, tiene por lo menos que *poseer* el concepto de autoridad legítima, ello no significa que no se pueda equivocar en la identificación de casos concretos que lo ejemplifican. De esta manera, podría aceptar como autoridad legítima a una institución que carezca de este atributo. Esto sucede porque las propiedades tenidas en cuenta para identificar ejemplos correctos del concepto en una ocasión pueden conducir a error ante un cambio de las circunstancias. Se *domina* un concepto, en cambio, cuando se tiene conocimiento de todas las propiedades necesarias del objeto al cual el concepto hace referencia. Aun cuando este supuesto fuera de difícil verificación Raz admite su posibilidad. Y aun en este caso Raz también concibe la posibilidad de error en su aplicación. Ello porque en los casos donde el conocimiento del concepto es completo se puede padecer déficits pragmáticos que afecten la identificación de ejemplos correctos del concepto. De esta manera, Raz excluye cualquier posibilidad de conexión necesaria entre creencia en la legitimidad de una autoridad *de facto* y su legitimidad efectiva.

De este modo, en el análisis que Raz realiza del concepto de derecho sería posible distinguir dos niveles de prácticas subyacentes: una jurídica y otra conceptual. En este sentido, diferentes serían los participantes a los que hace referencia: participantes de la práctica jurídica y participantes de la práctica conceptual. En el contexto de la prá-

³⁰ Cfr. J. Raz, 'Teoría y conceptos: réplica a Alexy y Bulygin', trad. R. Sánchez Brigido, en H. Bouvier, P. Gaido, R. Sánchez Brigido (eds.) *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons Madrid, 2007, pp. 113-4; J. Raz, *CBTL*, p. 326. Dejaré a un lado en este trabajo el análisis del carácter ambiguo de algunas afirmaciones de Raz relacionadas con esta distinción.

tica jurídica los participantes están comprometidos con la idea de que el derecho tiene autoridad legítima. Desde esta perspectiva, negar la existencia de autoridad legítima es incompatible con afirmar la existencia de derecho. Quienes participan de la práctica conceptual –que puede abarcar una o más prácticas jurídicas– o adoptan el concepto de los participantes de la práctica conceptual, sin embargo, podrían señalar que quienes participan en una determinada práctica jurídica están equivocados respecto de la práctica justificatoria con la cual manifiestan estar involucrados. Cabría reconstruir tal déficit en términos de una comprensión o uso falible de aquello en que lo que el concepto de autoridad legítima consiste, lo cual de manera indirecta impacta en la comprensión que tienen del derecho, o en la identificación de ejemplos correctos del mismo.

En este sentido, para entender en qué está pensando Raz, entiendo que sería posible, y necesario, distinguir privilegio conceptual de privilegio epistémico. Esta distinción apuntaría a diferenciar el privilegio de quien recorta cuáles son las ideas relevantes (privilegio conceptual) respecto de quien tiene su completo dominio (privilegio epistémico). Es en la primera noción –y no en la segunda– donde cabe conjeturar que Raz busca poner el acento. Sería este dato el que permite a Raz concluir que es posible pensar en la posibilidad de error tanto en el manejo acabado cuanto en la aplicación del concepto de derecho. El privilegio conceptual de los participantes de las prácticas jurídicas, en este sentido, es compatible con la posibilidad de que se equivoquen en su utilización o en su comprensión; esto es, es compatible con negar su privilegio epistémico.

4. Reflexiones finales

Si se acepta esta lectura de las tesis de Raz hay que concluir que desde el punto de vista de los participantes la relación entre derecho y moral es necesaria. Desde esta perspectiva el derecho tiene autoridad legítima, y afirmar la ausencia de autoridad legítima es afirmar la ausencia

