

Los Hechos de un Conocimiento Empírico del Derecho.

Por una reflexión empírica del derecho.

Diego Armando Delgado Córdoba.¹

Resumen.

La interrogación constante entre los juristas acerca de la posibilidad de la construcción de un conocimiento científico del derecho, lleva consigo diversas imprecisiones sin resolver. Entre estas la principal causa del desacuerdo resulta ser el establecimiento de una definición ontológica de lo que para estos es el derecho mismo.

De la misma manera, la definición del derecho constituye un objetivo, un « ilusio »² y a la vez un motivo de lucha ya no solo de Juristas si no de diferentes agentes del campo que estructura su simbología, y su utilidad- en busca de redefinirlo. Es así como, en la clarificación ontológica del derecho no solo intervienen los Juristas si no también principalmente los Sociólogos, Economistas, Antropólogos, Politólogos y Filósofos.

Mi objetivo en este artículo es sencillamente clarificar la lucha científica por establecer la realidad empírica del derecho, a decir verdad entendiendo este de partida desde el prisma del Derecho Positivo.

Résumé.

L'interrogation constante parmi les juristes par rapport à la possibilité de la construction d'une connaissance scientifique du droit, amène avec soi de diverses imprécisions sans résoudre. Entre celles-ci la plus importante est à mon égard, la définition ontologique de ce que les juristes considèrent est le droit lui-même.

De cette façon la définition du droit constitue un objectif, « un ilusio », et au même temps un motif de lutte pas seulement des juristes mais de différents agents du champ qui structure sa symbolique et son utilité – dans la quête de sa redéfinition. Ainsi, dans la clarification ontologique du droit n'interviennent pas que des Juristes mais aussi principalement, des Sociologues, Anthropologues, Politologues et Philosophes.

Mon objectif dans cet article est simplement clarifier la lutte scientifique pour établir la réalité empirique du droit, à vrai dire comprenant celui-ci de prime abord par le prisme du Droit Positif.

I. Los Hechos normativos o Hechos de Norma. a. El legado del realismo Escandinavo b. El derecho como lenguaje en la Escuela Analítica del Derecho. II. Los Hechos externos a la Decisión Normativa en el Realismo Norteamericano. a. De la psicología de los jueces a la de los destinatarios. b. El pragmatismo jurídico. III. La Delimitación empírica entre el Derecho y la Sociología del Derecho. a. Los hechos pre-normativos b Los hechos post-normativos.

¹ Colombiano, Estudiante del Master 2 en Théorie et Analyse du Droit de l'EHESS de Paris, Université de Paris X Nanterre, y ENS de Paris. Version preliminar en Francés, Les Faits sociaux d'une connaissance empirique du droit. Presentada en el Seminario de Teoría General del Derecho del Profesor Eric Millard, Resultado Parcial del Mémoire; La Distinción entre el Derecho del Estado y la pluralidad de ordenes jurídicos en Boaventura de Sousa.

² En el sentido de Pierre Bourdieu, « l'illusio » es el topico, perseguido por los agentes de un campo dado en un espacio social determinado. Vease, Mounier Pierre, Pierre Bourdieu une introduction, p. 56.

I. Los Hechos Normativos o Hechos de Norma.

a. El legado del Realismo Escandinavo

Inspirándose en Hagestrom, Ross concibe que a pesar de que el derecho no exista en sí, este es de todas maneras posible de ser estudiado teniendo en cuenta el hecho de que las personas piensan y expresan que simplemente – el derecho existe-. Esto significa que la percepción de la aplicación de la norma jurídica la hace existir socialmente y en consecuencia es la aplicación de la norma jurídica, la cual resulta ser objeto de verificación por medio de proposiciones científicas.³

Alf Ross pretende reconstruir la ciencia jurídica mediante la aplicación a esta concepción -ontológica de la norma jurídica- del modelo científico de las ciencias empíricas. Ross comienza con la clarificación del derecho existente, como el derecho vigente, convirtiéndolo a este en el objeto de conocimiento empírico, posible de ser constatado y descrito.

« Un análisis de la noción de derecho, y remarcarlo bien aquí, yo hablo de la noción común de derecho no de la noción que yo aceptaría personalmente, mostraría que el derecho es atrapado por definición, como un valor ideal manifestándose en la realidad ».⁴ o “La situación del derecho es tal que el derecho no es jamás pensando solamente de una de estas maneras, (racional trascendental o empírico-social) sin embargo este se presenta como una estructura ideal manifestándose en la realidad por medio de actos empíricos. »⁵

Alf Ross renovara con su crítica el normativismo emergente de la Teoria Kelseniana introduciendo primordialmente el rol de las autoridades normativas, principalmente los jueces en la determinación del sentido de las normas. El paso del normativismo Kelseniano al empirismo de Ross sucede para Serverin de la siguiente manera;⁶ tres tesis se desprenderían de la filosofía normativista expuesta por Kelsen, 1. El derecho es un conjunto de prescripciones, 2. La ciencia del derecho es descriptiva, 3 Para esta última, de estas dos tesis se derivaría el hecho de hacer de la ciencia jurídica una rendición de cuentas del deber de obediencia a la ley.

