

Método Científico y Principios Jurídicos del Gobierno Constitucional

Enrique Barros Bourie

**Abogado. Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ex Profesor Visitante Facultad de Derecho, Universidad de Munich. El trabajo que se entrega a continuación no ha sido antes publicado.*

Método científico y principios jurídicos del gobierno constitucional

Enrique Barros Bourie

I Principios metódicos de la ciencia teórica

Principio de la falibilidad

Todo método tiene que tomar en cuenta no sólo las aptitudes, sino también las limitaciones del espíritu humano. El llamado "método científico" parece derivar su enorme eficacia para explicar la realidad precisamente de esas consideraciones elementales.

De hecho, toda forma de conocimiento, incluido el vulgar, tiene una estructura semejante: consiste en plantearse problemas y ensayar para ellos una explicación. Lo propio de la ciencia radica en que radicaliza las facultades naturales del entendimiento, posibilitando superar el simple juego recíproco de ensayo y error.

Por eso, la legitimidad y valor de los métodos empleados por la ciencia dependen, ante todo, de su correspondencia con las capacidades intelectuales de los hombres. La diferencia más importante entre la ciencia moderna y muchas de las cosmovisiones que aún hoy reclaman dar cuenta total del hombre y la sociedad, radica precisamente en que aquélla es más modesta que estas últimas.

El método científico establece no sólo reglas positivas, que señalan cómo debe actuar el científico para obtener sus objetivos, sino que también incluye ciertas prohibiciones que marcan aquellas preguntas que están excluidas del discurso racional controlable.

El modelo de pensamiento que fue desarrollado a partir de las ciencias naturales tiene la ventaja de apoyarse en una teoría del

conocimiento realista, que afirma la capacidad del hombre para acercarse a la verdad, pero que niega la pretensión de obtener un conocimiento absolutamente cierto.¹ Esta premisa ha llegado a ser un lugar común del pensamiento científico contemporáneo.

Así, el método científico implica una ruptura con el antiguo ideal de racionalidad, heredado de la tradición platónica, según el cual el objeto final del conocimiento es el descubrimiento de un fundamento último y seguro para nuestros conocimientos y juicios morales.²

Los teóricos del conocimiento, que compartían los principios de la Ilustración y que, en su gran mayoría, también fueron filósofos morales, partieron de la premisa de que gran parte de los errores se debía a la soberbia de no tomar en cuenta los límites de nuestro entendimiento. En ese sentido, intentaron "humanizar" la ciencia, la ética y el derecho. Ese es el puente que une a filósofos y científicos, en algunos aspectos tan distintos, como Hume, A. Smith, Kant, Popper o Hayek.

El principio de que el conocimiento es un arduo trabajo de construcción y crítica, se asocia a una filosofía humanista que ve en la ciencia una creación del espíritu humano. En el plano ético, el "falibalismo" se asocia (en todos los pensadores que lo comparten) con una actitud libertaria, que atribuye el progreso de las instituciones y de las formas de vida a la capacidad de aprender de experiencias, exitosas o fallidas, realizadas por personas creadoras. Tanto en la ciencia como en el derecho, en el arte o la economía, el falibalismo implica lógicamente la idea de libertad.³

Tendencia a la teorización

Una segunda idea que quisiera destacar respecto del método científico tiene que ver con la relación existente entre las teorías científicas y la realidad.

¹"El conocimiento cierto nos está negado. Nuestro conocimiento es una búsqueda crítica: una red de hipótesis; un tejido de sospechas", afirma K. Popper, *Logic der Forschung*, 4.^a ed., 1969, p. XXV (hay trad. esp.: *Lógica de la Investigación Científica*).

²Véase N. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, 3.^a ed., 1975, pp. 68 y ss. (hay trad. esp.: *Tratado de la Razón Crítica*).

³Para esta asociación, E. Topitsch, "Von Wert Wissenschaftlichen Erkennens", en: *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, 2.^a ed., 1966, pp. 328 y ss.

El sentido común nos indica que existe una cierta correspondencia entre la realidad externa y el conocimiento nuestro de esa realidad. En otras palabras, nos parece obvio que podamos captar intelectualmente el mundo exterior. Esta es la característica fundamental de una actitud realista.

Sin embargo, si pretendemos explicar lo que ocurre y buscar relaciones entre fenómenos individuales, nuestro entendimiento encuentra rápidamente ciertos límites.

Respecto de fenómenos aislados, podemos formular hipótesis sencillas y comprobarlas nosotros mismos. En la vida diaria usamos con enorme frecuencia ese procedimiento. Pero si queremos explicaciones más generales, que asocien algún número más o menos considerable de hipótesis —como es el caso de las teorías científicas—, los métodos ordinarios no nos dan resultado.

Los límites del entendimiento y la complejidad del mundo exterior nos impiden dar cuenta completa de la realidad. Por eso, las teorías científicas son construcciones intelectuales que permiten simplificar nuestra comprensión del mundo. El científico no es un pasivo espectador de lo que ocurre, es un activo creador de esquemas explicativos de estructura hipotética, que pueden ser sometidos a las pruebas de la experiencia y de la lógica.

En la base de las teorías científicas existe, por consiguiente, un acto creativo que consiste en buscar un esquema de explicación simplificado de la realidad.

