

EL COMMON LAW EN LA TRADICIÓN DEL ORDEN ESPONTÁNEO*

María Gabriela Mrad

“Aunque la humanidad no es perfecta, nuestra esperanza está en las acciones libres y voluntarias de las personas dentro de los límites del derecho; la ley o la fuerza sólo deben ser empleadas para la administración de justicia universal”

Frederic Bastiat, *La Ley*.

1

En este trabajo intentaré plantear el siguiente programa de investigación: que existe en la actualidad una sobreabundancia legislativa que en muchos países ha llegado a restringir a un mínimo el ámbito de la decisión individual.

Como núcleo central argumentaré que se ha subvertido el concepto de “derecho”, y que la legislación escrita - al sustituir al derecho causístico como una de sus fuentes principales- es, en gran medida, responsable por la virtual aniquilación de los derechos individuales. Haré referencia, en repetidas oportunidades, al antiguo sistema inglés del *common law* como un ejemplo ilustrativo de un sistema legal en la tradición escocesa del orden espontáneo. Este “ejemplo ilustrativo” puede ser usado a modo de corroboración del programa. Empero, más adelante nos referiremos a la principal anomalía con la que nos podemos enfrentar, de modo tal de plantear la hipótesis *ad hoc* básica, esto es, la necesaria referencia al consenso para la aplicación de *la estructura jurídica del common law*.

Con el fin de evitar cualquier malentendido terminológico, me gustaría aclarar el sentido en el que empleare ciertos términos. El vocablo “derecho” se entenderá como la articulación y explicitación de un sistema de normas que rigen la conducta humana y que son independientes de las leyes sancionadas. Por lo tanto, para los fines del presente artículo no se entenderá por “derecho” la hoy conspicua acepción que le atribuyen los positivistas legales, ni tampoco la ley dictada por la razón natural.

El derecho consistirá en normas independientes del fin que gobiernan, las conductas de los individuos entre ellos, orientadas a aplicarse a un número desconocido de instancias futuras, y que, por definir un ámbito de protección para cada uno, permiten que se forme un orden de acciones en el cual los individuos pueden hacer planes reales.¹

El término “legislación” hará referencia a leyes sancionadas por el congreso, aunque -dada la enorme cantidad de normas y reglamentaciones emitidas por las autoridades administrativas- en algunos casos la facultad normativa de las entidades administrativas se ajustara a la definición.

Obviamente, en ningún momento daré por sentado que los jueces son individuos perfectos que no pueden ser influidos. Sin embargo, en lo que respecta a la objeción de que la legislación puede ser necesaria en determinadas circunstancias en las cuales los jueces pueden tener prejuicios, sólo puedo afirmar que lo mismo podría decirse acerca de los legisladores. La diferencia radica en que la decisión de un juez que no se hubiera expedido sobre bases objetivas y abstractas puede ser revertida por sus pares. Por el contrario, en virtud de que los legisladores actúan dentro de un órgano único cuyo poder es ilimitado, podemos esperar que un sistema legal sea más justo cuando su evolución ha sido controlada y equilibrada por individuos que, en su carácter de jueces, toman decisiones por separado.

Al hablar sobre la legislación escrita haré una analogía con el mercado: por considerar el derecho casuístico un proceso de *descubrimiento* gradual, la creación legislativa deliberada equivale a una disrupción exógena a este proceso de descubrimiento.

* Basado en un trabajo presentado para el “Lon L. Fuller Prizes in Jurisprudence” organizado por el Institute for Humane Studies, junio de 1989. Quiero agradecer a Juan C. Cachanosky y Gabriel Zanotti sus comentarios durante la elaboración de versiones anteriores de este ensayo

¹ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I: Rules and Order, Chicago, The University of Chicago Press, 1973, pp. 85-86.

Como sostiene Friedrich A. Hayek, el orden espontáneo en que se fue desarrollando la vida en sociedad no es - ni podría ser - resultado de la lucubración mental de una o varias personas. Esto no se debe a que esas personas no tengan un coeficiente intelectual lo suficientemente elevado como para diseñar un patrón aplicable a todos los integrantes de una comunidad, sino que la dificultad radica en que unas pocas personas no podrían abarcar el caudal de conocimiento y de interrelaciones que rigen la secuencia del orden social. Esa red de interrelaciones humanas está compuesta por más dimensiones de las que la mente humana es capaz de procesar.²

Por lo mismo que no puede comprenderse ni descifrarse el código que rige ese sistema natural, tampoco puede pretenderse dictar normas que regulen la conducta de los individuos, porque se estaría interrumpiendo la sucesión interrelacionada de hechos que dan forma a ese orden espontáneo. Por ello, cuando un gobierno impone o prohíbe a alguien algún tipo de comportamiento, los restantes ciudadanos también quedan afectados.³

No puede conocerse cuál es el derecho que debe aplicarse antes de que las opiniones difusas acerca de lo que es justo en una sociedad hayan sido articuladas en fallos judiciales. No puede conocerse el resultado del proceso de descubrimiento si no se deja que el proceso mismo opere. Sobre el orden del mercado escribió J. Buchanan:

Se define al orden mismo como el resultado del proceso que *lo* genera. Ese “lo”, la aloca- ción - distribución resultante, no existe, ni puede existir, independientemente del proceso de intercambio. En ausencia de este proceso no hay ni puede haber orden.⁴

Las fallas -inevitables- del proceso judicial no son argumento para que se lo sustituya por el legislativo. Y la meta de cualquier reforma no debería ser mejorar los resultados del proceso sino el proceso mismo. Porque al tomar una decisión el juez desconoce los efectos que ésta ejercerá en la sociedad.⁵ Es nuestra propia ignorancia acerca de los efectos que tendrá la aplicación de las normas lo que hace posible que haya justicia en un orden espontáneo de hombres libres.⁶

Hayek sostuvo, además, que “no pueden juzgarse los resultados del proceso de mercado con criterios que sólo son adecuados para una comunidad u organización que persiga una jerarquía de fines.”⁷ Esa jerarquía no es relevante para la estructura del mercado.⁸ Análogamente, una *orden* de la legislatura serviría para una sociedad cuyos individuos persiguieran un mismo fin; por lo contrario, una *norma* es aplicable en el caso de muchos individuos, con conocimiento limitado y fines propios.

