



Título:
Después de una noche de lluvia en río Ozama
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensión: 30 x 40

REDUCCIÓN TEÓRICA EN LA CIENCIA JURÍDICA: NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVA Y EMPÍRICA DE ESTUDIO DEL DERECHO*

* Conicet. Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba. Este trabajo es el resultado de un trabajo de investigación sobre epistemología jurídica que he efectuado con apoyo del Conicet, Argentina.

Fecha de recepción: febrero 21 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 13 de 2011

**REDUCCIÓN TEÓRICA EN LA CIENCIA JURÍDICA:
NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVA Y EMPÍRICA
DE ESTUDIO DEL DERECHO**

*Guillermo Lariguet***

RESUMEN

En este trabajo intento mostrar cómo opera la idea de reducción teórica en la llamada ciencia jurídica. Discuto la operación de las estrategias normativa y empírica de estudio del Derecho.

Palabras clave: Reducción teórica, análisis conceptual, estrategia normativista, estrategia empirista.

**THEORY-REDUCTION IN LEGAL SCIENCE: SOME NOTES ABOUT
NORMATIVE AND EMPIRICAL STRATEGIES OF STUDY OF LAW**

ABSTRACT

In this paper I attempt to show the operation of theory-reduction in so called legal science. In addition I discuss the operation of normative and empirical strategies of study of Law.

Key words: Theory Reduction, conceptual analysis, normative strategie, empirical strategy.

** Investigador adjunto del Conicet (Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Nación) y del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) glariguet@yahoo.com

REDUCCIÓN TEÓRICA EN LA CIENCIA JURÍDICA: NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVA Y EMPÍRICA DE ESTUDIO DEL DERECHO

“Esta es la posición relativa de las dos tendencias principales de la filosofía del derecho, el idealismo metafísico y el realismo científico. La batalla final entre ellas no puede ser librada dentro del dominio de la filosofía jurídica, sino que tiene que serlo en el campo de la filosofía general. La controversia entre el idealismo y el realismo en la filosofía del derecho se disuelve necesariamente en problemas fundamentales de epistemología”.

Ross. Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Traducción: Genaro Carrió, Eudeba, Bs.As.,1994, p. 67.

Introducción

La reducción teórica o conceptual es una operación epistemológica ampliamente extendida. Esto se puede constatar en los más diversos campos de las ciencias; particularmente, en el campo de las ciencias de la naturaleza donde sus éxitos son claramente comprobados.

Tal es su pregnancia en el campo de la ciencia en general que, algunos, han llegado a pensar que ‘reducción’ y ‘científico’ son términos interdependientes. Esta fuerte interdependencia trazada entre ambos términos parece asentarse en el reconocimiento de que una de las principales funciones de la ciencia es la de buscar explicaciones (a través de conjeturas) de los fenómenos que capturan su interés.

Precisamente, la reducción, puede ser definida, en principio, como una operación mediante la cual, una teoría t_1 o su aparato conceptual pasan a formar parte –como derivación lógica- de una teoría t_2 ; es decir, t_1 pasa a ser explicada por t_2 .¹

1 Nickles, Thomas: “Two concepts of intertheoretic reduction”, *The Journal of Philosophy*, Vol. LXX, N° 7, 1973, p. 181. Aquí, el autor discute que no todas las reducciones interteóricas implican una explicación deductiva de una teoría t_1 por su sucesora t_2 .

Es claro, que las cosas son más complicadas. Las complicaciones surgen por la necesidad –ulterior- de determinar el tipo de teorías que se procura reducir, el ‘status epistemológico’ que la t1 pasa a ocupar de resultar efectiva la operación de reducción (or), qué partes de ella son afectadas, la relevancia epistémica de estas partes en la descripción, explicación y eventual predicción de fenómenos, etc. A este respecto, la pregunta que puede formularse el científico es acerca de si t1 ha sido eliminada completamente por t2 o ha sido ‘absorbida’ en gran medida quedando como un caso especial o ‘límite’ de aquella.²

La definición preliminar que se expresó arriba, requiere pues, de un esfuerzo tendiente a caracterizar la ‘naturaleza’ de la or de que se trate.

Es aceptado que, respecto de la expresión ‘operación de reducción’, permean diversas ‘conceptualizaciones’ y diversas ‘concepciones’. Desde las ‘conceptualizaciones’ se pretende establecer qué significa reducir una teoría a otra. Dicho de manera más simple: lo que se pretende es conceptualizar qué ‘aspectos’ de una teoría son reducidos por otra y qué carácter e implicaciones lógicas entraña la reducción. ¿Reducir significa ‘eliminar’ o ‘reformular’³ conceptos o términos y sus contrapartidas fácticas? ¿Qué ocurre con las entidades de la teoría reducida? ¿Se alteró la referencia?

Las ‘concepciones’, por su parte, parecen involucrar algo más que detalles ‘técnicos’ de la or. Parecen registrar una visión ‘filosófica’ del asunto. Éstas se preocupan por discutir los aspectos axiológicos, ontológicos y morales que subyacen a una or. Suelen emplearse como un bloqueo a estrategias reduccionistas ‘inaceptables’. En el caso de las ‘conceptualizaciones’, las “razones” suelen centrarse en las imposibilidades científicas de emprender una or. En el caso de las ‘concepciones’, la ‘inaceptabilidad’ parece ser de índole axiológica o moral. Por ejemplo: reducir la ‘intencionalidad’ como fenómeno mental a meras transmisiones neuronales desdibujaría aquello que permite distinguir el mundo espiritual del mundo empírico⁴.

Admito que lo que he llamado ‘conceptualizaciones’ y ‘concepciones’ son perspectivas que se solapan en forma inextricable en la práctica efectiva de la ciencia. En ella, ni las conceptualizaciones son absolutamente ‘neutrales’ ni las concepciones

2 Nickles, Thomas: op.cit, p 183.

3 Sobre los distintos significados de la palabra ‘reducción’ usados por los filósofos de la ciencia, ver: Nickles, Thomas: op.cit, p. 184.

4 Midgley, Mary. “Megalomanía reduccionista: En: P.W. Atkins, John D Barrow, et al, *La imaginación de la naturaleza*, edición a cargo de John Cornwell, traducción y presentación a cargo de Jorge Estrella, Editorial Universitaria, Chile, 1997, p. 195.

se dedican pura y exclusivamente a discutir la aceptabilidad o inaceptabilidad valorativa o moral de los proyectos o estrategias reduccionistas.

Con esta distinción entre conceptualizaciones y concepciones busco una herramienta que permita separar lógicamente –en el pensamiento– los aspectos ‘conceptuales’ y los aspectos ‘morales o valorativos’ que forman parte de una or.⁵

Una de las ventajas de esta herramienta radica en que no prejuzga acerca de si la discusión acerca de la aceptabilidad o inaceptabilidad de una or es planteada en forma racional o sólo en forma emotiva.

No son pocas las reacciones ‘emotivas’ que ha suscitado y puede suscitar una or. Una posible explicación del origen de éstas, pueda encontrarse, tal vez, en la falta de distinción entre dos estrategias divergentes: ‘reducción’ y ‘reduccionismo’.

En efecto, a pesar de los diversos criterios propuestos para su distinción⁶, aún, no ha sido posible acrisolar una distinción clara en todos los casos. El hecho de que las estrategias de reducción estén incardinadas en el lenguaje, no puede evitar los problemas de ambigüedad y vaguedad. Los criterios fijan el significado y alcance de los casos ‘claros’ de aplicación de las palabras reducción y reduccionismo pero no evitan los potenciales casos de ‘penumbra’⁷; esto es, aquellos en que no sabemos cuando una reducción es reduccionismo o cuando un reduccionismo es reducción. Al lenguaje, se añade la situación cultural, científica y tecnológica e histórica que contextualice una propuesta de reducción. Lo que puede haber nacido como reduccionismo, luego se materializó en un concreto y exitoso programa de reducción explicativa.

Pero más allá de estas disquisiciones, lo que importa destacar es el carácter de ‘herramienta’ de análisis que la reducción teórica puede ofrecer a efectos de examinar la naturaleza, fundamentos, propósitos, éxitos e implicaciones lógicas que las estrategias teóricas de explicación o interpretación de fenómenos tienen en un *dominio específico de la ciencia*.

5 Sobre si la or es una operación austera respecto de aspectos valorativos o morales, ver Midgley, Mary: op.cit, pp. 184-195.

6 La reconstrucción de uno de estos criterios propuestos indica dos notas en la caracterización del ‘reduccionismo’ como opuesto a ‘reducción’, a saber: la existencia de una “pretensión” de haber efectuado una reducción que, en rigor, no ha sido hecha y la existencia de una “ideología” no controlable por procedimientos lógicos y empíricos. Cfr. Estrella, Jorge, *Presentación*, en P.W. Atkins, John D Barrow, et.al: op.cit., Tal vez por esto Weinberg sostiene que el ‘reduccionismo’ no es una guía para programas de investigación racional. Weinberg, S: *El sueño de una teoría final*, Grijalbo, Barcelona, 1995, p. 50.

7 La distinción entre “casos claros” y “casos de penumbra” la tomo de Hart, H.L. A: *El concepto de derecho*, Traducida por Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As, 1992.

En este sentido, parece más fructífero hacer un ejercicio de *epistemología aplicada* a un dominio particular. En mi caso, al dominio de la llamada ciencia o “dogmática jurídica” o, más específicamente, al dominio de la discusión ‘metateórica’⁸ sobre el status epistemológico de ella.

En efecto, detrás de muchas de las estrategias conceptuales urdidas por las teorías generales del derecho para caracterizar metateóricamente la actividad teórica de la dogmática jurídica puede detectarse la existencia de múltiples operaciones de reducción.

Los niveles y formas de estas operaciones son variados: Reducción de una teoría jurídica o un conjunto de ellas a otra más abarcadora (reducciones interteóricas); reducción de una disciplina o un conjunto de ellas a otra mayor (reducción interdisciplinaria); reducción de conceptos jurídicos aparentemente divergentes a unos pocos conceptos fundamentales⁹ (reducción conceptual), etc.

El arsenal de procedimientos de que se han valido los teóricos generales del derecho para llevar a cabo las operaciones reductivas –enunciadas en el párrafo anterior– son también variados. Análisis, postulación de teorías o modelos reconstructivos, estipulación de significados, redefinición de términos, etc.¹⁰

Sin embargo, tras la aparente variedad, un denominador común las enlaza; al menos, en algunos modelos metateóricos de reconstrucción de la ciencia jurídica. Me refiero concretamente análisis conceptual.

