

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 18 / 1994

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1994

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 12
1994

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Las Condes, Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca, Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1993 - 1995)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que opera en nuestro país como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 12, correspondiente a 1994, titulado "Estudios Jurídicos y Sociales".

Los trabajos que componen el presente volumen se distribuyen en distintas secciones que el lector puede identificar remitiéndose al índice de la obra.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social se edita por nuestra Sociedad desde 1983 y ha entregado hasta la fecha un total de 12 números.

Este y los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

EL DERECHO EN HAYEK

CLAUDIO OLIVA EKELUND *

Las dos últimas décadas de nuestro siglo han estado marcadas, ciertamente, por un profundo y notable cambio de las ideas políticas y económico-sociales dominantes, el que a su vez ha encontrado una inesperada y sorprendentemente veloz materialización en alteraciones nada despreciables de la vida de muchos de los pueblos del orbe. De este modo, ha llegado a su término alrededor de un siglo de predominio indiscutible del socialismo, tanto entre los intelectuales como entre los actores políticos, en el que todos los afanes se dirigieron a la obtención del mayor nivel posible de igualdad material entre los hombres, esfuerzo este que —no obstante sus evidentes buenas intenciones— terminó casi siempre restringiendo —cuando no simplemente eliminando— la libertad individual y frenando el desarrollo económico de las naciones.

Asistimos, en mi concepto, a la fase inaugural de una nueva etapa en la historia de la humanidad: la época del neoliberalismo, o post-moderna como otros querrían seguramente llamarla, la cual se caracteriza, ante todo —creo—, por una intensa y generalizada revalorización de la dignidad del individuo y, en consecuencia, de la libertad como valor dominante en las relaciones sociales, de la diversidad y del orden espontáneo. La confianza ilimitada en el Estado como agente del cambio y del desarrollo ha sido así sustituida por una opción por

* Ayudante de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso.

el individuo, en el convencimiento de que la mejor fórmula para resolver los problemas es el estímulo a la libertad y al esfuerzo privado. Lo anterior ha dado lugar a un notable consenso en torno a algunas instituciones fundamentales de nuestro tiempo, como son la democracia pluralista, la economía de mercado y los derechos humanos.

No resulta posible conjeturar hoy, en mi opinión, acerca de la duración que tendrá este período neoliberal. Tal vez dure un siglo, como antes ocurrió con el socialismo y, más pretéritamente aún, con el viejo liberalismo decimonónico, que tal vez sería adecuado denominar "paleoliberalismo", para así distinguirlo del actual. Pero ello no puede, por cierto, asegurarse. No comparto, en todo caso, la idea hegeliana sostenida por Francis Fukuyama, que anuncia la llegada del fin de la historia. Creo que precisamente la confianza en la libertad y la creatividad de las personas, debe llevarnos a admitir la posibilidad de que éstas sean capaces de concebir nuevas ideas y nuevas instituciones sociales que puedan superar a las actuales. No creo que haya llegado a su término la historia de las ideologías, sino simplemente que una de ellas triunfa transitoriamente, hasta que otra apreciada como mejor y más perfecta sea capaz de dejarla atrás.

Pues bien, establecido que estamos iniciando tiempos nuevos, aunque no podamos saber hasta cuándo se prolongarán éstos, resulta interesante prestar atención a la obra de aquellos intelectuales de nuestro siglo, que dieron comienzo a la crítica del socialismo y al replanteamiento de las soluciones liberales. En particular, en lo que a nosotros respecta, constituye una tarea importante rastrear las opiniones que tales intelectuales hayan expresado acerca del Derecho. Para este último efecto, aparece como especialmente adecuada la obra de Friedrich August von Hayek, el más o menos recientemente fallecido premio nobel de economía británico de origen austriaco. Las reflexiones de Hayek acerca del Derecho resultan fácilmente accesibles, ya que éste dedicó el primer volumen de su obra "Derecho, legislación y libertad", intitulado "Normas y Orden", al estudio específico de tal materia. La obra en cuestión, una de las últimas del autor de "Camino a la servidumbre", fue publicada en 1973.

