

DIEGO DEI VECCHI

**MODOS DE DESCRIBIR
EL DERECHO**

**Normas jurídicas, proposiciones
normativas y enunciados
deónticos**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
PRELIMINARES.....	13
INTRODUCCIÓN. UN PUNTO DE PARTIDA.....	21
CAPÍTULO I. PROLEGÓMENOS: ACERCA DE CÓMO HACER COSAS CON PALABRAS	29
1. LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y LOS ACTOS DE HABLA: UNA INTRODUCCIÓN.....	29
2. ACTOS DE HABLA, ENUNCIADOS DEÓNTICOS Y DIREC- CIONES DE AJUSTE: ALGUNAS DISTINCIONES FUNDAMEN- TALES	47
3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LOS ACTOS DE HABLA	53
3.1. Hacer cosas con palabras en el derecho	54
3.2. La tentación reduccionista: el derecho como producto de ór- denes.....	55
3.3. Del reduccionismo al positivismo normativista: los deberes ju- rídicos como objeto de descripción.....	58
CAPÍTULO II. ALGUNOS OBSTÁCULOS PARA INFORMAR SO- BRE LO JURÍDICAMENTE DEBIDO	71
1. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA NORMATIVIDAD DEL DE- RECHO	71
2. LA AMENAZA DE LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN.....	75

	Pág.
2.1. El espacio entre hecho y deber: ¿un hiato insalvable?	77
2.2. Una aproximación neutral a los deberes jurídicos.....	81
3. LA AMENAZA DE LOS DESACUERDOS	86
3.1. La objeción	87
3.2. El rechazo del problema ante la convergencia en la identificación de <i>fuentes</i>	92
3.3. La realineación del convencionalismo jurídico	95
3.4. Las convenciones desalineadas y el proyecto benthamiano	101
 CAPÍTULO III. EL MITO DE LOS ENUNCIADOS NO COMPROMETIDOS	105
1. EL PUNTO DE VISTA RAZIANO	105
2. LA INDISPENSABILIDAD DE LOS ENUNCIADOS NO COMPROMETIDOS	108
3. LAS CRÍTICAS AL PUNTO DE VISTA RAZIANO	112
3.1. La necesidad de los enunciados no comprometidos: ¿un círculo vicioso?.....	113
3.2. Enunciados no comprometidos, aceptación y simulación	117
3.3. La inutilidad pragmática de los enunciados no comprometidos.	121
3.4. El carácter innecesario de los enunciados no comprometidos ...	124
3.4.1. La divergencia semántica de los términos deónticos según el contexto práctico en que se utilicen	125
3.4.2. La sinonimia entre enunciados de deber y proposiciones normativas: hacia el descriptivismo deóntico externo.....	129
 CAPÍTULO IV. LA PREFERENCIA DE ENUNCIADOS JURÍDICOS INTERNOS: ¿JUSTIFICAR E INFORMAR?	135
1. LA PREFERENCIA DE ENUNCIADOS INTERNOS	135
2. ACEPTACIÓN, COMPROMISO MORAL Y NORMATIVIDAD DEL DERECHO	142
2.1. La aceptación como actitud proposicional y su expresión	145
2.2. Juicios de validez jurídica y razones morales. El positivismo jurídico normativista frente a la tesis de la unidad del razonamiento práctico.....	152
2.2.1. Razones morales para aceptar por razones morales.....	154
2.2.2. Razones conceptuales para aceptar por razones morales	157