Podría pensarse que el ‘análisis conceptual’ tiene –al igual que la medición en física– la función de “desenredamiento” de lo complejo¹¹. Es verdad, que no existe una claridad definitiva en la conceptualización de qué significa el análisis conceptual

8 Por ámbito de discusión metateórica sobre la ciencia jurídica me refiero al ámbito delimitado por las teorías generales del derecho que se ocupan de esta.

9 Por ejemplo, lo que hace Hohfeld con respecto a las nociones de ‘derecho subjetivo’ y ‘deber jurídico’. Hohfeld, N. W: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción: Genaro Carrió, Fontamara, México, 1997.

10 Con respecto a la reducción metateórica de los conceptos jurídicos empleados por los dogmáticos del derecho, pueden visualizarse dos estrategias reduccionistas, una fuerte y la otra moderada. La ‘fuerte’ opera una verdadera “redefinición” de los conceptos vigentes en una práctica lingüística. El objetivo es lograr un aparato conceptual económico y coherente que se constituya de unas pocas nociones básicas. Para esto, es menester decidir qué conceptos tendrá un significado unívoco y cuáles serán excluidos de la representación científica del derecho. La estrategia ‘moderada’ se mantiene relativamente cerca de los usos vigentes; no hace uso de definiciones estipulativas. Más bien, reconstruye el núcleo de significado central de los usos vigentes, manteniendo aquellos conceptos que marcan distinciones útiles, más allá de la ambigüedad de su uso; para lo cual, recurre a “redefiniciones parciales”. Cfr. Carrió, Genaro: *Nota preliminar, Los conceptos jurídicos fundamentales*, op.cit, pp. 10-12.

11 Esta función de los procesos de medición es desarrollada por Penrose, Roger: “¿Debe ser reduccionista la física matemática?”, En: P.W. Atkins, John D Barrow, et al, op.cit, pp. 41-42.

como herramienta teórica. Algunos, como Strawson, admiten que el análisis puede servir tanto para *conectar* como para *reducir* conceptos implícitos en una práctica determinada.¹² No obstante, la apariencia de dicotomía, es claro que ambas operaciones no son independientes; ya que, ‘reducir’ una profusa cantidad de conceptos a unos pocos es resultado de la ‘conexión’ de sus significados centrales.

De lo que no queda duda, es que la ‘fertilidad’ del análisis reposa en su capacidad de *explicitación* de las teorías o conceptos ‘implícitos’ en los usos que de ellos hacen los científicos¹³; en este caso, los científicos del derecho. Es por esto, que el examen analítico es una suerte de ‘artesanía conceptual’, para parafrasear a von Wright, a partir de la cual, arrojamos luz sobre el ‘significado’ de nuestras actividades teóricas y la naturaleza genuina de nuestros problemas¹⁴. Esto no empece, a que el análisis sirva para ‘disolver’ pseudo problemas.

Como quiera que sea, los teóricos generales del derecho, han echado mano -sea por la vía del análisis o por otras vías- de la reducción teórica.

Así, por ejemplo, de igual modo a cómo el ‘flogisto’ *desapareció* para dar lugar al ‘oxígeno’¹⁵ -como entidad que explicaba la combustión de materiales- muchas teorías generales del derecho han intentado *eliminar* o, en su caso, *reformular* la existencia de determinadas entidades¹⁶. Entidades teóricas como las ‘normas jurídicas’ o las ‘proposiciones científicas’ que a ellas se refieren han pasado por el tamiz eliminador o reformulador de las diversas teorías generales del derecho que se han propugnado a lo largo de la historia de la filosofía del derecho.

Las estrategias metateóricas de caracterización y reducción conceptual de las normas y las proposiciones científicas, como unidades elementales del derecho y de la ciencia jurídica respectivamente, han sido numerosas y han apuntado a diferentes propósitos.

12 Cfr. Strawson, P.F: *Analysis and Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp.10-14; 17-28.

13 Cfr. Strawson, P. F: op. cit., p. 7; Guibourg, Ricardo: *Pensar en las normas*, Eudeba, Bs. As, 1999, pp. 171-172.

14 Cfr. Navarro, Pablo y Moreso, José. J: “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía* 5, México, 1996, pp. 121-122.

15 Para una enumeración de ejemplos y distintas posibilidades de reducción ontológica, puede consultarse: Churchland, Paul. M y Churchland, Patricia. S: “Reducción interteórica: un campo guía para neurocientíficos”, en P.W. Atkins, John D Barrow, et al, op.cit., pp. 101-102. Sobre qué se ganó y qué se sacrificó al reemplazar el ‘flogisto’ por el ‘oxígeno’: Kuhn, Thomas: “Objetividad, juicios de valor y elección de teoría”, en *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p.347.

16 Sobre la situación de las “entidades” afectadas por una or, puede verse: Gottlieb, Dale: “Ontological reduction”, *The Journal of Philosophy*, Vol. LXXIII, N° 3, 1976, p. 58.

Como es obvio, no me ocuparé de todas ellas; pues ello, excede las intenciones de este trabajo. Tampoco me ocuparé de los problemas internos a la discusión misma sobre la naturaleza conceptual, posibilidades, conveniencias o inconveniencias, éxitos o fracasos de la reducción científica. En rigor, me parece más provechoso *usar* la reducción teórica como una herramienta aplicada al análisis concreto de dos estrategias de reducción teórica en la ciencia jurídica.

Siendo así, en este trabajo me propongo mostrar y discutir algunos de los problemas epistemológicos que han enfrentado a dos estrategias metateóricas divergentes en lo que a conceptualización del derecho, la ciencia y sus unidades elementales se refiere.

Siguiendo con una conocida terminología filosófica, es usual referirse a estas estrategias como estrategia “normativista” y estrategia “empírica”, respectivamente. Detrás de ellas, han aparecido distintas formulaciones, cuya diversidad en matices es manifiesta.

Las estrategias empíricas –con los admitidos matices diferenciales- han tratado de reducir las normas a entidades fácticas observables y a las proposiciones de la ciencia jurídica como aserciones de naturaleza fáctica descriptivas o predictivas de estas entidades.

Las estrategias normativistas, por su parte, han tratado, con todos los medios argumentales a su alcance, de bloquear el paso a estas reducciones.

Como puede verse, detrás de estas estrategias de reducción y estrategias de anti-reducción de las unidades elementales del derecho y la ciencia jurídica subyacen cuestiones de diversa índole de abstracción. Cuestiones que van desde los presupuestos filosóficos que sostienen las estrategias en pugna hasta cuestiones tales como: el tipo de ciencia que se postula, estructura lógica de las proposiciones científicas, condiciones necesarias y suficientes de “existencia del derecho”, fundamentos veritativos de estas proposiciones, etc.

Ello para no hablar de problemas teóricos concretos tales como el de conflicto de normas de distinto grado de jerarquía, naturaleza del poder constituyente originario, relaciones entre la validez y la eficacia de un sistema jurídico, concepto de obligación, relaciones entre el derecho y la moral etc.

Este trabajo no intenta situar ningún planteo novedoso o sorprendente. Se trata, más bien, de un ajuste de cuentas con algunas lecturas y preguntas que me han surgido al estudiar estas estrategias.

Dicho de modo más llano: se trata de explicitar y discutir cuestiones que son consecuencia de asumir una u otra estrategia en el análisis del derecho y de la estructura de la ciencia encargada de investigarlo.

Hechas las aclaraciones del caso, este trabajo se estructurará de la siguiente forma: en la sección 1 presentaré -en forma de tesis- las principales propuestas de la estrategia normativista con relación a los conceptos de normas, proposiciones científicas y naturaleza y funciones de la ciencia jurídica; lo mismo haré en la sección 2 con la estrategia empirista; en la sección 3 propondré una serie de discusiones hipotéticas entre los contendores de ambas estrategias alrededor de sus tesis y de algunas cuestiones implícitas en ellas que especificaré oportunamente y, en la sección 4, presentaré las consideraciones finales.

1. Las principales tesis de la estrategia normativista

1.1 El concepto de norma

- Las normas son la expresión del ‘sentido objetivo’ de ciertos actos.
- No todo el ‘sentido subjetivo’ de un acto se convierte en su sentido objetivo.
- Las normas en sentido objetivo muestran el carácter específicamente jurídico del derecho.
- El sentido objetivo de las normas es su validez, esto es, su fuerza obligatoria.
- Precisamente, el sentido objetivo de las normas como fuerza obligatoria permite distinguir el mundo de la facticidad del mundo de las normas; en otras palabras, el sentido objetivo permite distinguir las normas de una banda de asaltantes de las normas de un Estado de Derecho.
- La ‘validez’ o ‘fuerza obligatoria’ de las normas o de un sistema de normas debe distinguirse de la eficacia de normas individuales o de un sistema de normas.
- El sentido objetivo ‘reconstruido’ o ‘descripto’ por la ciencia jurídica se remonta a una última norma: una *norma hipotética* que es una condición del pensamiento que permite discernir entre la ‘legalidad natural’ que vincula hechos del mundo fáctico y la ‘legalidad específicamente jurídica’ que vincula ‘hechos’ del mundo normativo.
- Entre las normas no hay relaciones lógicas de implicación o contradicción; no son verdaderas ni falsas; sólo, son válidas o inválidas, eficaces o no eficaces.

1.2 La estructura lógica de las proposiciones de derecho

- Las proposiciones de la ciencia jurídica son proposiciones del deber ser y no del ser; es decir, son proposiciones que se refieren a un deber que vincula a las

conductas como condiciones a las sanciones como consecuencias: se refieren a que un juez condenará a Pedro si éste mató a Juan o, mejor, que un juez *deberá* condenar a Pedro si éste efectivamente mató a Juan; que un funcionario cobrará el impuesto a las ganancias si el legislador x lo ha establecido o, mejor, que un funcionario *deberá* cobrar el impuesto a las ganancias si el legislador x ha ordenado que se debe desplegar tal conducta.

- Las proposiciones *describen* normas y no hechos; son, por lo tanto, proposiciones neutrales ya que describen avalorativamente las valoraciones que el legislador ha efectuado.
- Las únicas proposiciones genuinamente científicas son aquellas de tipo cognoscitivo o constataivo y no prescriptivo.
- Por su estructura lógica, cabe predicar relaciones lógicas entre ellas y asignarles valores de verdad o falsedad.

