



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**REVISTA**  
DA FACULDADE DE  
DIREITO DA  
UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

**LISBON**  
**LAW**  
**REVIEW**

**2016/2**



**LVII**

- 
- Editorial**  
03-04 Nota do Director
- 
- A. Daniel Oliver-Lalana**  
05-37 ¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes
- 
- Alessio Sardo**  
39-50 Qualche Aggiornamento sul Significato Imperativo
- 
- Diego Del Vecchi,**  
51-65 Actos de habla y el punto de vista del derecho
- 
- Eugenio Bulygin**  
67-80 La Lucha de G. H. Von Wright y C. E. Alchourron con la Logica Deontica
- 
- Giovanni B. Ratti**  
81-91 Lógica de normas y racionalidad del legislador: un desencuentro
- 
- Jorge Botelho Moniz**  
93-121 Entendendo o secularismo moderno – Análise dos mecanismos de financiamento das igrejas e confissões religiosas em seis países europeus
- 
- Jorge Miranda**  
123-165 Responsabilidade intergeracional
- 
- Lígia Rocha**  
167-193 O Conflito de Deveres como Causa de Justificação do Abuso de Confiança Fiscal? – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. 81/12.4IDEVR.E1 de 20-05-2014
- 
- Marco Caldeira**  
195-213 Revisitando as Nulidades Urbanísticas, à luz do novo CPA
- 
- Marta Coimbra**  
215-250 No caminho da união bancária: o Mecanismo Único de Resolução
- 
- Pablo A. Rapetti**  
251-269 En torno al enfoque neohartiano de Kevin Toh sobre los desacuerdos jurídicos
- 
- Pedro Soares Martinez**  
271-285 O Reino-Unido de Portugal, Brasil e Algarves – política e diplomacia

## Actos de habla y el punto de vista del derecho\*

Diego Dei Vecchi

### 1. INTRODUCCIÓN

El trabajo puesto bajo consideración intenta una reflexión acerca de la posibilidad de positivismo jurídico normativista, entendido como:

1. TPJN: aquél que da cuenta de (describe, informa sobre) lo que jurídicamente se debe hacer sin asumir un compromiso normativo, es decir, neutralmente.

Asumo, sin concederla, que la tesis meta-teórica prescriptiva según la cual esto es lo que una ciencia jurídica debe hacer, es correcta.

Frente a ella, se intenta replantear la tesis de Joseph Raz según la cual para dar cuenta descriptivamente de lo que jurídicamente se debe hacer, ha de asumirse hipotéticamente el punto de vista de quienes usan a las normas jurídicas para justificar, criticar y exigir la realización de ciertas acciones como jurídicamente debidas. De modo que una ciencia jurídica conforme a la tesis mencionada, ha de pronunciarse profiriendo un tipo peculiar de enunciados que Raz ha denominado *no comprometidos* y que no son reconducibles ni a los enunciados internos ni a los enunciados externos hartianos (TPVJ). Para Raz, en efecto, la clásica bipartición hartiana del discurso jurídico en enunciados internos y enunciados externos no deja espacio para una ciencia jurídica tal, por las razones que en breve se mencionarán.

A los fines de esta presentación introduciré, en primer lugar, el problema en su versión original, tal como Raz lo ha planteado. En segundo lugar, aludiré a algunas de las objeciones dirigidas a esa versión del problema, especialmente en cuanto pretenden desbaratarlo como genuino inconveniente para la teoría del derecho de corte positivista. Concretamente, se hará referencia a las objeciones de Eugenio Bulygin, Luis Duarte D'Almeida y Kevin Toh. Las tres, ha señalado Nicola Muffato, parten de presupuestos metaéticos distintos a los de Raz, sin dirigirse directamente a socavarlos, lo cual debilitaría la fuerza de la crítica. Aquí se asumirán esos presupuestos como si, por hipótesis, efectivamente socavasen los razianos. En tercer lugar, y sobre la base de esa asunción, mencionaré algunas discusiones abiertas en la filosofía del derecho, señalando que algunas de las potenciales solu-

---

\* A convite da Revista.

ciones que frente a ellas se postulan dejan un espacio para afirmar que, aun siendo correctas las objeciones mentadas, la **TPVJ** es correcta aunque en un sentido diverso. Así, el trabajo se propone mostrar que aun cuando fueren correctas, esas objeciones corren el riesgo de descartar como 'no problemático' más de lo que resulta plausiblemente descartable. Haré alusión, a estos fines, a tres discusiones:

- (i) La relativa al significado de los enunciados de deber jurídico y a la relación que ello guarda con los enunciados que aseveran que determinadas normas jurídicas existen.
- (ii) La relativa a las condiciones de verdad de los enunciados que aseveran que determinadas normas jurídicas existen. Esto es, el problema de la verdad de las *proposiciones normativas*, cualquiera sea la relación que ello guarde con los enunciados de deber jurídico y sus condiciones de verdad.
- (iii) La relativa a los desacuerdos entre quienes usan a las normas jurídicas como criterios para justificar, criticar o exigir acciones en relación a los criterios últimos de reconocimiento y validez de tales normas. En especial, aludiré al argumento que recientemente, por medio de varios trabajos, Kevin Toh ha elaborado a los fines de dar una respuesta a ese fenómeno, pretendiendo salvar a las tesis de H. L. A. Hart frente a él.

