

HAYEK Y EL DERECHO

Arthur Shenfield

Hayek obtuvo dos doctorados en la Universidad de Viena; el primero en derecho (doctor en jurisprudencia, 1921) y el segundo en ciencia política (1923). En Viena, según la tradición general imperante en las universidades de Europa continental —a diferencia de las de Inglaterra— el derecho tenía un ámbito muy amplio. En particular, comprendía —entre otras cosas— la economía. Esto se explica si se observa retrospectivamente, remontándose a los camaristas del siglo XVII, que la economía era considerada en el continente europeo como una rama de la administración pública y, por lo tanto, sujeta a ser estudiada en el amplio contexto de la ley. Por supuesto que la influencia de Menger, Bóhm-Bawerk y Wieser había emancipado a los economistas de la asociación con el concepto de administración pública, pero su lugar formal dentro de la facultad de derecho había sido preservado.

Así, aunque Hayek obtuvo su primer doctorado en derecho, sus intereses intelectuales eran de naturaleza muy diferente. Se sentía atraído casi por igual por la economía y por la psicología. Si bien eligió dedicarse a la economía, jamás perdió su interés por la psicología. Antes de obtener su segundo doctorado ya había esbozado los principios esenciales de una sofisticada teoría psicológica, que publicó unos treinta años más tarde en Inglaterra con el título de *The Sensory Order* (El orden sensorial). Esta teoría ejerció cierta influencia sobre la naturaleza, el origen y el rol social del derecho. Durante, aproximadamente, cuarenta años después de su graduación, Hayek seguía siendo considerado, pura y simplemente, un economista de profesión. En 1974 se le otorgó el Premio Nobel también por su condición de economista. Sin embargo, su visión interna de la economía, en especial del fenómeno del orden espontáneo ejemplificado por el mercado libre, lo había llevado a extender sus estudios hacia el terreno social en general, así como al derecho. Aunque hay ya evidencias de esta visión más amplia en trabajos pertenecientes a etapas tempranas de su pensamiento, esto no se hizo totalmente explícito hasta la aparición, en 1960, de su obra magna *La constitución de la libertad*. A ella siguieron los tres volúmenes de *Ley, legislación y libertad* (1973-1978) en los cuales su teoría del derecho alcanzó su plena maduración. Trataré ahora sobre los principios esenciales de la naturaleza, origen y rol social del derecho, básicamente con mis propias palabras y no con las de Hayek, con citas de las cuales Hayek no es responsable.

El origen del derecho

El derecho, sostiene Hayek, es coetáneo de la sociedad. Es inconcebible el surgimiento de una sociedad sin la aparición y el desarrollo de reglas de comportamiento. Éstas pueden ser consideradas como costumbres o como leyes, pero durante mucho tiempo no hubo distinción entre ambos términos. (Por ejemplo, las leyes de la República romana y la *common law* inglesa eran, respectivamente, las leyes de los pueblos romano y británico.) De acuerdo con la inspirada distinción que hace Adam Ferguson entre acción humana y designio humano, el derecho fue un consenso creciente desarrollado a partir de la acción humana pero no, como un conjunto o un sistema, el producto de un designio humano.

Esto no ha sido controvertido por la promulgación de códigos legales o sistemas ideados por creadores de leyes tales como Hammurabi, Moisés, Licurgo, Solón, Justiniano, Napoleón y otros. Tales sistemas de leyes fueron, en general, códigos, con modificaciones, de costumbres existentes o —cuando se había llegado a una diferenciación entre la ley y la costumbre— de leyes existentes basadas en costumbres. Y en tiempos anteriores a la moderna teoría del derecho, estos sistemas eran generalmente considerados como la corporización de las costumbres populares. Por ejemplo, en la época de los jueces bíblicos, cuando no había un

estado israelita y tampoco un derecho impuesto por tal estado, el pueblo reconocía la ley mosaica como la regla establecida' en Israel tanto en su observancia como en su infracción, como sucedió más tarde cuando se estableció Un estado bajo Saúl, David y sus sucesores. Aun el innovador código de Napoleón contenía, en grado apreciable, el aporte de las costumbres y hábitos de París, así como del viejo derecho consuetudinario del antiguo régimen.

En particular, cuando un código o sistema era concebido para encarnar algún concepto de la ley divina o derecho natural, el derecho se consideraba existente previamente a su proclamación por parte de un codificador. Por esta razón, el derecho no era el producto de la voluntad o de las ideas de un codificador. La ley mosaica, aunque no fue revelada a Moisés hasta que ascendió al Sinaí, era considerada como de origen divino y, por lo tanto, existente desde el principio de los tiempos. Siglos más tarde, los rabinos del Talmud forjaron una concepción según la cual los patriarcas, Abraham, Isaac y Jacob, conocían la ley mosaica mucho antes del nacimiento de Moisés. La gran diferencia entre Esaú y Jacob consistía en que, mientras Esaú cazaba animales como un bárbaro, Jacob permanecía en su hogar estudiando la ley mosaica como los buenos y estudiosos judíos de épocas posteriores. Lo que es quizá más importante, donde el derecho natural es considerado como la base de cualquier ley municipal, esta concepción del derecho natural es obviamente anterior a la proclamación de la ley municipal por obra de un codificador.

Más adelante, durante largos períodos el estado no fue considerado como la fuente del derecho sino simplemente como su guardián y administrador. En la Europa medieval, los emperadores, reyes y príncipes reinantes eran considerados como depositarios y defensores del derecho, no como sus creadores. Más importante aun, estaban subordinados a ese derecho existente. Esto no cambió hasta el nacimiento de la doctrina del derecho divino de los reyes. Cuando Sir Edward Coke desafió las pretensiones del rey James I y de su hijo en tal sentido, basó su oposición en las costumbres centenarias del pueblo inglés, reconocidas como tales por las sentencias dictadas por los tribunales a lo largo de generaciones. Como ejemplo adicional, la Constitución norteamericana, una ley fundamental, fue la creadora del Estado federal y no su criatura, y fue concebida como la encarnación de principios arraigados parcialmente en las costumbres del pueblo inglés (*common law*) y parcialmente en los preceptos del derecho natural preexistente.