"La simplificación afecta ante todo al material empírico, y tiene como resultado la selección de unas cuantas variables que, por alguna razón, se suponen las esenciales, así como la selección de unas pocas relaciones-claves entre ellas. Cuanto menos variables manejemos, tanto más finas o complejas las relaciones entre ellas que tendremos que admitir. A la inversa, cuanto mayor sea el número de variables, tanto más esquemáticos —y, por tanto, menos exactos— tendrán que ser los supuestos sobre sus interrelaciones."⁴

Teorización en ciencias sociales

Una de las mayores dificultades que encuentran las ciencias sociales reside precisamente en el nivel de seleccionar puntos de partida que se muestran fértiles. La ventaja teórica de la economía

⁴M. Bunge, *La Investigación Científica*, 1969, p. 495.

parece radicar precisamente en este aspecto.⁵ Ideas tales como las de escasez y la del hombre racional que intenta maximizar su utilidad, se han mostrado como supuestos fértiles para investigar desde el punto de vista individualista ciertas interacciones sociales.

También así se explica que mediante generalización de esos supuestos, se pretende emplear paradigmas de la ciencia económica en terrenos en los que hasta ahora se ha empleado otros enfoques. El éxito de la empresa depende, como es obvio de que los supuestos que se han mostrado fértiles para explicar el comportamiento económico, sean utilizables con el mismo resultado para explicar otras formas de comportamiento: el político, por ejemplo.

También en ciencias sociales se trabaja con simplificaciones de la realidad.⁶ Se seleccionan ciertas variables que se estiman relevantes y se construyen sobre esa base teorías abstractas que implican necesariamente una reducción de la complejidad de las motivaciones posibles de la conducta. En el ejemplo de la economía puede aclararse esta idea: de la circunstancia de que la teoría económica se construya sobre el supuesto de la racionalidad, no se sigue que las motivaciones reales de los sujetos sean siempre y necesariamente reductibles a algún criterio de racionalidad. En la motivación de un comportamiento concreto pueden influir factores altamente irracionales y otros que sólo indirectamente pueden ser interpretados como decisiones racionales.⁷ No por eso la teoría económica es falsa. Más bien plantea el desafío de formular otras teorías coherentes que den cuenta de aquellos comportamientos. La división del trabajo en la ciencia es un resultado de la complejidad del mundo real y del limitado horizonte de nuestro intelecto.

Interpretación institucional del comportamiento

De muchas conductas podemos afirmar que se han realizado porque hay una norma o regla que las orienta. Tal es el caso de la

⁵Véase L. von Mises, *Grundprobleme der Nationalökonomie*, 1933, pp. 35 y ss.

⁶Véase M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 2.^a ed., 1951, pp. 191 y ss.; sobre el mismo punto, C. G. Hempel, "Problems of concept and theory formation in the social sciences", en: *Science, Language and human rights*, 1952, pp. 65 y ss.

⁷Véase H. G. von Wright, *Comprensión y explicación*, 1980, T. IV, 5.

observación espontánea de reglas cuando participamos en un juego, utilizamos el lenguaje o seguimos una señalización del tránsito.

En verdad, la influencia que ejercen las reglas o normas de conducta en el comportamiento es un campo que presenta un muy escaso desarrollo teórico. Los principales aportes contemporáneos provienen probablemente de la filosofía analítica del lenguaje común.⁸ Pero no creo que ése sea un camino que prometa hacia el futuro demasiados resultados. La sociología del derecho sólo ofrece esquemas muy generales de interpretación⁹ o se contenta con elaborar teorías de alcance muy restringido.

En mi opinión, el camino más prometedor para investigar los aspectos institucionales del comportamiento consiste en intentar la construcción de teorías acerca de la influencia que ejercen los sistemas de normas en las preferencias de las personas.¹⁰ Sin embargo, esta tarea, necesariamente interdisciplinaria, requerirá de seguro un desarrollo mayor de la psicología

Entretanto, quisiera concentrarme en el análisis y crítica de los modelos de investigación que hasta ahora han sido habituales en el derecho. En la exposición adoptaré como supuesto que el "falibalismo" y la teorización (simplificación) son principios operativos de cualquier disciplina científica o filosófica.

II El método jurídico

Complejidad del derecho

El derecho destaca respecto de otras instituciones por su gran generalidad. Es el único orden normativo que alcanza a todas las

⁸En especial, de L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1958.

⁹Esto vale, por ejemplo, para la escuela funcionalista de T. Parsons. Algunos avances bastante más precisos se encuentran en N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972.

¹⁰Véase H. Albert, "La Tradición Económica", en esta misma revista. Especialmente atractivo parece el programa de G. Tullock en orden a distinguir entre "ciencias de la elección", que derivarían de la economía, y "ciencias de las preferencias", que buscarían determinar cuáles son las preferencias en la sociedad; véase "Imperialismo Económico" en: *Estudios Públicos*, N.º 1, diciembre 1980, p. 195.

personas. La tolerancia religiosa y la multiplicación de las costumbres han provocado que sistemas de normas que fueron muy eficaces en sociedades más simples —como la religión y las costumbres— ya no sean suficientemente generales.

Su propia generalidad otorga al derecho una enorme complejidad. Prácticamente todos los intereses humanos son alcanzados de alguna manera por normas jurídicas, ya sea en la forma de un derecho de libertad, que los demás deben respetar, o como mandato que ordena o prohíbe una conducta.

Pero no sólo la extensión del ámbito de validez del derecho condiciona su complejidad. Esta deriva, además, de la circunstancia de que respecto de todo orden jurídico cabe plantearse preguntas de índole muy diversa: ¿Está jurídicamente permitida la conducta tal o cual?; ¿Es válido este contrato?; ¿A qué principios o valores responde tal norma?; ¿Qué efectos se siguen si se dicta la ley tal o cual?.