Sostendré que algunas de las salidas posibles ante las dos primeras discusiones dejan un espacio para pensar que a fines de informar sobre lo que jurídicamente se debe hacer ha de asumirse el punto de vista de los participantes, y proferir enunciados *desde ese* punto de vista. Pero sugeriré que ante la tercera discusión, si la respuesta de Toh ante la objeción de los desacuerdos está bien direccionada, pues lo que pierde sustento es directamente la posibilidad de concebir a las preferencias de enunciados tales como actos de habla genuinamente descriptivos o informativos. Es decir, se torna implausible la posibilidad de una ciencia jurídica que satisfaga a la TPJN.

## 2. EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO Y LOS ENUNCIADOS NO COMPROMETIDOS

El problema según el cual para informar sobre lo que jurídicamente se debe hacer ha de asumirse el punto de vista de los aceptantes, tal como Raz lo plantea, parte de TPJN:

- 1.1. Tesis de las fuentes sociales (TFS): La identificación de lo que jurídicamente se debe hacer ha de reconducirse insoslayablemente a la ocurrencia de ciertos hechos sociales.

- 1.2. Tesis no reduccionista (TNR): Lo que jurídicamente se debe hacer no se reduce a esos hechos, es decir, no se identifica con ellos.

De modo que los enunciados en que se pronuncia una ciencia del derecho son los que Hart (Hart 1982: 145) denominó *enunciados del derecho* (por contraposición a los *E acerca del derecho*). Enunciados sobre lo jurídicamente debido, sobre las obligaciones y los derechos jurídicos.

Partiendo de esa tesis, Raz se compromete contemporáneamente con algunas otras tesis que en principio ponen en crisis la posibilidad misma de una ciencia jurídica que satisfaga esa prescripción metodológica:

2. Tesis semántica: Los términos deónticos tienen idéntico significado si expresados en relación a cualquier contexto práctico (e.g. moral, derecho, etc.). De modo que, para él, al usarlos en la preferencia de un enunciado el hablante típicamente expresa el compromiso con la creencia de que hay una razón moral para llevar a cabo la acción sobre la que el deber recae.
3. Esto se sigue de la asunción de algunas tesis de raigambre metaética y metafísica que aquí no pueden discutirse, pero que podrían resumirse en las siguientes:
  - 3.1 Externalismo de las razones para la acción: las RPA son hechos, y su presencia o ausencia depende de cómo el mundo esté conformado. De modo que los enunciados de razón son verdaderos o falsos.
  - 3.2 Tesis de la unidad del razonamiento práctico (TURP): la operatividad de toda razón depende en última instancia de su justificación moral. Lo cual es en realidad considerablemente más complejo de lo que aquí puede decirse. Pero puede resumirse diciendo que para Raz no puede exigirse la realización de una acción a terceros si ello no se funda en última instancia en la creencia acerca de la corrección moral de dicha exigencia, consistiendo esto último en la creencia de que hay una razón operativa para esa acción (distinción entre aceptación completa y aceptación débil).

Frente a esto Raz considera que la bipartición de Hart del discurso jurídico en enunciados internos y externos es desacertada, en la medida en que no deja espacio para TPJN dado que o no sería neutral o sería reduccionista. Al tiempo que los enunciados internos hartianos – a los que Raz caracteriza como aquellos que llevan a cabo quienes *creen* en la validez del punto de vista jurídico – conllevarían necesariamente compromiso moral; los externos – que serían acerca de las creencias y actitudes de los participantes de la práctica – devendrían necesariamente reductivos

de los enunciados deónticos a ciertos hechos. De modo que si la teoría se expresa por medio de enunciados internos no es 'neutral', y si se expresa por medio de enunciados externos no es 'no reduccionista'.

Pero el problema se soluciona rechazando esa bipartición y centrando la atención en ciertos enunciados que, de hecho, los juristas y los profesores de derecho formularían constantemente: los enunciados no comprometidos (ENC). Ellos se profieren *desde el punto de vista* de quien cree en la validez del derecho (i.e. en que el derecho proporciona razones genuinas para la acción), pero con fuerza atípica: sin expresar esa creencia. La asunción del punto de vista consiste, en este orden de ideas, en suponer *por hipótesis* que el derecho es válido, en el sentido de tener fuerza vinculante o de ser aceptable en sentido 'completo'. Estos son los enunciados que habrían de constituir a una verdadera ciencia del derecho en los términos de TPJN.