Ross para Serverin, coincide con dos de las principales tesis del normativismo pero rechazara radicalmente esta última, pretendido defender la idea de que una ciencia realista- normativa, deberá restituir la dimensión normativa misma (el derecho vigente),

³ Quelle est donc cette théorie du droit à laquelle on peut attribuer cette faculté bienfaisante ? Je l'ai nommé ; théorie réaliste. Les fondements philosophiques de cette théorie se trouvent dans les recherches épistémologiques du philosophe suédois Axel Hagestrom, et dans mes propres études sur les représentations de la validité pratique, c'est-à-dire sur la représentation de la valeur et du devoir. Critique de la cognition qu'on dit pratique, A, Ross, Kritik der sogenannten praktischen erkenntnis. En Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p 23.

⁴ Ibidem, p24.

⁵ Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p.32 o sobre (racional trascendental o empirico social) vease abajo p. 12

⁶ Estas tesis son sintetizadas por Norberto Bobbio, Vease Évelyne Serverin, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société* 2002/1 (n°50), p. 59-69.p. 61.

describiendo como los hombres deberían comportarse según un orden jurídico nacional o internacional dado⁷.

Según este enfoque la ciencia del derecho no se limitara a describir -los comportamientos dirigidos- prescriptivamente por la norma, si no que tomara a su cargo la tarea de restituir el deber ser ya no puro (hilético o ideal) - sino más bien el expresado por los jueces en sus decisiones.

Este proyecto es emprendido bajo la idea de empiri-zar⁸ el derecho, es decir de encontrarle un terreno sólido y palpable de acción y práctica. Los realistas escandinavos se verán influenciados por la naciente filosofía positivista del Círculo de Viena pretendiendo otorgar a los juristas un modelo científico capaz de producir conocimientos susceptibles de ser juzgados como verdaderos o falsos.

Siguiendo a Serverin⁹ lo que es contestado por los realistas escandinavos mediante la -empirización- y el rechazo al descubrimiento puro del derecho se deriva igualmente del rechazo a las consecuencias de la reconstitución de la fuerza obligatoria del Derecho del Estado del punto de vista de la observación. En sí, lo que logran hacer los realistas escandinavos es restarle impacto a la razón trascendental como fuente de las normas jurídicas, lo que es visto como un proyecto iusnaturalista más, poniendo por delante una propuesta empírica basada en la decisión judicial.

Así, Alf Ross comienza refiriéndose al derecho por medio de la perspectiva de la tradición normativista como la hemos descrito, - el derecho es un conjunto de prescripciones- , sin embargo es la práctica o la actividad - el acto, de dar a una significación normativa la < categoría de válida > que hará parte para Ross del mundo empírico, el cual merecerá ser el hecho objeto de la Ciencia del Derecho.

Por otro lado, para Ross¹⁰ una tal prescripción no puede ser considerada como válida, si entendemos por esta que ella crea la conciencia de obligatoriedad para los destinatarios. La prescripción – norma jurídica- no es más que una directiva que se dirige hacia los jueces que deben aplicarla, este es el espacio empírico que revelaría los hechos de un conocimiento empírico del derecho, no al contrario los sucesos que se derivan del uso y la experiencia de los destinatarios de la norma jurídica con esta.

Ross toma el punto de análisis de la eficacia-aceptación de la norma jurídica, para llevarlo al de la efectividad de la norma, para Ross la aceptación de la orden de seguir determinado mandato no debe ser buscada en todos los destinatarios de la norma. El verdadero destinatario, aquel que puede dar validez a la norma, es el juez que será llamado a aplicarla¹¹.

Es en efecto, el pensamiento sobre la validez de la norma jurídica, el que marca a mi parecer todo el pensamiento de Ross sobre los hechos de un conocimiento empírico del

⁷ Kelsen, Hans, citado por Évelyne Serverin, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société* 2002/1 (n°50), p. 59-69. p . 61.

⁸ Entiendase empirizar en un sentido homologo al de racionalizar.

⁹ Ibidem, p.62

¹⁰ Ross, Alf citado por Serverin en , « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société* 2002/1 (n°50), p. 59-69. p . 63.

¹¹ Millard, Eric y Champeil Desplats Vernoque, efficacité et énoncé de la norme, HAL, p. 1 disponible en internet, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00937406/document>

derecho, Ross lo llama -la validez practica- « el valor o el deber ser no tienen en verdad ninguna realidad objetiva o racional, « no son más que palabras que apoyándose en algunas experiencias de impulsión subjetiva son falsamente objetividades y racionalizadas »¹².

Ross agrega a esta idea, la afirmación siguiente; no existe en realidad ninguna representación real de la validez simplemente existen -expresiones -de ciertas experiencias que son en su naturaleza castigadas por una objetividad imaginaria y en consecuencia, racionalizadas conforme a ciertas representaciones¹³.

Para Ross el derecho real que constituye el objeto de un conocimiento empírico del derecho sería entonces aquel que se derivaría del proceso que permite dar a una norma la categoría de válida y no precisamente de su contenido preexistente a su efectividad, La validez de las normas no derivara sin embargo *esencialmente* de su contenido, si no de manera *determinante* se desprenderá del proceso micro-histórico de la creación del derecho, proceso que es un hecho posterior y un hecho empírico, resumido en la calificación de normas como jurídicas al otorgarles validez por su aplicación-efectividad continua.

Clarificando el análisis realizado por Serverin¹⁴, la descripción de la cual dará cuenta la ciencia del derecho no es aquella del deber ser puro, si no que consistirá en el simple juicio de existencia efectiva, consintiendo este en la afirmación de que una norma deba hacer parte del derecho en vigor o vigente de un país dado.

