

EL VALOR CIENTIFICO DEL DERECHO

Carlos Peña González¹

Las palabras que siguen sugieren algunas ideas para dilucidar "el valor científico del Derecho". El itinerario de mi exposición es el que sigue. Luego de efectuar una disquisición puramente lingüística en torno a los significados de ese problema (I), intentaré mostrar que la labor de los juristas ha solido estar en desacuerdo con los modelos de ciencia socialmente vigentes. Ello explicaría que los juristas se hayan esforzado persistentemente en elaborar modelos de ciencia jurídica, o sea, modelos de análisis del Derecho, que satisfarían las condiciones de una ciencia. Con todo, sostendré que la labor de los juristas no parece ser tan radicalmente distinta a la labor de la ciencia, aunque hay culturas jurídicas (como la nuestra) en que los aspectos éticos del trabajo científico parecen, sin embargo, estar ausentes. Sugeriré que es difícil hoy defender un modelo de científicidad generalmente admitido y unánime, aunque es posible advertir en la actividad científica un cierto ethos que parece ampliamente compartido y del que emana parte importante de su prestigio (II). En fin, anuncio, aunque no examino, algunos aspectos más adjetivos de la relación entre Derecho y ciencia que si bien no constituyen el objeto principal de la exposición, igualmente resultan convocados por su ambiguo título. El texto pretende, nada más, constituir un conjunto de notas para discutir (con una profundidad de la que el texto carece) el tema de la científicidad del Derecho.

I

Como dije, voy a comenzar mi análisis con una perogrullada. Resulta obvio que el problema del "valor científico del Derecho" depende, en una medida nada despreciable, de lo que entendamos por "Derecho". ¿De qué hablamos cuando

¹ Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

hablamos de "Derecho"? Es, me parece a mí, la primera pregunta que hemos de responder para poder dilucidar, luego, si eso que llamamos Derecho posee, y en qué sentido, valor o, si se prefiere, relevancia científica. Creo que, así planteadas las cosas, pueden resultar útiles las siguientes consideraciones:

1. Como es sabido, la palabra "Derecho" posee una fuerte ambigüedad, puesto que con esa palabra se designa a una disciplina (lo que suele denominarse ciencia jurídica); al objeto de esa disciplina (un cierto tipo de prescripciones); y, también, al resultado de esas prescripciones (facultades o derechos subjetivos). Preguntarse por cuál sea la relevancia científica del Derecho equivale, pues, a plantearse tres preguntas que, aunque relacionadas, son distintas.

2. Pueden, en efecto, plantearse los siguientes problemas (cada uno de los cuales parece subyacer a la pregunta original).

En primer lugar –y esto es un lugar común en la literatura– podemos preguntar si el Derecho, entendido como disciplina, satisface las características de una ciencia –cuestión que, por otra parte, depende de lo que entendamos por esta última. En suma, los juristas ¿pueden reclamar para sí el prestigioso título de científicos?;

En segundo lugar, podemos, todavía, preguntar si acaso las normas o prescripciones pueden ser objeto de reflexión científica o si acaso su producción puede ser objeto de ese tipo de reflexión. ¿Puede la ciencia elaborar prescripciones del tipo de las jurídicas?;

En tercer lugar, es posible, todavía, preguntarse si acaso los derechos subjetivos, en tanto tales, son relevantes para la ciencia. ¿Los derechos humanos, por ejemplo, trazan límites a la actividad científica?

3. Creo que cualquiera de esos problemas quedan cubiertos con el título de la convocatoria (aunque el último parece relacionarse, más bien, con el valor del derecho para la ciencia). El área de significado de la expresión "el valor científico del Derecho": según creo, cubre por igual a esos tres problemas.

El primer problema supone dilucidar qué ha de entenderse por ciencia y se trata de una cuestión que subyace a buena parte de la tradición jurídica occidental.

El segundo problema dice relación con los límites de la ciencia y la racionalidad práctica.

El tercer problema se relaciona con la especial índole de la investigación científica en relación a problemas como, por ejemplo, la bioética.

4. No es posible, desde luego, abordar pormenorizadamente cada uno de esos problemas. Creo, sin embargo, que es posible identificar los aspectos principales que cada uno de esos problemas exhibe. A ello dedicaré el resto de estas notas. Voy a comenzar, sin embargo, con el que estimo es el problema de mayor interés para los estudiosos del Derecho: ¿es el Derecho una ciencia?