La variedad de estas cuestiones explica que el derecho haya sido definido alternadamente desde el punto de vista de la técnica social, de la ética, de la teoría de las decisiones y del método de interpretación de textos.

La multiplicidad de los enfoques posibles ha exigido, como es obvio, una fuerte reducción de los puntos de vista relevantes. La crítica fundamental que intentaré hacer enseguida al método jurídico consiste en que esa selección ha sido, en el último tiempo, infértil y, además, que ha contribuido a debilitar la función que pueden cumplir los juristas en beneficio de las personas y de la sociedad.

El derecho, como orden imperativo y sancionador

Durante el siglo XIX y, muy especialmente, en la primera mitad de este siglo, se produjo un cambio bien radical en la percepción del derecho. El énfasis que la ciencia jurídica había puesto en las relaciones privadas y en el control del poder se desplazó hacia la actividad normativa del Estado.

La tradición jurídica europea anterior había estado marcada por tres ideas fundamentales: a) el derecho es el orden constitutivo de la sociedad, de modo que su existencia debe suponerse previa a cualquier orden político, monárquico o democrático; b) el derecho es un orden que se aplica por igual a gobernantes y gobernados, y c) los principios jurídicos básicos son los de la autonomía privada y de la igualdad ante la ley, que, a su vez, se fundamentan en la inviolabilidad de las libertades individuales.

Aquellas ideas provenientes del pensamiento de la ilustración encontraron su formulación teórica en creaciones intelectuales sumamente coherentes y eficaces, como fueron el constitucionalismo y el estado de derecho.¹¹

Sin embargo, estos principios entraron pronto en conflicto con otros que alteraban radicalmente el orden de las cosas. Aquí quisiera destacar las dos ideas que estimo decisivas en el cambio de enfoque.

La primera es la idea de *soberanía*. Tiene sus raíces en el pensamiento de Hobbes y afirma que en toda sociedad debe haber algún poder último que esté excluido de todo control.¹² Sumado este principio a las ideas democráticas, influyó para modificar profundamente el significado de estas últimas. La democracia, que antes había sido concebida como una buena forma de gobierno, pero igualmente limitada por el derecho, pasó a ser entendida como gobierno sin límites de la mayoría.¹³

La segunda idea que influyó en la modificación del concepto de derecho de la ilustración fue el *utilitarismo*. Esta corriente de pensamiento subordina las preferencias del individuo autónomo a la felicidad del mayor grupo posible de individuos. La ley, al tener por misión realizar esa función superior, no reconoce límites. El legislador pasa a actuar bajo la presunción de legitimidad, de quien obra en beneficio de los demás.

El utilitarismo se expresó, entonces, en "una actitud del Estado y de la sociedad que pretendían saber cómo puede realizarse la felicidad ajena, lo que otorgaba a los poseedores del poder una muy especial buena conciencia, al mismo tiempo que causaba un daño grave a quienes tenían la desgracia de tener otras ideas acerca del fin de su propia vida".¹⁴

Bajo estas influencias se produjo algo que se asemeja mucho a la sustitución de un paradigma científico. Se cambiaron los supuestos que permitían entender al derecho. Este ya no fue el

¹¹Acerca del espíritu y métodos del constitucionalismo, véase K. Lówenstein, *Teoría de la Constitución*, 1964. Sobre el estado de derecho, véase F. A. Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, 1975, Parte II.

¹²El análisis histórico más completo sobre la idea de soberanía se encuentra en H. Heller, *Die Souveranität*, 1927 (hay trad. esp.: *La Soberanía*).

¹³Véase F. A. Hayek, "El Ideal Democrático y la Contención del Poder" en: *Estudios Públicos*, N.º 1, diciembre 1980, pp. 11 y ss.

¹⁴E. J. Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz*, 1978, p. 13.

orden constitutivo de la sociedad y del Estado, y pasó a ser concebido como una técnica a plena disposición del legislador. La norma jurídica fue definida como "una regla formulada para la conducción de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él".¹⁵ Fórmulas más simples aún definieron después al derecho como una técnica social que se vale de la sanción y se afirmó la completa identidad conceptual entre el derecho y el Estado.¹⁶ En definitiva, *el derecho pasó a ser el instrumento de la política*.

Efectos del positivismo legal en la cultura jurídica chilena

El triunfo del positivismo legal, con la consecuencia arriba anotada de haberse disuelto el derecho en la política, ha sido en pocas partes más elocuente que en Chile. El advenimiento de esta doctrina jurídica estuvo acompañada de diversas circunstancias que contribuyeron a su adopción. Aquí sólo me referiré a las que se vinculan a la ciencia jurídica.

Ante todo, influyó un equivocado concepto de profesionalización en la formación legal, que se ha acentuado en el último tiempo. El derecho se desvinculó de las humanidades, abriéndose campo a la esterilidad positivista. Como intentaré probar más adelante, mostrar un orden jurídico desprendido de los principios que le sirven de base implica renunciar a la autonomía del derecho. Pero la ignorancia de principios implica, además, que el derecho se transforma en un objeto de manipulación retórica, que puede conducir a que cualquier interpretación de un texto legal llegue a parecer aceptable, con el consecuente debilitamiento del principio de legalidad que caracteriza a un Estado de derecho.