De esta manera las proposiciones de una ciencia del derecho que se dice empírica, buscarán describir el derecho en vigor de un sistema jurídico de un país dado, por medio de la verificación de la existencia de regularidades en la conformidad a las normas. Para Ross esta efectividad de las normas, « es un hecho observable que se empiriza en el comportamiento regular de las autoridades, las proposiciones de la ciencia del derecho se concentrarán en la descripción de este tipo de hechos, nada más ni nada menos »¹⁵

El enfoque empírico de la validez de las normas se efectuará no mediante la observación directa, si no indirecta mediante la percepción de regularidades en los comportamientos de los jueces, tal como podríamos aprenderlo de las decisiones que estos elaboran. En último análisis, la prueba de la validez de una norma resultara del estudio de las decisiones de los jueces, por lo cual un sistema de normas será entendido como en vigor o vigente, si las normas que este contiene « son realmente empleadas por los tribunales en la elaboración de sus decisiones »¹⁶

Para Alf Ross las proposiciones susceptibles de verificación que pueden alcanzar a describir los hechos de norma, es decir las proposiciones sobre los hechos empíricos que constituyen el derecho, consisten en el apego al momento de la toma de decisión

¹² Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p 25

¹³ Ibidem, p 32.

¹⁴ Évelyne Serverin, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société* 2002/1 (n°50), p. 59-69.p. 63

¹⁵ Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p 27

¹⁶ Millard, Eric, Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, 2006.p.29

observando la manera mediante la cual los jueces aplican estas directivas, evaluando el peso que estas directivas conjunto a otros factores, intervienen en la toma de decisión.

« La pregunta de saber en qué relación se encuentran, en realidad, el texto fijado y los motivos libres en la interpretación, no puede naturalmente ser resuelta de una manera general sino solamente mediante el análisis de los métodos que actualmente gobiernan la decisión judicial en un lugar y momento dados. »¹⁷

b. El Derecho como lenguaje en la Escuela Analítica del Derecho.

El proyecto de búsqueda y consolidación de los hechos objeto de un conocimiento empírico del derecho, ha sido recuperado y consolidado en los últimos años por filósofos del derecho como Carlos Alchurron o Eugenio Bulyguin, Norberto Bobbio, Ricardo Guastini, Michel Troper, Eric Millard, o Veronique Champeil-Desplats, en Argentina Italia, y Francia basados en la tesis ontológica de Bobbio, que pretende demostrar que el derecho no es más que un lenguaje, un discurso compuesto por enunciados normativos.

Así las cosas, Ricardo Guastini pretende redefinir el realismo jurídico¹⁸, deshaciéndose de primera mano de la noción que pretende identificar el derecho con un conjunto de entidades abstractas tales como las normas (en su sentido ideal o hilético),¹⁹ los valores, las obligaciones o cualquier otra cosa de este género. Guastini identifica el derecho con un conjunto de textos normativos²⁰ emanados de las actividades de las autoridades normativas, tales como el legislador, una visión ontológica primaria sobre el objeto de conocimiento empírico del derecho.

De este modo para Guastini las normas, son entidades lingüísticas que constituyen igualmente los hechos sociales objeto de conocimiento empírico del derecho, los cuales son producto de una actividad de interpretación pero también de construcción, « en efecto todas las normas sobre las cuales discuten los operadores jurídicos, no pueden ser considerados como significaciones plausibles de formulaciones normativas preexistentes, muchas, incontables normas son el resultado de actividades que no son « interpretativas » en su sentido estricto, sino más bien « constructivas »²¹

De tal manera para Guastini, el derecho, no se aparece únicamente como el resultado de actos lingüísticos de producción de formulaciones normativas, sino también de actos igualmente lingüísticos de interpretación, de reelaboración y de manipulación creativa²² de tales formulaciones, cumplidas por los operadores jurídicos.

¹⁷ Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p 25

¹⁸ Guastini, Ricardo, Le réalisme juridique rédefini, revues, 2013, p. 113. Disponible en internet, <https://revus.revues.org/2511>

¹⁹ Con respecto a la distinción entre concepción hilética y expresiva de normas vease, Alchourrón, Carlos y E. Bulygin, « The Expressive Conception of Norms », en R. Hilpinen (dir), New Essays in Deontic Logic , Dordrecht - Boston - Londres , Reidel , 1984 , p . 95 - 124

²⁰ Ibidem, p 118

²¹ Ibidem, p. 118

²² Ibidem, p. 121, « Il n'y a pas de droit sans texte à interpréter (première thèse ontologique) mais il n'y a pas non plus de droit (seconde thèse ontologique) sans interprétation et manipulation de tels textes. »

Si nosotros quisiéramos constatar el proyecto científico-empírico que persigue Guastini, podríamos encontrarlo en su sentido lato en esta elocuente y sencilla frase: « No hay derecho sin texto a interpretar pero no hay tampoco derecho sin interpretación y manipulación de textos »²³

A estas dos últimas constataciones ontológicas la primera sobre los hechos de un conocimiento empírico del derecho, como entidades lingüísticas, producto de actos del lenguaje, y la segunda la naturaleza voluntarista de la determinación y adjudicación del sentido a estos mismos, ya sea por interpretación o por construcción, Guastini agrega una tercera:

Para este en la práctica no hay un legislador, si no legisladores, es por esto que Guastini llama a la actividad de construcción jurídica, - una nomopoesia oculta-²⁴ que se introduce como un subconjunto de normas al conjunto aparentemente propio de normas que consideramos comúnmente como derecho.