Dedicaremos, en consecuencia, las páginas siguientes a efectuar una exposición más o menos breve de las ideas de Hayek acerca del Derecho, la que estará basada de modo muy fundamental en el análisis de la obra indicada.

1. *Dos modos de considerar la actividad humana: Constructivismo y evolución.*

Sostiene Hayek que existen dos modos distintos de considerar la actividad humana, cada uno de los cuales lleva a conclusiones muy diferentes, tanto en lo que se refiere a la explicación de dicha actividad, como a la posibilidad de introducir en ella cambios deliberados. Tales son el constructivismo y la evolución.

Según el autor, el primero de estos enfoques, es decir, el constructivismo, nos proporciona la sensación de disponer de un ilimitado poder en cuanto al logro de nuestros objetivos. De acuerdo a él, las instituciones sólo sirven los propósitos que el hombre propugna si han sido deliberadamente creadas con tal fin, de manera que siempre resulta procedente remodelar la sociedad y sus instituciones, con el objeto de que todos sus actos queden orientados al logro de unos fines conocidos. Hay en este enfoque un desprecio por la tradición, la costumbre y la experiencia histórica. Se sostiene, por quienes lo han adoptado, que sólo mediante la razón el hombre puede atreverse a acometer la edificación de una sociedad nueva.

De acuerdo al segundo de los enfoques mencionados, en cambio, la ordenación de la sociedad no es fruto exclusivo del nacimiento de instituciones y prácticas proyectadas a tal fin, sino resultado también, en gran parte, de un proceso denominado "evolución", mediante el cual ciertos comportamientos, adoptados por otras razones, o surgidos incluso de modo meramente accidental, prevalecieron porque aseguraron la supremacía sobre los demás grupos humanos de aquél en cuyo seno surgieron. Este segundo enfoque, según Hayek, pone de relieve los límites de nuestro comportamiento deliberado y nos obliga a reconocer la inanidad de algunas de nuestras esperanzas.

Según Hayek, el constructivismo comete el error de confiar excesivamente en el poder de la ciencia, al punto de suponer que una sola mente puede llegar a conocer todos los hechos que caracterizan una determinada situación y, a partir de tal conocimiento, estructurar un orden social ideal. Ello, según el autor en estudio, no resulta posible. En la "Gran Sociedad" o "Sociedad Abierta", sostiene, cada miembro de la comunidad dispone de una mínima porción de los conocimientos totales y cada uno de ellos ignota, por lo tanto, la mayor parte de los hechos sobre los que se basa el funcionamiento del

conjunto social. Por ello es que, si los individuos en la sociedad moderna pueden satisfacer muchas de sus necesidades, más que por el mayor conocimiento disponible a nivel individual, es por la posibilidad de aprovechar el producto del conocimiento del resto de sus congéneres. De este modo, una persona de nuestro tiempo podría vivir en la entera ignorancia y, no obstante, disfrutar de las notables ventajas que la civilización le proporciona. Lo anterior lleva a concluir a Hayek que una característica de nuestro tiempo tan importante como la división del trabajo, sería la fragmentación del conocimiento.

Tenemos pues dos enfoques enteramente antagónicos de la actividad humana: uno que confía plenamente en la capacidad de los hombres para comprender todas las complejidades de la vida social y, en consecuencia, en las posibilidades de planificarla y guiarla conforme a objetivos predeterminados a través de instituciones creadas especialmente para tal efecto; y otra que sostiene que la vida en sociedad se desarrolla, a lo menos en parte, por medio de instituciones que surgen de la actuación espontánea de la multiplicidad de individuos que integran toda comunidad, los que son guiados por motivaciones particulares que no siempre coinciden con la finalidad que en el hecho se alcanza con tales instituciones, de manera que resulta enteramente imposible al intelecto humano acceder a una comprensión global de todos los factores que inciden en ella, por lo que tampoco es factible gobernarla mediante una voluntad deliberada y consciente.

