

EL SEGUIMIENTO DE REGLAS COMO MODELO EPISTEMOLÓGICO EN LA CIENCIA DEL DERECHO

Autora: cia Morales

Pertenencia institucional: Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Mar del Plata

Dirección Postal: Colón 2831 5° “C” – Mar del Plata

Correo Electrónico: le@arnet.com.ar

Comisión: Epistemología y Metodología de la Investigación Social

Mesa 22: Ensayo sobre la Metodología de las Ciencias Sociales

“(...) ¿Y cómo superamos esa dificultad que gravita sobre todas las ciencias del espíritu, que consiste en derivar conclusiones universalmente válidas de las experiencias íntimas, que están tan personalmente circunscritas, y son tan indeterminadas, tan complejas y sin embargo tan indivisibles?”

Wilhelm Dilthey, *Poética*.

I. Introducción

Una de las principales discusiones que se ha suscitado con el surgimiento y desarrollo de las ciencias sociales, y sigue despertando renovados esfuerzos teóricos en el marco de la epistemología contemporánea, se refiere a cuál es la metodología que resulta apropiada para abordar sus objetos temáticos. Existen al respecto dos tendencias antagónicas.

Por un lado, se ubican quienes sostienen que la metodología utilizada en el marco de las ciencias naturales es la apropiada para comprender y explicar también el mundo humano y sustentan, de ese modo, la aplicación de un único método para cualquiera de las distintas disciplinas científicas. Esta posición es denominada *monismo metodológico*.

Por otro lado, se encuentran aquellos para quienes el ámbito de las acciones humanas es suficientemente diferente al de la naturaleza como para que sea posible aplicarles con éxito la metodología de las ciencias que tiene a esta última como objeto. Exigen, por ende, una metodología distinta para abordar las dimensiones del mundo humano. Según se sostenga que el método apropiado para las distintas esferas de las ciencias sociales es uno sólo o puede variar conforme a la especificidad de ciertos aspectos de la vida en sociedad, esta tendencia se denomina *dualismo* o *pluralismo metodológico*.

En el marco de esta dicotomía y hacia fines de la década del 50, a la luz de la inmensa influencia del pensamiento de Ludwig Wittgenstein y vinculada con el comprensivismo de raíz weberiana, surge la posición de Peter Winch, quien introdujo una línea de argumentación que conmocionó el ámbito de la ciencia social. Winch niega el monismo y presenta una formulación distinta de la de los dualistas que, hasta entonces, se perdían en la noción poco precisa y menos rigurosa de la mera aprehensión intelectual de los fenómenos sociales.

En lo que sigue intentaré mostrar que en el ámbito de la filosofía jurídica, en la medida en que ésta intenta dar cuenta del estatus y características de la denominada *ciencia jurídica*, de delimitar su objeto temático, así como también, y de modo más general, de explicar la naturaleza del derecho, si bien con ciertas particularidades, se reproducen los problemas epistemológicos que afectan a las ciencias sociales en general. Tomaré como ejemplos para mi análisis algunos autores significativos de la teoría del derecho, con el fin de apreciar cómo repercute en sus elaboraciones teóricas la adopción de enfoques epistemológicos distintos. Muchas de sus discrepancias al explicar ciertos rasgos centrales del fenómeno jurídico o de la ciencia que pretende dar cuenta de él pueden ser vistas como una diferencia radical acerca de cuál es el método apropiado para abordarlos. Aunque muy vivo hasta alrededor de la década del 60, en la actualidad el debate metodológico parece haberse acallado sensiblemente, al menos como planteo explícito. Sin embargo, suponer que la teoría jurídica carece de presupuestos metodológicos no parece atendible ni conveniente.

Iniciaré el análisis reseñando la discusión epistemológica de las ciencias en general, para luego examinar el modelo revolucionario surgido en el ámbito de la antropología social: el *interpretacionismo* de Peter Winch. El siguiente paso será analizar el problema en el terreno de la filosofía del derecho, para lo cual se explora la posición que asume Hart, como una salida alternativa y superadora de las dos posturas paradigmáticas, el enfoque normativo de Kelsen por una parte, y la postura crítica de Ross por la otra. Tomaré como índice para ejemplificar las distintas posturas metodológicas en la teoría jurídica, el modo en que estos tres filósofos explican uno de los rasgos más centrales del derecho: la obligatoriedad o normatividad. Finalmente, y a modo de conclusión, trazaré

una línea que conecte la posición propuesta por Winch acerca del seguimiento de reglas en la antropología social con la de Hart relativa a la teoría del derecho, a fin de señalar ciertos paralelismos.¹

II. Marco histórico de la discusión

Desde una perspectiva histórica, von Wright² distingue dos tradiciones importantes enfrentadas, según el planteo que hace cada una de los requisitos a satisfacer por una explicación científicamente respetable: la *concepción aristotélica* y la *concepción galileana*. En este sentido, el debate entre ambas tradiciones es usualmente representado en los términos de *explicación causal* o *mecanicista* contra *explicación teleológica* o *finalista*.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX la relación entre estas dos ramas de la investigación empírica se convirtió en una de las principales cuestiones de la filosofía de la ciencia. Las posiciones cardinales al respecto se conectan en las dos tradiciones del pensamiento metodológico antes distinguidas.

Una de estas posiciones, llamada comúnmente *positivismo*, está representada por Augusto Comte y John Stuart Mill. Los principios del positivismo más relevantes son: (i) el *monismo metodológico* (o unidad de método), esto es, la idea de la unidad del método científico por entre la diversidad de objetos temáticos de la investigación científica; (ii) la consideración de que las ciencias naturales exactas (en especial la física y la matemática), establecen un canon metodológico que evalúa el grado de desarrollo de todas las demás ciencias, incluidas las humanidades; y (iii) la visión típica de la explicación científica, es decir, que ésta es de tipo causal. Se trata de la subsunción de casos individuales bajo leyes generales hipotéticas de la naturaleza.³

La otra posición, llamada *hermenéutica*, apareció a fines del siglo XIX como una reacción contra el positivismo, alcanzando un lugar destacado con una tendencia más diversificada que el positivismo.⁴

¹ Esta línea de análisis me fue sugerida por el profesor Germán Sucar.