II

5. Usualmente cuando hablamos del Derecho como disciplina con afanes de científicidad, estamos pensando en lo que se conoce mejor como dogmática jurídica. Identificar normas, sistematizarlas, interpretarlas, optimizar el conjunto de sus consecuencias, son, dicho someramente, las labores habituales de la dogmática jurídica. Como lo he sugerido en otra parte (vid. *¿Qué hacen los Civilistas?*, en Estudios de Derecho Civil, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Santiago, 1995), la dogmática jurídica es una labor en parte descriptiva y en parte prescriptiva. La actividad del jurista dogmático parece hallarse sometida a dos directivas o reglas del juego, *prima facie* incompatibles: de un lado, la directiva según la cual ha de ceñirse al derecho positivo en términos "dogmáticos" (situándose acriticamente ante las normas) y, de otro lado, la función que esa actividad posee de adecuar esas mismas normas a ciertas valoraciones o ideales dotados de prestigio². La dogmática penal, por ejemplo (vid. *Sobre las relaciones*

²Es obvio que si la dogmática penal posee funciones normativas, es porque sus teorías —la más principal de las cuales es la teoría del delito— se conforman por un entrelazamiento de definiciones estipulativas con contenido normativo y aserciones veritativas respecto a ciertas características de la acción humana. Para que la teoría penal posea genuinas consecuencias normativas es imprescindible que posea, ella misma, contenido normativo y no, como a veces se pretende, contenido puramente fáctico. En otros términos, la teoría penal (y, por cierto, el conjunto de las teorías dogmáticas) al no hallarse constituida solamente por aserciones (o sea, al no hallarse constituida solamente por afirmaciones respecto de ciertos estados de cosas) está obligada a reclamar para sí no un valor veritativo (como ocurriría con ciertas proposiciones protocolares de carácter ostensivo), sino, cosa distinta, está obligada a reclamar para sí validez en un sentido ético y político. Para decirlo de nuevo aunque con palabras levemente distintas: si la dogmática penal

entre dogmática y política, Gaceta Jurídica, 1995) describe normas, pero, al mismo tiempo, las sistematiza a la luz de ciertos estándares políticos y morales dotados de prestigio. Puede, pues, afirmarse que la dogmática jurídica describe y sistematiza normas, pero, al mismo tiempo, las produce a partir de un conjunto de principios morales y políticos que forman parte de su paradigma o, más precisamente, de su matriz disciplinaria³.

6. Dicho lo anterior —que en términos generales intenta describir lo que se conoce como dogmática jurídica— cabe preguntarse, ahora, si esa actividad

cumple funciones genuinamente normativas y no meramente descriptivas de normas, entonces, debe justificar esas mismas normas.

Suele ocurrir con la dogmática penal, en cambio, que sus ejecutores no justifican explícitamente el contenido normativo y político que sus teorías inevitablemente poseen, sino que lo encubren con complejas disquisiciones relativas a supuestas estructuras ontológicas de la acción humana. Es notable que un autor como Welzel, por ejemplo —que endosa explícitamente las tesis centrales del cognocitivismo ético— esgrima en contra de la penalización de cualidades adscritas la estructura finalística de la acción, presentando así bajo ropaje descriptivo una conclusión que quedaba mejor presentada como un requerimiento moral del Estado de Derecho. Como es obvio, si la teoría dogmática tiene consecuencias normativas (una de cuyas especies está constituida por sus posibilidades rectificadoras) es porque sus premisas poseen carácter normativo y no meramente fáctico o descriptivo o, como diría un autor como Raz, la teoría dogmático-penal tiene consecuencias normativas porque se estructura según razones prácticas y no según razones puramente teóricas; las razones teóricas resultan estipuladas en razón de la argumentación práctica. Porque desde el punto de vista de la razón práctica no resulta correcto penalizar a un hombre en razón de cualidades adscritas, debe estipularse una estructura finalística para la acción y no al revés. Es evidente que el razonamiento inverso resulta perfectamente inútil: de la constatación meramente fáctica que la acción es finalística, no se sigue que no deba penalizarse una cualidad adscrita. Dadas ciertas características ontológicas de la acción humana, resulta indiferente a su respecto cualesquier decisión normativa. Si eso fuera la teoría penal, ella sería perfectamente inútil como instrumento político criminal.