El concepto de Adam Ferguson "producto de la acción humana. y no de un designio humano" se encuentra muy presente en la exposición de Hayek respecto del desarrollo de una amplia gama de instituciones sociales, no meramente el derecho, aunque es quizás en el derecho donde más se aproxima a una verdad vital. Es en el derecho donde el poder asumido por un designio humano resulta tal vez más seductor y al mismo tiempo más peligroso. Ni aun el más ferviente entusiasta del volapuk, del esperanto, del ido o de cualquier otra lengua especialmente inventada propone relegar al inglés, al francés, al alemán o a cualquier otra lengua viva a un cementerio de lenguas muertas, a pesar de sus irregularidades o estructuras aparentemente ilógicas. Para la gran mayoría de la gente, estas lenguas vivientes, producto de la acción humana y no de designio humano alguno, son vastamente superiores a las lenguas elaboradas en forma artificial. Sin embargo, una lengua viva nos resulta algo tan familiar desde nuestra infancia, como parte del entorno natural, que no la vemos como un evidente ejemplo del principio de Adam Ferguson pese a que sin duda lo es. Para nuestros antecesores de no hace muchos siglos, el derecho fue de una naturaleza mucho más cercana a la del ejemplo de la lengua de lo que hoy aparece a nuestra vista.

Equivocaciones modernas

Se puede concluir, por lo tanto, que las teorías positivas del derecho, según las cuales éste es un mandato del estado, y sólo del estado, son erróneas. Los positivistas sostienen que el derecho significa legislación, que la legislación implica soberanía y que, por lo tanto, el derecho procede solamente del poder soberano. Estas teorías son ahistóricas, como lo demuestra el

origen consuetudinario del derecho, y son erróneas, como lo ponen de manifiesto los sistemas que han sido observados y respetados como ley pese a que no fueron creados, o puestos en vigor al principio, por un estado. Un notable ejemplo de esto es el justamente famoso derecho mercantil. Éste fue un efectivo sistema de derecho mucho antes de que fuera adoptado y establecido por un estado. Cuando Lord Mansfield incorporó el derecho mercantil a la ley inglesa hace 200 años, él reconoció su autenticidad de muchos siglos como un sistema de derecho. Del mismo modo, el derecho internacional actual es un verdadero sistema de derecho aun cuando hay quienes consideran que no lo es porque ningún estado internacional lo puede hacer cumplir mediante la fuerza.

Puede decirse que, cualesquiera que sean los orígenes del derecho, en la era de los estados modernos una ley sólo es ley si un estado declara que lo es, o la reconoce como tal. Así, una corte inglesa puede establecer una decisión basada en la *common law* (derecho consuetudinario), pero su juicio es ley sólo porque un estado avala su decisión. Aunque esto no es exacto, no está lejos de la verdad. Sin embargo, eso por sí solo no transforma al estado en la fuente o en el creador del derecho. Significa solamente que en tal caso, el estado es el registrador o el autenticados o también el ejecutor, de la ley. En el caso del derecho internacional, partes de él pueden no sólo ser refrendadas por un estado sino también ejecutadas por dicho estado contra sus propios ciudadanos (en cuyo caso llegan a ser, en efecto, parte de sus leyes municipales), aunque otras partes pueden no ser autorizadas por estado alguno. Aun en este último caso, dichas partes pueden tener la cualidad de un verdadero derecho si los individuos o los estados están dispuestos a comportarse de acuerdo con tales normas.

Implicancias dañinas

Las teorías positivas del derecho tienden a aliarse entre sí y a conferir autoridad a gobiernos de tipo autoritario y aun totalitarios. Tales teorías han sido poderosos agentes para el crecimiento del estatismo en economías liberales. A partir del principio de que una ley sólo lo es si un estado soberano la declara como tal, es fácil deslizarse —como lo han hecho muchos— hacia la posición según la cual cualquier cosa que un estado declara que es ley, lo *es* efectivamente. Así, el menor deseo de un tirano, aun si es desconocido o imposible de conocer para la población antes de ser declarado ley, resulta ser igualmente ley, en un pie de igualdad con la legislación constitucionalmente restringida y ampliamente debatida de una comunidad política libre.¹

Las teorías positivas del derecho son generalmente erróneas en otro aspecto fundamental. Las verdaderas reglas de justicia son predominantemente negativas: prohíben una conducta incorrecta en lugar de ordenar lo que puede ser considerado como la conducta correcta. Pasarían la prueba kantiana de la universalización y se aplican no sólo a instancias concretas conocidas sino a un número desconocido de posibles instancias futuras. No incursionan en la legítima libertad de cada uno; sólo limitan la libertad de una persona que ha limitado la idéntica libertad de otra persona. Así, el "no robarás" tiene esta característica.

¹ Así, por ejemplo: "El estado hitleriano, al igual que el de Gran Bretaña o el de Francia, es un *Rechtsstaat* (estado de derecho) en el sentido de que el poder dictatorial ha sido transferido al Führer por orden legal", dice Harold Laski en *The State in Theory and Practice* (El estado en la teoría y en la práctica), pp. 177-178. Laski, obviamente, no estaba muy familiarizado con el significado de un *Rechtsstaat*. La mera transferencia de poder a un tirano por algún tipo de disposición legal no produce un *Rechtsstaat*. Las autoridades alemanas usaban el término *Rechtsstaat* para referirse a un estado cuyas leyes correspondían a las de un estado de derecho (véase más adelante).