En el campo del derecho público, la interpretación formalista y despegada de principios materiales de las normas constitucionales o de las que gobiernan la administración puede conducir a que las excepciones a las libertades básicas, que todo orden constitucional prevé para circunstancias extraordinarias, pasen a constituirse en regla general. De ahí que sea indispensable precisar el conflicto que puede haber entre los principios del orden constitucional y los intereses contingentes del poder público. Como es obvio, el principio del Gobierno constitucional exige que sean las

¹⁵J. Austin, *Lectures on jurisprudence*, 4.^a ed., 1879, Vol. I, p. 86.

¹⁶Véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, pp. 289 y ss. (hay trad. esp.: *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed.).

excepciones a las libertades personales las que haya que justificar y no estas últimas. Con todo, la tendencia positivista lleva a invertir el orden de los factores. Así, la opción constitucional en favor de las libertades básicas puede llegar a ser una ilusión.

Pero no sólo en el derecho público se percibe la decadencia del pensamiento jurídico autónomo. Ella es aún más profunda, aunque más ignorada, en el terreno del derecho privado. Si se observa el estado de esta rama del derecho en Chile, se constata un estancamiento asombroso. La enseñanza del derecho civil, la más general de las disciplinas del derecho privado, se realiza a través de manuales sumamente modestos, cuyos autores jamás habrán soñado que iban a contribuir a formar varias generaciones de juristas. Con algunas poquísimas excepciones, las obras jurídicas de importancia en derecho civil tienen ya más de 30 ó 40 años. El antiguo dinamismo de los juristas privatistas cedió lugar a un hedonismo acrítico, que se limitó a repetir sin convicción antiguas fórmulas dogmáticas.

El derecho privado es la base de un orden social que recurre a la ordenación de la conducta mediante relaciones de coordinación. En el derecho comparado, el desarrollo de nuevas instituciones, a partir de los principios del derecho civil, ha permitido que se resuelvan graves problemas del tráfico jurídico con recursos del propio derecho privado, sin necesidad de recurrir a la intervención de la administración. Algunos ejemplos son: el fortalecimiento del valor vinculatorio del contrato, el desarrollo de los principios de la buena fe y de la confianza en las relaciones privadas y la responsabilidad civil por el abuso de una posición monopólica o dominante.

En nuestra tradición jurídica, por el contrario, los juristas dejaron de interesarse por los nuevos problemas que surgían del tráfico económico moderno. Así, sólo quedó esperar la intervención oportunista y casuística del legislador. De acuerdo a la actitud jurídica dominante, el legislador comenzó a actuar como una especie de moderno rey Midas, que todo lo que toca lo transforma en obligatorio (Kelsen). Así, se generó una frondosa legislación, imposible de divisar y carente de orientaciones y principios.

Esas mismas leyes contienen, hasta hoy, numerosas delegaciones de atribuciones en órganos administrativos (como las Superintendencias y la Dirección General de Impuestos Internos, entre otros). Estos órganos devienen, a su vez, en pequeños legisladores, en intérpretes autorizados de las leyes respectivas. Se encuentran provistos, incluso, de facultades judiciales y están usualmente exentos de control o responsabilidad efectivos. En

muchos de estos ejemplos se muestra cómo un determinado interés político o económico puede ser puesto en peligro por una errada concepción jurídica de confiar en exceso en la administración.¹⁷ Todo esto nos muestra cuánto se ha olvidado el principio clásico del Gobierno constitucional, que, según Mill, "requiere suponer que se abusará del poder político para fomentar los intereses propios del que lo ostente; no porque siempre sea así, sino porque tal es la tendencia natural de las cosas, de la cual las instituciones libres nos deben amparar".¹⁸ Pero volviendo al tema central, buena parte de esta evolución se debe a la ineficacia del derecho privado, lo que abrió camino para que órganos administrativos entraran a "representar" los intereses privados de las personas.

Aunque se siguiera hablando de la vigencia del "estado de derecho" o de un "orden constitucional", los principios materiales que inspiraron esas construcciones conceptuales desaparecieron, de hecho, de la conciencia jurídica. La crisis del derecho privado, como instrumento descentralizado de compensación de intereses, contribuyó a que se completara la identificación del derecho con la ley, entendida como imperativo coactivamente sancionado, y a que se perfeccionara la identificación conceptual del derecho con el Estado.

Pero la decadencia de las profesiones jurídicas no sólo se produjo como consecuencia de haberse olvidado que todo orden jurídico sólido se sustenta en principios, sino, además, porque el derecho tampoco pasó a ser una *técnica eficiente*, que enseñara a plantear y resolver con destreza casos o problemas. En este sentido, la decadencia tiene su causa en el casi completo aislamiento respecto de otras ciencias. Una de las funciones del derecho es resolver los problemas que van surgiendo de las nuevas relaciones entre las personas, lo que supone saber plantear correctamente los asuntos en discusión. Para ello se requieren los instrumen-

¹⁷Un ejemplo reciente me parece ser el D.L. 3538, que creó la Superintendencia de Valores y Seguros, ampliando considerablemente las facultades normativas y judiciales que ya poseía la antigua Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio.