1.3 La naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones

- La ciencia jurídica es una *ciencia normativa* en el sentido específico de su objeto y método: su objeto son las normas y no los hechos; su método no es el de ‘causalidad’ propio del mundo fáctico sino el de ‘imputación’ propio del mundo normativo.
- La ciencia jurídica debe ser descriptiva, es decir, debe ser una empresa cognoscitiva claramente discernible de los juicios de valor, de las propuestas normativas o políticas o ideológicas.
- Las normas en sentido objetivo son el producto de la reconstrucción teórico-cognoscitiva de la ciencia jurídica.
- Esto es posible gracias a que los científicos del derecho *presuponen* en forma *hipotética* la validez de las normas con recurso a una norma hipotética (grundnorm) que sirve como hipótesis de trabajo epistemológico.
- Esta hipótesis de trabajo epistemológico es una suerte de ‘condición lógico-transcendental’ que posibilita ver al *material empírico* del derecho –resultado de ‘hechos’, por ejemplo, del legislador, como un *material normativo* y no como un material fáctico bruto.
- En suma, la ciencia jurídica tiene como función, en sentido ‘fuerte’ la ‘reconstrucción teórica’ del material empírico-jurídico y, en sentido ‘débil’ la sola descripción de un sistema de normas ‘válidas’ en cierto tiempo y cierto territorio.

2. Las principales tesis de la estrategia empirista

2.1. El concepto de norma

- Las normas son una clase especial de hechos: órdenes y aceptaciones de estas; a lo sumo, pueden ser vistas como un ‘esquema de interpretación’ de esa sub-clase de hechos sociales.
- Las normas establecen deberes, facultades, obligaciones o autorizaciones con respecto a determinadas conductas.
- No hay nada fuera de estos deberes; no hay nada fuera de lo que el derecho mismo establece.
- Es por esto, que carece de ‘significado’ la idea de un ‘sentido objetivo’ para explicar la ‘normatividad del derecho’.
- Dicho de otra manera: la ‘obligación’ de obedecer al derecho no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por el derecho mismo.
- Razón por la cual, la idea de una validez ‘apriorística’ o ‘fuerza de obligatoria’ del derecho es fugarse del sistema jurídico mismo; ya que, esta idea de validez no es otra cosa que un refuerzo ‘moral’ de la obligación de obedecer al derecho.
- Conforme con esto, las normas no son más que entidades fácticas, toda vez, que son el resultado de una clase especial de hechos sociales observables
- Si la validez como fuerza obligatoria es un resabio metafísico sin sentido lo único que queda es la idea de normas ‘eficaces’.
- La ‘validez’ del derecho no es un deber ser metafísico es un ‘hecho de la realidad’, un hecho psíquico o la racionalización de un hecho psíquico.
- Los hechos psíquicos que permiten la adecuación de las conductas con respecto al derecho de sus destinatarios, están constituidos por dos clases de ‘impulsos’ distintos: un impulso ‘interesado’ consistente en cumplir con lo preceptuado por las normas por ‘temor’ a la sanción y un impulso ‘desinteresado’ consistente en el cumplimiento de las normas con base en la ‘creencia’ en la competencia formal de las “autoridades oficiales” para compeler a la realización u omisión de conductas en algún sentido.

2.2 La estructura lógica de las proposiciones de derecho

- Las proposiciones de la ciencia jurídica son proposiciones del ‘ser’ y no de un ‘deber ser’; son, en efecto, proposiciones ‘fácticas’ pues se refieren a la ‘existencia fáctica’ de las normas vistas como fenómenos empíricos.
- Si esto es así, las proposiciones científico-jurídicas se refieren a la ocurrencia de ciertos hechos sociales, tales como, la aplicación o, mejor dicho, la *disposición* de los jueces a usar en sus sentencias las normas pertinentes a un cierto caso.
- Las proposiciones de la ciencia jurídica son *predictivas* de lo que los jueces harán en un determinado caso.
- Las proposiciones genuinamente científicas constituyen ‘aserciones’ acerca de la existencia de un hecho particular.
- Motivo por el cual, a diferencia de las normas que son ‘alógicas’ tienen una ‘estructura lógica’.
- Esta estructura contiene juicios de ‘probabilidad’ sobre la disposición de los jueces a usar las normas de que se trate en sus decisiones.
- Y, dada su estructura lógica es posible ‘verificar’ la ‘verdad’ de ellas con cierto ‘grado de certeza’.

2.3 La naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones

- La ciencia jurídica es una *ciencia sociológica* o, si se admite, una ciencia *psico-sociológica* en el sentido específico de su objeto y método: su objeto lo configuran la existencia de ciertos hechos que constituyen los criterios de identificación de ‘normas’ tales como los hechos de promulgación y derogación de normas por el legislador, los hechos de la aplicación de las normas primarias y secundarias por parte de los jueces en sus sentencias, etc.; su método no difiere del modelo ‘explicativo’ de las *ciencias empíricas*.
- En rigor, las proposiciones de la ciencia jurídica tienen como fundamental cometido la descripción del derecho *vigente*.
- El concepto de derecho ‘vigente’ puede ser reconstruido en el sentido de que los juicios o proposiciones asertivas de esta ciencia son *predictivos* propiamente de la conducta de los jueces; más específicamente, de cierta ‘disposición’ de su conducta a usar las normas como criterios de decisión en sus sentencias.

- Asertar que “D es derecho vigente” significa que “D es usado o aplicado por los jueces en sus sentencias.
- Si bien estos juicios predictivos son distintos lógicamente de los juicios políticos o ideológicos acerca del derecho, es forzoso reconocer que, muchas veces, ambos se confunden entre sí ya que, estas ‘predicciones’, pueden tener influencia en la adopción de decisiones políticas.

3 Las discusiones

Ante todo, es menester admitir, que las tesis que he presentado arriba son una simplificación –tal vez, excesiva- de las estrategias en cuestión y no representan la gama, intensamente variada, de posiciones normativistas y empiristas, respectivamente.

Como puede resultar patente a esta altura, con las tesis de la estrategia normativista he pretendido dar cuenta de algunas de las principales ideas de Hans Kelsen y, con las tesis de la estrategia empirista, dar cuenta de algunas de las principales ideas de Alf Ross. Mucho me temo, que también sus propias posiciones hayan corrido la suerte que he debido admitir en el párrafo anterior.

Mi respuesta para explicar esta ‘simplificación’ consta de tres pasos, a saber:

- Todo modelo de reconstrucción teórica opera por ‘abstracción’ y no por ‘idealización’. Esto significa que, toda reconstrucción teórica, por oposición al proceso de idealización que es ‘agregativo’, supone la selección de algunos datos y, por consiguiente, la eliminación de otros. Esto es así, porque la reconstrucción como modelo abstracto es un recurso que permite tratar en una forma simplificada y económica la “complejidad” de los datos a examinar. Esto exige que ciertos datos –aquí, las ‘tesis’- no sean considerados en la reconstrucción. En el modelo reconstructivo se discuten unas pocas tesis. Si esto es así, se pierde en generalidad pero se gana en profundidad.
- En efecto, las tesis involucradas en estas estrategias son numerosas y, a veces, incompatibles entre sí. Así, por ejemplo, las tesis de Kelsen pueden ser interpretadas de acuerdo con los presupuestos metodológicos y epistemológicos del neokantismo o, por el contrario, con los presupuestos del positivismo empirista¹⁷. Ross, por su parte, propugna un modelo empírico del derecho y la ciencia jurídica extremadamente complejo y su obra, internamente, en ocasiones, propugna tesis que riñen

17 Bulygin, Eugenio: “Kant y la filosofía del derecho contemporánea”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 371-382; Bulygin, Eugenio: “Validez y positivismo”, op.cit., p. 500 y ss.

entre sí¹⁸. Cada una de estas tesis, a su vez, genera innúmeros problemas teóricos directa e indirectamente vinculados con ellas. Esto, sin olvidarnos que, desde la perspectiva concreta de las ‘estrategias’ hay muchas más posiciones –ciertamente diferentes- a las que mantienen Kelsen o Ross. Otros autores pueden reclamar para sí una ‘estrategia normativista’ o una ‘estrategia empirista’ en el enfoque del derecho y la ciencia jurídica y no consentir que se los compare con Kelsen o Ross. Entre los primeros, se me ocurre, pueden reclamar el título de ‘normativistas’ autores como Ronald Dworkin o Jürgen Habermas; los cuales, enfatizarán en las diferencias que los separan de Kelsen o Ross y las diferencias que los separan a ellos mismos. Entre los segundos, pueden reclamar el título de ‘empiristas’ autores como Austin, Hart, Lewellin, Holmes, etc. Ellos pueden alegar, a su vez, diferencias con Kelsen y Ross y, claro está, diferencias entre ellos.

- Lo anterior, no empece a que –cuando me parezca pertinente- tenga en cuenta otras tesis que las contempladas en los subítems de 1 y 2. Y, por supuesto, tampoco empece a que asuma la importancia que tenga dar cuenta de las posiciones de otros autores sobre los temas de discusión a efectos de enriquecer su tratamiento.

He reconocido ya, que las tesis presentadas aquí, son una ‘compresión’ o reducción de algunas tesis que, con respecto a las normas, las proposiciones científicas y la ciencia jurídica han formulado Hans Kelsen y Alf Ross. En esta parte, reformularé dichas tesis de manera tal de cubrir distintas posibilidades argumentales en la discusión sobre las cuestiones señaladas en la introducción. Trataré, para ello, de extraer en los argumentos lo mejor de cada una de las posiciones y en los contraargumentos sus flancos débiles. La representación que haré de las posiciones de cada estrategia será la siguiente: A la estrategia *normativista* la denominaré ‘N’ y a la estrategia *empirista* ‘E’.

- En lo que sigue, iniciaré la discusión sobre los conceptos de norma, proposición científica y naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones que, desde luego, son aspectos interrelacionados.