² Cf. WRIGHT, Georg H. von (1971), *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza, 1987.

³ Cf. WRIGHT, Georg H. von, *op. cit.*, p. 21.

⁴ *Idem*, p. 23.

Son representantes de esta línea de pensamiento antipositivista en metodología, entre otros, Droysen, Dilthey, Simmel y Weber. La filosofía antipositivista de la ciencia se caracteriza por el rechazo del monismo metodológico postulado por el positivismo y la negación a tomar el patrón establecido por las ciencias naturales exactas como ideal regulador, único y supremo, de la comprensión racional de la realidad. Muchos pensadores que pertenecen a esta posición “*acentúan el contraste entre las ciencias que, al modo de la física, la química o la fisiología, aspiran a generalizaciones sobre fenómenos reproducibles y predecibles, y las ciencias que, como la historia, buscan comprender las peculiaridades individuales y únicas de sus objetos*”.⁵

Los antipositivistas también objetaron el enfoque positivista de la explicación. Droysen introdujo una influyente distinción metodológica, al diferenciar las nociones de *explicación* y *comprensión*. Según Droysen el objetivo de las ciencias naturales consiste en *explicar*, mientras que el de la historia es *comprender* los fenómenos que ocurren en su ámbito. Estas ideas metodológicas fueron desarrolladas sistemáticamente por Dilthey. Desde entonces existe la polémica acerca de las características de las ciencias del espíritu, y acerca del método que les es propio.

Pese a las reacciones antipositivistas de fines del siglo XIX y principios del XX, en el periodo de entreguerras el positivismo resurgió con más fuerza. El nuevo movimiento se llamó *neopositivismo* o *positivismo lógico*.⁶

Uno de los supuestos fundamentales del neopositivismo es la afirmación de la unidad del método científico, que exige que también las ciencias sociales construyan leyes invariables sobre los fenómenos humanos. La llamada *disputa del positivismo* enfrentó dos concepciones opuestas (racionalismo crítico *versus* teoría crítica) sobre la cuestión de si las ciencias sociales poseen una estructura científica similar a la de las ciencias de la naturaleza y si el método que les corresponde es o no es el mismo que el de estas últimas. Popper, por ejemplo, ha sostenido la unidad del método

⁵ WRIGHT, Georg H. von, *op. cit.*, p. 23.

⁶ Cf. WRIGHT, Georg H. von, *op. cit.*, p. 27.

científico, frente a la Escuela de Frankfurt,⁷ que afirmó la dualidad de ciencias y métodos. La discusión puede ser ilustrada también por las críticas dirigidas por Hempel, defensor del modelo nomológico-deductivo de explicación, a las teorías de Dray, quien sostiene que la explicación histórica tiene su propio modelo.

Von Wright señala que cualquier explicación, sea causal o teleológica o de otro tipo, proporciona una comprensión de las cosas, pues no hay en el uso común una distinción aguda entre los términos “explicar” y “comprender”. Agrega, sin embargo, que la palabra “comprensión” tiene una resonancia psicológica de la que carece “explicación”, aclarando así que *“este carácter psicológico fue subrayado por varios metodólogos antipositivistas del siglo XIX, siendo seguramente Simmel el más enérgico al considerar que la comprensión, como método característico de las humanidades, es una forma de empatía (en alemán Einfühlung) o recreación en la mente del estudioso de la atmósfera espiritual, pensamientos, sentimientos y motivos, de sus objetos de estudio”*.⁸ No obstante, añade que también cabe diferenciar a la comprensión de la explicación por la vinculación de la primera con la *intencionalidad*, ausente en la segunda. Acerca de esto indica que *“se comprenden los objetivos y propósitos de un agente, el significado de un signo o de un símbolo, el sentido de una institución social o de un rito religioso”*.⁹

En *La estructura de la ciencia*,¹⁰ Ernest Nagel contesta las objeciones más difundidas contra la posibilidad de formular leyes sociales y de afirmar la viabilidad de una *ciencia* social nomológica. Su argumentación repasa los que se suponen principales obstáculos: la imposibilidad del uso generalizado de diseños experimentales, la dificultad de formular leyes sociales generales dada la relatividad cultural y el condicionamiento histórico de los fenómenos abarcados, la naturaleza subjetiva de los temas de estudio sociales y el sesgo valorativo de la investigación social, entre otros. La estrategia discursiva de Nagel consiste en mostrar, primero, que tales obstáculos no son privativos de las ciencias

⁷ La Escuela de Frankfurt recibe su nombre en referencia al Instituto de Investigaciones Sociales de la ciudad de Frankfurt, Alemania, fundado en 1923 por Marx Horkheimer, y del que formó parte Theodor Adorno. Fueron miembros de la Escuela de Frankfurt, Karl-O. Apel, Jürgen Habermas, Walter Benjamín, Herbert Marcuse y Erich Fromm, entre otros.

⁸ WRIGHT, Georg H. von, *op. cit.*, p. 24.

⁹ *Idem.*

¹⁰ NAGEL, Ernest (1961), *La estructura de la ciencia*, Buenos Aires, Paidós, 1968.

humanas sino, por el contrario, relevantes también para las ciencias naturales; y, segundo, que se los puede superar en cualquiera de los ámbitos científicos.¹¹

III. La versión lingüística de Peter Winch

Peter Winch irrumpió en el escenario de la discusión metodológica sobre el concepto de *comprensión* en la década del 60, encabezando lo que se conoce como *interpretacionismo* o *comprensivismo lingüístico*,¹² que importó un quiebre definitivo con la versión psicologista. Su libro *The Idea of a Social Science*,¹³ causó impacto entre los científicos sociales, especialmente los antropólogos. Los argumentos allí expuestos fueron desarrollados luego en el ensayo *Understanding a Primitive Society*,¹⁴ donde examina el problema relativo a cómo se pueden comprender las costumbres de una sociedad primitiva.¹⁵

Winch toma como fuente principal de inspiración de su trabajo la filosofía del llamado *segundo Wittgenstein*.¹⁶ Este es un punto a destacar, puesto que Winch introdujo el pensamiento de Wittgenstein a los científicos sociales.