¹⁸J. S. Mill, *Considerations on Representative Government*, 1861, citado por J. Buchanan, "De las Preferencias Privadas a una Filosofía del Sector Público", en: *Estudios Públicos*, N° 1, diciembre 1980, pp. 217 y ss.

tos analíticos que entregan la lógica, las matemáticas, las ciencias sociales (como la moderna ciencia económica), la teoría de las preferencias y las decisiones públicas y otros bastante más elementales, como, por ejemplo, los principios de contabilidad. La concreción de los principios jurídicos y la interpretación de las leyes jamás se produce en el vacío. Hay cuestiones, de hecho, relevantes que calificar, donde la intuición no es en absoluto suficiente.

En un nivel más general, también se muestra la necesidad de un trabajo interdisciplinario. Es el caso de la eficiente administración de justicia. Es una trivialidad afirmar que ésta es una condición necesaria para la protección de las libertades y para la persecución de los derechos privados sin tener que recurrir a los órganos de la administración. R. von Jhering escribió hace un siglo que "el derecho privado, no el público, es la verdadera escuela política de un pueblo".¹⁹ Tenía en vista que la afirmación y persecución de los derechos personales es el más importante paso hacia una participación responsable en cuestiones públicas. No puede haber una sociedad abierta si todos, especialmente los más débiles, no pueden reclamar sus derechos más inmediatos. El problema de la administración de justicia tiene su origen y fin en cuestiones estrictamente jurídicas. Pero hay muchas cuestiones decisivas para resolver el problema que los juristas no están en condiciones de plantear correctamente, como consecuencia de su aislamiento profesional: sistemas simplificados para evaluar información (prueba judicial); análisis empírico de la forma efectiva de actuar de los tribunales; determinación de los rangos de preferencias entre los objetivos posibles del proceso judicial; determinación empírica de las expectativas (demandas) de justicia de las personas y muchos otros problemas no pueden ser abordados con métodos dogmáticos.

En uno de los problemas jurídicos más decisivos, como es el de la administración de justicia, se muestran los *resultados de una tradición legal que desprendió la formación del jurista tanto de los principios como de la técnica*.

Sin embargo, podría argumentarse que el positivismo legal no hace más que mostrar neutralmente el derecho vigente. Me parece que esa idea es dominante en medios jurídicos. Creo, sin

¹⁹R. v. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872), ed. Rusche, 1965, p. 250 (hay trad. esp.: *La Lucha por el Derecho*).

embargo, que puede ser discutida con argumentos suficientes y es lo que intentaré en el párrafo siguiente.

Crítica a la ideología positivista legal

Austin, Kelsen y muchos otros juristas que definen el derecho como imperativo estatal, como orden coactivo o de otros modos similares, pensaron que elaboraban una teoría analítica del derecho, desprovista de juicios de valor. Aún más, su objetivo explícito era formular una "teoría del derecho tal cual es y no como debiera ser"²⁰

Sin embargo, estos juristas analíticos que teorizaron acerca de la ley y el Estado pecaron, a la vez, de ambición y de ingenuidad.

Fueron muy ambiciosos, porque no supieron comprender que toda teoría es una simplificación de la realidad. Creyeron haber analizado la totalidad de los fenómenos jurídicos relevantes, pero lo que mostraron, de hecho, fue la estructura de un orden jurídico, bajo el *supuesto* de que en toda sociedad hay un poder final sin límites.

Por eso, no debe extrañar que juristas posteriores que han seguido el modelo analítico de la filosofía del lenguaje corriente hayan llegado a conclusiones muy distintas. En circunstancias que el lenguaje es un sistema espontáneo de reglas sumamente eficiente, la extensión al campo del derecho de los instrumentos analíticos desarrollados a su respecto produce resultados bien diferentes a los obtenidos, si se parte del dogma de que en toda sociedad alguien tiene que tener un poder no sujeto al derecho.²¹

Pero el mayor error de los juristas positivistas deriva de su ingenuidad. Les pasó inadvertido que sus afirmaciones acerca del derecho no sólo tenían una función teórica, sino también una práctica. Aunque usaran un lenguaje descriptivo y neutral, sus tesis tuvieron ciertamente una función pragmática,²² en tanto influyeron en la manera de percibir el derecho. Ocurre que si para la gente llega a ser obvio que cualquier mandato del Estado es derecho, esa convicción tiene efectos en su comportamiento. Si algún jurista logra convencer a los jueces y a los abogados de su

²⁰H. Kelsen, *op. cit.*, p. 1.

²¹Véase la influyente obra de H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, 1968 (orig. *The Concept of Law*, 1961).

²²Para la función pragmática del lenguaje, véase J. L. Austin, *How to do Things with Words*, 1962.

teoría, no cabe duda de que, por ese solo hecho, ha introducido una modificación en el orden jurídico.²³

El derecho constituye, de por sí, una especie de teoría social espontánea que consiste en un marco de orientación de nuestro comportamiento y que permite formularse expectativas respecto de cómo se comportarán los demás. Como tal, todo sistema jurídico coherente se apoya en algunas pocas ideas directrices o principios. No cabe duda que uno de los principios posibles es el de la autoridad final sin límites. Incluso más, para una mentalidad formada en el espíritu de la ciencia, se trata de un principio teórico atractivo por su enorme simplicidad. El verdadero problema radica, sin embargo, en que habiéndose creado la convicción de que el derecho responde a ese principio, efectivamente el derecho ha tendido a transformarse en la forma vacía del poder. Por la circunstancia de que el derecho es un fenómeno cultural, muy sensible a las ideas o principios, es difícil encontrar un terreno donde se presente con más transparencia el problema de las profecías autocumplidas. El peligro está en que "la engañosa corrección de una teoría autocumplida tiende a perpetuar el dominio de un error".²⁴