	Pág.
3. ENUNCIADOS INTERNOS Y RAZONES EN SEGUNDA PERSONA.....	166
4. HACIA EL DESCRIPTIVISMO DEÓNTICO INTERNO	174
CAPÍTULO V. LA PREFERENCIA DE ENUNCIADOS JURÍDICOS EXTERNOS: VERIFICAR Y DESCRIBIR	183
1. DE LA JURIDICIDAD A LA VALIDEZ	183
2. DE LA EXISTENCIA A LA JURIDICIDAD	195
2.1. El lugar de las normas en la ontología	200
2.2. La juridicidad de las normas	206
2.2.1. La imposibilidad de la identificación objetiva y el seguimiento de reglas	215
2.2.2. Del reconocimiento a la interpretación	217
CAPÍTULO VI. LA PREFERENCIA DE ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS: CONSTATAR Y ATRIBUIR	221
1. DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA A LA NORMA JURÍDICA... ..	221
1.1. El desafío interpretativo.....	223
1.2. Una respuesta cognitivista.....	226
2. EL INELUCTABLE ESCEPTICISMO DEL ESCÉPTICO	229
3. LA CIENCIA JURÍDICA EN LA VISIÓN DEL ESCEPTICISMO MODERADO.....	231
3.1. La ontología textual del derecho	233
3.2. ¿Una inconsistencia ontológica?	236
3.3. La delineación del derecho vigente	237
3.3.1. El derecho como producto lingüístico de la jurisprudencia y la ciencia jurídica como metajurisprudencia... ..	238
3.3.2. El derecho como producto lingüístico de interpretaciones decisorias dominantes y la ciencia jurídica como metainterpretación.....	239
3.4. La ciencia jurídica como descripción del derecho vigente: algunas objeciones	241
4. DE LA INTERPRETACIÓN AL DESCONOCIMIENTO: PROPONER E INVITAR	246
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.....	261
BIBLIOGRAFÍA.....	265

PRELIMINARES

Las concepciones del derecho se han enfocado a menudo en una de dos aristas del fenómeno jurídico, a saber: bien viéndolo como una práctica humana cuyas características y fines pueden ser de lo más variados, bien comprendiéndolo como un conjunto de normas resultantes (en todo o en parte) de una práctica tal. Cada una de estas visiones implica también diversas concepciones acerca de qué significa *describir el derecho*. De acuerdo con una de esas concepciones, aquella en la que aquí se pondrá el foco de atención, describir el derecho consiste en informar acerca de los deberes jurídicos de la ciudadanía. En este trabajo, esta visión se denominará *positivismo jurídico normativista*.

El positivismo jurídico normativista se ha visto acechado a lo largo de los años por una tensión de la cual no ha sabido escapar satisfactoriamente. Esta es producto de la ambición de satisfacer contemporáneamente dos pretensiones no fácilmente conciliables. Por un lado, la de erigir una disciplina científica auténticamente descriptiva, neutral, cuyo discurso sea reconducible en última instancia a la ocurrencia de ciertos hechos sociales concretos y susceptibles de comprobación objetiva. Por otra parte, la pretensión de concebir el objeto de esa ciencia (*i. e.* al derecho mismo), presunto producto de esos hechos sociales, como un sistema de normas generadoras de auténticos deberes, siendo estos específica y exclusivamente *jurídicos*.

La tensión aludida podría esbozarse del siguiente modo: para el positivismo jurídico el derecho es producto exclusivo de ciertos hechos sociales, de modo que referirse a él y describir las normas que lo componen significa aludir a esos hechos, lo cual habrá de hacerse, al menos en principio, por medio de proposiciones empíricas. Pero dentro de la vida en comunidad, las normas jurídicas son utilizadas como parámetros justificativos de la realización de

acciones propias y de terceros, así como también de reclamos y demandas por su realización u omisión. En ocasiones esto se manifiesta incluso en la imposición pretendidamente justificada de castigos y sanciones.

Ahora bien, suele asumirse que no es lógicamente admisible inferir o de cualquier modo obtener *deberes* solo a partir de proposiciones empíricas. «Inferencias» tales suelen ser descalificadas como instancias de la falacia naturalista. Ante esto, si las normas jurídicas se reconducen en última instancia exclusiva y excluyentemente a ciertos hechos, en la medida en que la práctica justificativa se remonte solo a ellos se tratará de una práctica sistemáticamente falaz. Si el derecho es un sistema *de normas*, lo es sobre la base de la falacia de ser dichas normas extraídas a partir de ciertos (enunciados sobre) hechos. Esto mostraría que los participantes (*i. e.* quienes *usan* las normas como criterios justificativos) son sistemáticamente irracionales.