El papel que desempeñan las normas.

Hayek, que como es obvio adhiere al enfoque que él mismo llama evolucionista, sostiene que el medio en que el hombre nace se compone de un complejo de normas de conducta, las cuales poseen dos atributos fundamentales. El primero de ellos, que caracterizaría a la mayor parte de las normas, es que éstas son observadas en la práctica sin que de manera expresa sean conocidas por quienes se someten a ellas. Estas se manifiestan en una actuación regular susceptible de ser descrita, pero que no es consecuencia de que las personas sean capaces de enunciar las correspondientes normas. El segundo de los atributos de las normas, por su parte, se refiere a las razones que llevan a los hombres a adoptarlas. Según Hayek, ello acontece

en razón de la superioridad que, de hecho, otorgan al grupo humano que se comporta conforme a ellas, y no porque sus efectos sean conocidos por quienes deciden someterse a ellas. Estas no surgen, según este autor, como entes conceptualmente encaminados al logro de un fin concreto. El hombre, sostiene, obró antes de pensar y sólo más tarde llegó a comprender.

Sobre estas afirmaciones de Hayek acerca de las normas, creo necesario efectuar algunas precisiones que estimo de importancia. En primer término, me parece que cuando este autor habla de normas, está pensando en algo ciertamente más amplio que aquello que normalmente se entiende por ellas. En efecto, creo que no utiliza la expresión norma en el sentido de prescripción de conducta, sino que, más genéricamente, en el sentido de patrón o esquema de conducta. Así, Hayek designa como norma a todo comportamiento comúnmente observado por los hombres en un tiempo y lugar determinados, independientemente de que esa conducta obedezca —o no— a una convicción acerca de la obligatoriedad de su observancia.

En segundo lugar, me parece fundamental destacar, a objeto de que no se confunda el pensamiento de Hayek con otras orientaciones filosóficas a que éste no pertenece, que el autor en cuestión se encarga expresamente de aclarar que cuando afirma que toda persona que crece en el seno de una determinada cultura encuentra en ella ciertas normas, no quiere decir que se trate de algo permanente e inalterable ligado a la naturaleza humana, sino sólo de algo que forma parte de una herencia cultural que tiene grandes posibilidades de mantenerse constante, sobre todo mientras las correspondientes normas no hayan tomado forma oral o escrita, y no sean, por tanto, susceptibles de discusión o consciente examen.

Una última necesaria precisión se refiere al reconocimiento, que el propio Hayek hace, de que no todas las normas participan de los atributos que hemos enunciado. En la sociedad avanzada, dice, sólo un cierto número de normas son de la especie aludida. Ellas conviven, pues, en tal tipo de sociedad, con otras que, como ocurre con muchas de las normas jurídicas, son intencionalmente elaboradas. Ello, sin embargo, como veremos más adelante, no impide, según este autor, que un orden tenga el carácter de espontáneo.

2. Orden espontáneo y orden creado: *cosmos y taxis*.

Hayek define el concepto de orden, diciendo que se trata de un estado de cosas en el cual una multiplicidad de elementos de diversa índole se relacionan entre sí, de tal modo que el conocimiento de una porción espacial o temporal del conjunto nos permite formular acerca del resto unas expectativas adecuadas o que por lo menos gocen de una elevada probabilidad de resultar ciertas. Agrega luego el autor que, entendido de ese modo, toda sociedad posee un orden, aun cuando éste exista sin haber sido deliberadamente creado.

Según Hayek existen dos tipos de órdenes: por una parte un orden espontáneo, autógeno o endógeno, que los griegos llamaban *cosmos*, y, por otra, un orden creado, exógeno o artificial, que se puede denominar también ordenación u organización, y que los griegos conocían como *taxis*.