Siguiendo esta constatación, Guastini profundiza su concepto de derecho y afirma que la palabra derecho denota un conjunto de normas vigentes o efectivamente aplicadas, es decir utilizadas para motivar las decisiones en el pasado, y de manera previsible para ser aplicadas en el futuro por parte de aquellos órganos que aplican concretamente estas formulaciones normativas, (Los jueces, la Administración pública y los órganos constitucionales supremos)²⁵

En el proyecto de profundizar aquello que debemos entender por derecho, Guastini expresa que a pesar de que existan diferentes interpretaciones de formulaciones normativas, al igual que diferentes construcciones de normas implícitas, siempre existirá o casi siempre sincrónicamente, ciertas interpretaciones o construcciones jurídicas generalmente aceptadas o dominantes.²⁶

Para la Escuela Analítica Italiana, habría en estos actos del lenguaje que constituyen los hechos de un conocimiento empírico del derecho actos dominantes que se impondrían en la lectura del sistema jurídico de unas a otras normas, gracias a la efectividad de algunas de estas por encima de las otras²⁷, suceso que sería igualmente posible de constatar por el análisis empírico de las decisiones judiciales.

Guastini señala con respecto a esto que la línea dominante es el producto no solamente de las decisiones judiciales (jurisprudencia) sino también y sobre todo de la jurisprudencia y de la doctrina, mediante la cual los juristas contribuyen a menudo a la creación del derecho en vigor.²⁸

Bajo este punto de vista, nosotros podríamos concluir que el derecho se presenta para la Escuela analítica como actos de lenguaje, los cuales no son únicamente el producto del procedimiento que les otorga su status de « norma » (Legislativas clásicamente).

²³ *Ibidem*, p.121

²⁴ *Ibidem*, p. 120

²⁵ *Ibidem*, p. 122

²⁶ *Ibidem*, p. 122.

²⁷ *Ibidem*, p. 122.

²⁸ *Ibidem*, p. 118

Sino tratándose principalmente de la última tesis expuesta por Ricardo Guastini, estos actos del lenguaje provendrían de otras fuentes que serían formal y bajo una visión clásica del derecho, « invalidas ». Sin embargo estas siempre han tenido un lugar en la interpretación del derecho llegando incluso como tal a devenir estos –hechos- actos del lenguaje- dominantes en el momento de su aplicación efectiva, lo que sin duda pone al descubierto el poder para-legislativo principalmente de la Doctrina, obviando ya el poder normativo de los Jueces mostrado anteriormente por Ross en su teoría de la validez.

II. Los Hechos externos a la Decisión normativa en el Realismo Norteamericano.

a. De la psicología de los jueces a la de los destinatarios de la norma.

Para el realismo norte-americano el comportamiento de los jueces es imprescindible en un proyecto descriptivo de la realidad empírica del derecho, entendiendo el derecho como un conjunto igualmente de normas, y enfocándose en la apuesta metodológica del conocimiento de estas por medio de la interpretación, la ola realista norteamericana se ha caracterizado por la puesta en valor de otros hechos determinantes en la decisión judicial, siendo estos especialmente, las características personales, sociales, culturales y políticas de los jueces las cuales los llevarán a tomar decisiones en un sentido más determinante que el propuesto por la norma misma.

Por este motivo, es necesario preguntarse si un conocimiento empírico del derecho, debería necesariamente dar cuenta de estos hechos externos, que circundan la actividad interpretativa de los textos normativos?

En el proyecto realista norteamericano nosotros podríamos encontrar algunos elementos que nos permitiesen de dar algunos elementos de respuesta hacia la demarcación de los hechos que integrarían el derecho en tanto que fenómeno empírico.

Sin embargo la dificultad de reunir una propuesta epistemológica cohesionada acerca de los hechos externos de natura psicológica que pudiesen determinar la decisión judicial es muy variada y en muchos casos disímil.

Desde la propuesta de Holmes, Pound, Ronald Dworkin hasta los estudios actuales de conciencia jurídica, la empresa cognitivista de los hechos psicológicos que nos podrían desvelar los hechos determinantes de la decisión judicial resultan ser a pesar de atractivos reflexivamente, de naturaleza especulativa.

Me limitare en este espacio a detallar algunas de las propuestas con arraigo empírico-descriptivo expuestas por el realismo norteamericano. Primeramente Jerome Franck²⁹ conocido por su teoría de la ecuación judicial, proponía describir la actividad de los jueces mediante la determinación de los estímulos recibidos por el juez antes de proferir una decisión sumada a los atributos de la personalidad de este mismo. $D = S \times P$.

²⁹ Franck, Jerome, citado por Eric Millard en *Théorie Générale du droit*, Dalloz, 2006 p.100.

Segun Jerome Frank, la decisión proferida por el juez y la interpretación de la norma serian eminentemente *subjetivas* lo que daría por inútil un estudio de la norma a posteriori, ya que el momento empírico por excelencia de la elaboración normativa se encontraba en la psicología del juez.

Para la sociological jurisprudence fundada por Holmes y Roscoe Pound³⁰, es posible pensar el derecho de manera psychosocial, Holmes dice, « la vida del derecho no ha sido la lógica, si no la experiencia » lo que es importante en el derecho no son las normas escritas si no los prejuicios que los jueces comparten con sus ciudadanos. Lo que nos logra acerca – si nosotros concebimos que el derecho es aquel que efectivamente es aplicado por los jueces como la gran parte de los realistas- a la idea de que un conocimiento empírico de derecho debería igualmente dar cuenta de los hechos sociológicos que rodean a los jueces influenciando la interpretación y aplicación de los enunciados normativos.