² Un médico puede tener el compromiso legal de tratar de salvar vidas. Un guardavidas, en un balneario o en una playa, puede tener el compromiso legal de salvar a un bañista que se ahoga. Pero un ciudadano común, al ver que un bañista se ahoga, no está obligado legalmente a salvarlo.

El "no matarás" prohíbe negativamente el asesinato; no establece positivamente por sí mismo una regla general para preservar la vida. En las teorías positivas hay, en cambio, una fuerte tendencia a apoyarse sobre requerimientos positivos que no pueden ser puestos en vigor sin intrusiones en la legítima libertad de cada uno. Por esta razón tienden a facilitar el ejercicio de un poder autoritario. Como ejemplo de una exigencia positiva, el "debes honrar a tu padre y a tu madre" es sin duda un excelente precepto pero no podría ser llevado a la categoría de ley sin una definición arbitraria y un poder autoritario.

Otras confusiones

La comprensión de las verdaderas reglas de justicia ha llegado a confundirse y tergiversarse a causa de la noción de "justicia social", que es a la vez vacía y perniciosa.

La justicia humana sólo puede tener sentido en el contexto de una acción humana voluntaria. Si la lluvia cae sobre una persona y no sobre otra, si un terremoto mata a una persona y no a otra, o si una persona nace inteligente o bella mientras que otra nace estúpida o fea, no se plantea ninguna cuestión de justicia humana por la simple razón de que la fortuna o la falta de ella no ha sido producida por una acción humana deliberada. ¿Quién puede ser justo o injusto? Normalmente, los individuos. Pero un recién nacido, un demente o un sonámbulo no pueden ser considerados justos o injustos porque son incapaces de una acción deliberada. Grupos de individuos pueden ser justos o injustos si actúan intencionalmente como grupos. Por esta razón, estados, iglesias, compañías, clubes, bandas y aun multitudes pueden ser justos o injustos. Pero una sociedad no es un grupo con un propósito determinado. No tiene presidente, gabinete, cuerpo de directores, legislatura, asamblea de accionistas o tribunales. Es un conjunto heterogéneo de personas, no un grupo constituido para una acción determinada. Su clasificación en tanto que personas cae a la vez dentro y fuera de los grupos que forman uniones políticas o uniones con cualquier otro propósito deliberado. Es sólo porque usamos un lenguaje antropomórfico por lo que inconscientemente atribuimos una acción intencional a la "sociedad británica" (o, para tomar otro ejemplo instructivo, al mercado de acciones, o de barcos, o de zapatos, o de lacre, que son otros tantos conjuntos heterogéneos de personas). El error se pone de manifiesto cuando contemplamos las relaciones sociales a través de las líneas divisorias de los estados (v.g., Adam Smith, "La gran sociedad de la humanidad"). Por esta razón, una sociedad no puede ser justa o injusta, y el término "justicia social" está vacío de contenido.³

Sin embargo, ese concepto es tan perjudicial como vacío.

³ Es raro que Hayek escriba con pasión, pero lo hizo al lanzar un *cri de coeur* sobre lo vacío del concepto de justicia social. "Lo que yo espero dejar en claro es que la frase 'justicia social' no es, como probablemente siente la mayoría, una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos afortunados, sino que llegó a ser una insinuación deshonesto para que uno esté de acuerdo con demandas de algún interés especial del cual no se puede dar una razón real. Si la discusión política ha de ser honesta, es necesario que la gente reconozca que el término no es respetable desde el punto de vista intelectual, que es la marca de la demagogia o de un periodismo barato y que su utilización debería avergonzar a pensadores responsables, ya que una vez que se ha reconocido su vacuidad, su uso es deshonesto. Yo podría —como resultado de un largo esfuerzo para descubrir los efectos destructivos que ha tenido la invocación de la 'justicia social' en nuestra sensibilidad moral, así como por encontrar una y otra vez a pensadores eminentes que usan esta frase sin pensar— sentirme indebidamente alérgico al término, pero tengo la profunda convicción de que el mayor servicio que aún puedo prestar a mis colegas es tratar de que los conferencistas y escritores que hay entre ellos se sientan totalmente avergonzados de emplear el término 'justicia social'." *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, p. 97.

⁴ La igualdad de ingresos o de riquezas, o la búsqueda de ellos, debe requerir que la ley trate en forma diferente a las personas. Debe discriminar en favor de los pobres (para su presunto beneficio, que con frecuencia no es real) contra los ricos. La igualdad ante la ley requiere que ésta no haga distinción entre personas, que es justamente lo que debe suceder si el objetivo es la igualdad de ingresos o de riquezas.

En la práctica, se transforma en un slogan al servicio de intereses sectoriales que buscan su provecho a expensas del interés general. Hoy en día, cualquier interés sectorial que sufre un revés, sea real o imaginario, o una mera detracción de su "status" o privilegio habitual, clama por "justicia social" y, lamentablemente, obtiene apoyo aun de sus propias víctimas. O bien el reclamo de "justicia social" puede ser elevado, en términos generales, cuando se procura alcanzar la igualdad en riqueza o ingresos. Esta búsqueda jamás tiene éxito, si bien lo tienen a veces los líderes de estas demandas de "justicia social", que se transforman en una nueva clase privilegiada cuyos privilegios son aun más odiosos que cualquier otro que pudieran haber abolido. Pero la verdadera importancia de la búsqueda es que inevitablemente destruye la igualdad ante la ley, la única forma de igualdad que es consistente con el derecho y la libertad bajo la ley.⁴

Los orígenes y el largo desarrollo del derecho dejan en claro que éste es anterior a la legislación. El propósito original de la legislación fue el restablecer o clarificar el derecho existente. Sin embargo, aun donde el embrión del derecho moderno fue no sólo consuetudinario sino aceptado como tal (v.g. la *common law* en Inglaterra), la legislación (estatutos o leyes fabricadas, a diferencia de las leyes autodesarrolladas) puede ser traída a escena para resolver algunos aspectos contenciosos en la ley, o para preservar a ésta de cualquier evolución indeseable. Aun así, la legislación fue básicamente concebida en el espíritu y en el respeto del derecho original. Pero la inmensa multiplicación de estatutos en nuestros tiempos es un reflejo de la acción del estado y del poder en la sociedad moderna (supuestamente liberal). Es una conspicua enfermedad de nuestra época. Así, por ejemplo, las leyes impositivas han llegado a ser tan intrincadas, voluminosas y cambiantes que aun los expertos en leyes de impuestos sobre los ingresos tienen dificultad en interpretarlas. Ésta es una situación en la cual el verdadero derecho puede desaparecer, dejando el lugar a políticas arbitrarias o a una acción burocrática.

