

LA APLICABILIDAD DEL PROGRAMA FALSACIONISTA DE POPPER A LA CIENCIA JURÍDICA*

Guillermo Lariguet**

Resulta extraño, en cambio, que no haya recibido aplicación alguna en el derecho el método de Popper. Determinadas proposiciones acerca de ciertas normas (de una decisión judicial, por ejemplo) son capaces de ser refutadas (falsadas) por los hechos. La teoría general del derecho ha desperdiciado hasta ahora este criterio, pese a ser potencialmente fructífero.

Grün, Ernesto y Farrel, Martín.D: “Problemas de verificación en el derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp.63-64.

The Supreme Court opened a veritable Pandora's Box when it cited Popper's methodology. Should the legal community examine the contents of the box, or simply close the lid and walk away?

O'Connor, Sean: “The supreme court's philosophy of science: will the real Karl Popper please stand up?”, en *Jurimetrics*, 1995, p. 276.

1. Introducción

En este trabajo, me propongo examinar la aplicabilidad del programa falsacionista popperiano a la ciencia jurídica. Se trata de una estrategia epistemológica que puede resultar atractiva para analizar la cuestión de qué significa hacer ciencia jurídica.

* Este trabajo se originó en una extensa monografía que realicé con motivo de un Seminario de Posgrado dictado por David Miller. Estoy en deuda con las rigurosas observaciones del Prof. Ricardo Caracciolo.

** Conicet. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. U.N.C., Argentina.

Como es sabido, Karl Popper propuso como criterio de demarcación entre ciencia empírica y metafísica a la idea de falsación.¹ La falsación² de teorías forma parte de un programa epistemológico de crítica racional que renuncia a buscar *razones concluyentes* que apoyen la verdad de los enunciados o teorías científicas.³

El programa de falsación de teorías (en adelante PF) apunta a resolver dos problemas clásicos de la filosofía de la ciencia que se encuentran intrínsecamente relacionados: el problema acerca de qué significa hacer ciencia ‘genuina’ y el problema de la ‘unificación’ de las ciencias. Esto es así porque, si bien la multiplicación de las ciencias en disciplinas es un rasgo de la escena intelectual con el que estamos familiarizados, Popper pensó que la relación entre estos dos problemas era posible sobre la base de la *unidad del método* (la falsación). Todas las ciencias, más allá de sus dominios especiales, podrían conectarse a partir de este método.

Como puede advertirse, la pretensión de aplicar a la ciencia jurídica (en adelante CJ) los componentes básicos del PF tiene la finalidad de extrapolar a ella parámetros de crítica racional que permitan, por un lado, la eliminación de *teorías falsas* y, por otro lado, reconstruir ciertos cometidos teóricos que realizan los dogmáticos jurídicos –como, por ejemplo, describir la existencia de normas– como actividades *cognoscitivas* en sentido *empírico*.

Esta clase de reconstrucción supone que el problema acerca de qué significa hacer CJ no puede preterir una consideración sobre el lugar que ésta pueda ocupar en un *paisaje científico global*, en este caso, el lugar de la CJ en el paisaje global de las ciencias.⁴

Los dogmáticos del derecho podrían, eventualmente, acordar con esta reconstrucción y adoptar como propia la misión de eliminar del seno de

¹ Cfr. Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 290-292

² Utilizaré las expresiones ‘falsación’, ‘falsar’, ‘falsabilidad’, siguiendo los criterios expuestos por el traductor español de *La lógica de la investigación científica* en la respectiva nota a pie de página 33.

³ Miller, David: *Critical Rationalism. A restatement and defense*, Open Court, Chicago and La Salle, Illinois, 1994, Preface, P. IX. La traducción de este párrafo, como de los que oportunamente citaré, me pertenece.

⁴ Sellars, William: “La filosofía y la imagen científica del hombre”, en B. Russell, R. Carnap, W.V. O. Quine, *La concepción analítica de la filosofía*, selección a cargo de Javier Muguerza, Alianza, Madrid, 1986, pp. 647-648.

la CJ teorías jurídicas falsas. Pero este acuerdo encuentra problemas. Esto es así porque ellos persistentemente desacuerdan, por un lado, sobre cuáles son los ‘hechos’ que pueden refutar sus teorías (*base empírica*) y, por otro lado, sobre el contenido y la estructura lógica que estas *teorías jurídicas* deberían tener a efectos de someterse al escrutinio de la falsación.

Ambas cuestiones se vinculan con el problema filosófico consistente en reconstruir *qué significa hacer CJ*, esto es, qué *cometidos teóricos* son los que mejor *caracterizan* la labor *-supuestamente teórica-* que llevarían a cabo los dogmáticos del derecho. En este sentido, las diversas *interpretaciones metateóricas* de la CJ asignan a ésta diversos cometidos teóricos, dependiendo esta asignación de los *presupuestos filosóficos* que las interpretaciones en cuestión sustenten.

Estas interpretaciones deben ser discutidas si el problema que procuro analizar versa en determinar lo siguiente: ¿en qué forma debieran *reconstruirse* las llamadas ‘teorías’ de los dogmáticos del derecho —tales como la “teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado”, la “teoría del acto de comercio”, la “teoría del reenvío en el derecho internacional privado”, la “teoría del delito”, la “teoría de la compra-venta”, etc.— para que les resulte aplicable el PF popperiano?