3.1. El concepto de norma

N: El concepto de norma no puede reducirse ontológica y conceptualmente a la clase de simples hechos sociales. Esto eliminaría a la norma como ‘entidad’ diferenciable de los hechos y quitaría fisonomía a la ‘ciencia’ que intenta conocerla. Si esta reducción se admitiera, los contornos que delimitan el campo de lo ‘jurídico’

18 Al menos, esto es lo que quiere mostrar Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, pp. 422-455.

respecto del campo de los ‘hechos’ se desdibujaría. Mucho esfuerzo le ha llevado a la teoría general del derecho hallar el ‘objeto’ que le es propio a la ciencia jurídica. Para ello, fue necesario liberarla, entre otras cosas, del objeto y método de la ‘sociología’¹⁹. La sociología se ocupa de hechos, de conductas humanas, de los efectos del derecho en ellas; más, la ciencia jurídica, la dogmática jurídica se ocupa de normas. La ciencia jurídica no es o no debe definirse como sociología²⁰. Esta ocupación tiene su propia ‘legalidad’. Dicha legalidad no se reduce a la legalidad del mundo natural. Si pretendemos construir una ciencia acerca de normas, debemos discernir entre ‘causalidad’ e ‘imputación’²¹. La imputación es el instrumento que permite definir con claridad el concepto de norma jurídica. Las normas son las unidades elementales del derecho. El derecho es un orden de la conducta humana, un sistema de normas. Las normas son el sentido objetivo que se confiere a ciertos actos de voluntad, cuyo sentido subjetivo, es decir, el sentido que los propios sujetos intervinientes otorgan a sus actos, consiste en que otros individuos ‘deben conducirse’ de una manera determinada. Por tanto, la ciencia jurídica no se ocupa de conductas directamente; su referencia son las normas. Este sentido objetivo tiene que ser diferenciado estrictamente del acto, el que comprende el sentido subjetivo en tanto que fenómeno psicológico, como fenómeno ‘natural’ y, por ende, empíricamente ‘verificable’²². Este sentido objetivo constituye una ‘realidad específica’ que, como tal, difiere de los sucesos empíricos de los que se ocupa la sociología.

E: El derecho y las normas pueden y deben ser definidas en términos “puramente fácticos” sin apelar a propiedades morales o valorativas²³. Hay que distinguir tajantemente lo que es de lo que debe ser. Y, para ello, hay que distinguir la *existencia fáctica* de las normas y del derecho, de su *mérito o demérito moral*. Las normas no pueden separarse de cierta clase de hechos sociales; si se quiere, ‘hechos institucionales’ tales como su promulgación y derogación legislativa y su aplicación judicial. Las normas, si no quiere caerse en parloteo metafísico, deben reducirse a estos hechos. Las normas, en síntesis, no son más que estándares o ‘esquemas interpretativos de conductas’²⁴. La ciencia jurídica, a partir de estos esquemas, establece que hay ‘razones’ para predecir que, ‘probablemente’, ellos serán usados

19 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, Traducción de Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1995.

20 Kelsen, Hans: “*La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 212.

21 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, op.cit.

22 Caracciolo, Ricardo. A: “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. III, N° 2, 1977, p. 177.

23 Cfr. Nino, Carlos. S: *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, p.23.

24 Cfr. Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia.*, Traducida por: Genaro Carrió, Eudeba, Bs. As., 1994, p. 18.

por los jueces en la justificación de sus sentencias. Esta ‘probabilidad’, es la que determina el ‘rango’ conceptual de las normas. Este rango conceptual consiste en la ‘vigencia’ de estas que es reducible a actitudes o conductas disposicionales; a saber, la *disposición* de los jueces si se dieran ciertas condiciones a aplicar las normas de que se trate²⁵. Si esto es así, hablar de ‘sentido objetivo’ de las normas, de las normas como entidades ideales o platónicas es un sinsentido. Un sinsentido, por otra parte, inservible para la descripción del derecho bajo parámetros de una teoría empirista²⁶. Un presupuesto estándar de una teoría empirista es la posibilidad lógica de observación. Es el caso de preguntarse, entonces, ¿qué posibilidades de observabilidad brinda un concepto de norma como el que sostiene N?²⁷

N: El escamoteo absoluto de las normas, esto es, su reducción a hechos o actos especiales fuga las posibilidades de una ‘auténtica’ ciencia jurídica. También, fuga las posibilidades de distinguir conceptualmente los ‘hechos’ sociales o institucionales que le interesan al jurista en tanto que teórico de los ‘hechos’ que le interesan al sociólogo. De modo tal, que no sólo E pretende una reducción inaceptable de las normas a hechos sino también, de los hechos jurídicos a los hechos sociales en general. Esta reducción, de *manera refleja*, conduciría a reducir la “sociología jurídica” a la “sociología general” y la ciencia jurídica a ésta²⁸. Y si esto es así, la reducción ontológica y conceptual llevaría a una reducción ‘interdisciplinaria’ inaceptable. Por otra parte el “sentido objetivo”, contrariamente a lo que piensa E, es una herramienta más que plausible. Hace inteligible el concepto de norma y sin ningún recurso metafísico (como, por ejemplo, la apelación a una voluntad suprahumana) y sin ningún recurso que viole la distinción entre ser y deber. Esto es así, porque el recurso de una teoría normativista del derecho a una ‘norma hipotética’ como último parámetro ‘cognoscitivo’ es un recurso “epistemológico” un ‘lente’ con el cual es posible ver al derecho como un conjunto sistemático de normas y no como un conglomerado de puros hechos. Si las normas se redujeran a hechos psico-sociales como órdenes, por ejemplo, no se estaría dando una conceptualización que haga inteligible al derecho como un ‘fenómeno’ discernible de otros fenómenos sociales. El sentido objetivo es, precisamente, todo lo contrario. Es independiente de los aspectos psico-sociales. Una norma sigue siendo ‘válida’ más allá de que

25 Ross, Alf: op.cit., p. 40 y ss; Bulygin, Eugenio. “El concepto de vigencia en Alf Ross”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., pp. 345-346.

26 Cfr. Nino, Carlos. S: *La validez del derecho*, Astrea, Bs. As., pp. 26-27.

27 Cfr. Ross, Alf. “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., pp. 363-364.

28 Cfr. Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre El derecho y la justicia”, op.cit., pp. 438-439.

sus autores hayan estado o no de acuerdo con su contenido, más allá de que ya no existan. La norma es, por esto, una suerte de mandato ‘despsicologizado’²⁹.

E: N profesa un “extraño” positivismo. Esta extrañeza radica lisa y llanamente en que viola los presupuestos básicos de una teoría positivista del derecho. Es, además, una prueba de inconsistencia interna. Por un lado, declara que su teoría es positivista pero luego, al referirse al concepto de norma, alude a ella a través de un misterioso ‘sentido objetivo’ apoyado en una ‘norma hipotética’ de estructura no menos misteriosa. Desgraciadamente, N contradice sus propios supuestos metodológicos. Si las obligaciones del derecho están establecidas por las mismas normas, ¿qué necesidad legítima la apelación a sentidos objetivos y normas hipotéticas que constituyen propiedades inobservables e inverificables? Ha llegado el punto de interrogarse acerca de si, la teoría normativista del derecho no es un cuasipositivismo cuya función es el refuerzo “moral” de la obligación de obedecer al derecho³⁰. Si esto es así, se borró definitivamente la línea que dividía al derecho de su contenido moral o inmoral. N deja de distinguir entre lo que es y lo que debe ser. Su defensa de que esta norma hipotética es un “recurso del pensamiento” para discriminar entre normas y hechos es un recurso saturado de ideología³¹ que, sea dicho directamente, es lo que la teoría normativista trataba de evitar. Tras de los conceptos de norma como “fuerza obligatoria” o a priori y de norma hipotética, se oculta una ideología peligrosa e innecesaria para la tarea de conocimiento neutral del derecho: la ideología de la fuerza moral intrínseca de un orden jurídico dado.

N: Las suposiciones efectuadas por E reposan en presuposiciones falsas que no hacen más que producir conclusiones equivocadas. La teoría del derecho distingue lo que es de lo que debe ser en un sentido más amplio que el imaginado por E. Es precisamente esta distinción epistémica la que permite diferenciar el mundo normativo del mundo fáctico. El recurso a una norma hipotética no viola ni esta distinción ni se compromete en ningún punto de vista de refuerzo moral. Para hacerlo debería adoptar una ‘norma categórica’, cosa, que claramente no hace. Justificar moralmente un sistema jurídico definido requiere un compromiso categórico y material. La teoría normativista del derecho tiene un compromiso hipotético y formal³². La norma hipotética permite, cristalinamente, entender el carácter normativo y objetivo

29 Kelsen, Hans: “La teoría del derecho y la jurisprudencia analítica”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 215.

30 Cfr. Ross, Alf: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, op.cit., pp. 368 y 375.

31 Ross, Alf: op.cit., p. 377.

32 Cfr. Nino, Carlos. S: *La validez del derecho*, op.cit., pp. 18; 24.

del derecho. En este sentido, la norma hipotética no es inservible. “Presupone” el sentido objetivo de los actos creadores de la “primera constitución”³³. Esto es lo que permite entender a la constitución originaria como una norma en la cadena sucesiva de normas. Esto significa que hay que presuponer una interpretación “normativa” de los hechos o actos creadores de la constitución. Tampoco la norma hipotética prescinde de las contribuciones de la metodología empirista de la ciencia. En este sentido, la norma hipotética no es arbitraria ya que sólo se justifica asignar sentido objetivo al acto creador de la constitución en el caso de que esta sea “eficaz”³⁴. La ‘eficacia’ es una predicación empírica observable. Depende, entre otras cosas, del acatamiento de los súbditos sometidos al derecho y de la aplicación de ellas por los jueces. Pero, la eficacia no puede ser, por esto, confundida con la validez objetiva o fuerza obligatoria de las normas. Es cierto que la eficacia es condición de validez. Pero, la validez, es una predicación de las normas independiente. Una norma recién promulgada es válida aunque no se haya comprobado aún su eficacia³⁵.

E: Si con el concepto de “norma vigente”, lo que pretende destacarse es la probabilidad con que los jueces aplicarán las normas³⁶, ¿qué otra cosa hace falta para caracterizar plausiblemente al derecho? Si el derecho o alguna de sus normas no son aplicados en un cierto tiempo – cuestión vaga, es cierto- ese derecho o esas normas no están vigentes en la sociedad de que se trate. Ese derecho o esas normas no “existen fácticamente”; en la práctica social de aplicar el derecho esas normas no son tenidas en cuenta. ¿Qué razón de ser tiene seguir manteniendo la idea de un sentido objetivo? Una reconstrucción conceptual aceptable de las normas jurídicas muestra que éstas están “dirigidas a los jueces”. En el caso de las normas de conducta, ellas están dirigidas a los jueces para que, en caso de darse las condiciones de hecho descritas por el antecedente de la norma, apliquen la sanción corres-

33 Caracciolo, Ricardo: “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”, op.cit., p. 178.

34 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, op.cit., p. 223.