El descubrimiento del derecho

El sistema jurídico que mejor concuerda con una forma de gobierno sana y libre está básicamente constituido por leyes desarrolladas espontáneamente (v.g. la *common law* inglesa), aunque con la inclusión de algunas normas establecidas (estatutos). Es interesante notar en este contexto que después de largos años, de estudio y análisis, Hayek llegó a la conclusión de que, como sistema, la *common law* (el derecho consuetudinario) de Inglaterra es superior a los códigos de la Europa continental. Como europeo continental, por nacimiento y formación, Hayek absorbió la opinión de que un código debe ser seguramente más ordenado y más lógico que un sistema consuetudinario elaborado a lo largo de siglos, del mismo modo que una casa diseñada por un arquitecto debe ser más artística, o al menos más coherente, que una.

⁵ Estas objeciones alcanzaron gran notoriedad en los Estados Unidos en los trabajos de los denominados "realistas legales", especialmente en los escritos del juez Jerome Frank. Véase sobre todo, *Law and the modern mind*, de Frank (New York, Brentanno's, 1930). Pienso que no es irrespetuoso decir que los trabajos de Frank parecen los de un estudiante de los primeros años de las carreras de sociología y psicología, aunque mejor escritos que los de cualquier universitario que cursara actualmente en ese nivel inicial.

Una explícita presentación de la óptica con la cual los jueces hacen la ley está dada en *How Courts Govern America* (Cómo gobiernan las cortes en los Estados Unidos), Yale University Press, 1981, por Richard Neely, un juez asociado de la Suprema Corte del estado de Virginia Occidental. El juez Neely declara que los magistrados, en general, son más inteligentes e incorruptibles que los políticos, en lo cual probablemente tiene razón. A partir de aquí, deduce que los jueces deben considerar abierta, clara y deliberadamente, que su tarea es hacer la ley, es decir, actuar como legisladores. Neely falla al observar las consecuencias. Aun cuando los jueces hacen la ley deliberadamente, evitan ser considerados legisladores por profesión o por hábito establecido. Una vez que los ciudadanos supieran sin duda alguna que los jueces son normalmente legisladores, no sólo elegirían a políticos para el tribunal superior, lo que es bastante común, sino que pretenderían que siguieran siendo políticos. Los cabilderos tratarían de aproximarse (y aun de sobornar) a los integrantes de los tribunales superiores, 'no a la legislatura, la cual podría considerarse extinta (quizá como el senado canadiense) aunque continuara percibiendo emolumentos.

que es el resultado de sucesivas construcciones, ampliaciones y reformas realizadas durante generaciones, últimamente, Hayek se dio cuenta de que la *common law* no sólo tiene el mérito inherente a un derecho desarrollado en forma espontánea sino que además este sistema produce mejores jueces que lo que permiten los códigos continentales. ¿Por qué? Porque en Inglaterra los jueces deben prepararse para la sutil tarea de deducir el espíritu y la lógica de la ley a partir de una sucesión de juicios precedentes. Al hacerlo, adquieren un entrenamiento y una especie de sexto sentido para captar el significado de la ley que provocan la admiración de los abogados más sofisticados.

Se puede concluir, entonces, que los jueces deben "descubrir" el derecho, no "hacerlo". Esto se aplica propiamente tanto en el caso del derecho consuetudinario como en el caso del derecho establecido por estatutos. El argumento de que, aun en el correcto desempeño de su tarea, los jueces pueden hacer la ley es erróneo. El argumento según el cual los jueces "deben" hacer la ley es, además de erróneo, pernicioso.⁵

Estas argumentaciones, cuando no son simplemente falsas, se desarrollan en gran medida sobre la base de confusiones semánticas. Pero vale la pena destacar que ellas se oponen *ab initio* a la obligación del juez. Éste jura defender la ley, ley que existe tanto para él como para los demás, y que está en vigencia o va a ser establecida por los legisladores, entre los cuales no se cuenta el juez. En otras palabras, esto sólo puede significar que la tarea del juez es descubrir la ley. Más aun, su tarea no es simplemente procurar la justicia; esto es lo que a menudo parece justificar el hecho de hacer la ley antes que descubrir la ley. Pero ningún juez es más peligroso o falta más a su deber que aquel que sólo procura justicia.⁶ Su tarea es la de buscar la justicia de acuerdo con el derecho y sólo de acuerdo con él. En un sistema jurídico así desarrollado no hay lugar para un cadí (juez civil musulmán) sentado a la sombra de una palmera y dispensando justicia con arreglo a simples nociones de lo correcto y de lo incorrecto; o para un magistrado que determina la igualdad de acuerdo con la longitud de su pie. El método del rey Salomón para determinar quién era la verdadera madre de un niño fue sin duda sagaz, pero no sirve como precedente de procedimiento para ningún sistema jurídico que pueda merecer nuestro respeto.