Quizá este no sería un gran problema para la ciencia jurídica, a cuya posición y discurso apunta este trabajo. Acaso su tarea consista en limitarse a observar la práctica e intentar describirla, siendo para ello irrelevante tanto la racionalidad de los participantes o su ausencia cuanto la cualidad moral de la práctica en que estos se involucran. De hecho, dar cuenta de la eventual irracionalidad de los participantes de una práctica podría incluso conllevar una descripción más precisa de esta. Por lo demás, una descripción correcta parece ser además presupuesto para una evaluación moral de la práctica en cuestión. Mas nuestra hipótesis metodológica supone que lo que el jurista habría de hacer es precisamente informar acerca de cuáles son, en efecto, *los deberes jurídicos* de los ciudadanos y ciudadanas; no siendo suficiente con una descripción de lo que ciertas personas hacen o piensan. La consecuencia parece ser entonces que es el propio jurista, la ciencia del derecho misma, quien caerá en la falacia aludida. Pues los deberes acerca de los que se informa no podrían provenir más que de ciertos hechos. De aquí que sea muy común desde hace algunas décadas decir que el positivismo jurídico no puede explicar satisfactoriamente *la normatividad* del derecho, entendida esta como el modo en que el derecho proporciona razones justificativas de la acción humana.

En la encrucijada parece entonces tornarse forzoso renunciar a una de las dos pretensiones cuya satisfacción se añoraba.

Los iusnaturalismos han tendido a evitar la tensión renunciando a la pretensión de reconducir el derecho a meros hechos y, entre tanto, situando el origen de su carácter normativo en un ordenamiento externo, legitimador: en breve, en la moral crítica o en consideraciones de justicia. Así las cosas, la normatividad del derecho se explica por juicios valorativos extrajurídicos en apariencia inexorables, si se pretende concebir el derecho como fenómeno auténticamente normativo y con capacidad justificativa de conductas. Pero si la identificación de los deberes jurídicos no se remontase exclusivamente a

proposiciones empíricas y supusiese en cambio algún tipo de compromiso valorativo, aunque salvado el inconveniente de la falacia naturalista, el jurista dejaría de ser valorativamente *neutral*. En efecto, para identificar los deberes jurídicos de la ciudadanía —no limitándose a informar sobre lo que los participantes hacen— aquel habría de suscribir ese compromiso valorativo, comprometerse. La ciencia jurídica, si así puede todavía llamársela, será normativa en sentido fuerte: prescribirá, valorará.

Por contraposición, los realismos más radicales, aunque suscribiendo algunos de los postulados del positivismo, han tendido a renunciar a la pretensión de concebir el derecho como conjunto de normas y la ciencia jurídica como disciplina descriptiva de deberes. La normatividad es desterrada como rasgo del derecho, la ciencia jurídica abdica frente el reduccionismo, lo cual es en apariencia inevitable si se asume que el derecho es producto exclusivo de fuentes sociales. En suma, el derecho no estaría ya constituido por un conjunto de normas supervinientes a hechos sociales, sino que sería, en sí mismo, esos hechos sociales.

El positivismo jurídico en su variante *normativista*, sin embargo, se obstina con afán a sucumbir ante cualquiera de esas dos alternativas. Se insiste desde sus filas en la plausibilidad de una ciencia jurídica a la vez neutral y descriptiva de los *deberes* jurídicos de los ciudadanos, sosteniendo además que esos deberes son producto exclusivo de ciertos hechos. Se insiste en que es posible rehuir tanto del compromiso con un juicio normativo extrajurídico de cualquier tipo como del reduccionismo del derecho (y de los deberes que él por hipótesis genera) a los hechos de los que superviene:

Una teoría positivista del derecho se encuentra ante la tarea de buscar entre dos extremos, ambos insostenibles, la vía media correcta. Un extremo es la tesis de que entre la validez, como lo debido, y la eficacia, como un hecho real, no existe relación alguna; de que la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia¹.

Las palabras que siguen desarrollan algunas reflexiones acerca de esta pretensión que, desde entonces, ha tenido un lugar decisivo en la escena del debate iusfilosófico. En esta orientación, el trabajo se basa en previas reconstrucciones, inevitablemente parciales, de algunas de las tesis más relevantes que sobre esta discusión se han ido formulando y defendiendo. Al mismo tiempo, sea la reconstrucción de esas tesis, sean las reflexiones a que ellas puedan dar lugar se estructurarán a la luz de ciertos *actos de habla* que típicamente constituyen el discurso jurídico (con todo lo vaga que esta expresión puede resultar

¹ KELSEN, 2009 [1960]: 220. Una presentación de este problema en la obra de KELSEN y del modo en que él lo enfrentó, en PAULSON, 1992. Para una caracterización general de la concepción *normativista* de la ciencia jurídica: TARELLO, 1974: 35.

a estas alturas) y/o que refieren a ese discurso. Esto así, dada la importancia de esos actos de habla y en virtud de lo determinante de ellos respecto del objetivo que este trabajo se propone.