Según Winch, los fenómenos sociales se comprenden por métodos radicalmente distintos de los empleados en la ciencia natural. No es posible, sostiene, decir qué acción ocurre en un caso dado a menos que se conozca el pensamiento de los protagonistas.¹⁷ En su concepción, el mundo natural está gobernado por leyes como la de conservación de la energía en física clásica, que no es posible cambiar

¹¹ Cf. HIDALGO, Cecilia, "Leyes sociales versus reglas sociales", Prefacio en *Leyes sociales, reglas sociales*, Buenos Aires, CEAL, 1994.

¹² La concepción interpretacionista alcanza a aquellas escuelas, exploraciones y autores que centraron su producción en una pregunta por el mundo de significados de la vida humana. Es decir, que se remitieron a dimensiones de la vida social como la acción, el significado y la convención. Cf. GIDDENS, Anthony (1967), *Las nuevas reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993. De acuerdo con el interpretacionismo, explica Alberto Cordero, "el estilo explicativo de las ciencias naturales es inapropiado para entender los fenómenos humanos porque éstos, a diferencia de los de la física o la biología, involucran intenciones. Esto es, a nivel profundo el comportamiento humano está hecho de acciones (intencionales), no de eventos meramente determinados por causas. Entre los simpatizantes recientes de esta manera de pensar (cuya tradición conecta con Hegel, Dilthey, Weber y Collingwood) destacan, entre otros, Charles Taylor, Paul Ricoeur, Hans-G. Gadamer y Peter Winch, siendo este último probablemente el filósofo más identificado con la posición interpretacionista". CORDERO, Alberto, "La inteligibilidad racional y las ciencias" en Olivé L. (ed.), *Racionalidad epistémica*, EIAF n° 9, Madrid, Trotta, 1995, p. 129.

¹³ WINCH, Peter (1958), *Ciencia social y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

¹⁴ WINCH, Peter (1964), *Comprender una sociedad primitiva*, Barcelona, Paidós, 1994.

¹⁵ Se han objetado ampliamente las posibles implicancias relativistas de la elaboración presentada por Winch. Entre otros, JARVIE, I. C. (1970); GINER, S. (1994); HIDALGO, C. (1994). Tales cuestiones exceden el propósito del presente trabajo.

¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig (1953), *Investigaciones Filosóficas*, Barcelona, UNAM-Crítica, 1988.

¹⁷ WINCH, Peter (1958), *Ciencia social y filosofía*, cit.

ni suspender bajo ninguna circunstancia. Las acciones humanas, eminentemente voluntarias, no son de ese tipo y se entienden mejor como un tipo de comportamiento gobernado por *reglas*, en el sentido wittgensteiniano, que como un resultado de causas. Es decir, si el científico social quiere considerar las conductas como hechos sociales, entonces debe comprender el “significado” de las mismas. Esta comprensión la alcanza mediante la interpretación de los datos en términos de *reglas*¹⁸ que determinan la “realidad social” de los individuos estudiados. La descripción y la interpretación de la conducta social deben usar la misma trama conceptual que emplean dichos individuos. Es debido a esto que el científico social no puede permanecer al margen de su objeto de estudio de la manera en que puede hacerlo un científico natural. Al contrario, debe alcanzar una comprensión empática de dicho objeto, pero no entendida como un sentimiento, como ocurre en las versiones psicologistas, sino como una aptitud para participar en una “forma de vida”.¹⁹

Posiblemente, el principal mérito de Winch sea introducir la idea de *comprensión* como comprensión de reglas.²⁰ Si las reglas están en dimensiones del lenguaje, entonces la idea de la ciencia social es reconstruir lo que Wittgenstein llamaba un “juego de lenguaje”.²¹

Winch señala entonces que para reconstruir una forma de vida hay que entender el juego del lenguaje, y que el juego del lenguaje se entiende en función de reglas. Así, comprender al otro en términos metodológicos es reconstruir enunciados inteligibles a través del lenguaje y, con ello, el problema metodológico del psicologismo respecto de los estados mentales y los estados de conciencia (incomprensibles desde que los estados mentales del otro son privados) comienza a diluirse.

También subraya el carácter significativo de la conducta humana y la necesidad de captar las estructuras del mundo cotidiano con anterioridad a la formulación de los conceptos teóricos. Pero esas

¹⁸ Las reglas, en el sentido indicado, son convenciones, normas, instituciones y en general patrones de conducta; comprenden estipulaciones formales e informales, incluyendo acuerdos tácitos. Cf. CORDERO, Alberto, *loc. cit.*

¹⁹ Cf. WRIGHT, Georg H. von, *op. cit.*, p. 50.

²⁰ Cf. SCHUSTER, Federico L., “Exposición”, en Schuster F. ...[et al.], *El oficio del investigador*, Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación, Facultad de Filosofía y Letras, UBA y Rosario, Buenos Aires, Homo Sapiens, 1995, p. 33.