Los postulados de Holmes podrían constituir una respuesta más precisa a esta pregunta, el trabajo del jurista dice Holmes es el de buscar la mejor adecuación entre las normas jurídicas y las situaciones sociales, el derecho es considerado como un elemento de regulación social en consecuencia el derecho no se comprende que en la acción³¹. El jurista debe entonces englobar en el derecho el conjunto de fenómenos que influyen la toma de decisión de los jueces.

Para Pound el trabajo del jurista consistirá en el estudio del funcionamiento practico de las instituciones jurídicas³², este estudio para Pound comprende dos partes, la búsqueda de como una norma es aplicada a un caso particular, y la de los efectos sociales que esta regla llega a producir.

Por su parte los estudios de conciencia jurídica, motivados por la misma reivindicación de los precedentes movimientos realistas que emergían los Estos Unidos, pretenden descubrir el funcionamiento empírico del derecho en la sociedad, como lo precisa Garcia Villegas³³, -como este es utilizado por sus destinatarios-.

Si tomamos la diferenciación realizada por Lawrence Friedman³⁴, entre lo que este denomina la cultura jurídica externa e interna, los estudios de conciencia jurídica siendo una continuación de los movimientos de *Law and Society* y los *CLS*, concentraran su búsqueda de los hechos empíricos, ya no en los jueces o participantes internos del derecho (cultura jurídica interna), si no en los ciudadanos o destinatarios de las normas jurídicas (cultura jurídica externa).

Así, el programa epistemológico de los estudios de conciencia jurídica, se basaran en la búsqueda de hechos sin materia pero con simbología, es decir el derecho no es visto directamente como algo material o palpable si no como una forma o estructura de

³⁰ Oliver Wendell Holmes citado por Veronique Champeil Desplats en *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p, 182 y 234.

³¹ Ibidem, p. 235

³² Pound, Roscoe, citado por Pierre Brunet, en *Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation très peu de sociologie*, L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité, 2015, Dalloz, p. 105.

³³ Villegas, Mauricio, *Les pouvoirs du droit, analyse comparé des études sociopolitiques du droit*, LGDG, 2015.p.200.

³⁴ Friedman, Lawrence. *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York. 1975, p. 223.

pensamiento, desde la cual es percibido lo normativo – una experiencia mental-. Para estos el derecho está más cerca de lo cultural, de las representaciones y construcciones simbólicas que los individuos hacen intersubjetivamente de las instituciones que promulga el derecho. Villegas, lo resume de la siguiente manera, “el interés es aquí puesto sobre la dimensión cognitiva de la dimensión simbólica del derecho”³⁵

b. El pragmatismo jurídico.

Los múltiples intentos por asentar el derecho en el terreno empírico por parte de varios autodenominados realistas norteamericanos ha llevado consigo el proyecto de interpretar el derecho a la luz de la filosofía pragmática, promulgada y desarrollada por Charles Sanders Peirce y John Dewey.

Este proyecto epistemológico y teórico, ha puesto de partida dos planos primordiales en la búsqueda de los efectos prácticos del derecho en la realidad empírica, estos son sin ninguna duda, el terreno económico defendido por autores como Richard Posner actualmente, y el social donde identifico a autores como Thomas C Gray, Lawrence Friedman, Boaventura de Sousa Santos o en sus inicios Roscoe Pound y Holmes mediante la denominada Sociological jurisprudence.

Uno de los principales ponentes de la perspectiva pragmática en sus inicios fue sin duda el mismo Holmes, sin embargo quien lograrse establecer de manera concreta el proyecto pragmático de una visión empírica del derecho fue Cardozo, para quien el juez debería medir antes de su decisión los efectos sociales que causaría está en el cuerpo social al cual se dirigía la decisión.

Cardozo expresaba así, « El elemento central de la renovación de los métodos de los juristas, tanto para profesores como para jueces, consiste en acordar una primacía a los hechos y datos sociales, económicos, históricos para razonar partiendo más bien de estos que de principios preestablecidos ». ³⁶

Por su parte autores actuales como Boaventura de Sousa han propuesto igualmente la elaboración de una orientación pragmática en vía de conocer el derecho empíricamente, desde su propuesta de re cognición del caos, Boaventura³⁷ sostiene que “el caos nos invita a un conocimiento prudente, la prudencia se asemeja un poco al pragmatismo, ser pragmático es analizar la realidad partiendo de “las ultimas cosas” o sea de las consecuencias”.

El pragmatismo centra así su percepción del derecho, delimitándolo como un resultado empírico-practico capaz de ser observado y analizado en la realidad. Del lado económico este es visto en los resultados costo-beneficio que producen las normas jurídicas en los destinatarios de estas, tratando de perfeccionar la capacidad de predecir su eficiencia en el terreno económico por parte de quienes sobre ellas, deben decidir (los jueces principalmente).

³⁵ Villegas, Mauricio, Les pouvoirs du droit, analyse comparé des études sociopolitiques du droit, LGDG, 2015.p.201.

³⁶ Cardozo, Benjalin Nathan, citado por citado por Veronique Champeil Desplats en Méthodologie du droit et des sciences du droit, Dalloz, 2014,p. 183.