A fines introductorios podría decirse que esos actos lingüísticos constituyen dos grandes esferas del discurso jurídico. Por una parte, ellos hacen al discurso de quienes utilizan las normas jurídicas como parámetros justificativos de acciones. Por la otra, constituyen el metadiscurso o discurso de segundo orden de quienes refieren a esa práctica discursiva de carácter justificativo. Al menos parte de este metadiscurso suele apuntar a elucidar lo que el derecho *es*, cuál es su contenido normativo y, si no fuere exactamente lo mismo, qué es lo que jurídicamente debe hacerse. Lo que motiva esta estructura del trabajo es la convicción de que la posibilidad misma de un *discurso* descriptivo referente a deberes jurídicos está condicionada por el modo en que se desenvuelve la práctica humana de la cual, por hipótesis, esos deberes supervienen; una práctica que, por lo demás, es eminentemente *lingüística*.

El propósito más general de este trabajo es explicitar en última instancia los obstáculos para una ciencia jurídica acorde a las pretensiones del positivismo jurídico normativista a la luz de ciertos rasgos del discurso jurídico. Estos obstáculos, si bien presentes en la discusión iusfilosófica, no han sido siempre expuestos con claridad. Frente a ellos, este trabajo nos conducirá a una conclusión escéptica con respecto a la plausibilidad de superar la tensión antes puesta de manifiesto.

No obstante, para evitar que este escepticismo se torne engañoso son convenientes algunas salvedades. La primera de ellas consiste en que la conclusión según la cual una ciencia jurídica como la que el positivismo jurídico normativista añora es poco plausible ha de leerse como una afirmación *condicional*. En efecto, esta conclusión escéptica depende de la corrección de algunas tesis acerca de la práctica discursiva jurídica que en los últimos años han proliferado en la filosofía del derecho. Esto así, al tiempo que la corrección de estas tesis no es en absoluto indubitable. De hecho, a lo largo de este trabajo se irán marcando las brechas y debilidades que afectan a esas tesis, mostrando así el camino que podría adoptarse a los fines de restituir plausibilidad al tipo de ciencia jurídica aquí examinada.

La segunda salvedad concierne a la genealogía de este trabajo, impulsado por la convicción de que seguir reflexionando acerca de la posibilidad de una disciplina descriptiva, neutral, consistente en informar sobre los deberes jurídicos que el derecho impone, posee gran relevancia. El recelo en cuya manifestación este trabajo concluye, además de ser producto de un escepticismo condicionado, y precisamente por ello, no debe oscurecer esa convicción. QUINE sostenía que aquí radica la utilidad de los condicionales: nos permiten expresar nuestra falta de razones para creer que pueda darse el antecedente

sin que se dé al mismo tiempo el consecuente, aun cuando estamos inseguros acerca de la verdad o falsedad individual de cada una de las proposiciones (*i. e.* de la expresada por el antecedente y de la expresada en el consecuente). Para usar su propio ejemplo, si decimos «Si García tiene malaria, entonces necesita quinina» es porque sabemos algo de la malaria pese a que dudamos de que García la padezca y de que necesite en efecto el medicamento². Ahora bien, el uso del condicional no tiene por qué llevar a pensar que quien lo usa carece de buenas razones para averiguar si, de hecho, García padece de malaria. El argumento por explorar en este trabajo sería: «Si el discurso del, y sobre el, derecho posee tales y cuales características, entonces se siguen ciertas consecuencias indeseables para el proyecto del positivismo jurídico normativista». El objetivo es mostrar la corrección del condicional, no comprobar la verdad del antecedente. Pero que esta sea la veta explorada aquí ni prejuzga sobre la verdad o falsedad del antecedente ni menosprecia las razones para indagar acerca de ello.