35 Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre El derecho y la justicia”, op.cit., p. 446.

36 Bulygin señala que la ‘vigencia’ consiste en la “disposición de la norma a ser aplicada”. Sin embargo, más plausible parece una reconstrucción de este concepto que indique la “disposición de los jueces a aplicar la norma de que se trate”. Asimismo, Bulygin señala el uso ambiguo que Ross hace de la noción de “aplicación” en el proceso de sentenciar. En un caso, una definición subjetivista que atiende a la influencia de la norma en el razonamiento del juez; la otra, objetivista, atiende al hecho de que el juez se base en ella (en los considerandos) para justificar su decisión. En esta última definición, no es necesario que el juez “se sienta obligado” a aplicar la norma sino, que la invoque para fundamentar su fallo. Bulygin, Eugenio: “El concepto de vigencia en Alf Ross”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., pp. 346-347.

pondiente³⁷. Igualmente, en el caso de las normas de competencia, la expectativa es que los jueces, si se dieran las condiciones pertinentes, declaren la anulabilidad de las normas de conducta creadas en violación de las normas de competencia³⁸. Esto es así, porque, en el fondo, las normas de competencia son normas de conducta “indirectamente expresadas”. Sea como sea, la “dirección” de las normas –resultado de una reconstrucción conceptual plausible–, indican el rasgo fáctico relevante en la definición de ‘existencia’ de las normas: su existencia fáctica. Si esta dirección se orienta a los órganos de aplicación del derecho –los jueces primordialmente– y éstos no las aplican, dichas normas no existen fácticamente, no están vigentes. Si esto se admite de una buena vez, ¿qué utilidad presta a una ciencia empírica del derecho un concepto de existencia “ideal” de norma? En otras palabras, ¿qué cabida tiene en una ciencia positivista del derecho –como la que dice profesar N– un concepto de existencia de norma plasmado en un inaprehensible sentido objetivo? Es por esto, que es más que problemático sostener una norma hipotética y la distinción entre “sentido” de un acto y el “acto” mismo³⁹. ¿Cuál es el status de la norma hipotética que sostiene N? ¿Es un enunciado metalingüístico acerca de cómo la ciencia “menciona al derecho”⁴⁰? ¿Es un enunciado metalingüístico acerca de cómo los científicos del derecho ‘deben’ construir el sentido normativo objetivo de un material empírico? Pero si es una definición⁴¹ ¿cómo puede establecer algún tipo de ‘deber’? Si por el contrario, se afirma que la norma hipotética establece la validez de la primera constitución y las normas que a ella se eslabonan ¿Qué tipo de norma es? Si es norma ella también ¿no debería ser válida? Y si no lo es ¿cómo puede ser norma? ¿Es, acaso, un enunciado lingüístico que prescribe cómo deben crearse las normas válidas? Si es una interpretación normativa “necesaria” de los hechos para verlos como normas, ¿esto significa que la norma hipotética es un enunciado analítico y, en virtud de esto, puramente tautológico⁴²? Pero, si como N afirma, la norma hipotética no es mentalmente arbitraria pues se refiere siempre a una constitución que es eficaz en términos generales y reconoce que la eficacia es una predicación empírica, ¿qué ocurre cuando la constitución o un orden jurídico

37 Dichas condiciones son: que regla jurídica particular sea pertinente con respecto a la acción que se inicia y que el estado del derecho en ese ínterin no haya sido modificado. Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 40.

38 Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 50.

39 Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 424.

40 Cfr. Nino, Carlos. S: *La validez del derecho*, op.cit., p. 12.

41 Cfr. Guastini, Ricardo: “Jerarquías normativas y normas supremas”, en Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 379.

42 Cfr. Vernengo, Roberto: “La función sistemática de la norma fundamental”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, I- II, Bs. As, 1960, p.220.

determinado dejan de ser eficaces por su falta de acatamiento o aplicación judicial o por una revolución que estatuye un orden diferente al propugnado por la constitución? ¿Debe cambiar la norma hipotética? ¿Los científicos del derecho ‘deben’ presuponer otra norma hipotética que cubra la nueva constitución? Si N respondiera a esta última pregunta afirmativamente, ¿estaría aceptando que la norma hipotética es un enunciado sintético? Pero si es sintético, ¿no pierde su carácter de hipótesis epistemológica, de hipótesis ‘formal’ de trabajo, de condición lógico trascendental apta para pensar un material empírico como un material normativo⁴³? ¿Se trata, entonces, de un enunciado sintético a priori? Mucho me temo, que N responda que sí, que su norma hipotética es todo esto y mucho más. Si es tan polimórfica su estructura y tan ambiguo su alcance ¿qué utilidad le presta a la ciencia jurídica?

N: Las preguntas de E a la par de desafiar mi inteligencia me abruma. Reconozco que el recurso de una norma hipotética plantea problemas lingüísticos; de ambigüedad, si se quiere. Pero esto ocurre, con todo concepto de norma. El concepto de norma es, en sí mismo, ambiguo. Y la norma hipotética también lo parece según las aparentemente fulminantes observaciones de E. No obstante esto, mi norma hipotética es, simplemente, un modo analítico de organizar la experiencia. Es una categoría que ordena la experiencia, más precisamente, el carácter ‘bruto’ o ‘amorfo’ del material empírico-jurídico. Escamotear totalmente esta categoría epistémica no permite distinguir el derecho de otros órdenes sociales. En este sentido, lo que llamamos ‘norma’, ‘sistema de normas’, etc. no es más que el ‘producto teórico’ de la labor reconstructiva de los juristas, toda vez, que el tan discutido sentido objetivo o validez objetiva de las normas es una forma de establecer la existencia del derecho con independencia de los hechos que lo originan. Tal vez, sea cierto, la norma hipotética no sea ni un enunciado analítico ni un enunciado sintético sino un enunciado sintético a priori. Tal vez, deba admitir, que este recurso es típicamente kantiano y no humeano⁴⁴. La teoría normativista responde a los cánones del positivismo y del pensamiento analítico pero no al precio de disolver las categorías con que atribuimos de ‘sentido a la experiencia’. Después de todo, es posible que haya un dualismo metafísico en todo esto: el mundo del ser y el mundo del deber ser dando vueltas a esta teoría. Pero no es menos cierto que E profesa una metafísica

43 Kelsen, Hans: “La teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 453.

44 Para Pap, la interpretación según la cual Hume rechazaba el conocimiento sintético a priori carece de fundamentos. “Hume distinguía claramente entre verdades *a priori* (necesarias) y *empíricas* (contingentes), nunca llegó a plantearse el problema de si todas las verdades *a priori* son analíticas”. Cfr. Pap, Arthur: *Semántica y verdad necesaria*, Traducción: César Nicolás Molina Flores, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, p.84

monista⁴⁵ consistente en afirmar que todo es experiencia, que todo puede reducirse, en el fondo, a hechos empíricos⁴⁶. Si esta metafísica diera cobertura racional a la realidad, si las normas fueran reducidas conceptualmente a hechos, cómo podría explicarse en forma inteligible el papel justificatorio del derecho. Si las normas son sólo premisas fácticas de un razonamiento jurídico, éste, sería inválido. Hacen falta premisas normativas en tanto que normativas para justificar válidamente un razonamiento sea en forma hipotética, sea en forma categórica.

E: Es admisible lo último que acaba de indicar N. Pero ¿de qué estamos hablando? Del papel teórico de la ciencia jurídica que N mantiene –a rajatablas– que tiene un carácter puramente cognoscitivo e hipotético o, por el contrario, estamos hablando del problema de la justificación que exige un carácter categórico? Si es así, esto no es lo que se está discutiendo aquí. La discusión se refiere a un plano teórico, al plano de las conceptualizaciones y su utilidad para la ciencia jurídica. Y lo que aquí se está diciendo es que el recurso a una norma hipotética y al concepto de normas válidas, en el sentido objetivo de fuerza obligatoria, son violatorios de una metodología científica. La validez objetiva de las normas es inobservable y no colabora en nada con la descripción fáctica del derecho⁴⁷. La idea de fuerza obligatoria, por su parte, se compromete con el punto de vista moral o interno de los participantes; lo cual, vulnera el carácter neutral de la ciencia jurídica en que está embarcado el conocimiento positivista del derecho. La “vigencia” de las normas es un concepto mucho más coherente con la metodología empirista de conocimiento que el concepto de una validez a priori como la sustentada por N. Esto es así, porque este concepto remite a una base empírica nítida a partir de la cual podemos verificar las proposiciones de la ciencia jurídica⁴⁸. La vigencia, pues, y no la validez apriorística, permiten referirse a una base empírica compuesta de hechos observables: en este caso puntual, el hecho de que los jueces tienen una disposición a aplicar la norma x al caso c si se dieran ciertas condiciones. ¿Qué más se puede pedir al conocimiento teórico del derecho?

45 Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 449.

46 La analogía con esto puede ser la siguiente: una de las ideas de la reducción se centra en la búsqueda de una “ciencia unificada”. Para ello, un recurso que se emplea frecuentemente para reducir todos los acontecimientos “macrofísicos” a los “microfísicos” es sostener que todo lo que sucede en ese macronivel puede ser explicado por lo que ocurre en el micronivel. Finalmente, siendo así, todo es explicable en términos de física. Y, si esto es así, se produce un impacto en la “jerarquía de las ciencias”. Cfr. Midgley, Mary: “Megalomanía reduccionista”, en P.W. Atkins, John D Barrow, op.cit., p.184.; Weinberg, S: *El sueño de una teoría final*, op.cit., p. 50; Brooks, D.H.M: “How to perform a reduction”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LIV, N°. 4, 1994, p. 803.

47 Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 64.