### 3. LA IRRELEVANCIA PRAGMÁTICA DE LOS ENUNCIADOS NO COMPROMETIDOS FRENTE A UN PROBLEMA ILUSORIO

Ante esto se han dirigido numerosas críticas. La primera a considerar es la que argumenta que la solución de Raz es insatisfactoria ya que la asunción del punto de vista en términos de fuerza vinculante es informativamente inútil y, por tanto, los ENC devienen en dispositivos pragmáticamente irrelevantes. Tal como señala Duarte D'Almeida, la utilidad de un acto de habla tal radicaría en la posibilidad de proporcionar a los oyentes información de la que antes carecieran, siendo a estos fines crucial que haya una relación determinante entre el contenido implicado en la asunción del punto de vista de que se trate (por caso, el jurídico) y el contenido del enunciado que desde allí se profiere, pero sin que la asunción del punto de vista agote al mismo tiempo el contenido de cuanto se asevera.<sup>1</sup>

Y esto sería precisamente lo que no ocurre al asumir el punto de vista jurídico (o el comprometido moralmente con el sistema que fuere). Lo que interesa es saber qué exige el derecho, el contenido normativo del mismo, al que quien cree en su fuerza vinculante ya considera obligatorio. Para contar con ese conocimiento sería entonces irrelevante la adopción, por hipótesis, de su convicción acerca del carácter vinculante del ordenamiento. He sugerido que se trata de un argumento muy cercano al que Ross desarrollase sobre el carácter superfluo de la presuposición kelseniana de una norma fundante de la validez (i.e. fuerza obligatoria) de un ordenamiento:

---

<sup>1</sup> Duarte D'Almeida 2011: 184.

«[l]a afirmación de que un orden jurídico posee validez o fuerza obligatoria nada nos dice acerca de obligaciones o hechos jurídicos sino que expresa nuestras obligaciones morales» (Ross 2014 [1961]: 17).

Aunque éste plantea el argumento en términos de obediencia: solo se puede obedecer a la norma presupuesta (i.e. 'se debe obedecer al derecho') llevando a cabo la conducta de la norma jurídica 'validada'. La analogía está en el hecho de que Duarte D'Almeida está precisamente pensando en la inutilidad de asumir el punto de vista moralmente comprometido para aseverar sobre lo que se debe hacer desde ese punto de vista.

Usando el ejemplo mediante el cual Raz ilustra sobre los ENC, el del católico experto en ley rabínica que informa a su amigo judío ortodoxo sobre lo que debe hacer, resulta que es irrelevante adoptar el punto de vista de que 'se debe obedecer al Torá' para saber e informar acerca de 'qué es lo que el Torá exige' y por tanto, qué es lo que 'según el Torá se debe hacer'. Para informarse sobre cómo se ha de obedecer al Torá alcanza con conocer su contenido. Y para esto es innecesario asumir que se trata de un ordenamiento obligatorio. Esto se sigue de la mera asunción del punto de vista. Pero además de que los ENC son impotentes para resolver el problema, lo cierto parece ser que se trata de un arma desplegada contra un problema ilusorio. Duarte D'Almeida sustenta esta conclusión en dos series de consideraciones.

1) La primera de ellas tiende a mostrar que la premisa semántica raziana (según la cual los términos deónticos mantienen su significado en todo contexto práctico – moral, jurídico, estético, etc.) es falsa, y que esto resulta evidente frente a la plausibilidad de ciertos enunciados: e.g. 'el derecho requiere de alguien – o lo que sería lo mismo: le impone el deber jurídico, la obligación jurídica, etc. – la realización de F, pero esa persona no tiene razón alguna para – deber alguno de, obligación alguna de, etc. – hacer F'. Esto probaría que los términos deónticos cambian de sentido si pasados del contexto jurídico al moral. Creo que los argumentos proporcionados son insuficientes para sostener esta conclusión, pero considero además que son innecesarios si se niega la TURP. Pues no parece del todo relevante sostener que los términos deónticos mantienen su significado en cualquier contexto, alcanza con reconocer que pueden haber distintas condiciones de justificación de los *deberes*. Al haberse partido del rechazo por hipótesis de esas asunciones metaéticas razianas, propongo dejar de lado a los fines de la presentación estas consideraciones semánticas, y centrarse en cambio en la cuestión de si para informar acerca del deber *jurídico*, la necesidad de asumir del punto de vista de los participantes es efectivamente un problema ilusorio. Esto depende de que esa asunción sea irrelevante a fines de conocer las condiciones de justificación estrictamente jurídicas, lo cual exige centrarse en la segunda serie de consideraciones.

2) Ellas apuntan, en consonancia con el pensamiento de muchos otros autores, entre ellos Eugenio Bulygin, a que de una disposición normativa como,

(DN1) Prohibida la tenencia de estupefacientes aun si para consumo personal,

disposición que funge como material jurídico fuente de normas jurídicas, se obtienen enunciados de deber jurídico verdaderos o falsos, sin que sea necesario para ello adoptar punto de vista alguno. Así, a partir de DJ1 se sigue, sin más, que (es verdad que):

(EJ1) el derecho exige [*requires*] que todos se abstengan de tener estupefacientes aun si para consumo personal.