Cada uno de estos tipos de órdenes posee ciertas propiedades específicas. Así, los órdenes creados son relativamente simples, puesto que siempre estarán limitados por el grado de complejidad que la mente de su creador pueda abarcar; concretos, por cuanto su existencia puede ser percibida por simple inspección; y, por último, se hallan siempre al servicio de algún propósito propiciado por su creador. Los órdenes espontáneos, en cambio, pueden ser complejos, pues no están limitados por lo que una mente humana pueda dominar; pueden ser abstractos, ya que pueden estar basados en relaciones que sólo sea posible establecer mentalmente; y, finalmente, no puede decirse que persigan un fin determinado, si bien su existencia puede contribuir a facilitar el logro de nuestros fines.

Es importante acotar que los órdenes espontáneos no son necesariamente complejos ni abstractos, pero, a diferencia de las ordenaciones humanas deliberadas, pueden ciertamente llegar a serlo. De lo anterior se sigue, que si bien los órdenes simples pueden ser tanto espontáneos como intencionalmente creados, todos aquellos de elevada complejidad, esto es, que integren un número de datos particulares superior a lo que el cerebro humano pueda aprehender, sólo pueden surgir del juego de fuerzas de carácter espontáneo. Del mismo modo, sólo los órdenes espontáneos pueden ser abstractos, característica esta que se refleja en el hecho de que, aun cuando

cambien en la forma o en el número de los elementos concretos que los integran, el orden seguirá existiendo, pues para ello sólo resulta necesario que se mantenga una determinada estructura de relaciones, es decir, que elementos de análoga especie sigan estando relacionados entre sí según un cierto esquema.

Afirma luego este autor que, en todo grupo humano de tamaño normal, la coordinación de quienes lo integran reposa a la vez en el orden espontáneo y en la organización deliberada. En efecto, sostiene, para muchas tareas la organización constituye el más eficaz método de coordinación, puesto que permite adaptar con mucha mayor fidelidad el orden resultante a los deseos que se pretende alcanzar. Pero en otras ocasiones, debido a la complejidad de las circunstancias concurrentes, nos vemos en la necesidad de confiar en las fuerzas generadoras del orden espontáneo, en cuyo caso nuestro dominio sobre el contenido concreto del mismo será necesariamente exiguo. Así, en toda sociedad libre, determinados grupos de hombres se reúnen en organizaciones encaminadas al logro de fines concretos, pero la coordinación de las actividades de todas ellas, así como la de los restantes individuos, corresponde a las fuerzas del orden espontáneo. De este modo, la familia, la explotación agrícola, la fábrica, la empresa, la agrupación de empresas y todo tipo de asociaciones, incluidas las instituciones públicas y el propio gobierno, se hallan a su vez integradas en un orden espontáneo más amplio, como es la sociedad. Por último, al interior de la Gran Sociedad u orden espontáneo global, pueden surgir también subórdenes o asociaciones parciales espontáneas, puesto que los órdenes espontáneos no pueden disponer de límites tan definidos como las organizaciones.

Como podrá concluirse de lo señalado en el párrafo precedente, entre todas las organizaciones que coexisten al interior de la sociedad, aquella que suele ocupar la posición más destacada, sostiene Hayek, es el gobierno. Afirma este autor que es concebible que el orden espontáneo llamado sociedad pueda funcionar sin gobierno, pero que normalmente éste resulta indispensable para garantizar la observancia de las reglas que caracterizan ese orden, mediante la aplicación de la coerción a través de un aparato organizado al efecto. La función primordial del gobierno es entonces la función coercitiva, mediante la cual éste asegura el cumplimiento de las normas que

sustentan el orden social. Pero además de ella, afirma Hayek, el gobierno puede prestar otros servicios que el orden espontáneo quizá sea incapaz de ofrecer: se trata de las funciones generadoras de servicios. Pero el autor en estudio resalta que, en lo que respecta a estas últimas funciones, el gobierno es una organización más entre otras muchas, por lo que forma parte, como las demás, del orden global espontáneo. La primera, en cambio, facilita las condiciones que resultan indispensables a la supervivencia de dicho orden global.

Resulta interesante constatar que Hayek prefiere utilizar la expresión gobierno, en vez del vocablo Estado. Ello se debe a la intención deliberada de eludir el uso de un término tan cargado, según su propio decir, de contenido metafísico.