²¹ Para Wittgenstein, el juego del lenguaje es un conjunto de reglas que dan sentido a cada una de las proposiciones por el uso en una comunidad. Las proposiciones tienen sentido, según Wittgenstein, al interior de un juego del lenguaje. Las reglas del juego son sociales. El lenguaje es una construcción social, y los sujetos comparten un lenguaje, y se forman como tales al interior de un mismo juego del lenguaje; esto es, se mueven dentro del lenguaje como al interior de una construcción social. Wittgenstein también subraya la importancia de que el lenguaje representa una forma de vida, con lo cual entender un juego del lenguaje es entender una forma de vida. Cf. SCHUSTER, Federico, *op. cit.*, p. 34.

estructuras son consideradas ahora como estructuras de los juegos del lenguaje y no de la conciencia. Por ende, su explicación requiere un tipo peculiar de análisis lingüístico de orientación empírica. Y la clave para este tipo de análisis es la noción de “seguir una regla”.

La conducta significativa es caracterizada por Winch como conducta que viene *ipso facto* gobernada por reglas. Ello no implica que ésta consista simplemente en poner en práctica principios preexistentes. Antes bien, los principios y reglas surgen en el curso de la conducta y sólo son inteligibles en relación con la conducta de la que surgen. Por otro lado, la naturaleza de la conducta de la cual surgen, sólo puede ser entendida como una materialización de esos principios. En consecuencia, el científico social no puede llegar a una comprensión más reflexiva de los fenómenos sociales si no entiende primero la comprensión no-reflexiva del participante. En tal sentido expresa:

De acuerdo con el criterio de Mill, para comprender una institución social es preciso observar regularidades en la conducta de sus participantes y expresar dichas regularidades en forma de generalizaciones. Ahora bien, si se puede considerar que la posición del investigador sociológico (en sentido amplio) es comparable, en sus principales delineamientos lógicos, con la del científico natural, entonces debe cumplirse lo siguiente. Los conceptos y criterios conforme a los cuales el sociólogo juzga que, en dos situaciones, ha ocurrido la misma cosa o se ha desempeñado la misma acción, deben comprenderse *en relación con las reglas que rigen la investigación sociológica*. Pero aquí nos enfrentamos con una dificultad; mientras que en el caso del científico natural solo debemos ocuparnos de un conjunto de reglas –o sea, las que rigen la investigación misma del científico–, *lo que el sociólogo está estudiando*, así como el estudio de ello, es una actividad humana y se lleva a cabo, por tanto, de acuerdo con reglas. Y estas son –más que las reglas que rigen la investigación del sociólogo– las que especifican qué ha de considerarse «hacer la misma clase de cosas» con relación a esa clase de actividad.²²

Winch insiste en que los criterios fundamentales para investigar las acciones están tomados de las reglas conforme con las cuales se realiza la actividad que se está investigando. En términos más

generales, “aun cuando sea legítimo decir que la comprensión de un modo de actividad social consiste en un conocimiento de regularidades, la naturaleza de este conocimiento debe ser muy diferente de la naturaleza del conocimiento de regularidades físicas”.²³

IV. La alternativa en el derecho: H.L.A. Hart

En la teoría del derecho, como se mencionó anteriormente, pareciera reproducirse una problemática con relación a la metodología semejante a la analizada respecto de las ciencias sociales en general. Se consideran a continuación tres modelos epistemológicos distintos propuestos para el estudio de la ciencia jurídica por prestigiosos filósofos del derecho, así como las principales críticas que se les han señalado.²⁴

Hans Kelsen defendió con vehemencia la posibilidad y necesidad de purificar los estudios del derecho de toda ideología política y valoración moral, así como de todo componente sociológico o psicológico, a fin de atender a la singularidad de su propio objeto de estudio y de garantizar el estatus científico de tales emprendimientos teóricos, su objetividad y exactitud.

Para Kelsen, la ciencia jurídica es la disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, es decir, tiene como objeto la descripción del derecho visto como conjunto de normas. Las normas son, en su opinión, juicios hipotéticos de “deber ser”, esto es, juicios cuyo antecedente consiste en la descripción fáctica general de una circunstancia o conjunto de circunstancias (básicamente, la realización de cierta conducta bajo ciertas condiciones de espacio, tiempo y modalidad) y su consecuente en la imposición de una sanción, unidos por una cópula de “deber ser”, de tal modo que el vínculo entre antecedente y consecuente no es ni causal ni moral, ni un hecho ni un valor.²⁵

²² WINCH, Peter (1958), *Ciencia social y filosofía*, op. cit., pp. 82-83.

²³ *Ídem*, p. 83

²⁴ Sigo en el tratamiento de la cuestión las ideas desarrolladas en RODRÍGUEZ, Jorge ...[et al.], *Teoría General del Derecho*, inédito, 2003.

²⁵ KELSEN, Hans (1960), *Teoría Pura del Derecho* (2° ed.), México, UNAM, 1979.

Entre las diversas formas en que la normatividad jurídica se manifiesta respecto de las personas a quienes afecta, la primordial consiste en que les impone deberes. Las normas jurídicas expresan, a juicio de Kelsen, que algo “debe ser”, en particular que un hombre *debe* comportarse de determinada manera. La palabra “deber” en este contexto incluye no sólo el ordenar algo (obligación jurídica), sino también el permitir y el facultar algo. La norma, entonces, es el sentido específico de un acto intencionalmente dirigido al comportamiento de otro (distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye).

En la teoría de Kelsen existe una obligación jurídica si la norma enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción. Esta conducta contraria es el hecho ilícito, es decir, la condición suficiente para que la aplicación de la sanción sea debida. Jurídicamente obligado está quien puede cometer con su conducta el acto ilícito o, dicho de otro modo, quien con su conducta puede evitar la sanción. La obligación jurídica sería el opuesto lógico del hecho ilícito.