Hasta ahora, la ciencia jurídica no ha tenido como función principal mostrar cuáles son las preferencias de la gente, sino que más bien ha contribuido a articularlas. La circunstancia de que los jueces y abogados tengan una formación profesional en las universidades acentúa la influencia de esa corriente científica positivista legal. Por lo demás, no debe olvidarse que en nuestra tradición jurídica continental-europea las instituciones del derecho, privado y público, tuvieron su origen en la ciencia jurídica. Sólo después de largo bregar, esas ideas se fueron transformando en derecho positivo. Así se explica también la influencia de los filósofos morales de la ilustración en el desarrollo de las instituciones jurídicas. Estas circunstancias y tradiciones han hecho que "la ciencia jurídica tenga un lugar *dentro* del sistema jurídico", en tanto "es el plano más alto y abstracto de determinación del

²³ Algo semejante vale para otras corrientes que han puesto el acento en el papel creador del derecho de la jurisprudencia judicial. Es el caso del "realismo jurídico" y de la "jurisprudencia sociológica" norteamericanos, que contribuyeron a que los tribunales de ese país se hayan transformado en una especie muy peculiar e incontrolable de legisladores sociales. Acerca de éstas, véase E. H. Pollack, *jurisprudence*, 1979.

²⁴ R.K. Merton, "The self-fulfilling prophecy", en: *Social Theory and Social Structure*, 1957, p. 423.

sentido del orden jurídico".²⁵ En otras palabras, la separación tajante entre el derecho y la ciencia jurídica no es tan sencilla como ha creído el positivismo jurídico.

El derecho natural como método de selección de principios

La experiencia de los teóricos analíticos del positivismo legal, que identificaron el derecho con el poder, debe enseñarnos que la ciencia jurídica es bastante menos inocua de lo que ellos pensaron. He intentado mostrar cómo las ideas que se tienen acerca de lo que es el derecho influyen en el comportamiento de los jueces, políticos y abogados. Si se toma en cuenta esa circunstancia, la elección de principios en el derecho difiere funcionalmente en mucho de la selección de supuestos o axiomas en las ciencias teóricas.

Me parece que esta circunstancia es la que han tenido en cuenta las doctrinas del derecho natural, que afirman que la investigación y enseñanza del derecho debe estar orientada por ciertos principios o valores.

Sin entrar a discutir el contenido de las diversas doctrinas sobre el derecho natural,²⁶ quisiera aquí formular algunas críticas a los supuestos metodológicos que comparten la mayoría de esas doctrinas. Pienso que su mayor defecto radica, precisamente, en el método y en la teoría del conocimiento que le sirve de base, y no en la actitud programática de someter al derecho positivo estatal a un juicio crítico a partir de ciertos principios.

- a. Es usual que las corrientes iusnaturalistas supongan que, del mismo modo como la naturaleza tiene regularidades que se expresan en leyes, así también las instituciones humanas expresan algún tipo de designio intemporal.²⁷ A esta actitud se asocia inevitablemente la convicción de que existe algún

²⁵N. Luhmann, "Rechtssystem und Rechtsdogmatik", 1974, p. 19.

²⁶Para un vistazo sistemático, H. Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971; W. Friedmann, *Legal Theory*, 4.^a ed., 1960; A. Vedross, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, 1962.

²⁷Véase para la distinción entre la naturaleza y la sociedad, H. Kelsen, "La idea del derecho natural", en: *La Idea del Derecho Natural y otros ensayos*, 1946; también K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, I. Cap. 5.

método que garantice la certeza de nuestros juicios normativos y preferencias.

El iusnaturalista tiende, en consecuencia, a renegar del supuesto "falibalista", desarrollado anteriormente a propósito del método científico. Por mi parte, creo que el "falibalismo" es un mejor punto de partida, aunque suponga incertidumbre, porque se asocia a una teoría realista de nuestro conocimiento moral, que desconfía de la utopía y prefiere pensar que las instituciones son obra humana que puede ser perfeccionada por el aporte espontáneo y crítico de muchas personas creadoras. En tal sentido, el "falibalismo" es el mejor argumento en favor de la libertad como principio básico del orden social.²⁸

- b. Las doctrinas del derecho natural parten, generalmente, del supuesto de que entre los fines o preferencias más generales de las personas no existe conflicto o contradicción. En otras palabras, no perciben que la escasez es una perspectiva mucho más general que la que se presenta respecto de los bienes materiales. El iusnaturalista está, rara vez, dispuesto a aceptar, por ejemplo, que entre libertad e igualdad haya algún tipo de conflicto. Se resiste, en el fondo, a admitir que la utopía no es un modelo viable de organización social.

Por otro lado, la idea de que hay un orden natural en las preferencias lleva a pensar que hay algún defecto en que las distintas personas tengan preferencias diferentes. Así, se otorga plena legitimidad a un sistema imperativo que pretende imponer a todos el orden de preferencias que se supone correcto.

La utilización de un lenguaje equívoco es una forma de ocultar la imposibilidad de la empresa de crear un orden que maximice todos los valores posibles. Así, se tiende a utilizar conceptos de clausura, tales como el "bien común", cuyo contenido normativo es tan pobre, que pueden ser manipulados retóricamente para justificar cualquier fin: totalitario o libertario, conservador o revolucionario.²⁹ No es raro, en consecuencia, que los gobernantes de las más diversas tenden-

²⁸La mejor exposición acerca de las relaciones lógicas entre el falibalismo y la libertad se encuentra en K. Popper, *Das Elend des Historizismus*, 4.^a ed., 1974. Los aspectos institucionales del problema, en F. A. Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, Parte I.