³Una manera de llevar a cabo una caracterización descriptiva o fáctica de la dogmática, es servirse del término "paradigma" que Thomas Kuhn hace ya unos cuantos años puso de moda en el tráfico verbal de las ciencias sociales.

Ese autor utiliza la palabra "paradigma" para designar a un conjunto central de elementos que constituyen la posesión común de quienes ejecutan una disciplina usualmente científica, y que se encuentra constituido por reglas, definiciones, creencias e incluso prejuicios, todos los que, confabulados, sirven para configurar el objeto de análisis de la disciplina en cuestión, las preguntas y las formas admitidas de responder a ellas y cuya posesión y manejo constituye el test o criterio central para el reclutamiento de nuevos miembros.

El conjunto de los juristas dogmáticos conformarían, de esa suerte, un "paradigma", puesto que es el caso que existe un conjunto de sujetos todos quienes ejecutan una actividad académicamente prestigiosa, que poseen una educación común, una terminología típica y objetivos compartidos, todos los cuales, a su turno, se erigirían en derredor de un conjunto de valores, reglas, prejuicios y creencias con compromiso ontológico, cuya posesión cabal es el criterio decisivo para la formación y reclutamiento de nuevos miembros y en torno al cual —como lo ha sugerido Kuhn— se establecería una "tensión" esencial entre pensamiento convergente y pensamiento divergente.

responde o no al perfil de una actividad científica. ¿Es científica la dogmática así descrita?

En general, la respuesta que los propios juristas han dado a esa pregunta es negativa. Los juristas han solido comparar la actividad que realizan con aquello que, en su momento, equivale a ciencia y han constatado, con cierta desolación, que su actividad no es científica. La reacción, entonces, ha consistido en elaborar modelos de ciencia jurídica que tienen por objeto decirle a los juristas cómo deben comportarse para que su actividad equivalga a una ciencia.

La historia de la teoría del Derecho está plagada de esos intentos. En todos los casos se ha tratado de elaborar modelos de trabajo jurídico a los que los juristas deberían ceñirse para que su actividad sea científica. Los ejemplos sobran.

Kelsen, por ejemplo, a partir de los ideales neokantianos —de los cuales está plagado también el trabajo de Max Weber, por ejemplo— intentó construir un modelo de trabajo para el jurista desprovisto de ideología, condición mínima indispensable, según los ideales entonces vigentes, para hacer ciencia. La tesis de la norma hipotética fundamental puede ser vista como un ingenioso artificio destinado a conciliar la actividad a un tiempo descriptiva y prescriptiva del jurista. La norma hipotética fundamental le permite a Kelsen conciliar los inevitables juicios de adhesión normativa del jurista con el ideal de neutralidad axiológica indispensable, en su opinión, para el trabajo científico.

Ross, por su parte, haciendo pie en el principio de verificación del positivismo lógico, intentó reformular el trabajo del jurista para adecuar los enunciados normativos a proposiciones predictivas. La reinterpretación que hace Ross de los enunciados del jurista tienen por objeto transformarlos en enunciados verificables. Ross, como es sabido, reinterpreta los enunciados de validez del jurista como predicciones de aquello que los jueces harán.

El propio Bobbio —siempre tan inmune a estos entusiasmos— intentó, en un brillante ensayo, asemejar el trabajo del jurista a los modelos de análisis lingüístico propuestos por Carnap.

A todo lo anterior, ha de sumarse el intento sin duda más fructífero: el modelo de ciencia racionalista que tanto influyó en la codificación moderna y en la actual fisonomía que muestra la dogmática.

7. Puede, pues, concluirse que, en general, los juristas han mirado la ciencia con cierta envidia y han tendido a asemejarse a ella. Han elaborado modelos de ciencia jurídica que tienen por objeto comunicar a los juristas qué deben hacer para que su actividad equivalga a la de una genuina ciencia. A este afán de cientificidad del Derecho y, en general, de las humanidades ha contribuido, desde luego, el especial prestigio de que goza la ciencia y los científicos en sociedades secularizadas.