Para que el sentido subjetivo de un acto de voluntad dirigido intencionalmente hacia el comportamiento de otro posea además carácter objetivo, *i.e.* posea el sentido de un deber, debe tratarse de una norma válida. El fundamento de validez de una norma, a juicio de Kelsen, sólo puede estar dado por otra norma, nunca por un hecho o por un valor moral. La validez de las normas, a su vez, so pena de un regreso al infinito, descansa en última instancia en el presupuesto de la norma fundante (*Grundnorm*), que no es una norma positiva, sino una hipótesis de trabajo formulada por el científico, que permite concebir a las primeras normas históricas –sobre la base de las cuales pueden crearse las demás– como válidas, y con ello la validez de las normas dictadas en su consecuencia. De otro modo, de acuerdo con Kelsen, no sería posible concebir los actos subjetivos de voluntad dirigidos intencionalmente hacia el comportamiento de otros como debidos jurídicamente, es decir, como objetivamente debidos.

Según Kelsen, las normas que integran un determinado sistema jurídico –cuyo fundamento de validez común lo constituiría una norma fundante–, no configuran un conjunto del mismo nivel jerárquico, sino una construcción escalonada de normas supra y subordinadas.

Las oraciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe las relaciones entre antecedente (conducta) y consecuente (sanción) establecidas por la norma jurídica, son denominadas por Kelsen *enunciados jurídicos*. En cuanto tales, deberían distinguirse claramente de las normas, que son producidas por los órganos de derecho y no constituyen formulaciones teóricas. Los enunciados jurídicos serían *proposiciones condicionales* en cuanto expresan que, de conformidad con un orden jurídico, bajo determinadas condiciones deben producirse determinadas consecuencias. Por otra parte, serían enunciados *declarativos*, en tanto afirman ciertas propiedades de un objeto dado al conocimiento, en particular, de las normas jurídicas. Por ello son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Sin embargo, serían *enunciados deónticos* en tanto describen normas modalizadas deónticamente, y no hechos empíricos como la vigencia de la norma o el que ésta haya sido establecida, o el que pertenezca a determinado sistema jurídico. Por ello, a pesar de ser declarativos, los enunciados jurídicos poseerían una estructura lógica de “deber ser”.

La idea de que el “mundo del deber ser” es una categoría especial del pensamiento, distinta e irreducible a él, posee una génesis de raíz kantiana. Desde este punto de vista, Kelsen sostiene que la distinción “ser-deber ser” no puede ser explicada, sino que se encontraría “*inmediatamente dada a nuestra conciencia*”.

Existirían, pues, dos mundos radicalmente distintos: el “mundo del ser” y el “mundo del deber ser”. Cada uno de ellos se regiría por una lógica que le es propia: el “mundo del ser” se regiría por el *principio de causalidad*. Las relaciones que confieren orden a la naturaleza serían relaciones de causa-efecto. En cambio, a fin de concebir la conducta humana como debida, la ciencia del derecho no describiría del mismo modo su objeto a como lo hacen las ciencias de la naturaleza, *i.e.* no explica la conducta humana como sujeta a las leyes naturales. Según Kelsen, al describir un orden normativo se emplea un principio distinto, el *principio de imputación o atribución*.

La normatividad de la ciencia del derecho es una idea en la que la influencia kantiana resulta particularmente notoria.²⁶ Sobre su base, Kelsen asienta la distinción entre ciencias fácticas (causales) y ciencias normativas; es decir, entre la sociología jurídica, por un lado, y la ciencia del derecho, por otro.²⁷ La diferencia radicaría en el tipo de proposiciones usadas por cada una para la descripción de sus respectivos objetos. De esta manera, el autor de la *Teoría pura del derecho* pretende formular un criterio metodológico más preciso.

Kelsen centra su atención exclusivamente en el científico que estudia las normas y en los enunciados mediante los que las describe, sin tomar en cuenta la forma en que los actores primarios de la vida jurídica las consideran y usan, ni analizar, en consecuencia, las expresiones en que dicho uso se manifiesta lingüísticamente. Los hechos (lo que efectivamente ocurre con relación a las normas) sólo son considerados a través de la noción de *eficacia*. Con ella pretende dar cuenta del aspecto positivo del derecho; es decir, que las normas jurídicas son en general obedecidas por los sujetos destinatarios o, que en los casos en que no son obedecidas, son aplicadas las correspondientes sanciones por parte de la autoridad jurídica. La eficacia, entonces, sería una condición necesaria, aunque no suficiente, de la validez de las normas jurídicas. Pero la noción de eficacia no recepta en absoluto las razones por las cuales se obedecen o aplican las normas, sino únicamente la coincidencia de estas acciones con el contenido previsto por las normas.

La doctrina de Kelsen ha sido objeto de numerosos comentarios y críticas. Uno de estos ataques fue formulado por algunos autores que suelen agruparse bajo la denominación común de *realismo jurídico*.²⁸ El realismo jurídico concibe a la ciencia del derecho como una ciencia fáctica. Según esta postura, la actividad de los juristas estaría más próxima a lo que hacen los biólogos o los sociólogos; es

²⁶ Existen dos marcadas fuentes filosóficas que influyeron en el pensamiento de Kelsen, las cuales resultan incompatibles en cierto grado: la filosofía kantiana –o *neokantiana*, en la versión de Cohen– y la filosofía positivista de la ciencia. Estas influencias llegan a generar ideas irreconciliables a la hora de intentar preservar la coherencia en la reconstrucción del pensamiento de Kelsen, quien en los últimos años de su vida mostró predilección por sus ideas positivistas en desmedro de las tendencias neokantianas de su obra. Cf. RODRÍGUEZ, Jorge ...[et al.], *cit.*

²⁷ KELSEN, Hans, *op. cit.*, cap. VII.

²⁸ Corresponde aclarar que el *realismo jurídico*, como corriente de pensamiento en filosofía del derecho, no guarda relación alguna con la posición realista en filosofía del lenguaje, en metafísica y en metaética. Véase al respecto, por todos, SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

decir, su objeto de estudio se conformaría por un conjunto de hechos y la metodología a emplear por la ciencia del derecho sería la contrastación fáctica de ciertas hipótesis empíricas.