La adhesión a normas es consecuencia de la ignorancia.⁹ Si los individuos pudieran racionalizar una norma, sabrían lo suficiente como para abandonarla. Si conociéramos los resultados que logra una norma, tal vez podríamos prescindir de ella.¹⁰

² “[...] el individuo, al participar en los procesos sociales, debe estar dispuesto a adaptarse a los cambios y a someterse a convenciones que no son el resultado de un diseño inteligente, cuya justificación en el caso particular puede no ser reconocible y que, con frecuencia, le parecerán ininteligibles e irracionales.” F. A. Hayek en *Individualism: True and False*, *Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948, p. 22.

³ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. III: *The Political Order of a Free People*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, p. 242.

⁴ “Order Defined in the Process of its Emergence”, en J. Buchanan, *Liberty, Market and State*, New York, New York University Press, 1985, pp. 73-74.

⁵ “[...] las imperfecciones inevitables del conocimiento humano y la consiguiente necesidad de un proceso a través del cual constantemente se comunica y se adquiere conocimiento.” F. A. Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, *Individualism and Economic Order*, p. 91.

⁶ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. II: *The Mirage of social Justice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, p. 127.

⁷ “Mientras que un orden espontáneo en este sentido no persigue un único orden de necesidades, sino que simplemente ofrece las mejores oportunidades para la consecución de una gran variedad de necesidades individuales, una organización presupone que todos sus miembros persiguen el mismo sistema de fines.” F.A. Hayek, “Liberalism”, en *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978, p. 140.

⁸ F.A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, p. 182

⁹ “Las normas evitan el problema de intentar ajustar un curso de acción cuando no se dispone de la información necesaria.” M. Rizzo y G. O’Driscoll, “Subjectivism, Uncertainty and Rules”, en *Subjectivism, Intelligibility and Economic Understanding*, Israel M. Kirzner (comp.), New York University Press, 1978, p. 140.

¹⁰ M. Rizzo y G. O’Driscoll: *The Economics of Time and Ignorance*, New York, Basil Blackwell, 1985, p. 120. “En el caso de normas de conducta o comportamiento evolucionistas, con frecuencia las personas que se ajustan a las normas no saben para qué sirven. En muchos casos, ni siquiera son conscientes de estar siguiendo una norma. El comportamiento de ajustarse a normas precede al conocimiento acerca de este comportamiento. Comprender este comportamiento y poder articular o racionalizar la norma es un desarrollo aun posterior. Poder articular la razón que hace que las normas funcionen presupone un conocimiento acerca de los procesos regidos por éstas mayor que el que tienen o pueden quienes se ajustan a ellas [...]. Si los individuos llegaran a saber lo suficiente como para racionalizar una norma, en general sabrían lo suficiente como para abandonarla.” También J. Buchanan, “Cultural

La orden legislativa surge cuando un político, desde el congreso, tiene la luminosa idea de mejorar las condiciones de vida de las personas o promover el desarrollo de una u otra actividad. Porque si en verdad los individuos -que sin proponérselo son componentes y actores del orden- quisieran estar mejor o peor se encargarían por su cuenta de procurarse ese mayor bienestar. En su afán por dictar leyes que remedien una situación que él juzga “sub-óptima” asoma en el legislador un dejo de subestima hacia el ciudadano, que no advierte que en realidad necesita enmendar su condición. Desde el llano -opina el legislador- el ciudadano, que no tiene la autoridad para imponer sus deseos sobre los demás, necesita mirar hacia arriba y saber que hay alguien que lo protege. Eso lo tranquiliza.

La aparición de la legislación como obra del designio humano intencional y racional no puede ser más que motivo de disrupción del orden *ad libitum* que se observa en las decisiones de los individuos. Se admite como necesaria una autoridad facultada para elaborar una legislación de naturaleza diferente: el derecho público.¹¹ El gobierno siempre necesitó un conjunto de normas que le permitieran organizar las fuerzas defensivas y los demás organismos administrativos.

Pero la aparición de una legislación que regulara las conductas de los individuos en su accionar privado importó, en última instancia, la subversión del principio de la libertad individual. Los individuos regulan sus conductas en sociedad mediante contratos, e inician la relación contractual en forma libre y voluntaria. De esa manera, maximizan su satisfacción.¹²

Si bien resultaría dificultoso establecer en qué momento la autoridad legislativa empezó a interferir con los patrones de conducta que los individuos van *descubriendo*,¹³ no sería inconcebible pensar que la facultad de la corte suprema de no aplicar el principio del precedente puede haber sido el origen disfrazado de esa forma de *imposición*.¹⁴

Imposición: ése es el punto clave para los infortunios que padece la sociedad. (El término dirigismo está íntimamente relacionado con la autoridad que se adjudica el legislador de ir orientando los actos de los miembros de la sociedad en el sentido que le plazca.) En todos los órdenes vemos que las personas tratan de imponer su voluntad, sus gustos y sus valoraciones sobre los demás. En el caso de los legisladores, ellos lo hacen de una forma que es más estática y arbitraria que el fallo de un juez bajo el sistema del *common law*.

Esto no condeciría con las implicancias lógicas de la teoría subjetiva del valor:¹⁵ por lo mismo que es un individuo más de la comunidad, un legislador no sabe, ni puede saber, que es bueno para millones de personas. Su conocimiento acerca del funcionamiento del orden social no es ni más vasto ni más profundo que el de cualquiera de las personas que diariamente contribuyen al orden en esa comunidad.¹⁶ Por lo tanto, *no debe decidir por cada una de las personas*.¹⁷ Partir del concepto de que las personas no son capaces de evaluar riesgos y beneficios llevaría a un razonamiento equivocado. Por su calidad de tal, todo ser humano tiene una capacidad de entendimiento que no queda suspendida ni ratificada por el nivel aproximado de sus ingresos ni por los años que haya pasado en instituciones académicas.

Evolution and Institutional Reform”, en *Liberty, Market and State*, p.78: “La evolución cultural ha producido o generado normas abstractas de comportamiento que no son instintivas, y que nos rigen sin que las entendamos”.