8. Los tiempos, sin embargo, parecen estar cambiando. La ciencia no parece poseer hoy ese perfil metálico y axiológicamente neutro que soñó Kelsen para el Derecho ni, tampoco, la sencillez sorprendente del verificacionismo. Los estudios de Kuhn y Lakatos, para nombrar un par de estudiosos del fenómeno científico, y la crisis de paradigmas a que hoy asistimos —lo que suele llamarse postmodernidad y que equivaldría a un abandono del pensamiento duro para sustituirlo, en cambio, por un pensamiento fragmentario y frágil— parecen mostrar que la ciencia entremezcla cuestiones normativas y valóricas con aseveraciones fácticas y que eso explica que su avance no sea incremental sino, como lo sugiere Kuhn, revolucionario. Si eso es así, entonces, lo que los juristas han hecho desde siempre no es tan lejano a lo que, en general, hacen los científicos. El científico, como el jurista, poseen una cierta matriz disciplinaria en la que se entremezclan aspectos fácticos, normativos y modelos de imposibilidad. Ambos utilizan esa matriz para elaborar descripciones sistemáticas e intervenciones respecto de su objeto. Tanto el científico como el jurista, por otra parte, adoptan, en algún nivel de sus respectivos sistemas proposicionales, una actitud dogmática (o, si se prefiere, prejudicativa o acrítica). Uno y otro, en fin, aspiran a un cierto control intersubjetivo de sus diálogos y de sus conclusiones.

9. Sorprendentemente, me parece, puede afirmarse que los juristas realizan una actividad cuyos rasgos son análogos a los de la ciencia.

10. Que la ciencia y el Derecho posean rasgos análogos no significa, sin embargo, que el Derecho sea sin más una ciencia. Más que todos los rasgos que denantes citábamos, la ciencia se caracteriza, en mi opinión, por un cierto ethos, por un cierto modelo de conducta de sus partícipes que incluye el control racional de sus

opiniones, la contrastación con principios comúnmente admitidos y el uso de un cierto procedimiento de justificación de sus resultados. La ciencia es, ante todo, una actividad ética referente al uso del lenguaje y la razón. No estoy seguro que el trabajo del jurista –al menos del jurista de nuestro medio– satisfaga esta última condición que es la que, según creo, hace digna y deseable a la ciencia. Para decirlo de otro modo: si bien la cuestión de la cientificidad del Derecho parece ser una cuestión conceptual –que se traduce en comparar el trabajo de la dogmática jurídica con los modelos disponibles de cientificidad– hay, sin embargo, un nivel en que la cuestión no es conceptual sino empírica. Se trata de si acaso los juristas, en una cultura jurídica determinada, satisfacen el modelo ético (y no sólo metodológico) que subyace a la ciencia. Esto último sólo puede ser juzgado empíricamente respecto de una cultura jurídica determinada. Tratándose de la nuestra, creo posible arriesgar la hipótesis que, en los hechos, nuestra comunidad jurídica tiende a no satisfacer esos estándares.

11. Rorty, uno de los representantes más agudos del pragmatismo, ha sugerido que el prestigio de la ciencia emana, más que de su método, del ethos que el trabajo científico obliga a ejercitar. Habría así dos significados de ciencia y racionalidad. De una parte, la ciencia, o la racionalidad, como la sujeción a un cierto método. De otra parte, la racionalidad como el ejercicio de ciertas virtudes, a fin de cuentas, éticas: tolerancia, respeto a las opiniones, disposición a escuchar, recurso a la persuasión antes que a la fuerza. Si es cierto lo que Rorty afirma –y como esquema analítico no es, desde luego, malo– habría que concluir que los juristas han intentado asemejarse a la ciencia en el primer sentido –en el sentido metódico– sin advertir que lo más valioso de la ciencia se encuentra en lo segundo, en su aspecto ético.

III

Existen, como lo anuncié, otros aspectos en que la ciencia puede relacionarse con el Derecho. La primera es la posibilidad de la ciencia de prescribir, con arreglo a un modelo de racionalidad, normas. La segunda es la posibilidad del derecho de trazar límites a la actividad científica. De estos dos ulteriores problemas, el primero es, sin duda, el más agudo y se relaciona con la capacidad de la razón para prescribir,

o sea, con el tema de la razón práctica. Es éste un aspecto que se encuentra en los orígenes de la moderna dogmática –tan enlazada con la posibilidad de un Derecho racional– y es seguro que persiste aun hoy, aunque de una forma ideologizada, en el trabajo cotidiano del jurista.