La tercera salvedad consiste en que, aunque aquí se pondrá el foco de atención en los obstáculos de índole discursivo-lingüístico para el desarrollo de una ciencia jurídica acorde al positivismo jurídico normativista, no son estos los únicos obstáculos que esa iniciativa habría de enfrentar. Puede haber razones de muy diversa índole (moral, política, académica, epistemológica, estética, etc.) y con divergentes magnitudes tendentes a objetar la plausibilidad, utilidad o deseabilidad de una ciencia jurídica así concebida. Esas razones serán dejadas de lado en el presente trabajo.

* * *

El texto, tal como ahora se presenta, constituye una síntesis de la tesis doctoral titulada *Desde un punto de vista jurídico*, discutida en Génova en octubre de 2016 bajo la dirección de María Cristina REDONDO y de Jordi FERRER BELTRÁN. Algunos fragmentos de esa tesis fueron discutidos en distintos seminarios y publicados, en versiones preliminares, en otros sitios.

Parte del capítulo III dio lugar al artículo «Enunciados no comprometidos y punto de vista jurídico: una perspectiva renovada», *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía*, 49 (147), 2017, pp. 91-121; partes del capítulo VI fueron publicadas en «¿Profundización o caída del realismo jurídico como teoría descriptiva de normas?», *Isonomía*, 47, 2017, pp. 9-38, y partes de los capítulos V y VI dieron lugar a «Proposiciones normativas y descripción del derecho en la obra de Riccardo Guastini», en Pierluigi CHIASSONI, Paolo COMMANDUCCI y Giovanni Battista RATTI (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I, Madrid-Barcelona-São Paulo-Buenos Aires, Marcial Pons, 2018. Algunas ideas de esos textos habían sido discutidas en

² QUINE, 1962: 52.

el marco del congreso «Interpretazione giuridica e teoria del diritto, omaggio al prof. Riccardo Guastini», Università degli Studi di Genova, en octubre de 2016 y en la jornada «Un diálogo sobre realismo jurídico *à la genoese*», en Escuela para la Buena Política de Tlaxcala-Puebla, México, en mayo de 2017. Algunas reflexiones del final del capítulo VI se habían discutido en el XXII seminario Luso-Hispano-Franco-Italiano de Teoría del Derecho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, en junio de 2016 bajo el título «Actos de habla y el punto de vista del derecho», ponencia publicada en la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LXVII, 2, Coimbra, Lisboa, 2016, pp. 51-65.

A los efectos de la presente publicación —en parte debido a la atinada sugerencia de quien dictaminó anónimamente el manuscrito, y a quien agradezco desde ya— he decidido excluir por completo, junto con otros apartados, el último capítulo de la tesis que da lugar a este ensayo. Las ideas centrales de ese capítulo habían sido ya publicadas en modo independiente en «Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 237-261, y en los dos primeros capítulos de *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.

Todas las citas se presentan en castellano. En los casos en que la referencia remita a un texto en lengua extranjera y no se mencione la traducción oficial correspondiente debe entenderse que la traducción es propia.

* * *

La mayor parte de la tesis doctoral mencionada se desarrolló en el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto de la ciudad de Génova entre los años 2013 y 2015 gracias a una beca de la Università degli Studi di Genova.

Agradezco a Cristina Redondo y a Jordi Ferrer Beltrán por su paciencia y generosidad, así como por su apoyo antes, durante y después de la culminación del trabajo por ellos dirigido. Agradezco igualmente a quienes formaron parte del tribunal en el acto de defensa: Damiano Canale, Pierluigi Chiassoni y Daniel González Lagier. He intentado dar cuenta en la mayor medida de lo posible de los valiosos comentarios y objeciones por ellos formulados al momento de la discusión. A Paolo Comanducci, a Riccardo Guastini y a Cristina Redondo agradezco por haberme enseñado durante todos esos años en Genova mucho más de cuanto pude aprender y, muy especialmente, les agradezco por todo lo demás. Agradezco también a Sebastián Agüero, Mauro Barberis, Alejandro Calzetta, Pedro Caballero, Marcela Chahuán, Andrea Dolcetti, Isabel Fanlo Cortés, Luca Malagoli, Mauricio Maldonado Muñoz, Realino Marra, Elena Marchese, Álvaro Núñez Vaquero, Alessandro Ferrari, Sebastián Figueroa Rubio, Andrej Kristan, Julieta Rábanos, Giovanni Battista Ratti, Natalia Scavuzzo, Horacio Sánchez, Alessio Sardo, Laura Scudieri y Rafael Vázquez.