Por supuesto, decir que la tarea de un juez es descubrir la ley no significa presuponer que su búsqueda siempre tendrá éxito. En muchos casos, el descubrimiento de la ley está limitado por dificultades, y aun el juez más experimentado y eminente puede producir un dictamen que genere disenso o críticas por parte de otros jueces o de otros juristas competentes. Por esta razón, en la naturaleza de las cosas, un juez cumple con su tarea si trata honestamente de descubrir la ley, siempre que aplique a ello sus conocimientos y su inteligencia, tal como puede razonablemente esperarse de quién ejerce la magistratura.

Otras reflexiones

El principio de que la tarea de un juez es descubrir, no hacer, la ley, ha sido a menudo atacado como poco realista o basado en un mito, o bien ha sido objeto de una defensa muy pobre por parte de sus partidarios nominales; por eso, podría resultar útil hacer aquí un tratamiento más exhaustivo del tema. Aun un jurista tan eminente como H. L. A. Hart se ha referido a él como a un "noble sueño", despojado, según su punto de vista, de una considerable medida de realismo. Sin embargo, Hart llama al concepto opuesto (o sea que el juez deliberadamente haga la ley) una pesadilla.⁷ Si bien "noble sueño" es un débil elogio, "pesadilla" es una fuerte condena, y en consecuencia, ateniéndonos a esta terminología, el veredicto se inclina, al menos por puntos, en favor de "descubrir la ley", en lugar de "hacerla". El ataque, al principio del "descubrimiento de la ley" está fundado sobre dos afirmaciones básicas. Primero, el descubrimiento requiere un grado de objetividad jurídica, imparcialidad y toma de distancia, que pueden ser una ficción, puesto que los jueces son el producto de su propia experiencia, de

sus prejuicios sociales y de sus tendencias psicológicas individuales. Segundo, la ley no tiene nada que ver con las leyes naturales, que el científico procura descubrir apropiadamente. Los panegíricos de la *common lato* inglesa, tales como el famoso himno de Blackstone, que la pinta como algo permanente que está por encima de nuestras voluntades, simplemente carecen de sentido.⁸

Ambas afirmaciones se asientan sobre malentendidos. Es simplemente una mentira que los jueces no puedan lograr el necesario grado de objetividad o imparcialidad, cualesquiera que sean las influencias de sus experiencias, de la clase social a que pertenecen y de sus mentalidades individuales. En primer lugar, los efectos de tales influencias están sumamente exagerados. En segundo lugar, los jueces experimentados son plenamente conscientes de estos posibles efectos y toman sus precauciones para evitarlos. La suposición de que su comportamiento está condicionado por sus orígenes o por su clase social es a menudo tan elemental como infundada. ¡Los jueces son a veces acusados (¡horror de horrores!) de estar predispuestos a proteger a la gente contra la violencia y a la propiedad contra el robo por parte de personas a las que se considera honorables por definición, tales como sindicalistas o proponentes de utopías socialistas!

La objetividad de la ley no requiere que ésta se base sobre una lógica inmutable o independiente de nuestras voluntades, como si fuera una ley del mundo físico, sino sólo que se asiente sobre cierto orden racional discernible, aun cuando no esté exento de defectos o acaso sea algo ilógico. Por cierto, algunos comentaristas del pasado, como Blackstone, proclamaron la lógica y la objetividad de la *common law* hasta alturas injustificadas pero sería extremadamente difícil encontrar un juez moderno cuyas decisiones estén conformadas por tales apologías.

Las confusiones semánticas provienen de un malentendido acerca de la naturaleza de la ley que se ha ido desarrollando por la costumbre y a lo largo del tiempo. Cuando una corte decide que una vieja regla fue concebida equívocamente *ab initio* y, en consecuencia, propone una nueva; cuando una corte decide que las circunstancias objetivas han cambiado tanto que una vieja regla, aunque correcta en su tiempo, no alcanza ya su verdadero propósito y por lo tanto la modifica; o cuando una corte decide que una vieja regla, aunque correcta en su tiempo, estaba fundada en actitudes propias de relaciones personales (v.g. quizás en el caso de marido y mujer o de señor y siervo, etc.) que son incompatibles con actitudes aceptadas como válidas en la actualidad, y por consiguiente la modifica; entonces, desde un punto de vista superficial, en cada uno de esos casos lo que se hizo fue una nueva ley.

⁶ Un escandaloso ejemplo de esta clase de jueces está constituido por Warren, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Warren sabía poco de derecho, y por lo general, al escuchar alegatos como los que suelen realizar los buenos abogados, respondía, quisquilloso: "No importan esos puntos legales. La cuestión es: ¿esto es correcto, esto es justo?" Sus años como presidente de la Corte Suprema de Justicia constituyen uno de los períodos más lamentables en la historia de ese cuerpo.

Al propio Lord Denning se lo ha considerado a menudo (y se lo ha castigado), como un buscador de justicia no necesariamente de acuerdo con la ley. No obstante, su caso es muy diferente del de Warren. Fue un magnífico profesor de derecho. Sus innovaciones podrían pasar perfectamente como el tipo de desarrollo de la ley que está arraigado en su espíritu y en su propósito y que, en consecuencia, es parte del proceso de encontrar el sentido de la ley, y no de hacerla. Sin embargo, hubo unos pocos casos en los cuales sus -innovaciones fueron erróneas, y en estos casos la corte de apelaciones ordinaria de los lores simplemente cumplió con su función al rechazarlas.

⁷ Véase "Jurisprudencia norteamericana desde el punto de vista inglés: la pesadilla y el noble sueño" (*Georgia Lmo Review*, septiembre de 1977).

⁸ Para esto, y para mucho más sobre el mismo tema, véase el trabajo citado de Jerome Frank.