2. La aplicabilidad del programa crítico-racionalista popperiano a la ciencia jurídica

La *ciencia* que ha capturado la atención de Popper ha sido una ciencia con *contenido empírico* y cometido teórico característicamente *explicativo*. Una *teoría*, para Popper, se define como un conjunto de hipótesis explicativas arriesgadas, cuyos ingredientes básicos están constituidos por un conjunto de enunciados universales (leyes) y por un conjunto de condiciones iniciales.⁵

Para poner a prueba esta teoría debe configurarse la *base empírica* en la cual ubicaremos aquellos ‘hechos básicos’ que suministren los *criterios* de falsación. Estos hechos, que permiten determinar cuándo una teoría empírica está o no refutada, forman parte del contenido de lo que Popper llama ‘enunciados básicos’; enunciados *particulares* re-

⁵ Popper, Karl, *op. cit.*, p. 58, 73.

lacionados a la ‘existencia’ de un *hecho básico* ubicado en un *tiempo y espacio determinado*.

Es por medio de estos enunciados que las teorías son sometidas a prueba rigurosa⁶ en combinación con la regla del modus tollens; para lo cual, los enunciados explicativos generales están conectados *sistemáticamente* con ellos⁷. Que la teoría resista la crítica racional sólo significa que ella merece seguir siendo discutida racionalmente⁸.

A partir de estos componentes básicos un metateórico del derecho - interesado en aplicar el PF a las teorías dogmáticas de la CJ- registra la existencia de desacuerdos metateóricos básicos.

Detrás de estos desacuerdos subyacen tres cuestiones directamente vinculadas: en primer lugar, la discusión preliminar acerca de si, efectivamente, las llamadas ‘teorías dogmático-jurídicas’ se ocupan de “hechos”. De admitir que las teorías jurídicas se ocupan de ciertos hechos, la segunda cuestión, ahora, es discutir –en forma exhaustiva– qué clase de ‘hechos’ involucra la ‘existencia’ de las normas o sistema de ellas en orden a proporcionar las condiciones veritativas, en este caso, los criterios de refutación de las teorías jurídicas y, la tercera cuestión, finalmente, se vincula con la elucidación de cuál es el *cometido teórico*⁹ más ‘característico’ con que cabe reconstruir la labor de los dogmáticos en su conocimiento del derecho.

La primera cuestión –que trataré en las **secciones 3.1 y 3.2**– exige determinar cuál visión metateórica le asigna a las teorías construidas por los dogmáticos del derecho **contenido empírico**. Existen dudas, sin embargo, sobre si esta asignación reconstruye plausiblemente la estructura y función de las teorías de los dogmáticos del derecho. Admitir con seriedad estas dudas constriñe a pensar en una reconstrucción alternativa del PF; cuestión que plantearé en la **sección 5**.

La segunda cuestión requiere precisar **en qué consiste** este contenido empírico. Es importante porque predicar carácter ‘científico’ de las teorías jurídicas obliga a la realización de dos faenas: por un lado, de-

⁶ Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, Barcelona, Paidós, 1994, pp. 462-463.

⁷ Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 73.

⁸ Popper, Karl: *La lógica de las ciencias sociales*, Grijalbo, México, 1978, p. 27. Miller, David: *Critical Rationalism. A restatement and defense*, op. cit., pp. 6-7.

⁹ Los enunciados descriptivos y los predictivos tienen diferente estructura lógica. Ellos determinan distintas estructuras conceptuales en las teorías jurídicas.

terminar qué clase de hechos se considerarán relevantes en el diseño de la base empírica de una teoría jurídica y, por otro lado, construir una clasificación lógica de los distintos tipos de enunciados básicos que los juristas emplearían para ponerlas a prueba. Como se trata de un tema complejo, cuyo análisis exhaustivo puede reservarse para otro trabajo, sólo plantearé algunos aspectos básicos que se encuentren conectados con el problema de la generalidad de los enunciados teóricos del derecho (**Sección 4.2**).

La tercera –y última cuestión– se vincula con la necesidad de abrir un análisis sobre la **estructura lógica de las teorías jurídicas**. Para esto resulta conveniente dar cuenta de dos sub-cuestiones interconectadas: la primera, estriba en determinar si existen enunciados generales en las teorías jurídicas (**sección 4.2**). Se trata de una cuestión complicada que intentaré resolver planteando, como alternativa, la propuesta de Alf Ross (**sección 4.2.1**). La segunda, si estos enunciados tienen relaciones sistemáticas con los restantes enunciados de las teorías, será discutida en primer lugar (**sección 4.1**).

3. El problema del contenido empírico de las teorías jurídicas

¿Con qué tipo de ciencia debería comprometerse el científico del derecho? ¿Con un modelo de ciencia interpretado ‘normativamente’ o con un modelo de ciencia interpretado ‘empíricamente’?

3.1 La reconstrucción metateórica de Kelsen

Una primera aproximación a esta pregunta indicaría que reconstruir un compromiso del dogmático del derecho con un *modelo de ciencia estrictamente normativo* bloquearía el paso, en principio, al intento de aplicar el PF que se encuentra constreñido a la exigencia de deducir consecuencias observacionales de las teorías.

La interpretación metateórica de la CJ como una ‘ciencia normativa’, esto es, como una ciencia que tiene por ‘objeto’ el *conocimiento de normas*, exige la existencia de dos mundos discernibles, el mundo fáctico y el mundo normativo¹⁰. Las normas son entidades que se definen por su pertenencia a este segundo mundo.

¹⁰ Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1995.

De acuerdo con esto, la dogmática jurídica propondría ‘teorías’ cuyas proposiciones refieren a un ‘deber ser’ que debe ser presupuesto *hipotéticamente* por el dogmático en sus labores de *reconstrucción conceptual y descripción* del derecho. Esta sería la concepción de Kelsen.¹¹ Él rechazaría la *reducción externa* de la ciencia jurídica a una ciencia empírica. El cometido teórico de los juristas se caracterizaría por la formulación de enunciados verdaderos acerca de normas válidas.