³⁷ Sousa Santos, Boaventura, « Critica de la razon indolente » Desclée de Bouwer, 2003, p 88

García Villegas expone que esta orientación pragmática-económica surge con Ronald Coase y Guido Calabresi³⁸, en Estados Unidos y Francia promulgando la racionalidad y los métodos propios a la Economía con el objetivo de conocer la realidad empírica del derecho. Esta visión que pretende ser descriptiva con respecto a los efectos económico prácticos o la eficiencia de las normas, tiende a convertirse paralelamente en un programa prescriptivo que pretende dar indicaciones sobre el deber ser de las normas económicas a decidir administrativa y judicialmente o a elaborar legislativamente.³⁹

Por su parte Ricardo Guastini ha llamado a esta orientación reflexiva sobre el derecho, una orientación de política jurídica.⁴⁰ La visión de política jurídica es ya presente en Kelsen o Ross, y se entiende como una actividad más prescriptiva que descriptiva, sobre cuáles serían las normas más adecuadas a adoptar con respecto a un contexto político o social determinado.

Una afirmación que podríamos corroborar en las cuatro tesis con las cuales Lewis Korhauser⁴¹ identifica el movimiento *Law and Economics* en sus inicios; 1. El derecho debe ser eficiente, 2. La *common law* es eficiente 3. La *common law* escoge las normas eficientes aunque el conjunto de reglas que la componen no son de este tipo 4. La Economía posibilita una teoría para predecir el comportamiento de los individuos con respecto al derecho.

III. La Delimitación empírica entre el Derecho y la Sociología del Derecho.

a. La sociología y Los hechos pre-normativos.

Las corrientes realistas en este caso especialmente el realismo escandinavo y el realismo analítico-empírico redefinido por Alchurron, Bulyguin y Ricardo Guastini estiman que el terreno de la observación de los hechos de un conocimiento empírico del derecho se encuentra en la efectividad de la norma jurídica y no en el de la eficacia que pertenecería a contrario al lado de la sociología del derecho.

De este modo como se ha señalado ya anteriormente, es en el momento en el que el juez o en la concepción extensa dada por Guastini y profundizada por Eric Millard, los operadores jurídicos⁴² toman los textos normativos en vía de interpretarlos o de estructurar con su ayuda una construcción jurídica, que emergen las normas, y en consecuencia los actos del lenguaje que constituyen los hechos de un conocimiento empírico del derecho.

Esta concepción realista de los operadores jurídicos establece un alejamiento ya post realista del visto anteriormente en Ross, « el derecho es creado esencialmente por los jueces » a el derecho es creado por los jueces, las autoridades administrativas, los órganos

³⁸ Villegas, Mauricio, Les pouvoirs du droit, analyse comparé des études sociopolitiques du droit, LGDG, 2015.p. 172

³⁹ Ibidem, p.173.

⁴⁰ Guastini, Ricardo, Théorie et ontologie chez Dworkin, In: Droit et société, n°2, 1986. pp. 15-22, p.17

⁴¹ Korhauser, Lewis, citado por Villegas, Mauricio en Les pouvoirs du droit, analyse comparé des études sociopolitiques du droit, LGDG, 2015, p. 173

⁴² Millard, Eric, Qui sont les opérateur juridiques de Ricardo Guastini, disponible en p.9 internet :<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01115506/document>

constitucionales y la doctrina en Guastini, y por operadores privados como las grandes organizaciones las Empresas, los Bancos o compañías de seguros.⁴³

Es en este punto análisis donde vemos igualmente la estrecha relación que existe entre el derecho y la sociología política, para arribar a la relación siempre concurrente del derecho y la sociología del derecho.

Es evidente que en este punto el cuestionamiento sobre los hechos objeto de conocimiento empírico del derecho, pasa por la determinación de quienes serían las autoridades normativas, y de si es posible desentrañar del Estado la capacidad de producir normas. Una pregunta que sin lugar a dudas pretende revelar « el gran hecho » pre-normativo el cual despierta la necesidad, de lo que denominaríamos una Teoría política del derecho, una disciplina más cercana a la sociología política y la antropología del derecho.

Por su parte, con respecto al derecho y su dominio sociológico para el realismo escandinavo particularmente de Alf Ross , existe una ley trágica⁴⁴ de la metodología de la teoría del derecho, esta ley trágica consiste en que ni la teoría pura o normativa del derecho propuesta por Kelsen que pretende dominar el objeto-derecho como un puro deber ser, ni del otro lado las teorías sociológicas cuasi-realistas del derecho que pretenden determinar el derecho, mediante el dominio de la realidad social, no pueden describir de manera sólida y propia la ontología del derecho.

Así, el realismo jurídico y su Concepción del conocimiento empírico del derecho, somete a un rigurosos examen los hechos que relevarían de la ciencia del derecho; los cuales deberían ser buscados en el paso del deber ser al ser, y no precisamente descubiertos en el seno de la sociedad, o de la razón.

La fuente del conocimiento del derecho debe ser la fuente de todo conocimiento científico decía Ross, « Si el derecho es un fenómeno de la realidad empírica, es la experiencia y ella sola la cual debe ocupar el lugar de fuente de todo conocimiento del derecho ⁴⁵». Si al contrario el derecho es una estructura apriori, la fuente de su conocimiento debe ser buscada en la razón y ninguna otra parte, Sin embargo la situación es tal que el derecho no es jamás pensado exclusivamente de una sola de estas formas, pero él es representado- (*expresado ya en el realismo redefinido*) en la realidad por actos empíricos.⁴⁶

El realismo que designa los hechos de norma como los hechos de una ciencia empírica del derecho, se opone de la misma manera que lo hace a las tesis del derecho natural y del normativismo a aquellos intentos que relevarían del establecimiento del grupo social como fuente de derecho. Para el positivismo realista escandinavo y analítico la consideración de las fuentes del derecho permanece limitado al punto de vista formal, lo que limita el derecho al conjunto de normas *expresadas* ya sea por el legislador ya sea por los operadores jurídicos que las *expresan* al aplicarlas.