48 Ross, Alf: op.cit., p. 39.

3.2 La estructura lógica de las proposiciones de derecho

N: Resulta obvio que E no se ha hecho cargo de los problemas que están implícitos en su concepción de las normas, del derecho y de las proposiciones científico-jurídicas. Sus reducciones de lo “normativo” a lo “empírico” dejan de lado cuestiones que necesariamente deben discutirse en el interior de cualquier propuesta empirista de conocimiento teórico del derecho. En efecto, detrás de la aparente austeridad de estas reducciones, se encuentran alojados supuestos filosóficos y epistemológicos que merecen ser discutidos explícitamente en tanto que proyectos. Porque, si la reducción se concibe como un ejercicio de higiene lógica –y sin duda lo es– con el cual arrojamus la ‘basura’, deberemos asegurarnos de dos cosas: de que queremos tirarla y, en caso afirmativo, con qué queremos reemplazarla.⁴⁹

Este reemplazo de las normas, concebidas como entidades de sentido objetivo, se concretiza a partir de una interpretación factualista de las normas⁵⁰. Esta interpretación resuelve el problema de la estructura lógica de las proposiciones de derecho afirmando su carácter fáctico; son proposiciones del ‘ser’⁵¹ y no del ‘deber ser’. No describen ‘sentidos’, normas con ‘fuerza obligatoria’ o normas en ‘sentido objetivo’, ya que esto es ininteligible para E. Es ininteligible para E, pues, él asocia descripción con observabilidad. Para cumplir con su fajina teórica, las proposiciones de derecho no describen normas propiamente hablando sino la existencia fáctica de éstas; existencia que se relaciona con la compleja base empírica del derecho. Empero, más allá de esta complejidad de la base empírica, para E las cosas se resuelven en la afirmación de que ella se constituye de un grupo de hechos sociales que constituyen las condiciones necesarias y suficientes para la identificación de las normas como guías de la conducta humana⁵². Esto es así, toda vez, que E apoya la distinción que canónicamente suele trazarse entre entidades “directamente” observables y entidades “indirectamente” observables. Esta distinción cimienta la base para otra distinción, a saber: “términos teóricos” y “términos observables”.

Es claro, que si esta concepción se admite, los conceptos de normas, de validez como fuerza obligatoria y el recurso de la norma hipotética se vuelven piezas incoherentes en un rompecabezas epistemológico construido de acuerdo a estas

49 Midgley, Mary: “Megalomanía reduccionista”, en P.W. Atkins, John D Barrow, et.al, op.cit., pp. 181-182.

50 Fernández Vega, Jesús: “Las ciencias normativas y la ciencia del derecho”, en El Basilisco, Oviedo, 1994, p. 7.

51 Bulygin, Eugenio: “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., p. 338.

52 Ross, Alf: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., pp. 375; 377.

reglas epistémicas. Desafortunadamente para E, las cosas son inversas a como él piensa. Es un criterio erróneo, propio de los empiristas creer que la base empírica de la ciencia sólo es integrativa de “datos”, “hechos brutos” y “percepciones”⁵³. Igualmente errónea es la doble distinción establecida entre entidades directa e indirectamente observables como la distinción entre términos teóricos y términos observacionales. En rigor, “todos” los términos son teóricos en distintos grados. No hay observación directa; todas las observaciones son indirectas, ya que, todas ellas están cargadas de teoría⁵⁴. La observación siempre es guiada por la teoría y en la base empírica no hay hechos brutos y percepciones, hay hechos interpretados teóricamente. Precisamente, el concepto de norma hipotética es un término teórico de gran abstracción que permite “observar” al derecho, a través de las proposiciones de la ciencia jurídica, como un “material normativo” y no como un “material empírico bruto”. El concepto de norma válida es otro término teórico que permite la observación “indirecta” de hechos que no son una clase cualquiera de hechos. Esto es así, porque el concepto de validez como término teórico indica indirectamente criterios para separar los hechos normativos o institucionales –conforme a una terminología filosófica en boga- de otros hechos sociales de fuerza. Como, se ve, la teoría normativista del derecho es una teoría empírica corregida y más sofisticada que la postulada por E. Y, si esto se admite, el concepto de validez –tal como lo venimos entendiendo- no puede ser reducido conceptualmente al concepto de vigencia o al concepto de eficacia.

E: Dados los argumentos de N, trataré de clarificar más las críticas que la estrategia empirista le hace a la normativista. Los argumentos de N destacan que la teoría empirista del derecho no se hace cargo de los problemas señalados. Es verdad que la estrategia empirista no hace explícitamente las distinciones apuntadas por N, pero esto no parece ser un ataque severo para sus postulados que siguen en pie y, menos aún, parece un ataque que logre desestabilizar las críticas que a los argumentos de N venimos efectuando. La estrategia empirista no es más que un “experimento mental” que, desde supuestos de la metodología empirista, señala los problemas que debería enfrentar la estrategia de N. Ciertamente, como experimento mental, esta estrategia deberá complementarse con todas las herramientas propias de una propuesta metodológica de esta clase. Así pues, deberá complementarse con una buena teoría de la base empírica, de las teorías de la probabilidad subjetiva y objetiva, hacerse cargo de las críticas más importantes y recurrentes que se le vienen efectuando a la inducción como

53 Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, Traducción: Víctor Sanchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 42-43

54 Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, Traducción: Néstor Míguez, Paidós, Madrid, 1994, pp. 72; 155.

base de enunciados probabilísticos, etc. Pero esta necesidad –reconocida- de complementación no resta valor, hasta donde alcanzo a ver, a las críticas que la estrategia empirista ha enderezado a la normativista; al menos, tal como ellos la han planteado. No reiteraré las observaciones realizadas al concepto de norma hipotética. No lo haré porque el carácter ambiguo e inmanejable de ha sido tratado en forma intensa en la bibliografía filosófico-jurídica. Huelga decir, que si alguna reducción conceptual se propone, es la del concepto apriorístico de norma (como fuerza obligatoria) dado por el normativismo por un concepto más manejable científicamente; me refiero, como resulta patente, al concepto de “vigencia”. El concepto de vigencia –contrariamente al concepto apriorístico de validez- refiere a una base empírica observable; no se requiere ninguna intelección especial para captarla. Si N quiere quedarse tranquilo, podría decirse que claro que hay normas, pero estas no son entidades platónicas inasequibles sino, entidades fácticas puestas de manifiesto por hechos lingüísticos y sociales⁵⁵, por la emisión de órdenes, por su aceptación, por una cierta práctica de identificar criterios de conducta a partir de estos hechos cubiertos por la base empírica: el hecho de la legislación, el hecho de la costumbre, el hecho de la jurisprudencia, etc. Podríamos estar de acuerdo en que, en rigor, todos los términos son teóricos y que todas las observaciones son indirectas. Touché! Pero un requisito de estos términos teóricos –sean del grado de abstracción que sea- es que sean “testables” mediante observación. En la base empírica se sitúan enunciados singulares que someten a test observacional a las teorías o términos teóricos de alto grado de abstracción⁵⁶. Los conceptos de norma hipotética y de validez apriorística son visiblemente “irrefutables”, no testables empíricamente y, por tanto, conforme al criterio de demarcación popperiano, metafísicos. Y, si estos enunciados son metafísicos no pueden ser guía alguna para el científico del derecho. ¿Cómo se pueden verificar o, en su caso, falsar proposiciones de “deber ser”? La respuesta es rotunda: las proposiciones de deber ser son metafísicas, por lo cual, son irrefutables y, si lo son, no pueden ser verificadas o falsadas. Si bien la verificación es un criterio de significado –hoy un poco trasnochado- comparte con la falsación la exigencia de testabilidad. Digámoslo nuevamente: los conceptos que maneja N son inverificables o infalsables. No son controlables por ninguna de estas metodologías. Si N sostiene que el concepto de validez no es incompatible con los conceptos de vigencia o eficacia, debe estar pensando en otros conceptos de validez; en conceptos empíricos de validez; como, por ejemplo, el concepto de

55 Cfr. Nino, Carlos. S: *Derecho, moral y política*, op.cit., p. 24.

56 Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, op.cit., pp. 462-463.

validez como pertenencia o el concepto de validez como aplicabilidad⁵⁷. Pero su concepto *normativo* de validez apriorística debe ser eliminado de la ciencia jurídica, a menos, y esto sería muy diferente, que asumiera un concepto normativo de validez no hipotético sino lisa y llanamente categórico que, por ser tal, tampoco podría ser falsado. En otras palabras, que N asumiera una “genuina” estrategia normativista. Una genuina estrategia normativista considera que la ciencia y, por ende, sus proposiciones no son neutrales; no hay proposiciones descriptivas o predictivas. Las proposiciones son herramientas teóricas cargadas de valores políticos cuya función no es describir lo –que de hecho- hacen los juristas en la dimensión prácticas sino la de prescribir lo que éstos deben hacer⁵⁸. Las proposiciones están para “auxiliar” a quienes toman decisiones prácticas y, siendo esta su preocupación, no describen que normas los juristas aplican de hecho sino, por el contrario, que normas “deben aplicar”. Si un dogma nodal del positivismo jurídico es la separación entre las normas (insusceptibles de verdad o falsedad) y las proposiciones (susceptibles de verdad o falsedad), el “genuino” normativista –que no es el carácter de N- adopta a partir de sus proposiciones teóricas el “punto de vista interno de los participantes”. Un genuino normativista se desinteresa por la distinción lógica entre normas y proposiciones, entre punto de vista externo o del observador y punto de vista interno o del participante; al menos, en el sentido en que son distinguidas por los filósofos analíticos del derecho⁵⁹. Claramente adopta el punto de vista interno. Pero no cualquier punto de vista interno, porque esto desdibujaría el sentido “teórico” de las proposiciones; adopta el punto de vista interno que resulte de su reconstrucción conceptual de éste. Así, las proposiciones que sostendría un N genuino buscarían mostrar el “mejor” derecho posible para “justificar” las acciones de que se trate o a tenderían a mostrar que en la “facticidad misma” existen, en los “hablantes”, pretensiones normativas de corrección recíprocas⁶⁰.

57 Se trata de conceptos “descriptivos” de validez. Cfr. Bulygin, Eugenio: “*Tiempo y validez*”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., pp. 195-198.

58 Esta sería la posición de Dworkin. Cfr. Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 22-23.

59 Cfr. Bonorino, Pablo. R: “*Proposiciones de Derecho*”, MS, pp. 2-28.

60 Para Habermas, de manera opuesta a un filósofo analítico, la “validez” del derecho no se agota en su “pragmaticidad fáctica” consistente en la descripción de la existencia de hechos lingüísticos como, por ejemplo, los de emisión de órdenes. Habría una estructura *a priori* o *trascendental* en esa “facticidad”, de modo tal, que los “actos de comunicación efectivamente desarrollados”, en el ámbito pragmático, no se agotarían en una mera facticidad. Esto es así, porque para Habermas, los actos de comunicación encierran, en sí mismos, pretensiones normativas; de las cuales, una reconstrucción “dialéctica” debe dar cuenta. Cfr. García Amado, Juan. A: “La filosofía del derecho de Jürgen Habermas”, en *Doxa*, N° 13, Alicante, 1993, pp. 235-258.; García Amado, Juan. A: “*Tópica, derecho y método jurídico*”, en *Doxa*, N° 4, Alicante, 1987, pp. 179-180.