A Federico Arena, a Pau Luque Sánchez, a Diego Moreno Cruz y a Enrico di Palo un agradecimiento especial por las discusiones y charlas, cada tanto, en La Lepre.

Hernán Bouvier y Pablo Navarro han estado presentes antes, durante y después de esta tesis; les agradezco su apoyo, sus lecturas, sus consejos, sus músicas.

Aunque en ateneos distintos, tuve la suerte de tener como compañero de doctorado a Pablo Rapetti quien se convirtió en el único amigo de la infancia al que he conocido en la vida adulta. A él debo mucho de cuanto se dice en este texto en virtud de incontables discusiones y lecturas a lo largo de estos años.

Miguel Fernández Núñez, con generosidad infinita dedicó muchísimo tiempo a la lectura del último borrador de este trabajo. El manuscrito se ha visto enormemente favorecido gracias a sus comentarios y correcciones.

Reservo el último agradecimiento expreso para las personas sin las cuales esta o cualquier otra empresa me hubieran sido imposibles: a mis padres, Walter y Alejandra; a mis hermanos, Popi, Lara, Agos y Luca, con quienes será siempre así, *quedándote o yéndote*; a los de siempre: Jorge Esliman, Juan Pablo Díaz, José María Scasso y Juan Vázquez; y, muy especialmente, a Fede.

INTRODUCCIÓN

UN PUNTO DE PARTIDA

Como punto de partida se asumirá a lo largo de todo este escrito la siguiente tesis metateórica prescriptiva:

Tesis del Positivismo Jurídico Normativista (TPJN): una genuina ciencia del derecho ha de dar cuenta de (*i. e.* informar sobre) lo que jurídicamente se debe hacer, sin asumir un compromiso valorativo, moral, con respecto al contenido del derecho, es decir, neutralmente en relación con ese contenido.

Se trata de una tesis con carácter de directiva metodológica, de ahí su entidad prescriptiva, cuya susceptibilidad de satisfacción constituye la pregunta central de este trabajo¹.

A partir de esta asunción se intentará replantear la tesis —también metateórica— que Joseph RAZ formuló e hizo popular a partir de los años setenta persiguiendo, tras las huellas de KELSEN, esa «vía correcta». De acuerdo con RAZ, para informar sobre lo que jurídicamente se debe hacer (*i. e.* para realizar TPJN) ha de asumirse necesariamente, aunque de modo hipotético, el *punto de vista* de quienes usan las normas jurídicas para justificar, criticar y exigir la realización de ciertas acciones como jurídicamente debidas. Para él, este sería el único modo de evitar sucumbir ante las alternativas a que conduce la tensión

¹ Sobre el carácter prescriptivo de esta tesis véanse las consideraciones de SCARPELLI, 1971, en torno a la «metodología directiva» en general. En lo relativo a la ciencia jurídica véanse especialmente BOBBIO, 2011 [1967], y GUASTINI, 2017: 31, en relación con el texto precedente, y COMANDUCCI, 2016: cap. I, § 3. Son significativas en este punto las palabras de NINO, 1993a: 22: «Más que una teoría “pura” del derecho, la de Kelsen es una teoría para una ciencia jurídica “pura”; o sea, es una teoría que está al servicio de una descripción de sistemas jurídicos particulares, realizada con abstracción de consideraciones axiológicas, por un lado, y sociológicas, por el otro (abstracción que, en su doble alcance, otorga a la ciencia jurídica la “pureza” que Kelsen exige)».

mencionada al inicio: la del reduccionismo por un lado; la del abandono de la neutralidad, por otro. Llamaré a esta postulación raziana:

Tesis del punto de vista jurídico (TPVJ): solo se puede informar acerca de los deberes que el derecho establece asumiendo hipotéticamente el punto de vista práctico del participante.

Qué conlleve y cómo haya de configurarse el «punto de vista práctico del participante», qué signifique asumirlo «por hipótesis», son cuestiones que habrán de elucidarse con precisión oportunamente. Por el momento basta con partir de la constatación de que, de conformidad con la tesis mencionada, la ciencia jurídica ha de pronunciarse profiriendo un tipo peculiar de enunciados (*i. e.* ejecutando actos de habla de un tipo muy específico) que RAZ ha denominado «enunciados no comprometidos» (*detached legal statements*) y que según él se identifican con los que KELSEN denominaba «enunciados jurídicos»: los que informan sobre los deberes que el derecho atribuye². La peculiaridad estaría precisamente en el hecho de que se trata de enunciados proferidos asumiendo, aunque solo hipotéticamente, el punto de vista del participante de la práctica.