Sin embargo, el verdadero significado de las decisiones de la corte es que ella ha descubierto —no hecho— la ley, si bien la ley, mientras que sigue siendo la misma en espíritu y en propósito, se ha desarrollado con el paso del tiempo (o, en el primer caso, la vieja regla, erróneamente concebida *ab initio*, nunca fue la auténtica ley, por lo cual la nueva regla restablece la ley en su verdadero carácter). Por supuesto, puede haber casos en los cuales puede parecer que una corte adopta decisiones en el sentido que hemos ejemplificado cuando, en realidad, está sustituyendo los auténticos objetivos de la ley por su propia óptica de lo que es correcto y justo. Si actúa de esa manera en forma consciente, su comportamiento resulta contumaz. En la práctica la dificultad en algunos casos consiste en que no sólo un observador imparcial puede ser incapaz de determinar si el comportamiento de la corte tiene ó no este carácter, sino que también los propios jueces pueden no tener perfectamente en claro la naturaleza de sus motivaciones.

Todo esto ha sido a veces puesto en tela de juicio por juristas de indudable eminencia. Por ejemplo, el Sr. Holmes: "La predicción de lo que las cortes harán, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por el derecho". Y Learned Hand: "Las palabras que un juez puede utilizar para explicar su decisión son envases vacíos en los cuales puede poner prácticamente todo lo que quiera".

Holmes y Hand fueron dos de los jueces más distinguidos de los Estados Unidos, pero viniendo de hombres tan eminentes tales palabras merecen con seguridad ser consideradas como perversas. Por supuesto que lo que las cortes deciden, de hecho define la ley que los ciudadanos deben obedecer, pero la verdadera cuestión es por qué ellos hacen lo que hacen. Lo hacen porque tienen una concepción de lo que es la ley, y Holmes, como un juez en el más alto nivel, sabía muy bien qué había determinado la ley. Si no fuera así, si la corte estuviera constituida por legos, acaso elegidos al azar en la calle, quizá sería válido el criterio de Holmes. De manera similar, Hand sabía muy bien que si un juez realmente llenaba el envase vacío a su antojo, sin la pretensión de un razonamiento legal, provocaría una severa censura por parte de juristas competentes, y seguramente de él mismo. Hand también sabía que si el juez presentaba un razonamiento legal que fuera abiertamente un pretexto, atraería sobre sí la misma censura.

El estado de derecho

Llegamos ahora a la parte esencial de la exposición de Hayek sobre el derecho. En una sociedad que está verdaderamente sometida al derecho, no al mero deseo de un déspota, la ley misma debe estar sujeta al estado de derecho. 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 Hayek lo presenta, 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 que en algunos contextos pueden estar dificultados por dudas 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 por los cuales puede ser juzgada la compatibilidad de las leyes con los requerimientos de un pueblo que vive en libertad bajo el derecho.

Generalidad y predecibilidad

La generalidad, o abstracción, otorga a la ley la cualidad de principio, el cual no está relacionado con circunstancias de tiempo, lugar o persona. Así, tal como ya lo hemos expuesto, el "no robarás" enuncia un principio fundamental, pero no especifica ninguna propiedad particular o persona protegida ni qué personas están sujetas a tal prohibición. Por esta razón, la

ley que se ajusta al principio de generalidad protegerá también a grupos o personas impopulares (v.g. minorías) contra una discriminación desfavorable, o denegará a grupos o personas favorecidas una discriminación que los beneficie. Aparte de otras influencias que se oponen a la generalidad, a medida que las leyes se multiplican los legisladores consideran más necesario encontrar especificaciones particulares, las cuales, con intención o sin ella, tienden a producir discriminaciones intergrupales o interpersonales. La predecibilidad hace que la ley sea la protección del ciudadano contra las veleidades, los deseos fluctuantes o los intereses de los gobernantes. Una ley predecible es aquella que en cualquier momento está establecida y es conocida, o puede serlo, por aquellos a quienes se aplica. Sólo así puede el ciudadano llevar a cabo sus actividades en el conocimiento de su real situación frente a la ley.

Cuanto más complejo y voluminoso es un sistema jurídico, menos predecible y más confuso resulta, y más amenaza al ciudadano con trampas o riesgos. Esto se combate, en primer lugar, con el desarrollo de abogados profesionales que puedan explicar la ley y ser consultados por los ciudadanos. Sin embargo, al multiplicarse la cantidad y la complejidad de las leyes, aun los mismos profesionales pueden sentirse confundidos, con lo cual el atributo de predecibilidad requerido por el estado de derecho puede quedar gravemente disminuido.

Imparcialidad de la ley

De los tres atributos requeridos por el estado de derecho, la imparcialidad es evidentemente, tanto para el lego como para el profesional, el más importante. La justicia debe ser ciega. La justicia debe mantener en equilibrio los platillos de la balanza. La justicia no debe hacer distinción de personas. *Audi alteram partem* —hay que escuchar a la otra parte—. Estas máximas revelan la necesidad vital de imparcialidad tanto para las mentes entrenadas como para las que no lo están.

Sin embargo, el concepto de imparcialidad no es simple. Requiere el tratamiento igual para las personas por parte de la ley sólo allí donde, en un sentido pertinente para la ley y para la justicia, las personas de que se trata tienen una situación legal similar. Esto sucede en la gran mayoría de los casos. En otros, la propia justicia puede requerir un tratamiento desigual. Por ejemplo, la situación contractual de los menores puede necesitar una protección especial; en la legislación laboral, la protección especial de las mujeres o de las personas jóvenes puede quizás estar justificada; y, mientras que en su mayor parte las leyes se aplican a ciudadanos o a residentes extranjeros por igual, ciertos derechos pueden estar sólo reservados para los ciudadanos. Asimismo, se debe hacer hincapié en que los requerimientos de leyes de "acción afirmativa", de "igualdad de oportunidades", de una legislación contra la discriminación racial privada, y otros de tipo similar, son espurios y odiosos según las normas del principio de imparcialidad.