Este enunciado sería sustituible con el enunciado jurídico según el cual:

(EJ2) Todos tienen el deber jurídico (la obligación jurídica) de abstenerse de tener estupefacientes aun si para consumo personal.

Para obtener y brindar esta *información* sería suficiente con «asumir nuestros métodos interpretativos ordinarios», en virtud de los cuales EJ1 podría considerarse *no problemáticamente* como un enunciado jurídico verdadero.

«Él es claramente verdadero en virtud del solo contenido de los materiales, y de hecho no significa más que un enunciado *acerca* del contenido de la serie de materiales-fuente en relación a los cuales se lleva a cabo».<sup>2</sup>

Esta conclusión es muy cercana a la que defendiese hace ya muchos años Eugenio Bulygin. Para este último, los ENC tampoco elucidan ningún aspecto especial del discurso normativo-jurídico,<sup>3</sup> pues no se tratará sino de los enunciados externos menos extremos hartianos.

Dejando al margen cualquier diferencia que pueda haber entre estas posturas, lo cierto es que ambas asumen que sin adoptar punto de vista alguno en términos de fuerza vinculante, puede *identificarse* qué es lo que según el ordenamiento en cuestión *debe hacerse*. Y en ambos casos parece entenderse que ello es tanto como identificar *qué normas existen* en ese ordenamiento.

Asumiendo que estas críticas socavan la base del problema tal como Raz lo planteaba, lo cual, como se dijo, parece depender del rechazo de su metaética, pretendo

<sup>2</sup> Duarte D'Almeida 2011: 195. Traducción propia.

<sup>3</sup> Bulygin 1991 [1981].

manifestar algunas dudas adicionales respecto a los argumentos en que ellas se cimentan. Estas dudas apuntan principalmente a la tesis según la cual la asunción del punto de vista es irrelevante en cualquier sentido, y no solo en términos de obligatoriedad moral, para identificar e informar acerca de lo que jurídicamente debe hacerse. Veamos las tres discusiones a que antes se aludió, que ponen en dudas esta asunción.

#### 4. ENUNCIADOS JURÍDICOS Y EXISTENCIA DE NORMAS

Eugenio Bulygin ha sido un consistente defensor de la tesis, según la cual enunciados de deber jurídico (que Raz llama *no comprometidos*) son la versión menos extrema de los enunciados externos de Hart,<sup>4</sup> idénticos también a los *Rechtssätze* kelsenianos (*pace* Raz) y equivalentes contemporáneamente a lo que von Wright denominase *normative statement*.<sup>5</sup> Pero ¿en qué consisten esos enunciados?

Bulygin ha sostenido, al menos durante buena parte de su producción académica, que este tipo de enunciados no habrían de considerarse más que *sinónimos* de proposiciones normativas, o «proposiciones normativas disfrazadas»,<sup>6</sup> habiendo entre ellos una relación de identidad.<sup>7</sup> Pero entonces, en la medida en que la existencia de normas jurídicas consista en una propiedad empírica, los enunciados jurídicos quedarán convertidos, i.e. *reducidos*, a enunciados *acerca* del derecho no siendo enunciados *del* derecho: no serán por tanto enunciados acordes a TPJN. Esto es lo que enfatiza Navarro, señalando que hay una diferencia en el modo en que autores como Alchourrón y Bulygin conciben a los enunciados de deber jurídico, respecto a otros exponentes del positivismo jurídico como, por ejemplo Kelsen, Hart o Raz. Para estos últimos la relación entre enunciado jurídico y proposición normativa no sería de identidad, sino más bien de fundamento.<sup>8</sup>

Bajo este orden de ideas, un enunciado como EJI es entendido según los primeros, al menos en principio, como significando exactamente lo mismo que,

(PN1) existe una norma en el ordenamiento OJ que prohíbe la tenencia de estupefacientes aun si para consumo personal.

<sup>4</sup> Hart 2012 [1961]: 89-90, 242, y especialmente nota a p. 86 en p. 291.

<sup>5</sup> Así, von Wright 1963: 106.

<sup>6</sup> Bulygin 2003: 81, Bulygin 2007: 150.

<sup>7</sup> Si además se entendiese que la existencia de normas se reconduce a prescripciones de la autoridad, pues los enunciados de deber jurídico colapsarán en concepciones parecidas a las de Bentham y Austin, acaso con la corrección que Duarte D'Almeida sugiere respecto a esas posturas tradicionalmente tachadas de 'reductivista'. Véase Duarte D'Almeida 2011, § 3 D, y en especial nota 121.

<sup>8</sup> Navarro 2012, Navarro 2015.

Desde la segunda perspectiva, en cambio, un enunciado de este segundo tipo parece más bien dar sustento a EJ1, no se identifica con él. Navarro ha mostrado en esta orientación que la tesis de la identidad ha de superar algunos escollos, dado que si EJ1 significase lo mismo que PN1 entonces serían sustituibles, y la sustitución acarrea dos consecuencias sumamente contraintuitivas. Me centraré en el primero de esos escollos.