La concepción realista tuvo una importante repercusión particularmente en Estados Unidos²⁹ y en los países escandinavos.³⁰ Dentro del realismo escandinavo se destaca la postura de Alf Ross.³¹ En su concepción, la ciencia del derecho es una ciencia fáctica y sus proposiciones versan sobre hechos empíricamente verificables. Ross adhiere a la tesis de la unidad metodológica de las ciencias,³² según la cual todas las ciencias empíricas, incluso las denominadas ciencias sociales, entre las que se encuentra la ciencia jurídica, aplicarían la metodología propia de las ciencias naturales. Mientras que las proposiciones de las ciencias formales, como la lógica o la matemática, son analíticas, las de la ciencia fáctica serían sintéticas y las proposiciones sintéticas sólo tendrían significado si son empíricamente verificables. De ello se seguiría que si las proposiciones de la ciencia jurídica pretenden ser significativas, deben ser proposiciones empíricas. Con esta tesis Ross rechaza la división metodológica entre ciencias naturales y sociales.

Para Ross las normas jurídicas son *directivas*, esto es, expresiones sin significado representativo, pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia, no pudiendo ser en este sentido ni verdaderas ni falsas.³³ Las proposiciones formuladas por la ciencia del derecho, por el contrario, son aserciones que se propondrían describir (y no prescribir) el derecho vigente, *i.e.* afirmarían que ciertas directivas son derecho válido. Ahora bien, cuando la ciencia del derecho adjetiva ciertas normas como

²⁹ Entre los exponentes más destacados del *realismo norteamericano* se cuentan John Chipman Gray, Oliver Wendell Holmes, Karl Llewellyn, Roscoe Pound, Jerome Frank, Wesley Sturges, Felix Cohen y Max Radin.

³⁰ En 1912 el filósofo sueco Vitalis Norström había afirmado: “*Los días de la metafísica están contados. Y se puede añadir con toda seguridad que también lo están los días de los sistemas filosóficos en sentido convencional*”. Su profecía se cumplió en el ámbito de la filosofía nórdica, con la escuela fundada por Axel Hägerström y Adolf Paleen. Hägerström fue quien, desde su cátedra de Filosofía Práctica, dio lugar a una escuela de pensamiento jurídico que ha sido denominada *realismo jurídico escandinavo*. La Filosofía de Uppsala, aunque prácticamente desconocida fuera de sus fronteras hasta después de la II Guerra Mundial, tiene una notable coincidencia con el neopositivismo que se manifiesta en la crítica al idealismo (que comparte con el neorealismo de Moore), la crítica a la metafísica (que comparte con el Círculo de Viena) y la negación del carácter cognoscitivo de los juicios de valor (que comparte con el neopositivismo en general y, en particular, con el emotivismo). No obstante, la Filosofía de Uppsala se diferencia del neopositivismo en la influencia que tuvo aquella en la Filosofía y la Teoría del Derecho. Y ello tanto porque el mismo Hägerström se ocupó ampliamente de problemas filosófico-jurídicos, como porque, desde sus enseñanzas, se constituyó un importante núcleo de juristas que se encuadran en esta escuela, tales como Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross, Per Olof Ekelöf y Tore Strömberg, entre otros. Cf. HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico” en Garzón Valdés E. y Laporta F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, EIAF n° 11, Madrid, Trotta, 1996.

³¹ Ross, Alf (1958), *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

³² Esta tesis es sostenida por el *empirismo lógico*, corriente metodológica que surgió a principios del siglo XX. Sobre la base de la visión inductivista, centró su atención en la forma lógica de la relación entre la teoría y la observación. Sus principales representantes – reunidos en lo que se denominó el *Círculo de Viena*– fueron Otto Neurath, Hans Reichenbach, Rudolf Carnap y Gustav Carl Hempel.

³³ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 8.

“derecho vigente” describe, a juicio de Ross, ciertas realidades sociales, es decir, un cierto contenido de ideas tal como son realmente experimentadas y realmente efectivas.

Si esto se admite, entonces, en su opinión, se derrumbaría la radical distinción de Kelsen entre la ciencia “del ser” y la ciencia “del deber ser” y su concepción de los enunciados jurídicos a la vez como descriptivos (verdaderos o falsos) pero poseyendo, sin embargo, una estructura lógica de “deber ser”. Se desmoronaría, pues, la idea de que la ciencia del derecho expresaría a través de los enunciados jurídicos aquello que “debe ser”, en lugar de limitarse a describir normas vigentes (como pretende Ross). Las normas objeto de la ciencia jurídica y las proposiciones que formula la ciencia del derecho no poseerían una misma estructura lógica. Para describir las normas vigentes, por tanto, no sería necesario acudir al principio de imputación. Cuanto mucho –si se acepta la reconstrucción lógica que de las normas da Kelsen, lo que ha sido seriamente controvertido–, el principio de imputación sería apropiado para dar cuenta de la estructura lógica de las normas, pero nunca de la estructura lógica de las proposiciones que formula la ciencia del derecho.

A fin de establecer cuál es el derecho vigente en un determinado tiempo y lugar, lo que debe determinarse, a juicio de Ross, es qué normas son efectivamente vividas (*felt*) como obligatorias, en el entendimiento de que los agentes no sólo se sienten motivados o ligados espontáneamente a un cierto modo de acción, sino que al mismo tiempo saben con certeza que una transgresión de las normas provocará una reacción por parte de los demás agentes, o de ciertos agentes. Para determinar tal cosa puede acudirse al método introspectivo. Así, una norma es vigente si recibe adhesión efectiva en el sentido de que los agentes se sienten socialmente obligados.