Por las razones apuntadas, N no es ni un buen positivista ni un normativista genuino⁶¹. Su situación es desgraciada.

N: Vayamos por partes. La persistencia de E me ha ganado en un punto. Voy a admitir, a partir de ahora, la inutilidad que el concepto de validez como fuerza obligatoria cumple en las variadas funciones teóricas que la ciencia jurídica cumple: describir normas, sistematizarlas, etc. Admitir un error y corregirlo es, como no se ha cansado de repetir Popper, una forma de hacer progresar la ciencia⁶². Sin embargo, para no ser absolutamente despiadado con la estrategia normativista que sigo dispuesto a defender, en lo que sigue, efectuaré los siguientes descargos. Mi concepto de norma hipotética es un instrumento epistemológico útil para distinguir el mundo jurídico del mundo de los hechos, el mundo del asaltante del mundo del funcionario que cobra impuestos, el mundo de los hechos psico-físicos o biológicos –como el hecho de la “muerte”- de hechos jurídicos, como, por ejemplo, el hecho del “homicidio”⁶³. Detrás de estos hechos, la teoría normativista permite –a partir de su tan vapuleado instrumento metodológico- ‘reconstruir conceptualmente’ *normas* o, dicho de otra manera, reconstruir conceptualmente el “sentido normativo” y no puramente empírico de esos hechos. Aún si fuera metafísica esta norma, no debe olvidarse que, como Popper se ha encargado de demostrar, existen muchos ejemplos de ideas que nacieron como metafísicas y, luego, generaron teorías “científicas” explicativas potentes⁶⁴. Si se quiere salvar en algo el aporte de la estrategia normativista, habrá que admitir el papel “conceptual” de esta teoría normativista en la reconstrucción de las normas. Se ha observado que esta estrategia ofrece una isomorfía entre las proposiciones científicas y el derecho ; en el sentido, de que ellas describen un material por ellas constituido previamente en forma conceptual. En realidad, la palabra descripción no cubre la totalidad de actividades teóricas que los juristas en cuanto tales realizan. Unas de sus tareas es servirse de “teorías sobre las normas” como ‘herramientas de reconstrucción’ de un determinado material

61 Ross alude a la posición normativista en la filosofía del derecho como posición “idealista” y distingue, tácitamente, entre el idealismo hipotético de Kelsen y el idealismo “tomado en serio”; es decir, aquel que niega el carácter de derecho a un orden jurídico que no se ajusta a ciertos ideales materiales de justicia o moralidad. Cfr. Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 68.

62 Cfr. Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, op.cit., pp 23-54.

63 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, op.cit; Harris, J.W. “Kelsen’s concept of authority”, en *Cambridge Law Journal*, 36, N° 2., 1977 p. 354.

64 Este es un punto central del aporte de Popper. Él aporta muchos ejemplos de cómo teorías altamente especulativas y brumosas –metafísicas en algún sentido de la palabra- generaron, posteriormente, teorías altamente explicativas. Una de ellas es la teoría de los átomos de Demócrito. Cfr. Popper, Karl. *Conjeturas y Refutaciones*: op.cit., pp. 110 y ss.

empírico⁶⁵. Lo que parecía un defecto de la estrategia normativista se convierte en virtud. Ella ha sido la que puesto de relieve que conceptos tales como los de “norma”, “sistema de normas”, “validez”, etc., son el resultado o el ‘producto’ de una *teoría de las normas*. Más allá de sus diferencias conceptuales, estas teorías son pautas conceptuales que permiten “reconstruir” el material empírico del derecho, ínsito en su base empírica, como un material normativo y sistemático. Sin embargo, esta isomorfía⁶⁶ no significa que el teórico se vea constreñido a adoptar un punto de vista interno o justificatorio. Es cierto, que los científicos del derecho muchas veces hacen esta adopción de manera soterrada; pero que lo hagan no es síntoma de una buena metodología científica. Los juristas deben describir el derecho neutralmente y pueden exponer su contenido en forma hipotética sin comprometerse con una posición justificacionista desde una perspectiva axiológica o moral. Es claro que las proposiciones de la estrategia normativista –tal como yo la entiendo– son “proposiciones normativas”. La ambigüedad de la palabra ‘normativa’ pronto se disuelve cuando esta estrategia, con esta palabra, se está refiriendo a que las proposiciones son *acerca* de normas y no que *profieren* normas. Siendo así, su verificación se da en forma indirecta: a través de la constatación de los hechos o actos que crean normas⁶⁷. El conocimiento científico de las normas asume un punto de vista prescriptivo hipotético. Esto quiere decir, que las normas son “mencionadas” por las proposiciones mediante la técnica del entrecomillado.

E: Sigue siendo inefectiva la persistente defensa de N. Si, como acaba de reconocer, las proposiciones para poder verificarse requieren de aquellos hechos que originaron las normas a las que estas se refieren, es obvio que siempre la existencia de las normas depende de cierto tipo de hechos.

N: Una cosa es la *existencia fáctica* y otra la *existencia nominal* de las normas. Una cosa es su dimensión pragmática y otra su dimensión semántica. La existencia nominal de las normas indica que éstas no *comienzan* o *dejan* de existir en la misma forma en que lo hacen entidades empíricas⁶⁸.

E: En verdad, no entiendo lo que N trata de mostrar. Las normas para poder ser conocidas deben existir fácticamente; esto es, requieren de ciertos actos que tienen

65 Navarro, Pablo y Moreso, José. J: *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 19-22.

66 Sobre esta “isomorfía”, puede verse: Vernengo, Roberto: *La función de la norma sistemática fundamental*, op.cit., pp. 207-208, 218; Caracciolo, Ricardo: “Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho”, en *Crítica*, Vol. XI, N°. 31, México, 1979, pp. 35-52.

67 Caracciolo, Ricardo. “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”: op.cit., p. 178.

68 Caracciolo, Ricardo: “Existencia de normas”, en *Isonomía*, N°.7, México, 1997, pp. 160-161.

la aptitud de crearlas o extinguirlas; actos lingüísticos y actos sociales; esto es lo que Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin llaman la “concepción expresiva de las normas”⁶⁹. Las normas se expresan a través de actos de emisión de prescripciones.

N: Sin embargo, las normas –de acuerdo con una exigencia holística frecuente entre los juristas- no se presentan en forma aislada; pertenecen a algún sistema normativo⁷⁰. Hay una reducción de las partes al todo. Esto es así, porque un sistema normativo puede ser construido como una clase de sistema deductivo; un conjunto de enunciados (finito si logra ser axiomatizado) con todas sus consecuencias lógicas⁷¹. En ese sistema, las normas no pueden ser vistas como puros hechos y ello por dos razones: primero, porque entre los hechos no cabría hablar de relaciones lógicas; segundo, porque sólo entre normas –entendidas como entidades abstractas- pueden darse relaciones lógicas de inferencia y contradicción. Si el sistema normativo se redujera a un sistema de hechos, no habría discernibilidad entre un sistema descriptivo y un sistema normativo⁷².

E: De acuerdo con esta distinción. Pero qué sentido tiene hablar de ‘normas’ con prescindencia de los actos a través de los cuales son creadas o extinguidas, actos de promulgación y derogación, respectivamente.

N: Usualmente se caracteriza el acto de promulgación y derogación como la “creación” o “extinción” de una norma. No obstante, esa manera de hablar solo puede tratarse de una metáfora. Porque si las normas son entidades intencionales carece de sentido decir que son “creadas” o “derogadas” y si no existen como tales, no hay nada que pueda ser “creado” o “derogado” por actos semejantes⁷³.

3.3 La naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones

E: Todo lo que aquí estamos discutiendo repercute en el problema sobre qué significa hacer ciencia jurídica. Este no es un problema que no haya preocupado a los filósofos en general. Tanto es así, que algunos llegaron a pensar que no había problemas filosóficos genuinos; había, sólo, pseudoproblemas provocados por trampas del lenguaje en las que nos metíamos sin saber muy bien porqué. La filosofía, así, se convertía en una actividad terapéutica; la actividad de “disolver” pseudoproblemas y las pseudodiscu-

69 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “La concepción expresiva de las normas”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit. pp. 121-153.

70 Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op.cit., p. 12.

71 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs.As, 1987, pp. 92-107.

72 Cfr. Caracciolo, Ricardo: “Existencia de normas”, op.cit., notas 9, 14, 15, 22, 28.

73 Cfr. Caracciolo, Ricardo: op.cit., nota 22.

siones que estos generaban. De lo que se trata ahora, es de saber, si es posible lograr una reducción aceptable de la ciencia propuesta por N a la ciencia propuesta por mí. Es claro, que con esta reducción, no pretendo el escamoteo absoluto de las ideas normativas para comprender al derecho; en este sentido, esta reducción pretende hacerle “justicia reconstructiva”⁷⁴ a la ciencia propuesta por N. Lo que pretendo con la reducción no es eliminar la referencia a problemas normativos y a normas. Pretendo, sí, eliminar entidades inmanejables como las de normas hipotéticas, normas válidas en el sentido de normas que tienen fuerza obligatoria intrínseca. Esto ya se ha hecho en la ciencia con una infinidad de entidades: hace mucho que las brujas, dríadas, mundos supralunares, calóricos, etc., han sido eliminadas per obscurius. Si la ciencia, concebida empíricamente, logra realizar esta reducción, habremos logrado una ciencia coherente con el positivismo empirista. Esto sería así, desde que lograríamos expurgar del conocimiento teórico del derecho a la metafísica y a la moral. Esto no significa que, con independencia del conocimiento teórico del derecho, adscribamos a algún compromiso moral que nos lleve, en su caso, a enfrentar con todas nuestras fuerzas un régimen que consideremos injusto. Pero el conocimiento racional y objetivo de las ideas materiales de justicia es imposible. No se puede tomar a los valores –que son subjetivos y emotivos- a objeto de conocimiento teórico empíricamente testable.