Para RAZ, el manto de dudas que oscurece la plausibilidad de una ciencia acorde a TPJN proviene en gran medida de ciertas categorías metateóricas tipificadas por H. L. A. HART y ampliamente difundidas en la cultura iusfilosófica. HART consideraba, en efecto, que el discurso jurídico se agota con dos tipos enunciados. Por una parte, los enunciados internos, *i. e.* los proferidos expresando la *aceptación* de los criterios de reconocimiento y validez del ordenamiento jurídico de que se trate. Por la otra, los enunciados externos, *i. e.* los proferidos por los observadores que no expresan dicha aceptación. Para RAZ, los enunciados de la ciencia jurídica no son reconducibles ni a los unos ni a los otros. Su gran objeción apunta en este aspecto a que la clásica bipartición metateórica hartiana del discurso jurídico en enunciados internos y externos no logra captar la herramienta lingüística paradigmática que haría (y hace) posible una ciencia jurídica como la que el positivismo normativista defiende.

Sin embargo, RAZ piensa que una ciencia jurídica tal existe ya. De modo que la filosofía del derecho, como discurso referente al de la ciencia jurídica³, solo debe sacar a la luz esa herramienta teórica irrenunciable que no tiene

² En RAZ, 1982, *detached legal statement* fue traducido como «enunciado imparcial». Utilizaré aquí la etiqueta «enunciado no comprometido» que, creo, se ha tornado más usual en el ámbito hispanoparlante.

³ A los fines de este trabajo puede estipularse desde ahora que la ciencia jurídica está constituida por un discurso de segundo orden, referente al derecho entendido como discurso de primer orden: «La ciencia jurídica es un conjunto no ya de normas, sino de proposiciones (concernientes al derecho), susceptibles, como tales, de ser verdaderas o falsas» (GUASTINI, 2011a: 216). Véanse también, BULYGIN, 1991 [1981]; BOBBIO, 2011 [1950], y BOBBIO, 2011 [1967]. La filosofía del derecho (o teoría general del derecho) sería, en este orden de ideas, un meta-metadiscurso (*i. e.* un discurso metacientífico o metateórico que refiere a la ciencia o teoría dogmática del derecho), un discurso de tercer orden. Estas categorías habrán de ser esclarecidas oportunamente. Pero ha de tenerse presente desde ya que aun cuando

espacio en el esquema conceptual hartiano. Es imperioso dar su lugar a ese tercer tipo de enunciados —pretendidamente distintos de los internos y de los externos— con los que los juristas, de hecho, cuentan ya: los enunciados no comprometidos.

Las razones por las que RAZ sostiene semejante tesis, sutilmente diferentes a las que movilizaban a KELSEN, serán oportunamente desarrolladas. Pero antes de ello es necesario establecer algunos cimientos. Así, en el capítulo primero se presentarán en modo sintético algunos conceptos básicos y ciertas discusiones concernientes a lo que en la filosofía del lenguaje se conoce como «teoría de los actos de habla». Se pondrá de manifiesto su relevancia para el análisis de la práctica jurídica y del discurso que procura de distintos modos describirla. En segundo término, aunque en esa orientación, se subrayarán algunos criterios de distinción que serán fundamentales para el análisis subsecuente. En especial, luego de fijar pautas generales de delimitación para dos grandes grupos de actos de habla, se trazará la distinción entre el discurso de los participantes y el discurso de los observadores enfatizando la bipartición hartiana del discurso jurídico en interno y externo. Se introducirá luego con mayor precisión la ya mencionada tesis de metateoría prescriptiva según la cual el discurso de la ciencia jurídica ha de dar cuenta de modo neutral de lo que jurídicamente se debe hacer (TPJN). Esta presentación se llevará a cabo enfatizando la consecuente dependencia, *i. e.* el carácter parasitario, del discurso de la ciencia jurídica con respecto al de quienes usan las normas jurídicas como criterios justificativos de la realización, exigencia de realización o crítica frente a la ejecución de ciertas acciones.