²⁹Véase E. Topitsch, "Restauration des Naturrechts? Sachgehalte

cias hayan reclamado, a su turno, la justificación del derecho natural para el ejercicio del poder.

- c. Finalmente, creo que la formulación dogmática de principios es irracional, en un sentido que los juristas a menudo olvidan. La opción por ciertos principios de organización social no debe ignorar las consecuencias que derivan de la adopción de esos principios. Los juristas de la Ilustración no olvidaron esta circunstancia y conectaron el derecho a la ética, por un lado, pero también a los conocimientos sobre la naturaleza humana de que disponían, por otro. Evitaron idealizar al hombre. Por eso, la teoría política se construyó sobre la base de la desconfianza frente al poder, y la economía bajo el supuesto de que cada cual persigue su propia utilidad.

Hoy, que hay acumuladas mayores experiencias acerca de las consecuencias que se siguen de la adopción de diferentes principios de ordenación social, parece menos apropiado que nunca un método exclusivamente especulativo para discutir cuál principio es preferible a los otros.

Me parece que el actual dilema de la ciencia jurídica está en que se encuentra enfrentada a dos caminos sin salida: por un lado, el positivismo legal, que piensa que todo el derecho puede ser reducido a una forma de organización del poder, con la consiguiente renuncia a la función clásica del derecho; por otro lado, las diversas corrientes iusnaturalistas que plantean abiertamente su propósito de racionalizar el derecho, pero que carecen de instrumentos analíticos apropiados para ello.

Replanteamiento del problema: coordinación y subordinación, como modelos alternativos de organización social

Algunos breves desarrollos analíticos pueden ayudar a plantear en términos más manejables el problema de los principios jurídicos.

Si aceptamos que el derecho es el orden constitutivo de la sociedad, en tanto es la más general de las instituciones que tienen que ver con el control e interacción social, parece conveniente plantear los tipos idealmente posibles de organización

social. Así, podemos imaginar formas de organización social basadas en relaciones de *coordinación*, algunas, y otras en relaciones de *subordinación*.³⁰

En su forma ideal, el primer modelo implica renunciar al máximo al ejercicio de facultades arbitrarias. Expresado en términos positivos, las reglas de conducta tienden a generarse descentralizadamente, de modo análogo a como se ha creado el lenguaje o la moral social. La forma principal de crear reglas nuevas es el contrato. Los criterios que califican lo deseable, lo bello o lo útil —en otras palabras, las preferencias— son estructurados por las propias personas y comunicadas a otros individuos, a través del contacto espontáneo. La sociedad tolera diversos órdenes individuales de preferencias, como algo natural y de ningún modo inconveniente. El sistema político, en consecuencia, tiene su límite en la circunstancia de que la mayoría no tiene derecho a determinar cómo deben vivir los demás.³¹ Los principios básicos de este tipo ideal de organización social son la libertad, la tolerancia y la desconfianza frente al poder.

El modelo social basado en el principio de la subordinación tiene, en verdad, dos caras. Ante todo, se asocia a la idea de que no corresponde a las personas construir sus propios órdenes de preferencias, sino que existe algún orden ideal de valores (platonismo) o algún sentido inevitable o incontrolable de la historia (historicismo).³² Enseguida, se valora al grupo por sobre el individuo. Este es conceptualmente disuelto en la clase, la nación, la raza o el Estado. Lo que prima es el interés general, que no es definido sobre la base de las preferencias individuales, sino a partir de premisas autónomas que, se supone, son válidas con prescindencia de los gustos o inclinaciones de las personas. Radbruch describe estas ideologías supraindividualistas afirmando que "conciben al Estado y a la Comunidad según el modelo del organismo, del mismo modo que en el cuerpo humano; en el Estado no es el todo lo que está en función de las partes, sino las partes las que existen

³⁰El concepto corresponde a uno de los criterios más aceptados para distinguir entre el derecho público (relaciones de subordinación) y el derecho privado (relaciones de coordinación). Véase Antonio Rascuñan, *Apuntes de Introducción al Derecho*, s/í.

³¹Para este tema, que incide en la distinción analítica entre el Derecho y la Moral, véase H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1973.

³²Para una crítica de estas doctrinas, véanse K. Popper y H. Albert, *op. cit.*

en beneficio del todo". La formulación jurídica de este principio lo encontramos ya en Hegel, para quien "la constitución política es ante todo la organización del Estado y del proceso de su vida orgánica en relación consigo misma".³³

Estas corrientes supraindividualistas, como se ha anotado, encuentran su refuerzo en la tendencia contemporánea de la ciencia y de la opinión pública a disolver la acción consciente de las personas en formas dirigidas de comportamiento social. "Organizaciones sociales y sus ciencias, como la psicología y la sociología, trabajan de hecho en la desintegración de la persona en roles sociales, en subsistemas organizados, en una multiplicidad de organizaciones que representan la libertad. El derecho muestra la misma tendencia: la función organizadora es tenida como su tarea más importante."³⁴