Hay un punto sobre el estado de derecho que concierne a la vez a la generalidad y a la imparcialidad. En su clásica definición del gobierno, el profesor Dicey, el constitucionalista más destacado de su tiempo, dio gran importancia al hecho de que en Inglaterra no existiera el *droit administratif* (derecho administrativo) del tipo europeo continental o de cualquier otro tipo. En Inglaterra, decía con manifiesta aprobación, los servidores de la Corona, humildes o encumbrados, estaban sujetos a la jurisdicción de las cortes ordinarias, como cualquier otra persona (excepto el soberano). La posición de Dicey no sólo era correcta desde el punto de vista del derecho sino también razonable en la Inglaterra victoriana, y acaso en la eduardiana. Aun cuando lo presintió en parte en sus últimos años, Dicey no pudo prever el grado de crecimiento que alcanzaría el aparato administrativo en Inglaterra desde 1920 en adelante. Su erróneo punto de vista de que el propósito fundamental de un *droit administratif* era el de otorgar privilegios especiales a los agentes gubernamentales, combinado con su comprensible imprevisión de la tontería que habría de cometer el pueblo británico una o dos generaciones después, lo llevaron a oponerse, con su gran autoridad, a un desarrollo del derecho que podría haber sido muy beneficioso. Como dice Hayek:

"En su intento de justificar su concepto del estado de derecho, Dicey en realidad bloqueó el desarrollo de lo que podría haber sido la mejor oportunidad para preservarlo. Él no podía

detener el crecimiento, en el mundo anglosajón, de un aparato administrativo similar al que ya existía en la Europa continental. En cambio, Dicey contribuyó en gran medida a impedir o a retardar el desarrollo de instituciones que habrían podido mantener la maquinaria burocrática bajo un control efectivo".⁹

Un *droit administratif* apropiadamente concebido y aplicado es consistente con el estado de derecho.

Críticas a Hayek

La exposición de Hayek sobre los requisitos del estado de derecho, por idónea y detallada, que haya sido, no ha dejado de provocar críticas. En primer lugar, se acusa a su concepción del gobierno de ser una nueva cuestión de procedimiento. Sus críticos opinan que no contiene una declaración de los derechos del hombre tal como las que hoy en día son habituales en documentos internacionales, en constituciones de estados (algunas de muy corta vida) y en el debate público en general. Esto es un malentendido evidente. Primero, porque las trabas de procedimiento para el ejercicio del poder son un elemento esencial en la protección de los derechos humanos. Segundo, porque cada regla en el derecho y la política tiene su propio campo de acción, y el campo de acción del estado de derecho no se extiende hasta abarcar la definición de esos derechos que en la actualidad se denominan derechos humanos. Pero éstos, una vez definidos y enumerados apropiadamente, estarán protegidos por las previsiones de procedimiento del estado de derecho.

En segundo lugar, sostienen los críticos, una vez que se acepta que el estado de derecho es un ideal puede abrirse una brecha en su eficacia. Cuando se afirma que un principio es "sólo" un ideal, sus críticos y oponentes se sienten más cómodos, puesto que es bastante común que los utopistas, con la mirada en lo alto y los pies en el barro, enuncien ideales cuya realización es totalmente imposible y luego atribuyan tal imposibilidad al rechazo de la gente a vivir de acuerdo con dichos ideales. Si el estado de derecho fuera uno de estos ideales sucumbiría simplemente ante la crítica con respecto a su falta de realismo. Sin embargo, no es así. Los conceptos de generalidad, predecibilidad e imparcialidad son reales, practicables y suficientemente comprensivos, como lo pone de manifiesto el hecho de que, al menos en el pasado, países como Inglaterra y los Estados Unidos aplicaron exitosamente estas reglas en una medida razonable. Decir que el estado de derecho es un ideal significa que, en la complejidad de las actividades humanas y con las limitaciones naturales para hacer la ley y aplicarla con capacidad coercitiva, no es posible alcanzar la perfección en la aplicación de los requisitos del estado de derecho.

El principio de Hayek sobre la generalidad ha sido criticado sobre la base de que este principio no actúa necesariamente como él desea que lo haga. El propio Hayek admite que dicho principio puede no excluir cierto tipo de leyes suntuarias o teocráticas, pero él espera que éstas puedan no ser opresivas si los gobernantes están sujetos a las mismas previsiones que el conjunto de la población. Esto, por supuesto, no genera demasiada confianza. Un permisivo Saudita musulmán puede aducir con justicia que se siente oprimido por las prohibiciones incluso si el propio rey las obedece puntualmente. Más aun, los legisladores que tienen a su cargo la redacción de estos principios pueden ser sospechosos de poseer la habilidad suficiente como para producir leyes abstractas y generales en la forma, pero en realidad concebidas para perjudicar a algún sector en particular. En mi opinión, estas críticas tienen cierto fundamento, pero éste es poco sólido.

⁹ *The Constitution of Liberty*, p. 204. La definición de Dicey fue publicada en 1885, cuando sólo muy pocos, como Herbert Spencer, percibían que estábamos dando los primeros pasos hacia la ruta prusiana del orden administrativo de un estado omnicompetente.

En realidad, han sido formuladas en apoyo a la crítica según la cual el estado de derecho de Hayek no incluye previsiones explícitas con respecto a los derechos humanos, a lo cual ya me he referido anteriormente; también apuntan a mostrar que el principio de generalidad no puede ser aplicado a la perfección.

El principio de predecibilidad ha sido criticado sobre la base de que un tirano, o aun alguien que poseyera esclavos, podría proclamar leyes completamente claras y predecibles. En efecto, podrían hacerlo. Pero la situación del pueblo o de los esclavos está, en ese caso, malentendida. Por definición, el tirano o el propietario de esclavos tienen una reserva de poder que es totalmente impredecible y que puede anular en cualquier momento las leyes proclamadas. Por lo tanto, dicha crítica falla claramente.