El capítulo segundo presenta dos de los inconvenientes más importantes que la TPJN ha de enfrentar, en gran medida producto de la mencionada dependencia del discurso teórico con respecto al de los participantes. Esos problemas serán puestos de manifiesto bajo la etiqueta deliberadamente vaga de «las amenazas de la normatividad». Ello comprenderá la reconstrucción breve, solo con vistas al objetivo central de este trabajo, de las siguientes discusiones: i) la concerniente a la pretendida necesidad de que la ciencia jurídica conciba el derecho como fuente de razones para la acción dando cuenta de ello por medio de una explicación adecuada (§ 6), y ii) la relativa a los desacuerdos entre participantes sobre los criterios últimos de reconocimiento y validez de las normas jurídicas. Se explicitará el modo en que ambas amenazas acechan a la posibilidad misma de una descripción del derecho en los términos de TPJN, esto es, informando sobre lo jurídicamente debido.

En el capítulo tercero, se reconstruirá la aludida tesis del punto de vista jurídico, *i. e.* la tesis según la cual para informar acerca de lo jurídicamente

las tesis filosóficas, como la puesta bajo consideración, puedan tener incidencia en *cómo* describir el derecho, ellas no cambian su contenido normativo. Así GUASTINI, 2013f.

debido ha de asumirse hipotéticamente el punto de vista de los participantes (TPVJ) en su versión original, tal como RAZ la ha planteado. Ello nos conducirá a profundizar la noción de ENUNCIADO NO COMPROMETIDO, la presunta solución que RAZ ofrece para ese problema. Sobre esta base, se aludirá a algunas de las objeciones dirigidas tanto a la categoría de ENUNCIADO NO COMPROMETIDO como remedio frente al inconveniente, cuanto al planteamiento mismo de la cuestión en tanto generadora de la necesidad de ese remedio. En este último sentido, se trata de objeciones que pretenden erradicar la cuestión misma como una verdaderamente problemática para la teoría del derecho. Se mostrará que muchas de esas objeciones solo se sostienen sobre la base de la asunción de presupuestos metaéticos distintos de los que RAZ toma como punto de partida, sin dirigirse directamente a socavarlos. Ello debilita, si no anula sin más, su fuerza objetora. Pero sea como fuere, este análisis resultará decisivo a fin de evidenciar que el problema mismo que RAZ postula es producto de sus propias asunciones metaéticas. De entre esas asunciones habrán de destacarse su concepción externalista de las razones para la acción, de conformidad con la cual estas últimas son hechos, y la suscripción de la tesis de la unidad del razonamiento práctico, de conformidad con la cual toda justificación práctica culmina necesariamente en un compromiso moral. Partiendo de estos presupuestos se llega a la conclusión de que todo enunciado de deber sinceramente pronunciado conlleva (la creencia en la existencia de) razones morales. De ahí que RAZ sostenga que para proferir enunciados deónticos sin comprometerse moralmente es indispensable asumir de modo hipotético el punto de vista de los moralmente comprometidos con ciertas razones morales.

Esto nos conducirá, en el capítulo cuarto, al análisis de los enunciados internos. Se formulan allí algunas precisiones sobre el problema de los enunciados deónticos enfocados en esa específica variante. Esto es, como enunciados deónticos cuya preferencia acarrea la expresión de *aceptación* de ciertos parámetros normativos por parte del hablante. En especial, se hará referencia a los enunciados proferidos por quienes usan las normas jurídicas como parámetros justificativos de conductas, exigencias o críticas dentro de una comunidad. Se sugerirá que, en contraste con la visión raziana, es posible concebir una metaética —más bien, una concepción del lenguaje *normativo*— a partir de la cual el discurso interno no haya de reducirse necesariamente a ese uso justificativo ni implique los compromisos morales que RAZ invoca. Esto permitiría rechazar no solo los presupuestos sino también las conclusiones razianas a este respecto. Se traerán a colación algunas elaboraciones que efectivamente se dirigen a socavar las bases de la metaética raziana y que, de ser exitosas, devolverían incluso su fortaleza a las críticas a que se aludió precedentemente. De este modo, el de la necesidad de asunción hipotética del punto de vista jurídico, entendido como el de los moralmente comprometidos, sería un falso problema para el teórico que suscriba la TPJN. Por consi-