Siguiendo sin embargo el análisis de lo que sería los hechos pré-normativos , Alf Ross señalaba sucintamente lo siguiente : Si nosotros separamos los dos momentos dialecticos

⁴³ Ibidem, p. 9

⁴⁴ Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p 24.

⁴⁵ Ibidem, p. 33.

⁴⁶ Ibidem, p.32.

de una manera consecuente por la una o por la otra, entonces nace la teoría normativa de Kelsen según la cual la norma pura fundamental (razón trascendental) es la última fuente del derecho, o la teoría sociológica según la cual la costumbre real (empírico-social) deviene el fundamento último de todo conocimiento del derecho, Sin embargo ninguna de las dos es realizable hasta su fin.⁴⁷

Es sin duda la costumbre y su identificación como orden de determinación de la voluntad (contrainte) el hecho- pre normativo por excelencia de conocimiento del derecho, el cual nos ayudaría sin duda alguna a conocer el futuro de las normas o más precisamente de la determinación de su sentido, al ser relacionadas en gran parte analógicamente con las normas jurídicas vigentes al momento de su concretización, siguiendo el programa analítico ofrecido por Eric Millard o Ricardo Guastini.

b. La sociología y los hechos post-normativos.

Una de las grandes problemáticas abordadas por Hans Kelsen en su carrera teórica, fue sin lugar a dudas el de los fundamentos ontológicos de una ciencia del derecho, el enriquecedor debate llevado a cabo con Eugene Ehrlich, da muestra de ello. Ehrlich fue uno de los principales opositores a la propuesta ontológica sobre el derecho ofrecido en su Teoría Pura, sosteniendo un debate académico incansable contra la visión pura de las normas expuesta por el primer Kelsen.

Ehrlich critica a Kelsen el hecho de no considerar como « lo jurídico » o en términos más precisos « lo normativo » que solo la norma pura. Este propone a su vez una ontología y una ciencia del derecho que él denomina práctica, es decir un conocimiento que pretende determinar y describir el derecho de manera empírica.

De esta forma, intentando reivindicar el estatus de una verdadera ciencia del derecho a la sociología del derecho, este propone la existencia de un derecho vivo, « El Derecho vivo se halla en oposición con el Derecho válido sólo ante el juez y las autoridades (geltendes Recht), no es el Derecho expresado en proposiciones sino el que rige la vida real de los hombres en sus relaciones recíprocas »⁴⁸

Para Ehrlich la concepción del derecho como vigente y efectivo, tal como lo hemos expuesto en el pensamiento de Ross, encierra el fenómeno jurídico en un fenómeno Estatal, descuidando que el derecho es un fenómeno primeramente social y que gana cuerpo en la sociedad misma.

Ehrlich señala que en contraposición a la concepción tradicional del Derecho que concibe a éste como un conjunto de proposiciones según las cuales las autoridades han de decidir los casos que se les plantee, esto es, *como un conjunta de normas de decisión*, el Derecho,

⁴⁷ Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ 2004, p.35

⁴⁸ Erglich, Eugene, citado por Robles Morochon en, La polemica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Juridica, Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 19, 1976-1977, pag, 184.

es, antes que nada, organización, es decir, orden constituida por reglas del obrar, en virtud de las cuales los hombres no sólo actúan en su vida real, sino que también deben actuar⁴⁹

Como nos lo expone Robles Morochon, Ehrlich⁵⁰ focaliza su crítica en una denuncia concreta a la que denominaríamos teoría política del derecho de Kelsen al dar el poder normativo únicamente al Estado y no ver a su alrededor la emergencia de normas por parte de la sociedad misma. Esta perspectiva que ha sido ofrecida igualmente por Durkheim y emprendida por autores como Leon Duguit⁵¹, tiende así a quedarse en los límites de lo que he denominado los hechos pre-normativos.

Del otro lado Hans Kelsen, elabora una respuesta hacia los intentos de establecer el derecho, como hecho de conocimiento anterior a la voluntad humana, logrando reducir el impacto cognitivista que estas tienen sobre el que sería el saber jurídico propio. Así Kelsen rechaza primeramente este intento, apelando a que la norma sencillamente deriva de un mundo diferente y no constituye un hecho como tal si no otro tipo de entidad.

Posteriormente Kelsen, abrirá la puerta a las consideraciones analíticas tales como las de la Escuela Analítica del Derecho, al decir que una ciencia sociológica del derecho, debería primero precisar un criterio de lo normativo, en viras de no trivializar el derecho en cualquier tipo de prescripciones comportamentales.⁵²

Así las cosas, Kelsen concreta su afirmación diciendo que no es admisible que el objeto de investigación del derecho se confunda, *en una amalgama de la materia de otra ciencia* como es la sociología del derecho, la cual en su opinión estudia como objeto no el derecho sino un cierto fenómeno natural paralelo a este⁵³.

De esta forma, Kelsen despejara la realidad normativa que preexiste a la elaboración del derecho por parte de los interpretes autorizados (en el lenguaje Kelseniano), de las normas que pudiesen cumplir esta misma labor pero no han sufrido el proceso de juridizacion, como lo establecería el sistema jurídico de esa población y territorio dado.