Otras críticas

Hay otras dos críticas que parecen ser, superficialmente, algo más sustanciales. Primero, se dice que el principio de predecibilidad no puede estar presente en una vasta área de política que se ve afectada por la moderna expansión de las responsabilidades sociales y económicas del gobierno.

En esta situación, el gobierno tiene que tomar muchas decisiones de carácter discrecional que no son predecibles.¹⁰ Es bastante cierto. Pero este argumento no está dirigido contra la predecibilidad sino contra la elefantiasis del gobierno que se opone a la predecibilidad.

En 1960, cuando se publicó *La constitución de la libertad*, de Hayek, este argumento acerca de la necesidad de tomar medidas discrecionales en un gobierno moderno adquirió otra forma, que varios economistas competentes sabían que era una formulación falsa, hasta casi fraudulenta, pero que no obstante pareció persuadir a muchos que deberían haberla conocido mejor. Afortunadamente, la experiencia del último cuarto de siglo puso de manifiesto su falsedad para todos, excepto para aquellos que no querían ver. La predecibilidad de la ley, se dijo, aun si era posible asegurarla, tenía poca importancia para el ciudadano en las cosas que más lo preocupaban, si a éste se lo dejaba a merced de los vaivenes del mercado libre. El estado "planificador", se sostenía, le daría al ciudadano la suficiente predecibilidad (definida como "seguridad") en su vida diaria, lo cual era mucho más válido que la predecibilidad legal de Hayek (o de Dicey). Cualquiera persona que sepa ver con claridad debe saber actualmente que el producto más notable del "estado planificador" es la *inseguridad*. Los servicios, los subsidios y las diversas formas de protección que dicho estado ofrece al ciudadano tienen que ser permanentemente modificados, como lo son los impuestos para mantener tales servicios o subsidios, ya que el estado planificador se ve constantemente sorprendido por las consecuencias imprevistas, o ineptamente previstas, de su propia planificación. Más aun, la "seguridad" se ve seriamente erosionada cuando el estado se debate en la perspectiva de la bancarrota que es producida por dicha planificación.

En segundo lugar, se ha argumentado que la posibilidad de predecibilidad está exagerada a causa de una inevitable discrecionalidad jurídica. En sus límites, los magistrados tienen libertad para dictar sentencia a los convictos, y en ciertos casos los jueces o los jurados tienen libertad para estimar daños civiles. El caso de estimaciones por daños y perjuicios debe ser dejado de lado inmediatamente. Existe una verdadera discrecionalidad sólo en caso de daños fuera de lo común, lo cual es raro (y aun allí la discrecionalidad es limitada).

¹⁰ Éste fue el golpe más fuerte del ataque hecho por oponentes y críticos al famoso libro del ex Lord Presidente de la Corte Suprema de Justicia Hewart, *El nuevo despotismo*. Fue una opinión sustentada con vehemencia por el profesor Harold Laski y por Miss Ellen Wilkinson, dos miembros vocales del comité de Donoughmore, cuyo veredicto —como dice burlonamente Laski— "mandó a la horca al Lord Presidente de la Suprema Corte".

Del mismo modo que para las sentencias, la ley establece máximos y mínimos en ciertos casos, y las decisiones de las cortes de apelación proporcionan un marco de referencia para los jueces en tribunales de primera instancia. De todos modos, es verdad que existe una considerable discrecionalidad jurídica en el momento de la sentencia, lo que significa que habría una considerable impredecibilidad. Sin embargo, esto no está en conflicto con el principio de la predecibilidad legal. Hasta el momento del fallo condenatorio en el tribunal, la ley es predecible tanto para el reo como para cualquier otra persona. Después de dicho fallo, la sentencia depende de sus culpas, y éstas son individuales. Varían de un reo a otro en una vasta gama, aun para un mismo delito. Por esta razón, la regla de la predecibilidad no puede, y no debe, aplicarse en tal instancia.

La contribución de Hayek a la teoría del derecho es de muy alto nivel. Lo que se destaca especialmente en ella es que es el resultado de sus contribuciones a las otras ciencias sociales. En el pasado, aun los más grandes teóricos del derecho carecían de la ventaja de Hayek de poder basarse en las modernas teorías de la economía, la psicología y la filosofía política. Quizás haya aquí una guía para nuestros futuros profesores y estudiantes de derecho.

Posdata

Durante siglos, en el pasado, y hasta hace muy poco tiempo, la profesión del derecho fue observada en Inglaterra como una sólida fuerza conservadora en el mejor sentido de la palabra (aparte de las críticas a los leguleyos y a las argucias y dilaciones por las cuales éstos podían prosperar). Los principios de las leyes y del sistema legal de Inglaterra, que se desarrollaron a lo largo de siglos, fueron comprendidos y admirados; y como éstos fueron los principios que necesitaba un pueblo libre para vivir bajo el imperio de la ley, la profesión del derecho fue una poderosa influencia para conservar el admirable estilo de vida británico. Con su perspicacia habitual, Hayek nos advirtió sobre un serio peligro en el rol de los profesionales del derecho.¹¹ Una vez que la penetración de las ideologías colectivistas alcanza un cierto nivel en una sociedad, esos profesionales, al comienzo defensores de la libertad, pueden llegar a ser una poderosa fuerza destructora de la libertad. Los tribunales y los abogados y juristas del Reino Unido son aún, probablemente, los mejores del mundo. Pero uno podría tener graves dudas sobre esta realidad, o sobre cuánto puede durar, si toma en cuenta que el deterioro sufrido por los cuerpos legales es al menos tan evidente en el caso de Inglaterra como en el de otros países. Ya tenemos algunos jueces, aun en los sitios más altos de las cortes, cuya pobreza intelectual, sujeta a supersticiones populares, sociales y económicas, los hace más aptos para ocupar la sede de un obispo anglicano que el estrado de un juez.

¹¹ Véase *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, pp. 65-67.

* Este trabajo ha sido publicado con autorización del autor y del Adam Smith Institute.