En particular para Ross, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. Las normas son, en su concepción, directivas dirigidas a los tribunales, que se dirigen a los particulares implícitamente, en la medida en que estos conocen qué reacciones pueden esperar, en condiciones dadas, por parte de los tribunales. Específicamente, la ciencia jurídica dirigiría su atención al contenido ideal o abstracto de las directivas, pero en esta tarea no puede dissociarse de la sociología, toda vez que el contenido ideal

de las normas constituye una abstracción de la realidad social. Como un enunciado sobre el derecho vigente de la actualidad no se refiere al pasado ni tampoco a lo que todavía no ha ocurrido, los enunciados de la ciencia del derecho que se refieren al derecho vigente tienen que ser entendidos como enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a ciertas condiciones: “*si se inicia una acción respecto de la cual la regla jurídica particular tiene relevancia, y si en el interin no ha habido modificación en el estado del derecho (es decir, en las circunstancias que condicionan nuestra aserción de que la regla es derecho vigente), dicha regla será aplicada por los tribunales*”.³⁴

Resulta importante destacar la idea de normatividad que resulta de los presupuestos metodológicos asumidos por Ross: la obligatoriedad de las normas jurídicas son sólo un conjunto de sentimientos psicológicos (determinables por introspección) y comportamientos sociológicos (externamente observables). Cualquier otra idea del “deber jurídico” que no sea reducible a estos datos empíricos es considerada lisa y llanamente metafísica y, por tanto, eliminable del pensamiento científico. En este sentido Ross expresa:

La interpretación de la ciencia del derecho expuesta en este libro reposa en el postulado de que el principio de verificación debe aplicarse también a este campo del conocimiento, o sea, que la ciencia del derecho debe ser reconocida como ciencia social empírica. Esto significa que no debemos interpretar las proposiciones acerca del derecho vigente como proposiciones que aluden a una validez inobservable o “fuerza obligatoria” derivada de principios o postulados *a priori*, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales. Es menester poner en claro cuáles son los procedimientos que permiten verificarlas, o cuáles son las implicaciones verificables de ellas.³⁵

En el contexto de la discusión de Kelsen y Ross acerca de la metodología adecuada para dar cuenta del derecho y en particular de su normatividad, la teoría de Hart puede tomarse como la más interesante, seria y elaborada de los últimos decenios, y la que ha brindado pautas más precisas para explicar la naturaleza del derecho, de los conceptos jurídicos, así como también de la estructura de un

³⁴ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 40.

³⁵ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 39.

sistema jurídico y de los enunciados de la ciencia del derecho. Sobre estas bases también ha proporcionado una explicación de la normatividad que puede ser vista como un intento de superar las desventajas tanto del modelo kelseniano como del modelo de Ross.

Un modo en que se pone de manifiesto el éxito de la teoría del derecho de Hart consiste en que fue a partir de la discusión de sus ideas que han progresado las elaboraciones doctrinales de los últimos años. En muchos puntos de la teoría del derecho los juristas consideran que sus explicaciones son más plausibles y mejor discutibles que las teorías de Kelsen o Ross. En particular, ello es lo que ocurre con la explicación de la normatividad del derecho.

Contra la noción de “enunciado jurídico” formulada por Kelsen, en la que parecen confundirse dos clases de enunciados, descriptivos y prescriptivos, que Hart entiende conveniente distinguir, el autor de *El concepto de derecho* discrimina entre dos formas de referirse a las reglas o, lo que lo mismo, dos actitudes diversas que se pueden asumir con respecto a ellas, que denomina respectivamente *enunciados externos* y *enunciados internos*. Así, sería posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta o, en cambio, como un miembro del grupo que las acepta y las utiliza como guías de conducta. Hart denomina a la primera de tales actitudes “punto de vista externo” y a la segunda “punto de vista interno”. Dice al respecto:

Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el “punto de vista externo” y el “interno”. Pero cualesquiera sean las reglas, (...) podemos, si lo preferimos, ocupar la posición de un observador que ni siquiera se refiere de esa manera al punto de vista interno del grupo. Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones. Después de un tiempo el observador externo puede (...) correlacionar la desviación hostil y predecir (...) que una

desviación de la conducta normal del grupo dará lugar a una reacción hostil o al castigo. (...) Sin embargo, si el observador (...) no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser (...) una descripción en términos de reglas (...). En lugar de ello, su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos. Para tal observador, las desviaciones de un miembro de la conducta normal serán un signo de que probablemente sobrevendrá una reacción hostil, y nada más.³⁶

Los enunciados que se construyen desde el punto de vista externo son fácticos o descriptivos de ciertos hechos. En cambio, los enunciados internos son enunciados normativos o prescriptivos. Para Hart, la existencia de normas jurídicas importa que la conducta humana se hace en algún sentido no optativa u obligatoria. Para dar cuenta de la existencia del derecho es menester dar cuenta de la existencia de reglas o normas. Ahora bien, para Hart no es posible hablar de reglas –ni de obligatoriedad– como simples regularidades de conductas. Las reglas no son meros hábitos, sino que constituyen la *aceptación* por parte de los agentes de parámetros de evaluación de la conducta propia y ajena. Así, el enunciado de que alguien tiene una obligación implica la existencia de una regla. Sin embargo, no siempre que existen reglas la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación, como ocurre con las reglas de etiqueta. Una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la comunidad es insistente y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan hacerlo es grande o seria, se las cree necesarias para la preservación del grupo social y la conducta exigida por las reglas puede hallarse en conflicto con lo que el sujeto obligado desea.

Sobre estas bases, Hart distingue tajantemente entre “tener una obligación” y “sentirse obligado”.³⁷ Este último sería un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una cierta acción y es de un tipo muy diferente al enunciado que afirma que alguien “tiene la obligación” de hacer algo. Así, por ejemplo, las creencias y motivos por los cuales una

³⁶ HART, Herbert L. A. (1961), *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 110-111.

³⁷ *Idem*, capítulo V.

persona entrega dinero a un asaltante que lo amenaza con causarle un daño no son necesarios ni suficientes para sustentar el enunciado de que “tenía la obligación” de entregarle el dinero. Mientras que el enunciado de que “alguien tiene la obligación” de hacer algo es independiente del problema de si efectivamente realizó o no tal acción, esto último no es independiente del enunciado que afirma que “se vio obligado” a hacerlo. Este enunciado implica tal circunstancia de hecho, mientras que el primero no.