Esta concepción opondría dificultades a la aplicabilidad del PF a la CJ toda vez que la propiedad ‘fuerza obligatoria’ pareciera invocar características no observables de las normas. Sin embargo, esta suposición –frecuente en la teoría general del derecho– podría ser discutida y, ello, por varias razones.

Es cierto que, para Kelsen, la validez de las normas –entendida como ‘fuerza obligatoria’ intrínseca– es un recurso pensado para explicar conceptualmente la normatividad o “sentido objetivo”. También es cierto que este “sentido objetivo” –inobservable– debe diferenciarse del “sentido subjetivo” –directamente observable– de los actos ‘creadores’ de normas¹² y que, como tal, constituye una “realidad específica” de la que debe dar cuenta las teorías dogmático-jurídicas. El sentido objetivo se remonta a una “norma hipotética” que permite suponer el carácter normativo de los actos creadores de la primera constitución¹³. Esto sugeriría que Kelsen no está preocupado por reconstruir algún tipo de contenido empírico en las teorías jurídicas.

Sin embargo, esta sugerencia podría objetarse toda vez que la norma hipotética no es arbitraria ya que sólo *justifica* asignar sentido objetivo al acto creador de la primera constitución en el caso de que ésta sea *eficaz*.¹⁴ La ‘eficacia’, como es notorio, constituye un predicado *empírico* observable; motivo por el cual la metateoría kelseniana no se desentendería del problema del contenido empírico de las teorías de la dogmática jurídica. Con todo, esto último debiera ser matizado nueva-

¹¹ Al menos, lo que los teóricos del derecho consideran la etapa “preponderantemente” kantiana de la obra kelseniana. Bulygin, Eugenio: “Kant y la filosofía del derecho contemporánea”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 371-382.

¹² Caracciolo, Ricardo: “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. III, N.º. 2, 1977, p. 177.

¹³ Caracciolo, Ricardo: *op. cit.*, p. 178.

¹⁴ Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 223.

mente. Kelsen enfatiza en que la asignación de la propiedad eficacia a las normas es *independiente* de la predicación de validez objetiva de las normas toda vez que una norma recién promulgada es válida aunque no se haya comprobado su eficacia.¹⁵

De cualquier manera, alguien podría verse tentado a reconstruir relaciones necesarias y conmutativas entre el enunciado “N es válida” y el enunciado “N es eficaz” bajo la forma de un bicondicional: “N es válida si, y sólo si, N es eficaz”. Desafortunadamente, la validez como fuerza obligatoria no es reducible, para Kelsen, a fenómenos empíricos. Siendo así, habría que admitir que –para Kelsen– las expresiones ‘norma con fuerza obligatoria’ y ‘norma eficaz’ solo pueden ser plausiblemente representadas por un enunciado bicondicional contingente.

La dificultad de determinar cuál es la naturaleza de la conexión entre estas propiedades mostraría, entre otras cosas, una fuerte tensión conceptual entre dos perspectivas diferentes en la reconstrucción kelseniana de la estructura de las teorías jurídicas: una dimensión empírica y otra que refiere a entidades puramente conceptuales.¹⁶

Para Ross –como enseguida veremos– la propiedad ‘fuerza obligatoria’ y la presuposición de una norma hipotética desvincula a las teorías de la CJ de contenido empírico. No obstante ello, la observación de Ross podría ser disputable toda vez que sería erróneo considerar la base empírica de la ciencia de la manera en que lo harían los positivistas empiristas. La base empírica no se integra, solamente, por datos fácticos brutos y percepciones.¹⁷ La base empírica es una *construcción* de las teorías y, si eso se admite, no habría una nítida distinción entre términos teóricos y términos observacionales o entre términos directamente observables e indirectamente observables. Todos los términos que emplean –expresa o tácitamente– las teorías son “teóricos” en distintos grados y esto podría aplicarse a la presuposición de la norma hipotética kelseniana. Las observaciones son guiadas siempre por teorías, por lo cual, todas las observaciones son indirectas.¹⁸ De hecho, en las ciencias,

¹⁵ Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el Derecho la Justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica-Grijalbo-Mondadori, 1994, p. 446.

¹⁶ Una tensión entre los presupuestos filosóficos del positivismo empirista con los presupuestos filosóficos kantianos. Bulygin, Eugenio: “Validez y positivismo”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *op. cit.*, pp. 500-502.

¹⁷ Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁸ Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, *op. cit.*, p. 72; 155.

a más de enunciados empíricos, existen enunciados analíticos o teóricos que no eliminan por ello su contenido empírico.¹⁹

El argumento precedente, con el que defendimos a Kelsen, debería dejarse de lado. Podría ser un buen argumento para responder los ataques de Ross -centrados en el carácter metafísico o no observable de la norma hipotética. Pero no sería una lectura fina del pensamiento de Kelsen basado en la construcción de una ciencia normativa no reducible a una ciencia empírica.²⁰

3.2. La reconstrucción metateórica de Ross

Admitir lo anterior constituiría un fuerte argumento para decidimos a abandonar la noción de validez como fuerza obligatoria. Esta decisión nos fuerza a comprometernos con un modelo de CJ en que las normas refieran a hechos observables empíricamente. Ésta ha sido, precisamente, la estrategia de reducción de Ross.