de derecho. Raz sostiene que la creencia en la legitimidad moral del derecho aunque equivocada, tiene que ser una creencia *reconocible, no absurda*.³¹ Pero, ¿en qué sentido se podría sostener que los funcionarios nazis aceptaban al derecho sobre la base de una creencia moral *reconocible*? ¿Estaría Raz dispuesto a conceder que sistemas normativos tales como los de la Alemania nazi –por sólo citar un ejemplo– se apoyan en una aceptación de carácter moral? Las respuestas de Raz a estas preguntas son afirmativas. El alcance que se debe dar a la noción de creencia moral, en este sentido, es de carácter mínimo: para que una creencia acerca de cómo se deben comportar otras personas sea reconocible como una creencia moral tiene que, por lo menos, aparentar ser sostenida sobre la base de una justificación que exceda el autointerés.³² Conviene insistir, sin embargo, que Raz extrae consecuencias profundas del dato que dice que desde la perspectiva de los participantes el derecho está ligado a la idea de legitimidad. A partir de él Raz concluye que no se entiende al derecho si no se lo considera *moralmente inteligible*.³³ Para Raz, el hecho de que los aceptantes vinculen de manera necesaria el derecho con la idea de legitimidad torna al derecho en moralmente inteligible, y esta afirmación, en principio, puede parecer desconcertante. ¿En qué sentido se podría afirmar que el derecho nazi fue un derecho moralmente inteligible? El peso de esta afirmación merece una aclaración adicional.

Para Raz, en efecto, un sistema normativo es moralmente inteligible y, en este sentido, susceptible de ser calificado como sistema jurídico, aun cuando amplias franjas de sus destinatarios sean oprimidos, y no sientan hacia él lealtad alguna.³⁴ Es posible, sin embargo, intentar una lectura plausible de esta idea si se la relaciona con otra presente en la argumentación de Raz. Es posible inferir de algunas de las afirmaciones de Raz que la creencia moral implicada en el acto de justificar la imposición de deberes a terceros introduce en nuestro concepto de derecho un estándar de excelencia de carácter moral, que afirma que el

³¹ Como Raz lo sostiene: "Equivocadas como estas creencias puedan ser, deben ser creencias morales o políticas reconocibles, y no toda actitud hacia, o creencia acerca de otras personas u otras prácticas sociales, cumple con esta condición", J. Raz, 'La intención en la interpretación', *op. cit.*, p. 211.

³² Como apunté con anterioridad, por otra parte, para Raz, la creencia en la legitimidad de la autoridad no tiene que ser efectiva.

³³ Cfr. J. Raz, 'Intención en la interpretación', *op. cit.*, p. 212.

³⁴ *Ibid.*, p. 212.

valor intrínseco del derecho es ser legítimo.³⁵ Según esta lectura, no obstante ser necesaria la idea de legitimidad para comprender la idea de derecho, la existencia de derecho no dependería de la verificación de su legitimidad. La idea de legitimidad funcionaría como el patrón de excelencia propio del derecho, que permitiría afirmar no sólo que el derecho nazi fue moralmente aberrante sino un mal ejemplo de derecho. Sin embargo, la posibilidad de descartar al derecho nazi como un ejemplo de derecho quedaría, bajo esta propuesta, descartada.³⁶

Sin embargo, si se admite que ésta es una interpretación acertada de lo que Raz tiene en mente cuando afirma que todo derecho es moralmente inteligible, lo que queda ahora puesto en cuestión es el alcance que el autor quiere otorgar a la idea de que los participantes tienen primacía conceptual, y con qué empresa teórica está comprometido. Esto es así porque desde el punto de vista de los participantes el derecho no aspira a una legitimidad de la que puede carecer, sino que la posee. En este sentido, si se afirma que el teórico “debe concebir al derecho como lo haría un participante”,³⁷ hay que concluir que ahí donde la aspiración de legitimidad falla, no hay derecho. Raz afirma, sin embargo que es un rasgo necesario del derecho el que *pretende* ser una estructura de

³⁵ Tal cual Raz lo señala: “Lo que hace al derecho diferente, lo que hace a su excelencia intrínseca una excelencia moral, es el hecho de que es una estructura de autoridad, de que se encuentra en la tarea de decirle a las personas lo que deben hacer. Necesariamente, el derecho pretende tener autoridad legítima moral sobre sus súbditos. De ahí que su virtud intrínseca es tener tal autoridad. Decir esto es decir que su virtud es ser moral pero de un modo especial, reuniendo las condiciones de legitimidad. Como las ciudades y las universidades, también puede alcanzar la excelencia de otros modos, incluyendo otros modos morales. La posesión de legitimidad moral es sólo su excelencia intrínseca, esa que debe poseer, no la única que puede o idealmente debería tener. (P.G.)”, J. Raz, ‘About Morality and the Nature of Law’, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 48 (2003), p. 14.