(a) La relación de fundamento que entre norma y enunciado jurídico parece haber se torna tautológica: ya no ‘está prohibido F porque hay una norma que prohíbe F’, sino que ‘hay una norma que prohíbe F, porque hay una norma que prohíbe F’.

(b) En el razonamiento jurídico la premisa mayor suele ser formulada en términos condicionales, y ello permite pasar por *modus ponens* a la conclusión, con solo introducir una instancia del antecedente como premisa menor. Si esa premisa mayor se sustituyese con una proposición normativa (que será formulada no condicionalmente) tal como la tesis de la identidad debiera admitir, el razonamiento quedaría bloqueado.<sup>9</sup>

En suma, si los dos enunciados significasen lo mismo serían sustituibles, pero como surge de estos dos comentarios, EJ1 no parece sustituible con PN1.

Bulygin ha insistido en que, aun cuando la relación de identidad sea «probablemente una exageración», hay una «equivalencia material» entre enunciado de deber jurídico y proposición normativa.<sup>10</sup> Para él, la relación de *fundamento* solo tendría sentido frente a enunciados normativos (entendidos como enunciados internos). Ello así, dado que quien invoca la existencia de la norma estaría además prescribiendo (en general tácitamente) que esa norma *debe ser obedecida*. La innecesariedad de suscribir esta prescripción es lo que está en la base del argumento según el cual la asunción de un punto de vista, la presuposición de validez, es innecesaria para describir el contenido normativo del derecho.

Sin embargo, creo que esto no es todavía suficiente para rechazar la relevancia de la asunción de un punto de vista, aunque en otro sentido. Parece evidente que en la práctica la sola existencia de normas jurídicas (o incluso, si se quiere, de prescripciones de la autoridad) no es tomada por los participantes como condición necesaria y suficiente de lo que se debe jurídicamente hacer (i.e. no es *necesariamente* fundamento final de un enunciado de deber). Después de todo, como mínimo, la jerarquía – meramente jurídica – entre normas es tan determinante como la propia

<sup>9</sup> Véanse estos argumentos en Navarro 2001. Uno podría decir que cuando el ‘enunciado de deber jurídico’ aparece como premisa en el razonamiento práctico no funge de enunciados descriptivo en absoluto sino de *norma*, con lo cual no funcionaría el argumento de la sustituibilidad. Pero si el enunciado se profiriese informativamente, siendo por tanto sustituible, también pareciera habilitar inferencias: el informado podría inferir ‘si todos deben hacer F según OJ, luego, X debe hacer F en OJ’.

<sup>10</sup> Bulygin 2003: 81-82, véase especialmente nota 3.

existencia de ellas para determinar lo que debe hacerse según el derecho.<sup>11</sup> De modo que siendo la existencia de normas solo una condición (que podemos conceder como) necesaria, mas no ya suficiente, también la equivalencia material parece insostenible. El elucidar qué otras condiciones además de la existencia de normas jurídicas hacen que lo que ellas disponen *deba ser* jurídicamente llevado a cabo parece exigir manipular los criterios normativos que determinan, en la práctica jurídica efectiva, qué es lo que se debe jurídicamente hacer.

Obsérvese que el problema es distinto al relativo a si la norma *debe ser obedecida*, como juicio normativo extra-jurídico de fuerza vinculante del derecho. La cuestión ahora puesta bajo consideración es, en cambio, la de determinar si lo que la norma jurídica efectivamente existente dispone es lo que debe *jurídicamente* hacerse, solo sobre la base de criterios internos de validez. Se trata de uno de los sentidos del término validez a los que Ross reconocía relevancia teórica: como,

«... función interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo *según* un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos» (Ross 2014 [1961]: 23).

En conclusión, contar con información genuina sobre qué normas forman parte del ordenamiento jurídico pareciera todavía insuficiente para afirmar que lo que *esas* normas exigen debe ser jurídicamente llevado a cabo. Pero esto es solo parte del problema, ya que todavía ha de vislumbrarse cuándo se configura jurídicamente esa condición necesaria, aunque no necesariamente suficiente, para la determinación del deber jurídico, a saber: la pertenencia de una norma al sistema.

## 5. EXISTENCIA DE NORMAS JURÍDICAS Y PUNTO DE VISTA INTERNO

Dejando al margen los problemas de carácter ontológico,<sup>12</sup> son determinantes en este punto aquellos de carácter dogmático: los concernientes a la determinación de las condiciones bajo las cuales puede considerarse que las normas *jurídicas* existen *en relación* a un determinado ordenamiento.<sup>13</sup> En efecto, resulta crucial contar con criterios que, cualquiera sea la ontología que se asuma, delimiten las normas pte-

<sup>11</sup> Navarro 2012: 24 sobre la base de ciertas consideraciones de Alchourrón 1991 para quien la obligatoriedad está determinada por dos elementos: el contenido normativo y la jerarquía de normas.

<sup>12</sup> Entiendo que dentro de este género de problemas han de incluirse, al menos, el consistente en la elucidación de qué tipo de entidades son las normas, si alguna, y el relativo a la determinación de las condiciones bajo las cuales puede decirse que ellas existen.