La propiedad ‘inobservable’ validez obligatoria de las normas es *eliminada* en favor de una propiedad fáctica observable: su *vigencia*.²¹ De acuerdo con esta interpretación, las ‘teorías de la dogmática jurídica’ pueden reconstruir conceptualmente la existencia de normas a partir de hechos empíricamente discernibles. Las normas no serían más que esquemas interpretativos de ciertas conductas:²² la conducta de los jueces orientada a usarlas en la justificación de sus decisiones. Los enunciados teóricos acerca de normas, si quiere evitarse un ‘parloteo metafísico’, deben *reducirse* a enunciados acerca de hechos observables. Con ello, las teorías dogmático-jurídicas podrían ser contrastadas con una base empírica determinada por esos hechos. Este reemplazo de las normas en ‘sentido objetivo’ por normas ‘vigentes’ se concretiza median-

¹⁹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Definiciones y normas”, en Eugenio Bulygin; et al (compiladores), *El Lenguaje del Derecho, Homenaje a Genaro Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p.35.

²⁰ La defensa del contenido empírico de la CJ –tal como es reconstruida por Kelsen– podría basarse también en el *criterio de pertenencia*. Si este criterio depende de ciertos hechos, uno podría decir que “N tiene fuerza obligatoria si, y sólo si, N pertenece al sistema S”. Con todo, a esta conexión le cabe las mismas observaciones que fueran enderezadas a la relación validez-eficacia.

²¹ Bulygin, Eugenio: “El concepto de vigencia en Alf Ross”, en *Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, op. cit.*, pp. 345-346.

²² Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, p. 18.

te una interpretación factualista de éstas que conduce a asignar contenido empírico a los enunciados teóricos que utilizan los dogmáticos del derecho. Se trata, ahora, de enunciados teóricos del “ser” y no del “deber ser”.²³

Ante las consideraciones que vengo haciendo, pareciera que la opción por la metateoría rossiana liquida el problema de la aplicabilidad del PF. Sin embargo, la asignación de contenido empírico a las teorías dogmático jurídicas no resuelve el problema en forma completa. El contenido empírico es condición necesaria mas no suficiente para la aplicabilidad del PF a la CJ.

4. La estructura lógica de las teorías jurídicas

Por ello, la cuestión ahora es determinar cuál es el **contenido** y **estructura** de las llamadas teorías jurídicas. Si las teorías a la Popper *contienen enunciados generales estructurados sistemáticamente*, el interrogante debe ser el siguiente: ¿Existen en el conocimiento dogmático teorías que sean análogas a las teorías popperianas? Para responder a esto conviene concentrarse en los dos problemas que a continuación discuto.

4.1. El problema de las relaciones lógico-sistemáticas entre los enunciados que componen una teoría jurídica

Veamos este problema bajo la visión de Kelsen. Él sostenía que el cometido teórico ‘característico’ de la CJ consistía en *describir neutralmente* el derecho. La idea subyacente a esta interpretación es que las teorías jurídicas serían, básicamente, un conjunto *sistemático* de enunciados descriptivos. La razón de ser de esta idea reposa en una de las exigencias para identificar teorías: las proposiciones deben estar relacionadas lógico-sistemáticamente.

Los juristas, sin embargo, parecieran estar más preocupados por la sistematicidad del derecho (su ‘objeto’ de conocimiento) que por la sistematicidad de los enunciados teóricos acerca del derecho. Por este

²³ Bulygin, Eugenio: “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en *Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op. cit.*, p. 338.

motivo, *suponen* que el derecho legislado constituye un sistema en el que las normas están relacionadas deductivamente.

Tal suposición se asienta en un presupuesto fuerte: la existencia de un legislador racional (sistemático). A la postre, este presupuesto deviene en una herramienta conceptual de racionalización de dos dominios que pueden distinguirse lógicamente: el dominio de las normas y el dominio de los enunciados teóricos acerca de normas.

En el fondo, se trata de la misma *estipulación conceptual* consistente en suponer una suerte de *isomorfía*²⁴ entre la supuesta estructura sistemática de las normas y la supuesta estructura sistemática de los enunciados descriptivos.

En cualquier caso, el paso siguiente es considerar que de esta supuesta estructura sistemática de enunciados descriptivos puede predicarse el carácter de ‘teoría’ jurídica.²⁵

Se trata de una estipulación formulada de manera circular. Se predica de una estructura de normas la existencia de relaciones lógico-deductivas para luego sostener que la estructura de los enunciados descriptivos de los dogmáticos es un ‘reflejo’ de ellas.

Para hacer plausible esta suposición se sostiene que la predicación de relaciones lógico-deductivas entre las normas obedece a una reconstrucción teórica holística²⁶ –habitual en los juristas– según la cual pertenecen a un conjunto normativo no solo las normas explícitas sino también las implícitas o derivadas de acuerdo a las reglas de inferencia deductiva. De acuerdo con esto, sería posible pensar que –de manera ‘refleja’ a las normas– los enunciados descriptivos configuran un conjunto lógico-sistemático.

Como consecuencia de lo anterior podría razonarse que, si se afirma que las normas son *enunciados generales* relacionados entre sí deductivamente, y se estipula que la estructura lógico-sistemática de éstos puede ‘reflejarse’ en la organización lógica de los enunciados

²⁴ Para esta cuestión puede consultarse: Caracciolo, Ricardo: “Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho”, en *Crítica*, vol. XI, N° 31, México, 1979, pp. 35-52.

²⁵ Esta pareciera ser la idea de Pincione, Guido: “Sobre el ‘status’ cognoscitivo de las teorías generales del derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, pp. 284-285.

²⁶ Cfr. Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 12.

descriptivos de los dogmáticos, sería posible aseverar, entonces, que los *enunciados descriptivos de los juristas* son análogos a las *leyes descriptivas generales* de la ciencia empírica.