N: No acabo de entender el objeto de esta disputa. Tengo la leve sospecha de que estamos pseudodiscutiendo. Esta sospecha se confirma a poco de darme cuenta de que coincido plenamente con los juicios vertidos por E. Precisamente, por ello, es que he distinguido entre ser y deber ser, entre descripción y prescripción, entre descripciones neutrales o avalorativas y las valoraciones que hace un legislador al promulgar el derecho. Pero, como no he querido vaciar de normatividad al derecho, he postulado una norma que permite enfocarlo objetivamente, esto es, independientemente de los actos psicológicos de los que lo crean. Pero la norma que he postulado, no es para nada una norma categórica o material. Es una norma hipotética, es decir, una hipótesis de trabajo epistemológica. He distinguido, pues, entre la norma como “contenido de significado posible de un acto” y los actos en cuestión.

E: Aún admitiendo que lo que afirma N sea correcto, los problemas siguen en pie. ¿Qué quiere significar N con la expresión ‘ciencia normativa’? Acaso, ¿una ciencia que tiene a las normas como “objeto” de conocimiento, una ciencia que prescribe o pone normas o, se está refiriendo a las normas de la ciencia? En primer lugar, hablar de “objeto” de conocimiento enfrenta dos problemas: en primer lugar, la palabra ‘objeto’ ha sido siempre el instrumento del esencialismo en la identificación de la ciencia; lo

74 Término usado por Churchland, Paul y Churchland, Patricia:” Reducción interteórica: un campo guía para neurocientíficos”, en P.W. Atkins, John D Barrow, et.al, op.cit. p.104.

que identifica a una ciencia son sus “problemas” y no objetos a ser descubiertos; en segundo lugar, cómo es posible conocer normas si no es a través de procedimientos empíricos; procedimientos que no pueden aplicarse a la propuesta de N. Si, la ciencia pone normas, prescribe o pone normas, se involucra –explícita o implícitamente- en la dimensión práctica, sería impropio llamarla ciencia; deja de ser ciencia. Y, ya he sostenido antes, que si uno pretende ser un normativista genuino –que no parece el caso de N- uno debe abandonar la idea de ciencia. La ciencia tiene una función cognoscitiva, indicativa no una función normativa. No está mal ni bien que cumpla una función normativa. Simplemente, no es ciencia.

N: No entiendo este último punto. Evidentemente, E no ha entendido la posición que vengo defendiendo. ¿Por qué E no puede admitir el papel de términos teóricos de gran abstracción? ¿No hemos admitido –a lo largo de la historia de la filosofía de la ciencia- ideas mucho más ambiguas como, por ejemplo, la de “paradigma”? ¿No decimos –frecuentemente- que, por ejemplo, cuando “observamos” una diminuta partícula bajo el lente de un microscopio, aceptamos tácitamente la teoría con la que éste fue construido? El conocimiento descriptivo del derecho es un conocimiento de deber ser, es un conocimiento prescriptivo. Pero es una prescripción hipotética y, por ende, metalingüística. Con la palabra ‘hipotética’ doy cuenta de una suerte de término teórico de alta abstracción, de un paradigma si se quiere. Es decir, de un lente que permita ver al derecho y la ciencia que lo estudia como “autónomas” de otras ciencias. Si es así, esta ciencia no puede ser reducida, si por reducción, se entiende “eliminación total”⁷⁵. En todo caso, si no hubiera más argumentos para defenderla, vivirá como un caso especial o límite dentro de la propuesta de E. Pero vivirá.

4. Consideraciones finales

He tratado de presentar algunos posibles cruces argumentales entre los sostenedores de dos estrategias distintas de abordaje del derecho y su estudio científico.

Hacerlo conlleva la necesidad de ser arbitrario en la selección de los argumentos, tal vez, demasiado arbitrario. Por ejemplo, la posición de N –que mucho se parece a la de Kelsen, podría haberse representado de muchas otras maneras y abordando otros problemas que aquí no han aparecido.

Ciertamente, los filósofos del derecho coinciden en que, en la obra de Kelsen, hay al menos, dos etapas: una neokantiana y otra propia de un positivismo factualista. En su

75 Nickles, Thomas: “Two concepts of intertheoretic reduction”, op.cit., p. 184.

primera etapa, Kelsen apela a conceptos como los de norma hipotética, división tajante entre ser y deber ser. Las relaciones de la lógica con el derecho son indirectas; son las proposiciones las que manejan valores lógicos y existe una fuerte isomorfía entre las proposiciones y las normas, al punto que las segundas son un producto teórico de la construcción teórica del jurista. En la segunda etapa, Kelsen abandona muchas de estas ideas. La ciencia es reinterpretada en términos factuales. Las normas dejan su carácter platónico; ahora, son contenidos o expresión de concretos actos de voluntad. Las relaciones entre el derecho y la lógica se pierden totalmente y, el papel de los juristas teóricos es mucho menor que el que tenían en su primera etapa. Al diluirse las relaciones indirectas entre lógica y derecho y la isomorfía descrita, los juristas ya no resuelven –por medio de su quehacer teórico– las contradicciones de un sistema de normas. No son más los guardianes de la coherencia lógica del sistema y no son más los “constructores” del sentido objetivo del material normativo; sólo, se ciñen a describirlo neutralmente⁷⁶.

La “tensión” causada por las sucesivas discusiones puede examinarse desde una doble perspectiva: una histórico-filosófica y otra epistemológica. A la primera no me referiré, pues sobrepasa el propósito de este trabajo. Sin embargo, las conexiones conceptuales entre las propuestas de ciencia normativa de Wundt, Dilthey, Husserl, Kelsen y su reinterpretación factualista han sido bien documentadas en la literatura filosófica.

El examen epistemológico, por su parte, permite evaluar las discusiones teniendo en cuenta lo siguiente.

La existencia de entidades, como ha propiciado Carnap, puede ser vista como “interna” a una teoría y su marco lingüístico. Un marco lingüístico permite hablar de ciertas entidades que otro marco lingüístico no permite. No tener en cuenta este distingo, lleva, en ocasiones, a discusiones “externas”⁷⁷.

Cuando Ross, por ejemplo, impugna la noción kelseniana de validez y pretende eliminarla por medio de su concepto de vigencia, basa su crítica en la inverificabilidad de la tesis atacada.⁷⁸

Ahora bien, como sostiene Pincione, esta crítica descansa en la admisión por Ross de un criterio empirista de significado impuesto por la adopción de cierto marco lingüístico de objetos y situaciones físicas en el que, propiamente, la predicación

76 Cfr. Guastini, Ricardo: “Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen”, en Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op.cit., pp.127-137.

77 Pincione, Guido: “Sobre el “status” cognoscitivo de las teorías generales del derecho”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Abeledo Perrot, Bs.As, 1981, pp. 278-279.

78 Pincione, Guido: op.cit., p. 279.

de existencia respecto de normas no sólo no es verdadera sino carente de sentido. Y, continúa Pincione, puesto que no se dispone de un lenguaje teórico neutral respecto de la existencia de normas y fenómenos físicos, todo juicio acerca de la “superación” de Kelsen por Ross en este punto sólo puede querer decir que es *pragmáticamente preferible* el marco lingüístico propuesto por este último, postulados ciertos fines

Una discusión racional –asumiendo el problema de definirla- podría dejar su carácter externo si se reformulara a partir de *diferentes evaluaciones* de las *consecuencias más o menos deseables*⁷⁹ que tiene la adopción de un marco lingüístico normativo, empirista, etc.

Esta reformulación permitiría evitar discusiones esencialistas; vgr., acerca de la verdadera ‘naturaleza’ de las teorías en discusión. Ante la pregunta sobre cómo distinguir entre la conducta del recaudador de impuestos y la del ladrón, Kelsen responde con la idea de norma hipotética, a partir de la cual, es posible discriminar entre actos lícitos e ilícitos. Pero esta pregunta sólo parece tener sentido dentro de un marco lingüístico normativo. En un marco lingüístico empirista sólo podría hablarse de movimientos corporales y, si es lo suficientemente amplio como para aceptar entidades “teóricas”, quizás también de amenazas, coacciones, temores, creencias desinteresadas o prácticas sociales de aceptación de normas.

Si la reducción interteórica es un acto complejo, puesto que involucra la reconstrucción de la “antigua” teoría con los recursos conceptuales de la “nueva”⁸⁰, habrá que indagar necesariamente, qué aspectos han sido o pueden ser efectivamente reducidos de la antigua teoría por la nueva y en que “situación epistemológica” queda la primera.

Un criterio sensato para evaluar qué aspectos pueden ser “exitosamente” reducidos, requiere examinar los tipos de “problemas” que una estrategia teórica se propone resolver y cómo los resuelve. Esta parece ser la interpretación más plausible para interpretar la elección de marcos lingüísticos en función de sus *consecuencias más o menos deseables*. Estas “consecuencias” no pueden ser otras que aquellas que señalan la manera en que una estrategia teórica resuelve un problema.

Si lo anterior suena plausible, entonces, la cuestión de la reducción ontológica, conceptual e interteórica de las estrategias en pugna debería discutirse teniendo en cuenta otra cuestión: la cuestión -problemática- de justificar racionalmente la

79 Pincione, Guido: op.cit., p. 280.

80 Churchland, Paul y Churchland, Patricia: “Reducción interteórica: un campo guía para neurocientíficos”, op.cit., p.105.

decisión en pro de un marco teórico y lingüístico que resuelva mejor ciertos problemas que otro marco teórico y lingüístico.

Pero, entonces, si esto es así, el problema se desplaza a otro nivel, a saber: el que se conecta con la pregunta acerca de si es posible encontrar criterios objetivos con los que decidir qué marco teórico y lingüístico es el que “mejor” explica o resuelve un problema; en suma, el problema de los criterios de elección de teoría y, en forma refleja, el problema de sí, es posible, la discusión racional y objetiva de los valores.

Como quiera que sea, una consecuencia de este enfoque conduce a que las reducciones interteóricas que se propongan -en el ámbito de la discusión presentada- sean reducciones “moderadas”⁸¹. Las reducciones “moderadas” determinan, en principio, que ninguna de estas estrategias tiene una absoluta prevalencia sobre la otra. Ambas son útiles para diferentes propósitos.

81 Algunos la llaman “suave”. Por ejemplo, Churchland, Paul y Churchland, Patricia: op.cit., p. 102.