<sup>13</sup> Cfr. Guastini 2013b: 146, Guastini 2013a: 138.

necientes a un sistema jurídico de aquellas que no forman parte del mismo. Caracciolo ha sostenido que se trata de un «interrogante conceptual»,<sup>14</sup> y Guastini lo ha planteado como una cuestión «di diritto positivo, e dunque dogmatica».<sup>15</sup>

En este orden de ideas, saber si una norma pertenece al ordenamiento jurídico supone identificar y usar los criterios que el propio ordenamiento establezca como determinativos de la pertenencia de normas a él. Para ello, habrá que identificar los criterios normativos, tratados y usados como tales por quienes identifican y usan a esas normas para justificar y criticar acciones.<sup>16</sup> Es en este sentido que sería suficiente con ‘asumir nuestros métodos interpretativos ordinarios’. Con ello sería suficiente para,

«... identificar el conjunto de todas las proposiciones normativas verdaderas referentes al sistema jurídico dado, lo cual implica que es posible establecer cuáles son las obligaciones y permisos establecidos por el derecho. Es especialmente importante determinar cuáles son los deberes del juez en un caso dado» (Bulygin 2006: 104).

Sin embargo, se trata de una postura que parece descartar demasiado rápidamente el problema, subrayado insistentemente por el escepticismo interpretativo, según el cual en la práctica efectiva el paso ‘de la disposición a la norma’ no solo no es sencillo sino que no es siquiera un proceso cognitivo. Esto así, dado que las primeras son recalcitrantemente equívocas en virtud, precisamente, de que *nuestros métodos interpretativos* conducen potencialmente a resultados distintos y muchas veces en contraste.

En consecuencia, dado que *nuestros métodos interpretativos* ofrecen siempre distintas posibilidades potencialmente ‘correctas’ de resolución acerca de qué normas existen, ni una ni otra norma puede considerarse obviamente pertenecientes al sistema normativo de referencia, o bien todas ellas han de considerarse tales. Mas si esto último es así, aplicar una u otra no puede considerarse *el deber del juez*, consideración que necesariamente entraña algo más que la mera *asunción de nuestros métodos de interpretación*, a saber: el compromiso con *una* interpretación como correcta, debida, o jurídicamente aceptable.

Esto entraña en rigor un doble problema que torna plausible a la TPVJ. El primero consiste en que la sola idea de *asumir* los métodos interpretativos a fines de decir

<sup>14</sup> «En tal caso, el término ‘derecho’ puede funcionar como un nombre de ciertos conjuntos de normas identificados por la satisfacción de algún criterio empírico de pertenencia. De manera que son ‘normas positivas’ las que integran esos conjuntos» (Caracciolo 1997: 175)

<sup>15</sup> Guastini 2013b: 146.

<sup>16</sup> Véase Caracciolo 2013: 34.

cuáles son las normas que forman parte de un ordenamiento normativo parece todo lo que tiene que ocurrir para que tenga sentido afirmar que se está hablando *desde un punto de vista*. De modo que de por sí, la delimitación del *marco* de lo admisible requiere de asumir a ciertas interpretaciones como jurídicamente aceptables. Esto concierne a la entidad de ese compromiso que se pretende en ocasiones ‘puramente conceptual’, pero donde el concepto que se asuma es determinante, en última instancia, de los ‘deberes de los jueces’. En este sentido, pareciera que el compromiso conceptual del teórico depende en un sentido relevante del ‘concepto’ que tengan los participantes.

Pero, y aquí el segundo problema, si los métodos interpretativos *por ellos* empleados arrojan además diversos resultados potenciales, decir cuál es el *deber jurídico* depende también de contar con meta-criterios para decidir sobre jerarquías entre los métodos ya asumidos. Esto último parece exigir, a más de esa asunción antedicha, el compromiso con *una* decisión interpretativa como la correcta, lo cual difícilmente consista en una operación cognitiva resultante en un acto de habla informativo. Si, tal como el escepticismo sostiene, no puede conocerse cuál es la decisión interpretativa *correcta*, no puede *saberse* concluyentemente cuál es la norma que forma parte del sistema entre las posibles, y si esto es así, pues (incluso asumiendo por hipótesis la tesis de la identidad entre EJ y PN) la afirmación de que tal o cual es el deber jurídico *dado que* cierta norma pertenece al sistema jurídico no parece un acto de habla genuinamente informativo. Y esto sobre la base de la última discusión a tratar.

En suma: la idea de asunción de *nuestros* métodos interpretativos sumada al hecho de que ellos arrojan potencialmente resultados diversos dejan un espacio para la TPVJ. Informar sobre lo que jurídicamente se debe hacer requeriría adoptar el criterio de reconocimiento y validez de los participantes, y si este o estos criterios no son concluyentes es necesario adoptar *sus* meta-criterios para resolver cuáles son las normas pertenecientes al ordenamiento. Si tanto esos criterios cuanto los meta-criterios aludidos fuesen cuestión *de hecho* pues podrían adoptarse a fines de aplicarlos e *informar* neutralmente acerca de las normas existentes. ¿Pero es esto así?