¹¹ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, p. 90

¹² “El hombre al actuar elige entre varias oportunidades que se le presentan. Prefiere una alternativa a otras. [...] Es usual afirmar que el hombre al actuar tiene una escala de valores en mente cuando ordena sus acciones. Según esa escala satisface lo que tiene mayor valor.” L. von Mises, *Human Action*, Henry Regnery Company, 1966, p.94.

¹³ “Lo que nos ocupa en esta etapa es que lo que conocemos como el aparato del derecho se desarrolla en un esfuerzo por garantizar y mejorar un sistema de normas que ya son observadas.” Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, p. 98.

¹⁴ “En nuestra época, el mecanismo del sistema judicial en algunos países donde se establecen ‘cortes supremas’ tiene por resultado la imposición de las opiniones personales de todos o de una mayoría de los integrantes de estos tribunales sobre todas las demás personas involucradas cuando haya fuertes discrepancias entre la opinión de los primeros y las convicciones de estos últimos.” B. Leoni, *Freedom and The Law*, Los Angeles, Nash Publishing Corp., 1972, pp. 23-24.

¹⁵ Para una extensión del subjetivismo a la adhesión a normas, como respuesta de los individuos ante la incertidumbre, véase el artículo de O’Driscoll-Rizzo en *Subjectivism, Intelligibility and Economic Understanding*, op. cit., p. 253.

¹⁶ “[...] Si las tendencias naturales de la humanidad son tan malas que no resulta seguro dejar que las personas sean libres, ¿cómo es posible que las tendencias de estos organizadores sean siempre buenas? ¿O acaso, los legisladores y sus representantes no pertenecen también a la raza humana? ¿Es que creen que ellos están hechos de un material mejor que el resto de la humanidad?” F. Bastiat, *The Law*, Irvington-on-Hudson, N. Y., The Foundation for Economic Education, 1977, p. 62.

¹⁷ “De la conciencia de las limitaciones del conocimiento individual, y del hecho de que ninguna persona o grupo reducido de personas puede tener todo el conocimiento disponible, el individualismo deriva además su conclusión práctica fundamental: su exigencia de una estricta limitación de todo poder coercitivo o exclusivo.” Hayek, “Individualism: True and False”, p. 16.

Una regla de conducta respetada por tradición no tiene el mismo origen que una orden impuesta compulsivamente:¹⁸ la situación -supuestamente mejorada - que propician las órdenes no es más que una descoordinación del conocimiento, un desorden forzado, que permanece temporariamente aquietado pero que, más tarde o más temprano, termina por rebelarse a la orden impuesta y, vuelve -a veces con violencia- al cauce del cual se lo había querido desviar.

En virtud de que cada persona tiene por objetivo alcanzar su máxima satisfacción con medios que le son peculiares, no puede dictarse una ley que pretenda el “bien común”, porque no hay un bien común que exista como tal en abstracto, sino que está compuesto por la suma de los estados individuales. El “bien individual”, el estado de realización de cada particular, es diferente -y a menudo contrario- del de su semejante más próximo. Es inconcebible pensar en una ley que contemple la consecución del “bien individual”: primero porque sería físicamente imposible averiguar las preferencias de cada miembro de una comunidad; segundo, porque lo más probable es que esas preferencias, por el carácter mudable de nuestro ánimo, ya no tengan ninguna validez en el momento de ser sancionadas como ley; y tercero, y tal vez sea éste el punto más importante, porque el derecho en materia privada debe ser lo más abstracto posible: necesariamente tiene que ser independiente del fin.¹⁹

4

Nuestra comprensión acerca del funcionamiento del orden del mercado y el éxito que ha demostrado tener como ordenamiento social no conflictivo nos permite animarnos a extender la aplicación del criterio hayekiano de espontaneidad a otros ámbitos. Y así como en el mercado defendemos una competencia que sea libre de interferencias exógenas, puede pensarse en un sistema jurídico en la misma tradición: la de la no interferencia.

El origen y la evolución del sistema del *common law* inglés tiene más en común con el orden espontáneo y el descubrimiento de las leyes que rigen la conducta comunitaria que el producto de la prescripción parlamentaria. Su alcance es más humilde y más justo que la arrogancia de quien quiere imponer a una comunidad un esquema mental propio. Una serie de códigos, prácticas, costumbres, creencias, materializados en fallos judiciales reflejan la idea de justicia de un pueblo en un momento de su historia.²⁰ El juez falla y el tratadista opina, tratando de explicitar límites para las conductas de los particulares,²¹ imprescindibles para la vida en sociedad, respetando el principio de *stare decisis*. Así, el sistema va orientándose gradualmente, guiado por el precedente. Por ejemplo, el *Law Merchant* inglés es el antecedente directo del derecho comercial,²² y su origen es “el sistema de reglas, usos y costumbres reconocido y adoptado por comerciantes y mercaderes [...] que constituye el derecho que regula sus transacciones y la solución de sus controversias”.²³ Escribió Hayek que:

Puesto que esta ley judicial surge de la resolución de litigios, contempla únicamente las relaciones entre los individuos implicados y se desentiende, por lo tanto, de toda acción individual que no afecte a otros. Defínese así el dominio reservado a cada persona, que los demás no pueden interferir. Tratase de evitar conflictos entre personas que no actúan bajo una dirección central, sino según sus propios fines, sobre la base de su leal saber y entender.²⁴

¹⁸ “[...] la diferencia entre el gobierno de normas y el gobierno por órdenes. La distinción entre la libertad bajo la ley y el empleo de la maquinaria legislativa para abolir la libertad [...]” Hayek, “Individualism: True and False”, p. 18.

¹⁹ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I: Rules and Order, cap. 4.