³⁶ Lo afirmado se sigue de la siguiente cita de Raz: “Lejos está de mi pretender que todos los sistemas jurídicos gozan de legitimidad moral, lo cual significaría que los deberes jurídicos son realmente deberes que vinculan a las personas, mas que demandas que los gobiernos imponen a las personas. Todo lo que estoy diciendo es que cuando es asumido que cualquier sistema jurídico es legítimo y vinculante, que impone los deberes que se propone imponer –y generalmente voy a proceder en esta discusión bajo la asunción de que los sistemas jurídicos que estamos considerando gozan de tal legitimidad– en tales casos no podemos separar derecho de moral como dos puntos de vista normativos independientes, en tanto que el jurídico deriva la validez que tiene del moral. (P.G.)”, J. Raz, ‘Incorporation by law’, *Legal Theory*, 10 (2004), p. 7. En la misma línea sostiene: “Dicho de otra manera: es parte del *ideal del derecho* el que debe tener tal autoridad, aunque a menudo fracase en realizar tal ideal (P.G.)” (el énfasis me pertenece), J. Raz, *ONL*, p. 10.

³⁷ J. Raz, ‘La relevancia de la coherencia’, op. cit., p. 321.

autoridad legítima, y que puede fracasar en su propósito. Que el derecho sea efectivamente legítimo, afirma, es una cuestión contingente. Surge, entonces, la pregunta: ¿es posible para Raz sostener que el derecho pretende autoridad –y no que la tiene–, sin ofrecer con ello un nuevo concepto de derecho?, ¿es posible para Raz sostener que el derecho sólo de manera contingente tiene autoridad legítima sin abandonar el concepto de derecho de los participantes?

Considero que la distinción entre privilegio conceptual y privilegio epistémico implícita en la argumentación de Raz si bien resulta útil para comprender en qué sentido para el autor quienes afirman autoridad se pueden equivocar, resulta insuficiente como estrategia para afirmar que el rasgo necesario del derecho no es la efectiva posesión de autoridad legítima, sino su *pretensión*, si a su vez se mantienen las tesis que dicen: 1) Que para hacer teoría hay que otorgar privilegio conceptual a los participantes; 2) Que la tarea del filósofo en el ámbito del derecho tiene que consistir tan sólo en la elucidación conceptual. Aun cuando se admita que cualquier persona que tenga un mejor manejo del concepto puede constatar que no siempre el que *cree* que es una autoridad legítima lo es, o no siempre de quien *se cree* que tiene autoridad legítima la tiene, si desde el punto de vista de los participantes no hay derecho sin autoridad legítima, en los casos donde se verifique la ausencia de autoridad legítima habrá que concluir que no hay derecho. Para poder afirmar que el rasgo necesario del derecho es la pretensión de autoridad legítima, y no la autoridad legítima efectiva, Raz abandona el compromiso metodológico inicialmente adoptado.

Quisiera finalizar dejando claro que mi objetivo en este trabajo no ha consistido en evaluar la plausibilidad de la tesis que dice que el derecho puede carecer de legitimidad. Más bien, mi objetivo ha sido mostrar la inconsistencia en la que Raz incurre al sostener esta tesis si se tienen en cuenta sus propios compromisos metodológicos. Al sostener que el derecho pretende una autoridad de la que puede carecer, el autor deja de lado la tesis de la prioridad conceptual de los participantes, y formula un concepto de derecho alternativo, dejando su teoría vulnerable a las objeciones que él mismo presenta respecto de las empresas teóricas que no se limitan tan sólo a la elucidación conceptual.