4.2. El problema del carácter general de los enunciados que componen una teoría jurídica

Aun admitiendo que estos enunciados pudieran reconstruirse como un conjunto lógico-sistemático del cual fuese posible predicar el carácter de ‘teoría’ no queda acreditado fehacientemente que la estructura lógica de estos enunciados sea análoga a la estructura de las teorías popperianas, a menos que se confunda la *generalidad de las normas jurídicas* con la *generalidad de los enunciados acerca de esas normas*. Supóngase que admitimos que un conjunto de este tipo forma parte de lo que los dogmáticos llaman ‘teoría jurídica’. ¿Cuál sería su estructura lógica?

Tomemos como ejemplo lo que los dogmáticos llaman ‘teoría jurídica de la compraventa’. En nombre de esta ‘teoría’ un dogmático civilista podría sostener que “la acción de entregar la cosa vendida es obligatoria una vez que el comprador haya pagado el precio convenido”. Se trataría de un enunciado teórico que afirmarí­a un determinado status deóntico para una cierta acción. La reconstrucción de esta afirmación podría ser la siguiente: Si $C \supset O_x$ (si el comprador pagó el precio convenido, entonces es obligatorio para el vendedor entregar la cosa vendida). De acuerdo a esto último la acción x del vendedor es obligatoria si, y sólo si, el comprador pagó el precio, por lo cual la ‘teoría’ se *completa* si se afirma que, dadas ciertas condiciones, como por ejemplo que el vendedor entregue la cosa, la acción del comprador también es obligatoria. Esto es importante, entre otras razones, porque si el comprador no pagó el precio, la afirmación de que la acción del vendedor es debida –entendida como una descripción–, resultaría refutada.

Todavía más: para reconstruir la afirmación del dogmático se puede decir lo siguiente: «‘todos’ los vendedores deben entregar la cosa vendida si el comprador ha pagado el precio convenido». La presencia del cuantificador existencial ‘todos’ de este enunciado llevaría a trazar una analogía con un enunciado general descriptivo de la forma $\forall x (C_x \supset O_x)$ que es típico del esquema explicativo estándar de una teoría expli-

cativa de la ciencia empírica.²⁷ Es decir: para todos los contratos de compraventa (x) todos los vendedores deben entregar la cosa vendida (Ox) si los compradores pagan el precio convenido (Cx). Si un individuo (un comprador) paga el precio (Cx) entonces es obligatorio para el vendedor entregar la cosa (Ox).

La cuestión, entonces, es determinar bajo qué condiciones estos enunciados son verdaderos.

Si pudiera obtenerse una respuesta para esto, pareciera que la reconstrucción de lo que los dogmáticos llaman ‘teoría’ coincidiría con la idea que Popper tiene acerca de los enunciados explicativos descriptivos de la ciencia empírica.

Sin embargo, esta admisión no tiene cabida si se admite que los enunciados descriptivos –aparentemente generales– de los juristas tienen carácter *particular*²⁸ y no general como las teorías popperianas porque, en última instancia, la verdad de estos enunciados depende de la verdad de ciertos hechos particulares como la existencia de una norma. Pero claro: este carácter sólo se reconstruye mostrando que la palabra ‘descripción’ –conque se caracterizó el enunciado del dogmático civilista– requiere de mayor elucidación.

Esto es así porque, en rigor, el status deóntico de la acción del vendedor está definido por una *norma* que, casi siempre, tiene contenido general. Esto significa que la norma designa una clase de acciones y una clase de destinatarios. En virtud del criterio de pertenencia esa norma es *relativa* a un sistema jurídico determinado y la descripción del dogmático es relativa a ese sistema. La expansión conceptual de todo el contenido del enunciado descriptivo del jurista sería la siguiente: la acción x es obligatoria de acuerdo a una norma n que, a su vez, pertenece al sistema normativo S o es válida en S.²⁹

De acuerdo a esto último, despojar de carácter general a los enunciados descriptivos de los juristas conduciría a pensar que éstos no son más que *enunciados existenciales particulares* referidos a una clase particular de hechos localizados en un cierto espacio y tiempo. Si esto fuera así, los **enunciados descriptivos de los juristas** no serían muy

²⁷ Sobre el concepto de explicación puede consultarse: Estrella, Jorge: “¿Qué explican las explicaciones?”, en *Argumentos Filosóficos*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1984.

²⁸ Cfr. Bulygin, Eugenio: “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en *Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op. cit.*, p. 338.

²⁹ Cfr. Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales, op. cit.*, pp. 12-20.

diferentes de los **enunciados básicos popperianos**. Ambos tienen carácter particular.

Sin embargo, esta equiparación no los torna idénticos. Ello es así porque la función de los enunciados básicos es refutar teorías; mientras que la suposición según la cual los enunciados descriptivos de los juristas son particulares conduciría a preguntarse sobre si éstos están *conectados* con hipótesis generales o teorías, como ocurre en el caso de los enunciados básicos popperianos o, si por el contrario, agotan el concepto jurídico de ‘teoría’.

De todas maneras, el problema, ahora, finca en determinar las condiciones bajo las cuales es posible probar la verdad de los enunciados dogmático-jurídicos en comparación con el modo de probar la verdad de los enunciados explicativos generales popperianos.

Resulta notorio que estos últimos no pueden probarse en forma concluyente. Por esta razón, Popper trazó una distinción entre ‘corroboración’ y ‘verdad’ de teorías³⁰. Pensó que una teoría *corroborada* es sólo un indicador de que la teoría, al pasar con éxito un test de prueba, merece seguir siendo criticada racionalmente.