Las normas que corresponden a cada tipo de orden.

Tanto los órdenes espontáneos como las organizaciones están regidos por normas, aun cuando, como veremos luego, éstas presentan diferencias en uno y otro caso. Conviene recordar, eso sí, que cuando Hayek habla de normas se refiere en general a todo esquema o patrón de conducta, y no a prescripciones de conducta. Para que estemos ante una norma, en consecuencia, no es necesario que exista conciencia de que al actuar conforme a ella se cumple con una obligación, y ni siquiera que se las haya enunciado o que sean conocidas por quienes las observan, sino simplemente que pueda descubrirse que ellas en el hecho gobiernan el comportamiento individual. Por eso Hayek afirma que puede usarse para designarlas también la palabra regularidades.

Pues bien, las organizaciones, en primer término, reposan en gran medida sobre un sistema de órdenes específicas, por medio de las cuales se determinan las funciones que a cada uno de sus miembros corresponde desempeñar, los fines a alcanzar y —a lo menos— ciertos aspectos generales de los métodos considerados aceptables. Las normas propiamente tales —en el sentido de regularidades del comportamiento que ya hemos visto que da Hayek a este concepto—, en cambio, sólo tienen un carácter subsidiario respecto de dichas órdenes y se limitan a rellenar los intersticios dejados por éstas. Dichas normas son además de distinta índole para los diferen-

tes miembros del sistema, según el papel que cada uno deba desempeñar, y deben ser interpretadas a la luz de los fines perseguidos por la institución. Las solas normas abstractas no son suficientes para orientar el comportamiento individual en una organización.

Los órdenes espontáneos, por su parte, se basan exclusivamente en normas. Además, ellas, a diferencia de lo que ocurre en las organizaciones, son independientes de los fines concretos y, en consecuencia, cada sujeto las abordará habida cuenta de sus particulares conocimientos y propósitos, con independencia de los posibles resultados colectivos, los que incluso el individuo no precisa conocer. Serán también dichas normas idénticas, si no para todos los miembros del grupo respectivo, a lo menos para clases enteras de ellos, siendo en consecuencia aplicables a un número desconocido e indeterminado de personas y casos.

Cabe destacar, eso sí, que las normas que conforman un orden espontáneo no necesariamente deben surgir de un modo igualmente espontáneo. En efecto, Hayek aclara que un orden basado en normas conscientemente elaboradas puede tener también carácter espontáneo, porque sus peculiares manifestaciones dependerán de innumerables circunstancias que el autor de aquellas normas no conocía ni podía conocer, de modo que el contenido concreto de este orden dependerá de aquellas particularidades sólo conocidas por quienes se someten a las normas y las aplican a hechos que los demás ignoran.

En síntesis, las normas generales sobre las que todo orden espontáneo descansa, propician la plasmación de un orden abstracto, cuyo contenido nadie puede conocer ni prever, y, por el contrario, tanto las órdenes como las normas que gobiernan una organización están al servicio de unos resultados concretos, a cuya consecución aspiran quienes rigen el sistema.

Conclusiones sobre el punto.

La conclusión principal a que se arriba al término de este breve análisis, es que la sociedad moderna constituye un orden espontáneo y no una organización. Sólo así se explica, por de pronto, que ella haya llegado a alcanzar su actual grado de complejidad. Las

normas que hicieron posible su desarrollo no fueron implementadas al objeto de lograr tales resultados.

Como consecuencia de lo anterior, resulta paradójica la idea de que la sociedad moderna deba ser planificada. Lo anterior, por cuanto resulta imposible reemplazar un orden espontáneo por una organización, e incluso mejorarlo o corregirlo mediante intromisiones directas. Tal yuxtaposición de un orden espontáneo y una organización, dice Hayek, constituye la más irracional de las soluciones imaginables, puesto que no se puede alterar un orden autógeno mediante disposiciones aisladas referidas a actividades cuyo comportamiento se encuentra regido por normas generales, máxime cuando dichas disposiciones aisladas emanan de quien no tiene ni puede tener conocimiento de todos los factores que influyen en lo que pretende alterar. Sólo resulta posible preservar un orden espontáneo, como es la sociedad moderna, haciendo cumplir las normas que condujeron a su formación, o mejorarlo indirectamente perfeccionando dichas normas generales o incorporando al sistema otros tipos de organizaciones.