²⁰ “El derecho no se da a conocer en formas legales, en reglas abstractas, en axiomas filosóficos, en preceptos escritos, sino bajo, la lengua de las imágenes, [...] por señales profundamente significativas para el pueblo que las practica. Y estos actos, estos usos, estas costumbres alegóricas son toda y la única expresión del derecho Tres siglos antes de que Roma hubiese escrito, sus leyes, se había gobernado por meras creencias religiosas y costumbres simbólicas que fueron el fundamento de su primera legislación.” (J. B. Alberdi, *Obras Completas*, t. I, p. 170). También. “El rol del juez es, por lo tanto, descubrir y explicitar la norma que está implícita en las prácticas, costumbres e instituciones de la gente. Su trabajo no es crear la norma sino descubrirla, formularla -en la medida de lo posible- en términos explícitos, y aplicarla al caso específico que se le presenta”. En Tom Palmer y Leonard Liggio, “Freedom and the Law: Comment on Professor Aranson's Article”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 11, Nº 3, p. 720.

²¹ *Ibíd.*, p. 719.

²² “Las costumbres de los comerciantes que fueron establecidas cuando las leyes bárbaras de Europa no exigían el cumplimiento de sus contratos [...] en el transcurso de estos dos últimos siglos han sido incluidas en las leyes de todos los países europeos.” Adam Smith, *Wealth of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 328.

²³ *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 5ª edición, 1979, p. 798.

²⁴ F. A. Hayek, *Inflación o pleno empleo*, Unión Editorial, Madrid, 1976, p. 183.

Si por “orden” económico entendemos el producto del proceso descentralizado de libre intercambio, cada acto es en sí mismo un engranaje de la secuencia,²⁵ independientemente de su magnitud.²⁶ Y la situación resultante no es ordenada por su prolijidad o consistencia, sino porque cada acto constituye la manifestación de un acuerdo de voluntades y la satisfacción -por lo menos según lo especulado *ex ante*²⁷- de los contratantes mediante el cumplimiento de lo pactado²⁸. Como escribió Israel M. Kirzner:

Sostener la idea del orden espontáneo implica sostener dos ideas: 1) la idea de que permitir que sean las fuerzas sociales espontáneas las que determinen los resultados produce resultados sistemáticos, y no caóticos ni al azar; y 2) la idea de que el carácter normativo de estos resultados sistemáticos difícilmente pueda ser juzgado como no beneficioso para la sociedad. Evidentemente, la segunda idea tendría poco alcance sin el reconocimiento de la primera. Pero, por otro lado, la aceptación de la primera idea no implica un compromiso con la segunda.²⁹

Creo que sería muy difícil separar una idea de la otra. En mi opinión, la corrección -que según veremos propugnan algunos estudiosos del tema, entre los cuales se cuenta el propio profesor Hayek- de esos resultados sistemáticos” no es sino una interferencia teleológica, cuya efectividad pongo en duda.

Para prosperar en una sociedad libre el individuo debe, entonces, incorporar y respetar las costumbres observadas en una cultura determinada, que con el transcurso del tiempo adquieren carácter normativo. La función del juez es la de hacer que los individuos respeten lo pactado en un contrato: no con el criterio de cual acción se correspondería con un objetivo determinado, sino con el criterio de cuál sería la conducta esperada en una comunidad, en un momento histórico delimitado. Digo delimitado, porque las expectativas sobre lo que es “habitual” o “razonable” van evolucionando al ritmo en que evoluciona la sociedad. Las normas del common law nos ayudan a formar expectativas razonables de carácter general sobre las relaciones contractuales. El orden que resulta de la aplicación del sistema es abstracto: en él, sólo las características generales de la interacción individual se mantienen constantes en el tiempo. El orden abstracto favorece la coordinación de los planes individuales; cuanto más abstracto sea el orden, más dependerá de normas. Consistentemente, dado ese marco abstracto, los cambios en los particulares son vitales para que se mantenga ese orden.³⁰

En el mismo capítulo de *Law, Legislation and Liberty*³¹ en que F. A. Hayek reconoce que compete a los jueces sentar precedentes en materia de derecho privado, afirma a la vez que es necesario que exista algún tipo de legislación en materia privada que corrija alguna jurisprudencia que se ha desviado o que acelere desarrollos jurídicos que de otra manera recién serían aplicables al presentarse una acción ante los tribunales. Este último caso sería equivalente a pretender encontrar -y en su defecto implantar- en lenguas de civilizaciones primitivas palabras que signifiquen “byte” o “chip”. Una sociedad no puede respetar una norma cuyo desarrollo no sea coetáneo al propio.³² Por más efectiva o útil que resultara

²⁵ El acto voluntario de cada individuo que actúa en el mercado es deliberado. Pero no puede preverse el modo en que ese acto singular del individuo se comportará al incorporarse a otros incontables actos de sus congéneres; es decir, de qué manera afectará el desenvolvimiento del orden social.

²⁶ Y en este sentido se podría definir al orden como eficiente en términos de Buchanan: En cambio, se define la eficiencia como 'lo que tiende a surgir del acuerdo voluntario entre personas en el grupo relevante'. Esta definición es la única posible, a menos que se presuma que las evaluaciones subjetivas de los individuos son conocidas objetivamente por los observadores externos o que la evaluación relevante para la eficiencia debe estar directamente separada de las evaluaciones individuales. Sin embargo, una vez que definimos la eficiencia según el acuerdo voluntario, debemos aceptar que el conjunto de normas e instituciones que puede satisfacer el 'criterio de eficiencia' no es único. Dado que lo eficiente es lo que surge de un acuerdo, y no al revés, no podemos restringir o limitar el rango del acuerdo a un resultado único". J. Buchanan, *Liberty, Market and State*, p. 84.

²⁷ “La acción es un intento por sustituir una situación por otra más satisfactoria. Sucede una y otra vez que una acción no alcanza el fin buscado. Algunas veces el resultado, aunque inferior al pretendido, constituye una mejora con respecto a la situación anterior; hay ganancia, si bien menor que la esperada. Pero puede suceder que el resultado de la acción sea un estado menos deseable que la situación que se deseaba cambiar. En ese caso, la diferencia entre la valoración del resultado y los costos incurridos se denomina pérdida.” L. von Mises, *Human Action*, p. 97.

²⁸ “La única fuente de la cual obtenemos conocimiento acerca de estas escalas es la observación de las acciones de un hombre. Cada acción se adecua perfectamente a la escala de valores o preferencias, porque estas escalas no son más que un instrumento para interpretar la acción humana.” Mises, *Human Action*, p. 96.

²⁹ Israel M. Kirzner, “Spontaneous Order- A Complex Idea”, en *Literature of Liberty*, vol. V, N° 4 (invierno de 1982): S. Citado por Eduardo Zimmermann en “Hayek, la evolución cultural y sus críticos”, en *Libertas* 6 (mayo de 1987): 113.

³⁰ Mario Rizzo, “Rules versus Cost Benefit Analysis in the Common Law”, en *Cato Journal*, vol. 4, N° 3 (invierno de 1985): 872.

³¹ “The Changing Concept of the Law”, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 8, capítulo 4.

³² “Como la lengua, religión y costumbres, el derecho aparece también bajo un carácter propio a par de otros elementos de civilización” [...] J. B. Alberdi, *Estudio del derecho, Obras completas*, t. I, p. 170.

para la sociedad, al no contar con consenso la estructura no puede aplicarse.³³ La autoridad suscita obediencia en la medida en que haga exigible un derecho cuya existencia se presume independientemente de ella.³⁴

6

El profesor Hayek no desconfía de la facultad humana para razonar, pero sí pone en tela de juicio el hecho de que desempeñe un papel preponderante en el establecimiento y mejoramiento de un orden legal deliberado.³⁵ La evolución y adaptación constantes del sistema de derecho, y la eliminación de reglas que ya no son aplicables competen a los jueces, que con cada decisión van haciendo que ese sistema tienda a reflejar el progreso de la sociedad, en un crecimiento y retroalimentación mutuos.³⁶ Adam Smith se refirió al rol de los tribunales en el progreso del derecho:

En Roma, los principales tribunales de justicia tenían uno o unos pocos jueces y, puesto que siempre deliberaban en público, su reputación quedaba afectada por una decisión injusta. En los casos dudosos, estos tribunales, en su afán por evitar la adversa censura de que pudieran ser objeto, trataban de protegerse aduciendo el ejemplo o el precedente de otros jueces. Esta atención conferida a la práctica y al precedente fue integrando la ley romana en un sistema regular ordenado tal como nos ha sido transmitido. Igual ocurrió, con los mismos efectos, en la legislación de otros países que resolvieron adoptarla. Es probable que la superioridad del carácter romano sobre el griego, tan alabado por Polibio y Dionisio de Halicarnaso, se deba más a la estructura más perfecta de sus tribunales de justicia que a cualquier otra circunstancia que los autores puedan atribuirle.³⁷

También:

Las tasas que cobraban los tribunales parecen haber sido el principal sustento de los diferentes tribunales de justicia en Inglaterra [...]. En algunos casos llegó a depender totalmente de las partes interesadas ante qué tribunal preferían que se juzgara su causa; y cada uno de ellos se esforzaba, por la superioridad en despacho e imparcialidad, para atraer para sí tantas causas como pudiera. Es posible que la admirable constitución actual de los tribunales de justicia en Inglaterra se haya originado en esta emulación, que antiguamente tuvo lugar entre sus respectivos jueces, cada uno tratando de brindar, en su propio tribunal, la solución más rápida y efectiva que la ley admitiera para cada injusticia."³⁸

7

Por los mismos motivos que no admitimos la veracidad del aserto de que “debido a la actual complejidad del mercado es necesario que esté cada vez más controlado”, no aceptamos -extendiendo nuevamente la analogía con el mercado - como válida la posición de que la cada vez más compleja estructura de las relaciones humanas requiere acción normativa centralizada, que no puede esperar a que los conflictos interpersonales entre sujetos del derecho privado sean presentados ante tribunales judiciales a medida que van surgiendo.

Si intentáramos seguir paso a paso la historia de las acciones humanas desde su origen como una deducción de la forma: si A... entonces B... entonces C, nunca llegaríamos al actual estado de complejidad que ha alcanzado la evolución social. Para poder reconstruir esa secuencia de acciones deberíamos tener conocimiento de todos los hechos o circunstancias que de un modo u otro llegan a afectar las relaciones causales. Mas nuestro conocimiento es limitado y fraccionario. No podemos

³³ Es interesante incluir un comentario de Gabriel Zanotti con respecto al doble juego existente entre estructuras y consenso: hay estructuras legales que en sí mismas tienden a crear consenso favorable, a impedir una mayor corrupción de las costumbres y que incluso favorecen el progreso. En *El humanismo del futuro*, obra próxima a publicarse en Editorial de Belgrano.

³⁴ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, p. 93.

³⁵ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, capítulo 4.

³⁶ “Tanto los romanos como los ingleses compartieron la idea de que la ley es algo que se debe descubrir y no promulgar, y que nadie debe ser tan poderoso como para identificar su propia voluntad con la ley de su país.” Y también: “Afortunadamente no tenemos que refugiarnos en la utopía para encontrar sistemas legales diferentes del presente. Tanto la historia romana como la inglesa nos enseñan una lección completamente distinta de la que predicán los partidarios de la inflación legislativa de nuestro tiempo. Todo el mundo hace hoy ostentación de alabar a los romanos y a los ingleses por su sabiduría legal. Pero muy pocos comprenden, sin embargo, en qué consistía esta sabiduría, es decir, hasta qué punto estos sistemas eran independientes de la legislación en cuanto concernía a la vida común del pueblo y, consiguientemente, lo amplia que era la esfera de la libertad individual, tanto en Roma como en Inglaterra, durante los siglos en que sus respectivos sistemas legales florecieron con más éxito”. B. Leoni, *Freedom and the Law*, pp. 9-10.

³⁷ A. Smith, *Wealth of Nations*, pp. 399-400.

³⁸ A. Smith, *Wealth of Nations*, pp. 241-2.

efectuar una reconstrucción hilada a modo de dominó, cuando nos son desconocidos datos que actúan “lateralmente”, moldeando el curso de los eventos.³⁹

8

El volumen actual de legislación parlamentaria sobreabundante -incluso en el sistema angloamericano- no invalida la bondad de un sistema jurídico descentralizado, de la misma manera que un mercado intervenido no es prueba de la ineficacia del mercado libre.⁴⁰ Y no se beneficia en nada la consecución de la justicia en tanto se sigan “malasignando” facultades normativas irrestrictas a los órganos legislativos. Un proceso que culmine con la sanción de una ley no tiene sentido (y esa ley no es “derecho”) sino en función de que se reconozcan y protejan los derechos de las personas.” [...] El juez es una institución de orden espontáneo.”⁴¹ El legislador no lo es.

Por ello, para nuestra analogía, no es válido aceptar como “derecho” esa legislación inventada, y racionalmente orientada a fines específicos, por lo mismo que no admitimos que el símbolo de curso forzoso inventado por los gobiernos para controlar e inflar los mercados sea “moneda” en sentido estricto. La inflación legislativa produce los mismos efectos nocivos que la monetaria y, al igual que ésta, ejerce una influencia distorsionante sobre las valoraciones y expectativas de los individuos.

Volviendo al derecho, su función no es “guiar las expectativas”⁴² sino hacer que se *respeten* las expectativas que se van originando solas con el desarrollo de reglas de conducta. El proceso de descubrimiento o relevación se contrapone al de creación o invención. El resultado de uno y otro proceso constituye, para L. von Mises, dos tipos de cooperación social: la cooperación en virtud del mando y subordinación o hegemonía.

En los casos y en la medida en que la cooperación se fundamente en el contrato, la relación lógica entre los individuos que cooperan es simétrica. Son las partes de contratos de intercambio interpersonales. Cuando, y en la medida en que, la cooperación se base en mando y subordinación, habrá una persona que dirige y otras que obedecen sus órdenes. La relación lógica entre estas dos clases de personas es asimétrica.⁴³

9

Por otra parte, la única justicia que, según Hayek, condice con el orden social liberal es la procesal. Todas las demás “justicias” no son tales. Entiende así a la justicia como nomocrática: no debe estar en función de un fin.⁴⁴ En el caso de una “justicia” que pretenda recompensar, otorgar beneficios, premiar méritos, hay una contrapartida que no puede verse,⁴⁵ y hay mucho por decir acerca de su condición de tal. (En ese sentido, el papel de “justiciero” que pretenden desempeñar muchos legisladores no está dentro de su ámbito de competencia. La legislación no debe moldearse según las metas que quienes la aprueban quieren alcanzar a través de los individuos particulares.) Equivaldría a “intervenir” el libre entorno en que las conductas de los individuos se adaptan a los contratos que ellos mismos celebran voluntariamente. La intervención del juez es necesaria mientras se ajuste al requisito de ser neutra y

³⁹ Podría presentar algún inconveniente la interpretación del siguiente párrafo: “No podemos ver ni percibir intuitivamente este orden de acciones significativas; sólo podemos reconstruirlo *encadenando las relaciones existentes entre los elementos*”. (La bastardilla es mía.) *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, p. 38.

⁴⁰ Si aceptamos que, por su propia naturaleza, un sistema legal centralizado es menos perfecto que uno que no lo sea, cuánto más imperfecto será ese sistema cuando pretenda extender la competencia de su normatividad a ámbitos que son exclusivos del orden económico.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 95.

⁴² *Ibíd.*, p. 89.

⁴³ Mises, *Human Action*, p.195

⁴⁴ “Si las normas que rigen ese proceso se determinan con anterioridad, los resultados particulares que alcanzarán en un momento determinado serán independientes de los deseos temporarios de los hombres.” G. Dietze, *In Defense of Property*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1971, p. 129. Y, por lo tanto, también independiente de un fin específico.

⁴⁵ Según argumentara Frederic Bastiat en su ensayo “What Is Seen and What Is Not Seen”: “En el ámbito económico, un hecho, un hábito, una institución, una ley no produce un solo efecto, sino una serie de efectos. De estos efectos, sólo el primero es in mediato; aparece en forma simultánea con su causa; se ve. Los otros efectos emergen recién posteriormente; no se ven; tenemos suerte si podemos preverlos”. *Selected Essays on Political Economy*, The Foundation for Economic Education, Inc., Irvington on-Hudson, New York, 1977, p. 1.

objetiva.⁴⁶ Y, en la medida en que las partes recurran al juez voluntariamente para que arbitre en sus disputas, harán las veces de legisladores, siendo el derecho resultante “voluntario”.

El proceso legal siempre se remite, en última instancia, a demandas individuales. Los individuos, en la medida en que hacen demandas, hacen el derecho.⁴⁷

La facultad de un juez del *common law*, que de los precedentes históricos existentes deriva normas de conducta universales y aplicables en épocas posteriores, es más amplia y más discrecional que la de un juez que, frente a un menú de leyes variadas, elige en cada caso cuál corresponde a la situación que se le presenta.⁴⁸ El juez del *common law* aplica principios esperados de conducta, sin considerar las consecuencias que éstos puedan ocasionar.

En el derecho consuetudinario, si se descubre que una rama de la jurisprudencia se ha ido orientando por error en una dirección que se juzga “equivocada”, el tema de quién o quiénes fueron dictando fallos en ese sentido o la manera en que accedieron a la condición de “jueces” es un problema cuya naturaleza excede el alcance del presente ensayo. Precisamente por tratarse de un sistema en el que el derecho se explicita a través de una progresión de fallos dictados por jueces aislados, es la función de cada uno de ellos contribuir a detener un desarrollo jurídico “equivocado”, revirtiéndolo antes de que avance demasiado y exceda su control.

Hoy en día, extrañamente, se ha llegado a una subversión tal del concepto de “derecho”, que se da por sentado que la única ley válida es la emanada de un órgano legislativo, que -en vez de sancionar normas, independientemente de sus fines- es una herramienta de poder de la que se vale el gobernante. La ley parlamentaria anterior sirve como fuente del derecho y *no es* el derecho mismo. Hoy resultaría absurdo poner en tela de juicio la facultad de la legislatura de regir aquellas conductas de los individuos que nada tienen que ver con los poderes públicos. En última instancia, dice Hayek:

La concepción de la voluntad necesariamente limitada de un legislador supremo, que, desde Bacon, Hobbes y Austin ha servido como una justificación supuestamente irrefutable del poder absoluto, primero de los monarcas, y más tarde de las asambleas democráticas, aparece como autoevidente únicamente si se restringe el término “derecho” a las normas que guían las acciones deliberadas y concertadas de una organización. Según esta interpretación, el “derecho”, que en el sentido original de *nomos* tenía por propósito ser una barrera para todo tipo de poder, se convierte, en cambio, en un instrumento para el uso del poder.⁴⁹

La mayoría de las normas emanadas de las legislaturas distan mucho de ser objetivas, abstractas y aplicables a todos por igual.⁵⁰ Muchas tienden al establecimiento de prerrogativas y están dirigidas abiertamente a ser empleadas como medio para facilitar la consecución de fines de grupos o sectores fácilmente identificables⁵¹ (entre los cuales, el primer beneficiario es el poder administrativo). Más aun, se ha generalizado la visión de la legislatura como el órgano mediante el cual el estado redistribuye. Cuando el estado actúa a través del parlamento, se considera que esa acción es legítima. En cambio, si la ley fuera contractual y muchas de las medidas adoptadas por el congreso -por ejemplo, la redistribución- correspondieran a los jueces, se las consideraría injustas y se advertiría con mayor claridad que son compulsivas. Por un camino indirecto, se logra poner distancia y hacer menos evidente

⁴⁶ “No hay duda de que la legislación que ataca la propiedad constituye un peligro mayor para la propiedad que la interpretación. El intérprete social o socialista de la ley liberal se encuentra muy restringido en su tarea, aunque es cierto que puede aproximarse peligrosamente a eliminar los valores de la ley. Después de todo está limitado por la ley. Por el contrario, el legislador no lo está. [...] En particular, toda preocupación por los efectos de corto plazo tiende a incrementar la preponderancia de los efectos visibles y predecibles sobre los invisibles y distantes; mientras que las normas que apuntan a beneficiar a todos por igual no deben permitir que los efectos de los que accidentalmente toma conocimiento el juez pesen más que los que no puede conocer.” G. Dietze, *In Defense of Property*, p. 113

⁴⁷ B. Leoni, citado por Liggio-Palmer en su *Freedom and The Law: Comment on Professor A ranson's Article*.

⁴⁸ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, p. 87.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁰ “Por añadidura, las leyes excesivas en número y deficientes en calidad no sólo desacreditan el derecho sino que también socavan lo que construyeron nuestros antepasados, un derecho del país relativamente estable y espontáneo, común a todos y basado en reglas de aplicación general.” G. Sartori, “La libertad y la ley”, traducido en *Libertas* 5 (octubre de 1986): 46.

⁵¹ Ya en el siglo pasado, Bastiat se quejaba de la “completa perversión de la ley”: “Pero, desafortunadamente, la ley de ninguna manera se limita a las funciones que le son propias. Y en los casos en que se ha excedido, no ha sido solamente en temas sin consecuencia y debatibles. La ley ha ido más allá: ha actuado en forma opuesta a su propio fin. La ley ha sido empleada para destruir su propio objetivo: se la ha aplicado a la aniquilación de la justicia que debía mantener; a la limitación y la destrucción de derechos que su fin originario debía respetar. La ley ha depositado la fuerza colectiva a disposición de los inescrupulosos que desean, sin riesgo, explotar la persona, la libertad y la propiedad de los demás. Ha convertido la expoliación en un derecho, con el fin de proteger la expoliación. Ha transformado la defensa legítima en un delito, para castigar a la defensa legítima”. F. Bastiat, *The Law*, p. 19.

un acto que, por una vía mas directa, se presentaría como violatorio de derechos. Ya J. Locke había adelantado que:

Primero, [el legislativo] no es, ni podría ser, absolutamente arbitrario con respecto a la vida o fortuna de las personas; ya que por ser simplemente el poder conjunto de cada miembro de la sociedad cedido a la persona o asamblea que legisla, ese poder no puede exceder lo que esas personas tuvieran en el estado de naturaleza antes de constituir la sociedad y cederlo a la comunidad; ya que nadie puede transferir a otros más poder que el que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario y absoluto sobre si mismo, ni sobre otros, como para destruir su propia vida, o quitarle la vida o la propiedad a otro.^{52, 53}

Por otra parte, señalaba Bertrand de Jouvenel que:

La variabilidad de las leyes hace que se resientan todas las relaciones sociales y afecta a todas las exigencias individuales, turbándolas tanto más cuanto más ambiciosas se las hace y cuanto más libremente se piensa en hacerlas. Entonces, el ciudadano no está ya protegido por un derecho cierto sino por una justicia esclava de leyes cambiantes. No está ya garantizado contra los gobernantes cuya audacia se autoriza con las leyes que ellos dictan a su antojo. Las desventajas o las ventajas que una ley nueva puede acarrear o procurar son tales que el ciudadano aprende a temerle todo y a esperar todo de un cambio legislativo. Como no se puede conquistar al poder legislativo, que está unido al ejecutivo, más que por medio de una facción bien organizada, estas facciones van ganando en cohesión y en violencia. Cuantas más posibilidades ofrece el poder y cuanto más temible sea, más se anima la lucha de los bandos o facciones y más precaria es la posesión del poder.⁵⁴

Por lo mismo que la mayoría de las leyes son sancionadas con el consentimiento de un porcentaje mucho menor que la unanimidad, no es posible que satisfagan a todos los que por ellas se ven afectados. Quienes adviertan esto y no quieran que sus derechos sigan siendo atropellados tienen como única salida propugnar la reducción de los asuntos que competen a la representatividad, la abrogación de la legislación injusta⁵⁵ y el ensanchamiento de lo que hoy es una restringida franja dentro de la cual el individuo puede tomar decisiones por sí mismo.

Distinto es el origen del “derecho” al que se refiere Bruno Leoni:

El hecho es que las normas incorporadas a los códigos y constituciones escritas podrían aparecer como la mejor expresión de los principios liberales, en la medida en que reflejan un largo proceso histórico, cuyo resultado, en su esencia, no ha sido una norma de origen legislativo sino un derecho elaborado por jueces o juristas. Esto equivale a describirlo como ley preparada por todos, de j tipo de las que exaltó el antiguo Catón el Censor como principal motivo determinante de la grandeza del sistema romano.⁵⁶

⁵² John Locke, *Two Treatises of Government*, New York, Hafner Publishing Company, 1947, p.189.

⁵³ Una enumeración de algunos principios del common law - varios de ellos derivados del derecho romano- puede servir para explicitar el espíritu del sistema (*Black's Law Dictionary*, pp. 934-936):

a) *nemo dat qui non habet* (nadie puede dar a otro algo que no posee);

b) *nemo cogitur rem suam vendere, etiam justo pretio* (nadie puede ser obligado a vender su propiedad, ni siquiera por un precio justo);

c) *el nemo debet alienajactua locupietari* (nadie debería beneficiarse a costa de otro);

d) *nemo debet immiscere se rel ad se nihilpertinenti* (nadie debe inmiscuirse con algo que no le concierne);

e) *nemo debet rem suam sinofacto aut defecto suo amittere* (nadie debería perder su propiedad sin que medie acto u omisión de su parte);

f) *nemo est supra leges* (nadie está por encima de la ley);

g) *nemo ex alterius facto pregravari debet* (nadie debería cargar con las consecuencias de actos de terceros);

h) *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transferir a otro mejor derecho que el que él mismo posee);

i) *nemo potest facere per alium quod per se non potest* (nadie puede hacer a través de otro lo que no puede hacer por sí mismo);

j) *nemo potest facere per obliquum quod non potest facere per directum* (nadie puede hacer indirectamente lo que no puede hacer directamente);

k) *nemo potest nisi quod de jure potest* (nadie puede hacer algo a menos que sea de forma legal);

l) *nemo prohibetur plures negotiationes sive artes exercere* (a nadie puede prohibírsele dedicarse a las distintas clases de negocios o de artes. El common law no prohíbe a persona alguna dedicarse a las artes o misterios que le plazcan);

m) *nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere non habet* (no se considera que alguien esté causando un daño a menos que esté haciendo algo para lo que no tenga derecho).

⁵⁴ B. de Jouvenel, *El poder*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 344.

⁵⁵ F. Bastiat, op. cit., p. 21: “[...] Si esa ley -que puede ser un caso aislado- no es abolida inmediatamente, se extenderá, se multiplicará y se convertirá en un sistema”.

⁵⁶ Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, p. 210. Puede aclararse que Leoni ha sido hasta el momento el autor que ha realizado un análisis económico del derecho más consistente desde el punto de vista austríaco. Es posible que los análisis neoclásicos hayan proliferado más porque el suyo es el paradigma vigente hoy en economía. Creo que el programa de investigación iniciado por Leoni - una analogía entre el derecho como “proceso” y la visión austríaca del proceso de mercado- puede brindar muchas respuestas interesantes.

Debemos atrevernos a exponer las aberraciones del sistema actual y la responsabilidad que le cabe por perturbar la armonía social. Limitar las acciones del Congreso no compete a un órgano legislativo superior, sino que corresponde a los individuos aceptar como “derecho” sólo las normas emanadas de ese órgano que posean los atributos de reglas de conducta justas.⁵⁷ La función de las leyes no es inventar ni crear derechos, sino dar el carácter de norma exigible a derechos preexistentes.

Así como es nuestra obligación entender que el “impuesto inflacionario” resta valor a nuestros ingresos expresados en moneda *fiat*, no podemos ignorar que el “impuesto legislativo” tiene el mismo efecto sobre nuestra vida, nuestra libertad y nuestros bienes, los tres elementos que conforman lo que John Locke denominó propiedad.

Es notable observar que en los países donde imperó un derecho privado basado en la jurisprudencia existe, en consecuencia, una mayor libertad individual que en los sistemas donde todo derecho emanó de “legislaturas”, y por lo tanto no puede ser abstracto, sino que es teleológicamente sancionado en beneficio del gobernante.⁵⁸ También salta a la vista cómo, a medida que esos mismos países -que otrora fueran el paradigma de la libertad -son normados y controlados por factores exógenos (representados tanto por los legisladores como por las instituciones administrativas), el campo de acción dentro del cual el individuo puede actuar sin tener que pedirle permiso a las autoridades disminuye en proporción directa con el acrecentamiento del poder de la autoridad legislativa.⁵⁹

Donde ya exista una decisión tomada por un legislador sobre algún aspecto de la actividad humana, no puede haber espacio para que coexista la elección de un individuo.⁶⁰ Por tratarse de criterios de decisión incompatibles, debemos elegir entre uno u otro.

⁵⁷ *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, p. 93.

⁵⁸ Lo había adelantado con asombrosa exactitud F. Bastiat: “Es imposible imaginarse, en el mismo centro de la sociedad, un hecho más sorprendente que éste: la ley ha pasado a ser un instrumento de la injusticia. Y, si este hecho trae consecuencias terribles para los Estados Unidos -donde el verdadero fin del derecho se ha pervertido única mente en los casos de la esclavitud y las protecciones-, ¿cuál será la consecuencia en Europa, donde la perversión de la ley es un principio, un sistema?- *The Law*, p. 19. Un siglo después observamos que, incluso en países como los Estados Unidos, el virus que sembraron esas pocas leyes pervertidas se ha extendido hasta convertirse en el principio sobre el cual se asienta un sistema jurídico gravemente enfermo.

⁵⁹ “La legislación es el punto final de un proceso en el cual lo probable es que la autoridad se imponga a la iniciativa y la libertad individual.” Leoni, op. cit., p. 20.

⁶⁰ “El sistema jurídico cuyo centro está en la legislación significa la posibilidad de que otras personas [los legisladores] todos los días se inmiscuyan en nuestros actos. [...] “No sostengo que la legislación deba ser descartada por completo [...] pero sostengo que la legislación está realmente en contradicción con la iniciativa y la decisión individuales, siempre que sobrepase límites que las sociedades contemporáneas parecen haber dejado ya muy atrás.” [...] “El asunto es decidir acerca de si es que en principio, la libertad individual es o no compatible con el actual sistema.” Leoni, op. cit., p. 23.