Por esto, a diferencia de la verdad, que es un valor lógico intemporal independiente de los cambios en el mundo empírico, la corroboración supone la evaluación lógica de las teorías con relación a un sistema empírico de enunciados básicos. La corroboración exige añadir subíndices temporales al sistema de enunciados básicos que permiten poner a prueba la teoría. Se habla de corroboración en el tiempo 1, tiempo 2, tiempo n. Siendo así, no se prueba en forma concluyente la verdad de los enunciados generales. Estos son corroborados con relación a un sistema de enunciados básicos determinado.³¹ ¿Rige esta distinción para el conjunto de enunciados descriptivos –estipulativamente- considerados como ‘teorías jurídicas’?

Si se afirma que, a diferencia de las teorías empíricas, los enunciados descriptivos de los dogmáticos son de carácter *particular*, la distinción popperiana debiera ser matizada para el caso de la CJ. La prueba de la verdad de estos enunciados particulares –a diferencia de las teorías popperianas– sería *concluyente*. Esta prueba se llevaría a cabo contrastando los enunciados descriptivos –analogados con enunciados

³⁰ Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 256.

³¹ Popper, Karl: op. cit., pp. 256-257.

básicos— con los sistemas normativos que le servirían de sustento veritativo. No obstante, ¿cómo entender esta afirmación desde una perspectiva *empírica*? Desde esta perspectiva se sostiene que el derecho es un fenómeno *dinámico*. Los sistemas ‘*aparecen*’ o ‘*desaparecen*’ debido a actos de promulgación y derogación de normas. Esto es, sin embargo, solo *una manera de hablar*.

Ello es así porque, desde una *perspectiva conceptual*, los sistemas normativos —al igual que cualquier sistema teórico— existen con independencia de cambios empíricos y, por esto, los enunciados descriptivos que fueron verdaderos con respecto a ellos lo son eternamente.³² Esto significa que los cambios empíricos no determinan la *desaparición* de un sistema normativo y un sistema teórico sino su ‘sustitución’ por otros en una serie potencialmente indeterminada. Así por ejemplo, el enunciado descriptivo de un dogmático del derecho penal que sostuviera en 1999 (tiempo 1) que la acción de emitir cheques sin fondo es un delito³³ y, efectivamente, se diera el *hecho* que esa norma no hubiera sido derogada, ese enunciado sería verdadero eternamente aunque, en el 2000, (tiempo 2) el legislador aniquilara la existencia de la norma por un acto derogatorio.

La *perspectiva empírica* —con la que estaría comprometida la teoría positivista del derecho en forma primordial— enfatiza en el hecho de que los sistemas normativos, de manera semejante a los “hechos básicos” a los que refiere Popper, tengan una determinada localización témporo-espacial. Así como en Popper, el contenido de las teorías puede ser falsado en un cierto tiempo, podría pensarse, desde la perspectiva empírica, que el contenido de los enunciados descriptivos de derecho también depende de la existencia de ciertos ‘hechos básicos’ —promulgación y derogación— ubicados en un determinado tiempo y espacio. Desde esta perspectiva podría trazarse una *analogía* entre la **noción dinámica** de los **sistemas normativos** —entendidos como un conjunto de hechos, eventos o procesos empíricos—³⁴ y el concepto de **base empírica popperiana**.

³² Cfr. Caracciolo, Ricardo: “Sistema Jurídico”, en *El Derecho y la Justicia*, edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, Trotta, 1996, pp. 164-166.

³³ Consultar: Gimbernat Ordeig, Enrique: *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 110.

³⁴ El sistema normativo - desde la perspectiva dinámica- podría verse de esta manera. Cfr. Frändberg, Ake: “An essay on the systematics of legal concepts. A study of legal concept formation”, en *Scandinavian Studies In Law*, vol. 31, Stockholm, Sweden, 1987, pp. 99-100. La traducción me pertenece.

De acuerdo con la analogía, la noción de sistema normativo -en su función de base empírica- es la que proporcionaría los *criterios de corroboración o refutación* de las teorías jurídicas que a ellos refieren. Pero claro: como se trataría de sistemas que, desde la perspectiva empírica, ‘cambian’ –por ejemplo, por *actos de promulgación o derogación*-, esto haría suponer que los que cambian, en realidad, son los ‘**criterios corroborantes**’ de las teorías jurídicas, ya que éstas, como he señalado, son entidades conceptuales cuyo valor de verdad es independiente de los cambios empíricos.³⁵

No obstante, el razonamiento anterior debe ser tomado *cum grano salis*. La perspectiva empírica vincula los enunciados descriptivos de la CJ con la constatación empírica de la existencia de ciertos hechos o actos conceptualmente relevantes; en este caso, actos de ‘creación’ o ‘eliminación’ de normas. Los enunciados descriptivos serían, conforme esta perspectiva, *indirectamente* corroborados³⁶ pues se constataría su valor de verdad o falsedad no en las ‘normas mismas’ sino de acuerdo a la presencia o ausencia de los *actos creadores de normas*.

La ventaja de establecer una analogía entre la noción dinámica de sistema normativo y la de base empírica parece obvia: permite reproducir en la CJ la situación de las ciencias empíricas en las cuales las teorías –y los enunciados básicos deducidos de ellas– se conectan con un conjunto de hechos básicos definidos por ciertos conceptos metodológicos. La noción dinámica de sistema normativo podría reconstruirse como un material empírico preteórico del que dan cuenta los enunciados básicos o descriptivos de los juristas. El *criterio de legalidad* constituiría, de esta suerte, un concepto metodológico que haría posible reconstruir -como base empírica metodológica³⁷ de los enunciados básicos jurídicos- a una clase de hechos tales como la promulgación o derogación de normas. Pero hasta aquí llega la analogía. Ella no supone, como erróneamente pudiera sospecharse, la reducción conceptual de un sistema normativo a un conjunto de hechos.