3. *El papel del jurista y el desarrollo actual del derecho.*

Hayek afirma, por de pronto, sobre este punto, que el principal instrumento para la introducción de cambios deliberados en la sociedad moderna es la legislación. Agrega, de inmediato, que, no obstante, no es posible modificar a través de ese medio el sistema jurídico en bloque, puesto que, a su juicio, la legislación es un proceso continuo en que cada paso condiciona de modo imprevisible a los siguientes, los que quedan determinados por la aplicación de principios establecidos en decisiones anteriores, o implícitos en ellas, a circunstancias inicialmente no contempladas. Existiría, así, una dinámica interna del Derecho, en cuya virtud las concepciones prevalentes generarían constantemente medidas que las personas no deseaban ni preveían, pero que sin embargo llegan a parecer inevitables.

En el proceso descrito, el papel del jurista, según afirma algo crudamente el autor en estudio, es más el de herramienta ciega que el de iniciador consciente, puesto que, ya sea que actúe como juez o como redactor de normas o preceptos, el marco de conceptos generales en que su decisión ha de encajar es algo dado, y su tarea con-

siste en aplicar esos principios y no en discutirlos. Ello debe ser así, porque tanto para el pensamiento jurídico como para la justicia de las decisiones es esencial, sostiene Hayek, que el hombre de Derecho se esfuerce en mantener la coherencia del sistema. De esta manera, en períodos de estabilidad, el hombre de Derecho al aplicar o interpretar una norma que no concuerda con el resto del sistema, procurará hacerlo de acuerdo con las demás. Así, el conjunto de la profesión jurídica podrá llegar incluso a anular la intención del legislador, encajando toda norma extraña en los principios generales del Derecho, al punto de transformarla, si fuere necesario, hasta que llegue a encajar en el todo armónico.

En la actualidad los hombres de Derecho han abandonado, según Hayek, el papel que les es propio. Han dejado de ser unos profesionales que ajustan su conducta a principios de justicia, transformándose en meros instrumentos que obligan a los individuos a servir los fines perseguidos por sus gobernantes. El liderazgo en el estudio del Derecho ha pasado, agrega, de los especialistas del Derecho Privado a los del Derecho Público, por lo que los conceptos filosóficos que rigen el desarrollo de todo el Derecho son obra de expertos que dan mayor preponderancia a las normas relativas a los órganos de gobierno. El pensamiento jurídico dominante está dirigido, en suma, a transformar nuestro actual sistema de normas por uno integrado por aquellas que son propias de una organización. Si tales principios llegan a sus lógicas consecuencias, el Derecho, en su condición de principal bastión de la libertad, concluye el autor, está llamado a desaparecer, para dar paso a una sociedad totalitaria.

Según Hayek, la evidencia más clara de la influencia de las concepciones filosófico-jurídicas en el tránsito hacia una sociedad totalitaria está constituida por la Alemania nazi. Su tesis sobre el particular, contrariamente a lo que suele escucharse, es que el referido proceso político es una consecuencia evidente de las teorías defendidas por Carl Schmitt, quien sustentaba un enfoque decisionista del Derecho, según el cual la voluntad de las autoridades legislativas debe primar sobre los asuntos privados, hasta el punto de determinar la formación de un orden concreto, lo cual significa, en términos de Hayek, transformar al Derecho en un instrumento de ordenación u organización destinado a convertir a cada individuo en servidor de propósitos determinados.