Desde un punto de vista analítico, la alternativa planteada corresponde a la contradicción entre la libertad y el poder. Ninguna ciencia que tenga por objeto la conducta social puede sustraerse de esta antinomia.³⁵ La ignorancia de este conflicto es lo que ha marcado, en mi opinión, la decadencia del pensamiento jurídico. La atención ha estado centrada exclusivamente en los procedimientos políticos para seleccionar autoridades y para aprobar la legislación. La misma democracia ha llegado a ser concebida exclusivamente como un procedimiento que no está sujeto a limitaciones ni a criterios orientadores.³⁶

Además, ha ocurrido que la ciencia jurídica, a pesar de haber concentrado su atención casi exclusivamente en la ley positiva y en los procedimientos para adoptar decisiones formalmente válidas, ha permanecido ignorante de los problemas lógicos que lleva implícita esa perspectiva. Se ha olvidado que toda sociedad requiere de un orden básico de preferencias o valoraciones que le otorguen consistencia; asimismo, ha ignorado que ese orden no es jamás el resultado de la aplicación de un procedimiento incluso democrático, sino que presupone una decisión material en favor

³³G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4.^a ed., 1955, p. 271.

³⁴H. Schelsky, "Systemfunktionaler, anthropologischer und person-funktionaler Ansatz der Rechtsphilosophie", en: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, I, 1970, p. 81.

³⁵E. J. Mestmäcker, *op. cit.*, p. 12.

³⁶Véase F. A. Hayek, "El Ideal Democrático y la Contención del Poder", en: *Estudios Públicos*, N.º 1, diciembre 1980, pp. 11 y ss.

de ciertos principios.³⁷ Esto es una consecuencia del hecho de que el orden jurídico no sea sólo una técnica social para resolver problemas colectivos a través de la legislación, sino una especie de teoría social que supone la estabilidad de los principios constitutivos.³⁸ Por otra parte, no hay sociedad que soporte la circunstancia de que a cada instante se planteen decisiones que recaen no sólo sobre problemas u opciones concretas, sino sobre el orden social mismo. Esto supone exigir demasiado a la capacidad de decisión de las personas e implica, necesariamente, una crisis de las instituciones. El derecho, como institución, supone que haya un rango de cuestiones que no estén permanentemente en discusión.³⁹

No cabe duda de que el orden básico de preferencias puede ser impuesto o dictado por una persona, un partido, secta o por una mayoría. En tal caso, el principio de organización es siempre el poder, por diferentes que puedan ser los sujetos que lo puedan ejercer. En tal sociedad, el derecho carece de autonomía y tiene poco sentido hablar de un Gobierno constitucional.

Los modelos de Gobierno constitucional y Estado de derecho corresponden a una forma de organización social en que la opción fundamental consiste en que las personas pueden libremente tener sus preferencias y actuar en correspondencia. Desde un punto de vista institucional, supone restringir y reglamentar el ejercicio de la coacción. En economía, esta idea corresponde al principio de interacción a través del mercado. Pero el concepto es mucho más vasto y alcanza a la educación, la opinión, el arte y la cultura. Ese es el sentido de las garantías individuales, que configuran la parte normativa de toda constitución. En este modelo de sociedad, el énfasis se pone en las relaciones de coordinación y el

³⁷Véase J. M. Buchanan y G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 1962; más recientemente, A. Podlech, "Wertentscheidung und Konsens", en: *Rechtsgeltung und Konsens*, 1977.

³⁸Todo intento de ampliar ad infinitum la función legislativa en una sociedad democrática fracasa, por lo demás, frente a las dificultades lógicas planteadas por K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 1951.

³⁹Acerca de la dimensión antropológica de esta exigencia excesiva al sistema institucional, véase A. Gehlen, *Urmensch und Spätkultur*, 1956, y, del mismo, "El hombre y las instituciones", en: *Ensayos de antropología filosófica*, 1973.

principio de organización puede ser designado como el de la máxima tolerancia posible.⁴⁰

La vigencia efectiva de un orden constitucional, de este tipo, supone que se tenga muy clara la contradicción entre libertad y poder y que se desconfe de valores supraindividuales, por atractivos o inocuos que ellos aparezcan a la intuición; porque la tendencia natural es que ese tipo de ideas sólo pueda realizarse a costa de las preferencias reales de las personas. Las investigaciones lógicas, arriba mencionadas, ponen sobre aviso de este conflicto.

No es éste el lugar para entrar a un análisis más detallado de la larga lista de razones que se pueden dar en favor de los principios de Gobierno constitucional y de un adecuado manejo de la regla de la mayoría en las decisiones públicas. Baste decir que son los principios que mejor se avienen con la idea "falibalista" de que el horizonte de todo gobernante es limitado, como para decidir en nombre de los intereses y preferencias de todos los individuos. A esto se suma el supuesto operativo de toda sociedad abierta, según el cual las formas de vida que libremente vayan creando las personas innovadoras y que soporten la actitud crítica de otros que aún no las comparten, tenderán a imponerse simplemente porque se demuestran mejores. La analogía con la forma como se produce el surgimiento y "falsación" de teorías científicas muestra una característica de la naturaleza humana que tuvieron presente los humanistas de la Ilustración y que parece haberse perdido de vista: que una sociedad gobernada por principios jurídicos como los expuestos, no sólo se apoya en la idea metafísica de la dignidad del hombre, sino, además, es más eficiente e innovadora.

""Los aspectos lógicos de un modelo de esta naturaleza han sido desarrollados por W. Popp y B. Schlinck, "Präferenztheoretische Bedingungen einer sozialen Wertordnung", en: A. Podlech ed., *Rechnen und Entscheiden*, 1977.