No tomar en consideración la naturaleza *conceptual* de los sistemas normativos determina que los juristas queden perplejos frente a la posi-

³⁵ Cfr. Popper, Karl: *op. cit.*, pp. 256-257.

³⁶ Cfr. Caracciolo, Ricardo: “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”, *op. cit.*, p. 178.

³⁷ Klimovsky, Gregorio: “*Tipos de base empírica*”, *Análisis Filosófico*, 181, N°. 1, pp. 63-64.

bilidad de caracterizar como científica la actividad teórica de la dogmática jurídica. ¿Cómo es posible elaborar ‘teorías’ de algún tipo sobre la base de entidades (objeto) contingentes como las ‘normas’? Esta ‘contingencia’ de las entidades normativas pareciera ser la desgracia de la dogmática jurídica. Precisamente ésta fue la percepción del problema que persiguió al fiscal von Kirchmann. Él, presumiblemente, no había comprendido la dimensión conceptual de los sistemas normativos y teóricos. Sólo veía la perspectiva empírica del problema. Pensaba que “tres palabras rectificadoras del legislador bastaban para hacer *desaparecer* bibliotecas jurídicas enteras”. Sin embargo, las teorías jurídicas –como entidades conceptuales– no ‘desaparecen’. Es una necesidad lógica suponer que el conocimiento teórico del derecho es posible merced a que las teorías jurídicas permanecen idénticas a sí mismas pese a los cambios del mundo empírico.

La tensión entre estas perspectivas dificulta la solución al problema propuesto. Por ello es preciso analizar una salida. Esta podría hallarse en la propuesta de Alf Ross.

4.2.1. La salida de Ross al problema de la generalidad de los enunciados teórico-jurídicos

Ross, advirtiendo el problema de que la CJ quedara aislada del paisaje científico global, reconstruyó conceptualmente la labor descriptiva de los juristas sustituyendo la propiedad *validez* por la propiedad *vigencia*. *Predecir* es, ahora, el cometido teórico característico de la labor de conocimiento del derecho desplegada por el jurista. Esto hace que el compromiso del científico del derecho se vincule conceptualmente con una suerte de ciencia del derecho ‘sociológica’. La ‘vigencia’ es un test encaminado a mostrar la existencia fáctica del derecho en un cierto tiempo, tomando como indicador, la aplicación efectiva que de ellas realice el sistema de jueces.

Como propiedad asignada a las normas, la vigencia es una función de la verdad de aquellas afirmaciones de los dogmáticos que asumen la forma canónica “D es derecho vigente”.

Estas afirmaciones pueden, luego, ser reconstruidas en un modelo explicativo que de razones fácticas de porqué los jueces usarán o no ciertas normas en la justificación de sus decisiones; con lo cual, este mo-

delo serviría, en teoría, para predecir qué normas usarán los jueces en la parte dispositiva de sus sentencias.

Esta pareciera una salida plausible al problema de aplicación del PF a la CJ toda vez que las predicciones comparten la misma estructura lógica que la explicación: tienen carácter general.³⁸ El enunciado que resulta deducido como conclusión del razonamiento explicativo sirve como un enunciado predictivo; enunciado que, en Popper, es otra forma de testear la teoría de la cual deriva.³⁹ En rigor, la predicción es la explicación de un hecho futuro.

Admitido lo anterior, las afirmaciones de los dogmáticos “D es derecho vigente” podrían reconstruirse bajo la forma condicional de *predicciones generales* que son *consecuencias de una teoría* basada en patrones del tipo ‘Si $D \supset V$ ’ (Por ejemplo: Si el Derecho Argentino o algún subsistema normativo de éste es aplicado a una clase de casos –en el futuro– por una clase de jueces, dada una serie de condiciones fácticas, entonces será derecho vigente).

Así por ejemplo, sobre las afirmaciones del dogmático del derecho laboral acerca de que el principio protectorio del obrero es una norma vigente, sería posible configurar el siguiente esquema explicativo: ‘los jueces de clase media regularmente tienden a favorecer a los obreros’; ‘los obreros de la empresa Chevallier piden la quiebra de ésta’ y, además, la ‘quiebra es una condición para proteger a los obreros’, entonces es ‘altamente probable’⁴⁰ que los jueces aplicarán las normas sobre quiebras a la empresa Chevallier, parece un esquema predictivo basado en una ley probabilística. La predicción tiene su fundamento en una ‘regularidad’ arriesgada que funciona como ‘ley descriptiva’ refutable en la predicción: ‘La clase de los jueces, que pertenecen a la clase media, es altamente probable que...’.

En rigor, si una predicción no se cumple (porque los hechos la refutan), el esquema explicativo que se montó alrededor de la *afirmación del dogmático* acerca de la vigencia de esa norma será refutado. Pero la refutación de esta explicación sociológica es independiente de la refutación de la afirmación del dogmático; ésta quedará refutada por el

³⁸ Estrella, Jorge: “¿Qué explican las explicaciones?”, *op. cit.*, p. 123.

³⁹ Popper, Karl: *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ Ross, Alf: *op. cit.*, p. 44.

hecho de que la norma –de la cual se predica vigencia– no haya sido usada por una clase de jueces.