Sin embargo siguiendo a Ehrlich este precisaba que es posible observar la presencia de derechos paralelos que en muchos casos llegaban a ser contradictorios, exponiendo el caso de su ciudad natal donde el orden de comportamientos habituales, *la regularidad social*⁵⁴ derogaba muchas veces al Derecho Estatal. Esta dinámica de pensamiento sobre el derecho ha sido igualmente expuesta por Boaventura de Sousa Santos, en sus trabajos sobre el uso del derecho por parte de aquellos que podríamos considerar son aparentemente desfavorecidos por las normas del Estado.

Boaventura de Sousa Santos nos muestra como la norma estatal puede convertirse en un instrumento de uso contra-hegemónico en palabras de este⁵⁵, o contra-intuitivo si

⁴⁹ Ehrlich citado por Robles Morochon en, La polemica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Juridica, Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 19, 1976-1977, pag, 187.

⁵⁰ Antonov Mikhail, The Hystori of Schism : The Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich. Pg, 16

⁵¹ Champeil- Desplats, Veronique, Méthodologie du droit et des sciences du droit, Paris, Dalloz, 2014,p. 173.

⁵² Kelsen citado por Ehrlich citado por Robles Morochon en, La polemica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Juridica, Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 19, 1976-1977, pag, 194.

⁵³ Kelsen, citado por Antonov, Mikhail, The Hystori of Schism : The Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich p. 13.

⁵⁴ Ehrlich citado por Robles Morochon en, La polemica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Juridica, Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 19, 1976-1977, pag, 1

⁵⁵ Sousa Santos, Boaventura y Rodriguez, Cesar, La globalizacion y el derecho desde abajo, 2007, p.17-21.

tomamos la visión del derecho estatal como imparcial e arbitraria a primera vista. Así las cosas, la normatividad estatal termina siendo usada en busca de lograr efectivizar el sentido o la significación normativa posterior a esta en tanto que disposición textual, por la retenida y practicada por parte de los destinatarios que pretenderán validarla ante los operadores jurídicos.

Así, los hechos post-normativos se configurarían en la expresión y búsqueda por parte de los diferentes destinatarios de la norma⁵⁶, de su efectivización o validación por parte de los respectivos operadores jurídicos a cargo. En lo que, siguiendo la noción Bourdieusienne de campo jurídico⁵⁷, y su dinámica en el espacio jurídico expuesta por Villegas⁵⁸, describiríamos como la lucha por establecer el sentido o el significado de los textos o expresiones normativas por parte de sus destinatarios.

⁵⁶ Susceptible de ser verificada analítica o empíricamente por la Escuela Analítica véase, Champeil- Desplats, Veronique, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014 p. 133- 138.

⁵⁷ Bourdieu Pierre. *La force du droit [Eléments pour une sociologie du champ juridique]*. In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, septembre 1986. De quel droit ? p 3.

⁵⁸ Villegas, Mauricio, *Constitucionalismo Aspiracional*, Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 15, núm. 29, 2013, pp.77-97. p. 87 disponible en internet.

http://institucional.us.es/araucaria/nro29/monogr29_1.pdf

Bibliografia

Alchourrón, Carlos y E. Bulygin , « The Expressive Conception of Norms » , en R. Hilpinen (dir .) , New Essays in Deontic Logic , Dordrecht - Boston - Londres , Reidel, 1984 , p . 95 - 124

Antonov Mikhail, The Hystori of Schism : The Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich, lcl-journal, vol 5, disponible en internet, <https://www.hse.ru/pubs/share/direct/document/74957520>

Bourdieu, Pierre. La force du droit [Eléments pour une sociologie du champ juridique]. In: Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 64, septembre 1986. De quel droit ? pp. 3-19

Brunet, Pierre, Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation, très peu de sociologie en L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité, Paris, Dalloz, 2015

Friedman, Lawrence. The Legal System. A Social Science Perspective, Russell Sage Foundation, New York. 1975.

Guastini, Ricardo, Le realisme juridique rédefini, revues, 2013, p. 113. Disponible en internet, <https://revus.revues.org/2511>

Guastini Riccardo. Théorie et Ontologie du Droit chez Dworkin. In: Droit et société, Disponible en internet : n°2, 1986. pp. 15-22. http://www.persee.fr/docAsPDF/dreso_0769-3362_1986_num_2_1_895.pdf

Millard, Eric, Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, 2006.

Millard, Eric, Qui sont les opérateur juridiques de Ricardo Guastini, disponible en p.9 internet :<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01115506/document>

Millard, Eric y Champeil Desplats Vernoque, efficacité et énoncé de la norme, HAL, disponible en internet, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00937406/document>

Mounier, Pierre, Pierre Bourdieu une introduction, Paris, Agora, 2001.

Évelyne Serverin, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », Droit et société 2002/1 (n°50), p. 59-69

Ross, Alf, traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Introduction à l'empirisme juridique, Paris, LGDJ 2004

Robles Morochon en, La polemica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Juridica, Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, N° 19, 1976-1977

Sousa Santos, Boaventura, Critica de la razón indolente, Volumen 1, Bilbao, Desclée Brouwer, 2003.

Sousa Santos, Boaventura y Rodriguez, Cesar, El derecho y la globalización desde abajo, Cuajimalpa, Antropos, 2007.

Veronique Champeil Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014,

Villegas, Mauricio, *Les pouvoirs du droit, analyse comparé des études sociopolitiques du droit*, Paris, LGDG, 2015.

Villegas, Mauricio, *Constitucionalismo Aspiracional*, Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 15, núm. 29, 2013, pp.77-97. Disponible en internet, http://institucional.us.es/araucaria/nro29/monogr29_1.pdf