## **6. DESACUERDOS, INVITACIONES ACEPTABLES Y ASERCIONES VERDADERAS SOBRE EL DEBER JURÍDICO**

En consonancia con lo visto hasta aquí, Kevin Toh parece pensar que la asunción del punto de vista del participante es relevante a fines de determinar lo que jurídicamente se debe hacer. Para él los ENC tampoco constituyen una categoría conceptualmente independiente frente a la bipartición entre enunciados internos y

enunciados externos. Mas para Toh, a diferencia de cuanto parecen pensar los críticos antes citados, los ENC son una sub-especie de enunciados internos: al tiempo que estos últimos, en su versión *comprometida*, entrañan la expresión de la aceptación (completa) de la validez del sistema normativo en cuestión; los enunciados internos *no comprometidos* dependen de que el hablante *simule aceptar* (en sentido ‘completo’).

Esto explica, por ejemplo, que observadores externos, por tanto *no comprometidos* con la validez del ordenamiento, puedan proporcionar soluciones novedosas jurídicamente (otro de los argumentos de Raz para defender su tesis acerca de los ENC como categoría conceptual independiente). El observador, en este orden de ideas, se ubica en los pies del comprometido y lleva a cabo *simuladamente* un razonamiento práctico potencialmente realizable por un participante. He llamado a esta ‘tesis de la simulación’ y he argumentado que ella se basa en una concepción innecesariamente robusta de la aceptación, incluso en apariencia inconsistente con otras afirmaciones de Toh al respecto. Pero esto puede omitirse a los fines de esta presentación.

El problema central que ha intentado señalarse está en que el modo en que Toh concibe a los ENC, en conjugación con su ‘tesis anticonvencionalista’, priva a dichos enunciados de toda plausibilidad si concebidos como genuinamente *informativos*. De modo que también socava la posibilidad de una ciencia jurídica en términos de TPJN. Ello así, en breve resumen, por las siguientes razones:

- (i) TPJN depende de la posibilidad de formular genuinas *aserciones* sobre lo que jurídicamente se debe hacer. Esto último será posible solo si las enunciaciones proferidas resultan evaluables conforma a criterios que funjan de parámetros de corrección. Si no existiesen tales criterios, no queda muy claro cómo un enunciado tal podría considerarse verdadero o falso, y cómo la pretendida información podría ser tenida por verídica e incluso útil.
- (ii) Para Toh, en la medida en que los participantes pueden, y suelen, desacordar acerca de cuáles son los criterios de reconocimiento y validez últimos, hay que concebir a los enunciados *internos* como *propuestas* o *invitaciones* a adherir a una *aceptación plural*. Esto así porque la presencia de desacuerdos impone rechazar la tesis de las fuentes sociales, en términos de *convención social* (y entendiendo por tal cosa un acuerdo efectivo) como explicación plausible de la posición del participante.
  - Se ha argumentado en el trabajo que hay buenas razones para pensar que Toh no está dando ninguna respuesta que el convencionalismo no haya intentado, y que en todo caso no parece tratarse de una respuesta

*anticonvencionalista*. Pero esto también puede dejarse ahora de lado, y conceder por hipótesis la corrección de la tesis de Toh: los enunciados internos (de reconocimiento) son propuestas o invitaciones no necesariamente reconducibles a regla o criterio preexistente alguno.

- (iii) Ahora, en estas condiciones, dado que el llevar a cabo genuinas aserciones sobre lo que jurídicamente se debe hacer requería de contar con parámetros objetivos de corrección, la tesis de Toh entraña un cambio radical en la fuerza pragmática de los ENC, incluso si entendidos como productos de razonamientos prácticos simulados.
- Por empezar, esos enunciados ya no podrían ser en absoluto concebidos como verdaderos o falsos. Al máximo, los ENC habrían de considerarse conclusiones de razonamientos prácticos ('simulados', si se quiere) desarrollados por el 'teórico', basados en *potenciales propuestas o invitaciones conjeturales* de los participantes.
  - Ante ello cabría preguntarse ¿qué hace probables o fundadas a las *propuestas conjeturadas* por el teórico? Si el anticonvencionalismo de Toh es tal la respuesta debe ser: nada. Pero entonces parece que poco queda del carácter *informativo* de los ENC y, más en general, de todo enunciado sobre lo que se debe o no se debe jurídicamente hacer.
  - Toh pretende estar salvando a la teoría hartiana de la objeción de los desacuerdos sin abandonar su pretensión de una ciencia jurídica genuinamente descriptiva y no reduccionista. Pero lo dicho muestra que su tesis bloquea la posibilidad presupuesta en TPJN. De modo que si esta hubiera sido la visión de Hart sobre una ciencia jurídica no reduccionista, lo que es de todos modos muy discutible, pues la propuesta de Toh lejos está de salvarla.
  - Y en todo caso, lo cierto es que el argumento de Toh, lejos de poder dar cuenta, sobre la base de la distinción de Hart entre enunciados internos y externos, de los ENC razianos como *informativos* con carácter veritativo-funcional, en rigor los priva por completo de dicho carácter. Quizás pueda describirse al derecho, pero ello no consistirá en *informar sobre lo que jurídicamente se debe hacer*.