Hart distingue dos tipos principales de reglas, afirmando al respecto que:

(...) para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerados el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen (...) a la creación o modificación de deberes u obligaciones.³⁸

Los enunciados normativos de Kelsen pretenden cumplir a la vez las diversas funciones que cumplen los enunciados externos (función descriptiva) e internos (función prescriptiva). Pero un mismo enunciado, concluye Hart, no puede satisfacer ambos roles. La ciencia del derecho formula sus enunciados desde un punto de vista externo y en este sentido afirma la existencia de normas jurídicas, o más bien su pertenencia a un determinado sistema jurídico. Por su parte, las normas, objeto de los enunciados de la ciencia del derecho, son utilizadas prescriptivamente, *i.e.* para criticar o justificar conductas o decisiones. Por ello, la explicación de la obligación jurídica no requiere la suposición de

una norma fundante (*Grundnorm*). En este sentido, Hart comparte con Ross la idea de que las proposiciones de la ciencia del derecho poseen, a diferencia de lo que pretende Kelsen, una estructura lógica radicalmente distinta que las normas jurídicas que describen. Pero aquí acaban las coincidencias, pues lo que describen las proposiciones de la ciencia jurídica, en opinión de Hart, no son hechos sociales sino reglas jurídicas, que aunque presuponen para su existencia la existencia de ciertos hechos sociales como la aceptación, un cierto hábito de uso de ellas, etc., no son reducibles a aquellos. Por lo mismo, la noción de obligación jurídica no puede ser reducida al hecho psicológico de que la norma sea vivida como vinculante por los jueces ni al hecho sociológico de que sea usada por los tribunales en sus decisiones, ni a una conjunción de ambos factores, como pretende Ross.

Lo que Hart intenta demostrar es que la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición o una explicación adecuada, pueden ser clarificadas mejor si entendemos los dos tipos principales de reglas (primarias y secundarias) y la acción recíproca entre ellos, y se atiende a los dos puntos de vista (interno y externo) desde los cuales es posible considerar a las normas. Vale decir que en la tarea de clarificación de la naturaleza del derecho y sus características, principalmente la de su normatividad, Hart se vale principalmente de las nociones de regla y de seguimiento de reglas.

V. A modo de conclusión

La rápida mirada histórica lanzada sobre la filosofía de la ciencia muestra una constante pugna respecto de los métodos de investigación que han de ocuparse de las ciencias: (a) reducir las ciencias sociales a la misma estructura y metodología de las ciencias de la naturaleza, o (b) respetar la peculiaridad de las ciencias sociales. Esta última opción enlaza con la postura que sostiene que lo propio de las ciencias sociales, como sucede con las ciencias del espíritu o las ciencias humanas, es la comprensión de la sociedad y la cultura. En otras palabras, el debate epistemológico se ha centrado tradicionalmente en términos de monismo *versus* dualismo o pluralismo metodológico. En este

³⁸ HART, Herbert L. A., *op cit.*, p. 101.

contexto, irrumpe Peter Winch en la década del 60, rechazando la aplicación de un único método, el causal explicativo, a la par que tomando distancia del comprensivismo psicologista imperante en aquel momento.

En la teoría jurídica parece seguirse un camino paralelo al transitado en el marco de la epistemología general. Por una parte, Kelsen, a fin de garantizar que la ciencia jurídica sea un conocimiento objetivo y neutral, y dé cuenta específicamente de su objeto de estudio, postula, siguiendo a Cohen, una metodología más formal aplicable a la teoría del derecho a través de la utilización del principio de imputación, como distinto al principio de causalidad, propio de las ciencias naturales, sumándose, de este modo, a las filas del dualismo metodológico. Por la otra, Ross propugna como método para la ciencia del derecho el causal explicativo, común a cualquiera de las ciencias naturales. Ante esta situación parece relevante prestar atención a la posición de Hart, que ocuparía una posición asimilable a la que Peter Winch adopta en el debate general acerca de la metodología de las ciencias sociales. La similitud de posiciones no está dada solamente porque Hart “conmocionó” también al universo teórico de su disciplina, sino porque lo hizo, al igual que Winch, utilizando las nociones de *regla* y de *seguimiento de regla* como dos de sus principios fundamentales.

Winch sostiene que el acceso del científico social a sus datos, así como su formulación y aplicación de conceptos más reflexivos o técnicos, tiene que estar mediada por esos otros conceptos que pertenecen a la actividad que se está investigando; el científico social tiene que entender el juego de lenguaje que se está jugando. Y esto es algo que guarda más afinidad con el rastreo de las relaciones internas de un sistema de ideas que con la aplicación de generalizaciones y de teorías a casos particulares. Las relaciones sociales entre los hombres, y las ideas que las acciones de los hombres materializan serían una misma cosa considerada desde puntos de vista diferentes.

Lo que Hart plantea es, precisamente, la relevancia de captar la distinción, no obstante su conexión estrecha, entre el aspecto “interno” y “externo” de las reglas, que gravitaría en la plausibilidad de comprender no sólo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Así, se abre la posibilidad de tipos de aserción interconectados, pero disímiles, cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta; ya que es posible que un sujeto se ocupe de las reglas como un simple

observador que no las acepta o, en cambio, como un miembro del grupo que las acepta y que las utiliza como guías de conducta.

Bajo la óptica de esta estrategia, el intento de Hart de dar cuenta del fenómeno jurídico en tanto práctica social específica, puede ser visto como una manera de desmarcarse tanto del dualismo kelseniano como del monismo de Ross; de la misma manera que la propuesta ensayada por Peter Winch puede ser vista como una manera de alejarse del modelo causal explicativo, por una parte, y por la otra del comprensivismo psicologista.