Entonces, para que independientemente de la afirmación del dogmático sea refutada la explicación teórica es necesario indagar si, las hipótesis sociológicas propuestas para explicar los motivos por los cuales los jueces en sus decisiones usarán o no la norma en cuestión, son o no corroboradas por los hechos. Pero estas son explicaciones sociológicas y no dogmático-jurídicas. El problema sigue en el mismo lugar si los enunciados de vigencia –pese a tener contenido empírico– son *relativos* a un sistema normativo determinado. Es por esta razón que, para aplicar el PF a la refutación de estos enunciados generales, habría que reconstruir el modelo rossiano, presuponiendo que *detrás* de las afirmaciones que emiten los juristas, al igual que en Popper, hay alguna suerte de ‘teoría’, una conjetura intrépida que tiene por misión ‘explicar’ un fenómeno x. En este caso, *subyaciendo* a estas afirmaciones se encontraría una conjetura o hipótesis acerca de cómo y por qué los jueces actúan de una manera determinada.⁴¹ Pero claro: esto es lo que hay que discutir.

Si el esquema lógico entre explicaciones y predicciones es el mismo y las predicciones sociológicas construidas en torno a las afirmaciones dogmático-jurídicas de vigencia parecen tener, comparadas con las teorías popperianas el mismo grado de generalidad, la pregunta sobre la aplicación del PF podría tener un principio de respuesta favorable.

Sin embargo, no despejaría del todo la pregunta acerca de si este modelo de ciencia reconstruye plausiblemente lo que hacen los dogmáticos del derecho cuando construyen teorías jurídicas. Porque, como el mismo Ross señala, *otro problema distinto* es determinar en qué medida la ciencia del derecho consiste ‘realmente’ en aserciones predictivas.⁴²

5. Otra visión de las teorías jurídicas y su control racional

Este problema destaca que, en la ciencia jurídica, entendida como una subclase de las ciencias sociales, es imposible trazar una distinción “nítida” entre la labor teórica de los juristas y sus efectos sociales⁴³.

⁴¹ Cfr. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p.36.

⁴² Ross, Alf, op. cit., p. 45.

⁴³ Ross, Alf, op. cit., p. 47.

Es difícil, señala Ross, distinguir cuándo el jurista está haciendo un puro cálculo teórico de probabilidades y cuándo está buscando influir en la decisión de los jueces.⁴⁴

A esta dificultad se añade otro problema: los juristas que construyen ‘teorías jurídicas’ acerca del ‘delito continuado’, la ‘compraventa’, la ‘posesión’, etc., parecen preocuparse poco por predecir. Predecir es una tarea que seduce más a los abogados que litigan a diario. Por otro lado, aun admitiendo que se tratara de una actividad seductora para los juristas que construyen teorías dogmáticas, parece difícil –como Ross admite– reconstruirla como una actividad puramente cognoscitiva. La eventual labor predictiva que realizan los juristas no parece tener –en la práctica– un uso cognoscitivo encaminado a predecir las normas que los jueces aplicarán para la justificación de sus decisiones sino más bien un uso práctico consistente en emitir –en forma encubierta– las normas que los jueces deberían aplicar a una clase de casos individuales.

Suponiendo que esto sea así, la pregunta sobre la aplicabilidad del PF a la CJ queda abierta nuevamente. Popper pensó en el control racional de *argumentos teóricos* y no, al menos directamente, en el control ‘racional’ de *argumentos justificatorios* o *políticos*.

En este caso, la expresión ‘teoría jurídica’ refiere a un conjunto de argumentos prácticos. Esto significa introducir *otra forma de hablar* según la cual los dogmáticos no se ocuparían de identificar lo que de ‘hecho’ hacen legisladores o jueces sino de lo que éstos ‘deberían hacer’.⁴⁵ Las *mejores* ‘teorías jurídicas’ serían aquellas que reconstruyesen el derecho “de la mejor forma posible” a efectos de *justificar* correctamente acciones.⁴⁶

Con esta visión de las teorías jurídicas se evapora su contenido empírico. Elucidar cuál es el significado de este uso de la expresión ‘teoría jurídica’ no es solo una cuestión de palabras; pues, para estas ‘teorías’, también es necesario encontrar formas de control racional.

En efecto, para cerrar el paso a una conclusión negativa, podría meditarse sobre la posibilidad de una *reconstrucción alternativa* del

⁴⁴ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁵ Así, Nino, Carlos. S: *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 122-126 y 195-196.

⁴⁶ Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*, cap. VI, Harvard University Press, 1985; *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, pp. 3-11; 33-35; 94.

control racional pergeñado por el PF. Hay ciertas reglas que Popper consideró a la hora de controlar la racionalidad de debates teóricos como, por ejemplo, aquellos destinados a la determinación de un sistema de enunciados básicos común. Alguna de estas reglas era que debía existir “una discusión razonable entre personas que tienen cierta finalidad común a la vista”, “entre partes interesadas en la verdad” y “dispuestas a prestarse atención mutua”.⁴⁷ Estas reglas pueden aplicarse –por extensión– al control ‘racional’ del debate práctico.

Con todo, la reconstrucción alternativa de la falsación que permitiera extenderla al control racional del debate práctico, se enfrentaría con una dificultad mas: la actitud escéptica de quiénes desautorizan la posibilidad de un control de este tipo. Escepticismo que se incrementa cuando se detecta que los presupuestos normativos políticos, morales o axiológicos, a menudo incompatibles, de los que parten los juristas, se hallan encubiertos tras la pátina de una práctica supuestamente cognoscitiva.

Esta dificultad determina que la aplicabilidad de la reconstrucción clásica o la alternativa del PF a la CJ no cierre las cuestiones que he tratado.

Por tanto, la estructura, funciones y controles racionales de las teorías de la dogmática jurídica son problemas en los que aún habrá que seguir trabajando.

⁴⁷ Cfr. Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 43 y nota 1; pp. 93-94: nota 1.