4. La concepción jurídica de Hayek.

La concepción decisionista del Derecho, a la que adhiere Carl Schmitt, se opone al enfoque liberal normativo que sustenta el propio Hayek, según quien *el Derecho debe consistir en un conjunto de normas abstractas que, al delimitar el campo de acción individual, haga posible la formación de un orden espontáneo basado sobre las particulares iniciativas de las personas.*

Las normas jurídicas que mejor se avienen con la idea acerca del Derecho que sustenta Hayek son aquellas que derivan de la costumbre y del precedente, puesto que ellas son fruto de un proceso necesariamente evolutivo, que resulta funcional a las particularidades de un orden espontáneo, como es la sociedad moderna. Ellas son —más que creadas— descubiertas, en el sentido de que se limitan a expresar prácticas ya vigentes y, en el peor de los casos, resultan ser complementos exigidos por las normas ya establecidas para un eficaz funcionamiento del orden que en ellas se basa. Hayek llama a las normas jurídicas así producidas *nomos* o leyes de la libertad.

Aclara el *nóbel* de economía, que las normas surgidas de la costumbre y del precedente son, al revés de lo que normalmente se piensa, más abstractas que las que emanan de la legislación. Para ilustrar tal afirmación cita a un juez británico de apellido Mansfield, quien sostuvo en el siglo XVIII, que el *common law* no es un conjunto de casos particulares, sino unos principios generales que esos casos ilustran y explican. En consecuencia, para aplicar el *common law*, debe el juez derivar de los precedentes que lo inspiran normas de significación universal susceptibles de ser aplicadas a nuevos casos concretos. En lo que respecta en cambio a las normas legales, ellas pueden también llegar a ser abstractas, pero según Hayek normalmente no lo serán, puesto que resulta improbable que un gobernante que pretenda orientar las actividades de sus súbditos al logro de resultados previsibles y concretos, pueda lograr sus propósitos promulgando sólo normas generales.

Hayek atribuye luego varias propiedades al Derecho nacido del proceso judicial. En primer término, sostiene, aquél se compone de normas que regulan la conducta de unas personas para con otras, aplicables a un número desconocido de casos futuros y consistentes en prohibiciones que delimitan la esfera protegida de cada persona

o grupo organizado de personas. Señala además que toda norma de esta clase tiene vocación de perpetuidad, aunque esté sujeta a revisión a la luz de una mejor comprensión de su interacción con otras. Agrega, por último, que sólo su aplicación global conseguirá su pretendido efecto de asegurar la formación de un orden de actividad espontáneo. En cuanto a su aplicación particular, sostiene que no puede decirse que ella tenga un propósito específico distinto del fin del sistema normativo en conjunto.

Respecto al último punto mencionado, Hayek señala que el juez no debe resolver los asuntos sometidos a su consideración buscando determinar si la conducta realizada por las partes fue conveniente, útil o eficaz desde algún punto de vista superior, ni tampoco si ella sirvió o no a los fines propiciados por la autoridad, sino simplemente si ella concordaba o no con las normas reconocidas como tales por el grupo social. El único bien que ha de importar al juez, es la observancia de aquellas normas con cuya existencia todos razonablemente podían contar, las que deberá aplicar aun cuando en un caso concreto sus consecuencias puedan parecerle indeseables. Como se aprecia, no obstante ser Hayek partidario de dar preponderancia al Derecho judicial por sobre el legislado, no favorece la idea de conferir a los jueces una amplia libertad para fallar. Por el contrario, si bien evidentemente no sustenta la tesis de que los jueces deban ser, como diría Bello, esclavos de la ley, sí es, en cambio, proclive a la idea de atar a éstos a las normas de conducta dominantes que configuran el orden espontáneo de que se trate.