## 7. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha buscado evaluar qué queda de la intuición de Raz según la cual para proferir enunciados de deber jurídico informativos es necesario adoptar

el punto de vista de los participantes, concedidas algunas de las críticas dirigidas contra esa tesis. En este sentido, se ha concedido que la adopción de un punto de vista en términos de fuerza vinculante – hipotética o no – carece de importancia como juicio normativo extra jurídico. Mas se ha argumentado que esas críticas corren el peligro de desechar como ‘no problemático’ más de lo admisible. En este orden de ideas, se ha intentado mostrar que quedan aún cuestiones irresueltas que dan fuerza a esa intuición, aunque con distinta entidad.

En primer lugar, se ha insistido en que identificar a los enunciados de deber jurídico, o a sus condiciones de verdad, con proposiciones normativas, o sus condiciones de verdad, no parece estar justificado. De modo que aun cuando se pudiere informar acerca de la existencia de normas jurídicas, todavía quedaría un espacio por salvar desde la proposición normativa – que en principio solo informa sobre la existencia de una norma – para llegar al enunciado de deber jurídico – que en principio informa sobre lo que jurídicamente se debe hacer.

En segundo lugar, se ha enfatizado el hecho de que incluso si se identificasen enunciados tales con proposiciones normativas, resultaría todavía un presupuesto insoslayable el de individuar criterios jurídicos determinativos de la pertenencia de ciertas normas al sistema, y adoptarlos a tales fines. Se ha traído a colación, en este sentido, la circunstancia de que los criterios utilizados en la práctica son sumamente variados y que no arrojan resultados unívocos. De modo que aun cuando se pudiera informar acerca de la existencia de una fuente de derecho e incluso de las opciones interpretativas con que se cuenta, todavía quedaría un espacio por salvar desde la fuente en cuestión a la norma existente.

Por último, se ha mencionado la célebre objeción al positivismo jurídico según la cual los propios participantes manifiestan desacuerdos acerca de cuáles son y cuáles deberían ser los criterios últimos de reconocimiento, por caso, *nuestros* métodos interpretativos. Tomando la – presunta – solución de Kevin Toh frente a esa objeción, se ha sugerido en definitiva que todo discurso pretendidamente informativo-descriptivo sobre lo que jurídicamente *debe o no debe hacerse* reposa en una sucesión de actos de habla solo metafóricamente calificables de ‘descriptivos’.

Esto socavalas bases de la TPJN como fundante de una ciencia del derecho. Esta conclusión no ha de resultar de todos modos sorprendente, y mucho menos original. Después de todo, ya el propio Kelsen en cuyas ideas germina la idea de enunciados jurídicos *detached*, decía que cuando,

«... el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre las varias posibles, como la única “correcta”, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política» (Kelsen 2009 [1960]: 356).

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos E. (1991), «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», en, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 267-280.
- Bayón Mohino, Juan Carlos (1991), *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales.
- Bulygin, Eugenio (1991 [1981]), «Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz», en, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 427-438.
- (2003), «El papel de la verdad en el discurso normativo», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, pp. 79-85.
- (2006), *El positivismo jurídico*, Mexico, Distribuciones Fontamara.
- (2007), *Il positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè.
- Caracciolo, Ricardo (1997), «Existencia de normas», *Isonomía*, 7, pp. 159-178.
- (2013), «Proposiciones normativas y objetividad: revisión de un problema», *Análisis filosófico*, 33, pp. 31-46.
- Duarte D'Almeida, Luís (2011), «Legal Statements and Normative Language», *Law and Philosophy*, 30, 2, pp. 167-199.
- Guastini, Riccardo (2013a), «Due concezioni delle norme», en Guastini, R., *Distinguendo ancora*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 137-143.
- (2013b), «Esistenza empirica di norme», en Guastini, R., *Distinguendo ancora*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 145-152.
- Hart, H. L. A. (1982), «Legal Duty and Obligation», en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, pp. 127-161.
- (2012 [1961]), *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press.
- Kelsen, Hans (2009 [1960]), *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa.
- Muffato, Nicola (2013), «Tertium non datur: sulla pretesa autonomia concettuale degli asserti distaccati», *Analisi e Diritto*, pp. 275-311.
- Navarro, Pablo E. (2001), «Legal Reasoning and Systematization of Law», en Soeteman, A., *Pluralism and Law*, Boston, Kluwer, pp.
- (2012), «Positivismo jurídico, proposiciones y enunciados normativos», *Revista Brasileira de Filosofia*, 238, 1, pp. 11-29.
- Ross, Alf (2014 [1961]), «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, pp. 7-29.
- von Wright, George Henrik (1963), *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan.