

La teoría *legal*, compatible con la teoría *económica*

Elder Francisco Flores Durán

I. Introducción

Quisiera iniciar haciendo un recordatorio histórico que versa sobre la idea de que los derechos empiezan con la existencia de clases o de jerarquías sociales en una población, ya que éstas implican un trato distinto a ciertas personas dentro de la sociedad. Pero, a pesar de ello, todos tenemos los mismos derechos, ya que existen unos derechos inherentes a la esencia humana, los cuales deben ser respetados y protegidos.

El surgimiento de la doctrina de los derechos individuales se da al mismo tiempo que el surgimiento del capitalismo (siglos XVII y XVIII). Años más tarde, con la Declaración de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea Nacional de Francia en 1789, la doctrina de los derechos se enfatiza y extiende por todo el mundo. De ahí que el siglo XIX sea considerado como el siglo de los derechos individuales; no ha habido siglo en el que la propiedad privada haya estado más protegida. Más adelante los derechos de propiedad fueron sustituidos por los llamados derechos económicos; la diferencia es que éstos imponían obligaciones, no límites, como los de la propiedad.

El derecho de propiedad es uno de los derechos fundamentales de la persona humana, ya que al respetarse este derecho automáticamente se respetan los demás. Es decir, no solamente limita a los individuos respecto de la propiedad de los otros, sino que también limita y justifica el ejercicio del poder (del gobierno), y por ello permite el desarrollo de todo individuo.

Tenemos que seguir luchando, porque la denominada sociedad, muchas veces debido a la apatía de la realidad que nos rodea, y sumándole las preocupaciones personales, se disipa en un abrir y cerrar de ojos. También se nos ha hecho creer que el orden que rige a nuestros países está ya establecido y que no tolera cambio alguno, porque consideran que el Derecho por su fin, que es la paz, ya está ganado, pero, como dice el gran escritor Rudolf Von Ihering, la lucha es el medio para alcanzar el Derecho.

II. Relación entre derecho y economía

Para hablar acerca del tema del derecho y su relación con la economía, no encuentro a ningún autor que haya elaborado mejor este tema que Friedrich Von Hayek. Él extendió su análisis de la sociedad al examen de la emergencia “espontánea” de las reglas legales y morales. Su teoría legal y política enfatizaba que *el imperio de la ley es el fundamento necesario de la coexistencia pacífica*.

Contrastaba la tradición del *common law* con la de la ley estatutaria, por ejemplo, los decretos legislativos. Mostró que la *common law*, el derecho consuetudinario, emerge, caso por caso, en lo que los jueces aplican a los casos particulares las reglas generales que son, en sí mismas, producto de la evolución cultural. De esa forma explica que “inserto en el derecho consuetudinario hay un

conocimiento conquistado a través de una larga historia de ensayos y errores”. Esto lo llevó a la conclusión de que *la ley, como el mercado, es un orden “espontáneo”, producto de la acción de los hombres pero no de ningún plan de ellos.*

III. La evolución

Para poder hacer un análisis apropiado de la manera en que Hayek concibe el concepto de *evolución*, nos remontaremos a sus tratados, ya que en sus escritos hace referencia al término *evolución cultural*, el cual es considerado hoy como parte esencial de su pensamiento.

El concepto de *evolución cultural* se refiere a la evolución de la *tradición de reglas y normas aprendidas, tales como las que hacen referencia a las normas aprendidas sobre la propiedad, la honestidad, el intercambio y la competencia*. Las reglas aprendidas sobre estas materias son *adquiridas a través del tiempo* y como parte de la herencia cultural de todas las personas.

Estas reglas, según Hayek, han surgido a través de las experiencias adquiridas por diferentes grupos de personas, que han experimentado ciertas ventajas a través de sus vidas, aun sin estar conscientes de ello.

En otras palabras, *son reglas que se han ido generado, incluso accidentalmente, gracias a las experiencias, a base de prueba y error, que generaciones de personas han tenido*. Estas instituciones han permitido el desarrollo de un orden que ha logrado mantener a una masiva población.

Las experiencias que han resultado exitosas pasan a ser prácticas que se heredan a través de la educación y la imitación. Es decir, la evolución no es un concepto biológico, como la mencionada anteriormente, sino cultural, en el sentido en que la sociedad avanza mediante la transmisión de prácticas exitosas en la vida en sociedad. Se puede establecer, entonces, que difiere del pensamiento de Darwin, quien piensa que la evolución es un concepto biológico que implica el cambio paulatino de organismos.

Para Hayek, la *evolución cultural es la transmisión de un conjunto de conocimientos que han resultado exitosos anteriormente*. Por esta misma razón, Hayek establece incluso que la evolución cultural puede suceder muy rápidamente, dejando atrás la evolución genética.

Por otro lado, ya explicada la evolución, ahora tenemos que ver el tipo de reglas a aplicar. Éstas tienen que ser de aplicación general y muchas veces se expresan de forma negativa; es decir, son una prohibición de la conducta humana natural. Dichas normas pueden ser las que nos prohíben ser agresivos con otros seres humanos. Hayek expresa que estas reglas generales no son naturales al ser humano, pues buscan suprimir su estado natural, y así hasta pueden ser detestadas por los hombres.

Se puede decir que la evolución es un proceso que sucede espontánea y accidentalmente entre la sociedad sin que sus miembros estén conscientes de que esté pasando ni conscientes de por qué siguen ciertas normas; por lo que se puede afirmar que Hayek está en contra del llamado determinismo.

El determinismo se puede definir como el pensamiento filosófico para el que cualquier evento, incluyendo la acción humana, está determinado por una cadena de actuaciones previamente determinadas. Es decir, es la noción de que todos los eventos ya están determinados y que el futuro ya está fijado. También cabe mencionar que, según Hayek, la evolución se contrapone al fatalismo y a la corriente que cree que el ser humano no puede cambiar su destino.

El hombre acumula información por medio de la herencia, la educación y imitación y utiliza esa información según él lo crea mejor. Así, cada individuo conoce información diferente y la utiliza según crea mejor, y si es exitoso beneficia a toda la sociedad. Por lo que la información que conoce cada individuo dentro del grupo social es importante para el desarrollo de la cultura.

Se puede concluir que la evolución es algo que ocurre dentro de la sociedad y que busca la mejor sobrevivencia de los individuos que conforman esa sociedad, aun sin que ellos estén conscientes de ello. Está en contra del racionalismo, puesto que es un proceso espontáneo y no la creación de una mente o de un grupo de personas que están dirigiendo a los demás.

No está en contra de la razón, sino *en contra de la idea de que el orden dentro de una sociedad es producto de la razón de una sola persona o de un grupo de personas*. Pues las normas sociales de conducta de los seres humanos son producto de una herencia cultural.

IV. Estado de derecho

Una de las nociones que Hayek menciona con más insistencia a lo largo de su obra es la aplicación de reglas a todos por igual. Una vez más se refiere al Rechtsstaat o Estado de derecho. Por ejemplo, en la aplicación de este principio, repudia el impuesto progresivo, ya que infringe el principio de igualdad. Es en este campo en el que Hayek se muestra más original, al apuntar los problemas que surgen de las legislaciones particulares emitidas por el Estado cuando escucha a los grupos de presión. Hayek confiaba en que esas cuestiones eran menores, pero desgraciadamente los casos se multiplican en nuestra sociedad.

El Estado de derecho no es por sí mismo una ley sino una doctrina metalegal; determina los atributos que idealmente debería tener la ley.

Tal como hemos venido analizando, podemos decir que *el Estado de derecho requiere que la ley tenga tres atributos fundamentales: generalidad* (también descrita como nivel de abstracción), *predecibilidad e imparcialidad*. Hayek acepta que estos atributos presentan problemas de definición e interpretación y que en la práctica sólo pueden alcanzar una realización aproximada. Así, *el Estado de derecho es un ideal, pero como tal, aun si no es totalmente alcanzable, proporciona puntos de referencia o criterios a través de los cuales puede ser juzgada la compatibilidad de las leyes con los requerimientos de un pueblo que vive en libertad bajo el derecho*.

V. Derecho, legislación y libertad

En el quinto capítulo de su obra *Derecho, legislación y libertad*, Hayek hace referencia a las *normas de recta conducta*, aplicables a un número indefinido de casos futuros, descubiertas a partir de conductas ya establecidas en la práctica. Nos dice que *los órdenes espontáneos responden a este tipo de leyes*; de aquí es de donde podemos concluir que **un orden normativo que responde a conductas para que en el futuro las podamos aplicar, es cuando son compatibles con los modelos económicos**, ya que no es diferente el origen de la economía y el derecho; no es que uno sea dogmático y el otro teleológico, sino que, cuando miramos ambas ciencias y vemos que *su base es el orden espontáneo*, podemos concluir que pueden ser compatibles y generar los resultados esperados.

En el sexto capítulo la contrapartida al punto anterior sería la ley de la legislación o *Thesis*, definidas como las “reglas de organización diseñadas para alcanzar determinados fines, para ejecutar órdenes positivas sobre algo que debe hacerse o sobre unos resultados que hay que conseguir, o bien referentes a los distintos órganos a través de los cuales el gobierno realiza sus propias actividades objetivas; reglas subsidiarias de las órdenes particulares que señalan los fines que hay que perseguir y las tareas asignadas a cada órgano del propio gobierno”.

Sus *estudios sobre la sociedad* estaban invariablemente precedidos por un análisis de la *naturaleza humana*. El reconocimiento de que cada individuo posee valores, virtudes, sentimientos, pasiones y defectos, y de que no son iguales y muchas veces se contradicen entre sí, le permitió deducir ciertos principios.

La idea central es que: a) el hombre actúa siempre buscando una satisfacción personal, un *interés propio*; b) tiene *limitaciones cognitivas* que no sólo le impiden tener un conocimiento cabal y detallado de las circunstancias actuales sino que dificultan su comprensión de los orígenes de la sociedad y de su evolución posterior; y c) se enfrenta a un *mundo con recursos escasos*.

VI. Propiedad privada

En el caso de la propiedad privada, en cambio, *cada individuo puede manifestar directamente sus preferencias dentro de los límites de su propiedad*, lo que no ocurre con la propiedad pública, donde quienes deciden no soportan en igual medida las consecuencias de sus elecciones y trasladan los costos a terceros. Esta especial concentración entre costos y beneficios en quienes toman las decisiones es un aspecto central de la eficiencia de los derechos privados de propiedad.

Pero, además, *la propiedad privada permite revelar preferencias por medio del sistema de precios y asignar de modo eficiente recursos escasos*.

Como lo enfatiza la Escuela Austríaca de Economía, y particularmente autores como Hayek y Ludwig Von Mises, sería imposible el cálculo económico sin la existencia de precios de mercado, institución que depende claramente de la existencia previa de derechos privados de propiedad.

En efecto, la *propiedad privada permite la formación del precio de mercado, que actúa como dispositivo eficiente para concentrar y trasladar a los agentes la información que está dispersa, y de esta manera brindar conocimiento acerca de las preferencias y necesidades relativas de los consumidores.*

VII. La mano invisible

Hayek, en el siglo XX, catalogó **xxx [¿qué catalogó?]** como un orden espontáneo, pero era casi la misma concepción de Adam Smith, y se compone de tres pasos lógicos.

El primero es la observación de que *la acción humana frecuentemente tiene consecuencias que no son entendidas ni buscadas por los actores.*

El segundo es el argumento de que *la suma de estas consecuencias impensadas de una gran cantidad de personas en un largo periodo de tiempo, dadas las condiciones correctas, resulta en un orden entendible para la mente humana y que aparece como si fuese el producto de algún planificador inteligente.*

El tercer y último paso es el juicio de que *este orden es beneficioso para los participantes, de una manera que ellos no buscan pero que de todos modos les resulta deseable.*

Tan sólo en los tipos más simples de organización es posible que todos los detalles sean determinados por una mente única.

Pero nadie ha conseguido hasta ahora ordenar deliberadamente todas las actividades que integran el quehacer de una sociedad compleja. Si alguien en algún momento lo logra, la misma no podría ya hacer uso de una pluralidad de inteligencias y quedaría obligada a depender tan sólo de una de ellas. El orden social correspondiente no podría ser de gran complejidad sino extremadamente primitivo, tanto como no tardaría en serlo la mente clave cuyo conocimiento y decisiones hubiesen de abarcarlo todo.

VIII. A manera de conclusión

Al describir las características de una sociedad centralmente planificada, Hayek mostró con claridad que a medida que se decide regular algunos aspectos de la vida privada se producen efectos sobre todos los demás, lo que torna necesario ampliar la esfera de intervención legislativa. Entonces el planificador concentrará en sus manos un enorme poder para decidir hasta los más mínimos detalles de la vida privada. Este poder hace que la lucha por alcanzarlo sea encarnizada y que su precio económico sea cada vez más alto.

Paralelamente, los particulares se verán en la necesidad de vincularse de alguna manera con quienes ejercen el poder como único medio para alcanzar sus metas privadas, y por ese camino se terminan politizando hasta las más íntimas decisiones personales.

Fue a partir de entonces que Hayek brindó una de sus mayores contribuciones filosóficas, al explicar el proceso por el cual la ley positiva produce esta *politización* del derecho, lo que en rigor supone su destrucción. Defendió la *visión evolutiva del derecho*, representada fundamentalmente por el orden jurídico de elaboración judicial, al estilo del antiguo derecho romano o el *common law* inglés, donde la ley

es descubierta en casos concretos por jueces que se basan en costumbres y precedentes que existen con independencia de la autoridad política. En el derecho legislativo, en cambio, la ley es expresión de la voluntad del poder político para regular la conducta de las personas.

Algo que no puedo dejar de resaltar es que Hayek pensaba que el término *institución* es confuso, pues sugiere algo deliberadamente instituido. Proponía reservarlo para las creaciones artificiales del hombre, y utilizar en su lugar un término más neutral como *formaciones*, para aplicarlo a fenómenos como el dinero o el lenguaje.

La libertad de los británicos no fue originalmente producto de la separación de poderes entre el legislativo y el ejecutivo, sino del hecho de que las decisiones de los tribunales se inspiraban en el *common law*, un derecho que existía independientemente de cualquier voluntad y que, a la par que era vinculante para los tribunales, era desarrollado por otros; un derecho en el que el Parlamento rara vez se entrometía si no era para aclarar algún punto dudoso de un corpus legal preexistente. Puede incluso decirse que en Inglaterra se había desarrollado una especie de separación de poderes, no porque tan sólo el legislativo hacía las leyes sino porque no las hacía, ya que la ley era determinada por tribunales independientes del poder que organizaba y dirigía el gobierno, de ese poder equivocadamente denominado “legislativo”.

Se entendía que esa organización espontánea que se da en la sociedad sólo era compatible con un sistema jurídico que, garantizando la libertad y protegiendo la propiedad, consistiera en una serie de principios elaborados por jueces a partir de la resolución de casos concretos. Incluso, explicaba Hayek, una de las consecuencias más importantes de la pretensión constructivista, más allá de la imposibilidad fáctica de planificar la sociedad, es que la mera pretensión de planificarla hace perder a las personas las ventajas de ese orden espontáneo que en su lugar podría desarrollarse, provocando efectos perjudiciales difíciles de calcular.

El orden espontáneo que se produce en una sociedad cuando las personas pueden tomar decisiones libremente y existe un mecanismo institucional para solucionar los conflictos; es un orden mucho más complejo de lo que a simple vista parece. Con mucha claridad Hayek explicó que, cuando los legisladores intentan alterar algunos aspectos de este orden a través de leyes positivas, lo que ocurre en cambio es que producen alteraciones en otras áreas que ni siquiera habían sido tenidas en cuenta por ellos. Las decisiones individuales rara vez son totalmente inocuas para los demás. *El proceso de mercado, el sistema de precios y un mecanismo judicial de resolución de disputas han mostrado ser los caminos más eficientes para hacer que esas externalidades sean lo menos costosas posibles.*

Friedrich A. von Hayek muestra *la importancia de considerar al orden social como un todo indivisible* que se desarrolla y crece espontáneamente a través de los acomodamientos individuales producidos por una multitud de decisiones no coordinadas entre individuos que persiguen sus propios planes y objetivos. *El proceso económico es un aspecto de ese orden espontáneo, y el modo en que se lo puede proteger legalmente es a través de la definición de derechos de propiedad, el establecimiento de un sistema eficiente de protección judicial de los contratos, la responsabilidad por daños y la reducción de externalidades.* En la mayoría de los casos, dadas determinadas

condiciones legales, el proceso de mercado y el sistema legal en constante evolución permiten coordinar mejor los planes individuales de acción, sin necesidad de legislación o planificación centralizada.

Basándome en Hayek, **que llegó a la conclusión de que leyes imperativas como las que pueblan los sistemas legales en la actualidad [está incompleta esta frase]**, sencillamente considero que éstas no deberían ser sancionadas debido a que no contribuyen en lo absoluto a la cooperación entre los miembros de la comunidad y, en lugar de dar paso a la evolución de la economía y el derecho, los hacen retroceder.

Los órdenes espontáneos no son totalmente controlables, como lo son los artificiales. Hayek introduce una relación entre orden artificial y organización. Estas últimas, justamente, admiten un control tan amplio como aquel que determine la razón constructiva de su autor. En cambio, los órdenes espontáneos nacen de la subordinación de sus elementos a ciertas normas, “como reacción de los mismos al medio que los rodea”.

Esas normas no precisan ser conocidas; basta con que los elementos que componen el orden se comporten de acuerdo con ellas. Y por esta razón se expresan a través de regularidades. Estos órdenes incluyen elementos variados que escapan a toda constatación y manipulación. En la configuración de estos órdenes se da un proceso de selección de los elementos prevalentes imposible de conseguir artificialmente, justamente por su alto grado de complejidad.

Por esta razón termino afirmando que, *si se desea seguir utilizando al máximo el saber que se halla disperso entre todos los miembros de la sociedad, no sólo resulta imposible reemplazar un orden espontáneo por una organización, sino que tampoco cabe mejorarlo o corregirlo mediante intromisiones directas.*

Bibliografía

- Hayek, Friedrich A. von. *Derecho, legislación y libertad*. Madrid-Guatemala: Editorial Universidad Francisco Marroquín-Unión Editorial, 1979.
- . *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1982.
- . *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. Madrid: Unión Editorial, 1990.
- Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Buenos Aires: Paidós, 1966.
- Nishiyama, C., y K. R. Leube (eds.). *The Essence of Hayek*. Stanford, California: Hoover Institution Press, 1984.