No obstante lo dicho, Hayek sostiene que en muchas ocasiones la ley espontánea, el *nomos*, debe ser corregida por medio de la legislación. Ello ocurre, por de pronto, cuando por múltiples razones el proceso de desarrollo espontáneo del Derecho aboca en vía muerta, sin que pueda por su propio impulso corregirse el rumbo con la presteza necesaria. Que el Derecho creado por la vía judicial o consuetudinaria goce de algunas propiedades deseables, no elimina la posibilidad de que algunas de sus normas sean funestas y, en tales situaciones, puede resultar imposible derogar o modificar a estas últimas por el mismo medio a través del cual fueron creadas. Afirma en segundo lugar este autor, que el proceso jurisprudencial tiene un carácter necesariamente gradual, por lo que puede resultar demasiado lento para la adaptación de una norma a circunstancias enteramente

nuevas. Señala finalmente que en materia de decisiones judiciales, es no sólo difícil sino incluso pernicioso dar marcha atrás cuando se advierten consecuencias indeseables de determinadas medidas, pues el juez faltaría a su obligación si defraudara expectativas razonablemente fundadas en decisiones anteriores. Aplicar una norma distinta a aquella considerada como válida constituiría notoria injusticia. Por ello, en tales situaciones conviene que la nueva norma sea establecida por ley.

En las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, resulta entonces no sólo aceptable, sino —más aún— completamente deseable, la utilización de la legislación como fuente formal del Derecho. Sin embargo, ella puede convertirse en un pernicioso instrumento cuando se la utiliza con un afán constructivista, con el objeto de planificar el desarrollo social o de amoldarlo a los propósitos —legítimos o ilegítimos— de los gobernantes, pues en tal caso se estarán utilizando normas y criterios propios de una organización para intentar gobernar un orden espontáneo, motivo por el cual, además del seguro fracaso de la pretensión de dirigir globalmente la vida social, sólo se conseguirá limitar la libertad de las personas.

Entre los profesionales del Derecho suele haber una confianza ilimitada en éste, y más precisamente en la ley, como agente del cambio social. Creo que es tiempo de moderar —cuando menos— tal convicción. El Derecho es un elemento fundamental de toda sociedad, pero ciertamente no es omnipotente. La historia reciente nos ha demostrado que la sobrevaloración de sus potencialidades suele ser mucho más perjudicial que beneficiosa para aquellos a quienes precisamente se pretende beneficiar. Esta exigencia de realismo no significa, por cierto, desconocer al Derecho todo papel épico, puesto que no hay ninguna duda de que es idóneo para cumplir uno fundamental: garantizar a las personas su libertad individual, es decir, su facultad de pensar, sentir y actuar soberanamente conforme a sus propias inclinaciones, con la única limitación del respeto a idéntica facultad de sus congéneres.

EL ESTADO DEL DERECHO EN CHILE *

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI **

1. El título que hemos dado a la exposición que seguirá a continuación no tiene, como podría pensarse, ningún error tipográfico. Efectivamente, procuraremos hablar no del Estado de Derecho en Chile, sino del estado del Derecho en nuestro país. Por lo mismo, no nos vamos a referir al tema de bajo qué condiciones la teoría jurídica considera que en un país existe o no Estado de Derecho ni tampoco, por cierto, a cuáles de esas condiciones y en qué medida se cumplen hoy en Chile. Nos vamos a referir en verdad a algo bien distinto de eso, a saber, qué pasa hoy con el Derecho en nuestro país, cuál es el estado actual que muestra el Derecho entre nosotros, y cómo es que, a fin de cuentas, uno puede percibir un cierto malestar con el Derecho en la sociedad chilena de nuestro tiempo.

Esta breve disertación, que agradezco poder hacer hoy ante ustedes, entre quienes se cuentan no sólo personas ilustradas, sino también algunas con formación y experiencia jurídicas muchísimo mayores que la mía, esta disertación —digo— toma pié, precisamente, de un artículo periodístico que tuve ocasión de publicar hace algunos meses con ese mismo título —*Malestar con el Derecho*—, tomado del libro *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, de Rudoff Wietholter.

2. A continuación, es preciso aclarar bien en qué diferentes planos es posible referirse al estado actual del Derecho en nuestro

* Disertación leída en la sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1993, de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto Chile.

** Miembro de Número de la Academia antes mencionada. Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la U. de Valparaíso.