

# DERECHO, EVOLUCIÓN Y ORDEN ESPONTÁNEO

POR EDUARDO STORDEUR (H)<sup>(\*)</sup>

Abogado (UNT) y Master en Economía y Ciencias Políticas (diploma de honor ESEADE). Es Profesor de Análisis Económico del Derecho en ESEADE y de Economía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

## 1. INTRODUCCIÓN.

A la experiencia cotidiana surge evidente la existencia de dos órdenes que los antiguos griegos ya habían definido con precisión: el universo de las rígidas leyes de la naturaleza y las creaciones artificiales de los seres humanos<sup>1</sup>. Sin embargo, no obstante la poca difusión actual, una larga y fructífera tradición de pensamiento social identifica el objeto de estudio de las ciencias sociales con el exámen y análisis de una tercera categoría de orden, diferente al natural y artificial, caracterizado por reglas que son el resultado y producto no planificado de interacciones humanas en contextos de libertad. Es decir, órdenes espontáneos.

Bernard de Mandeville en su célebre fábula de las abejas (*The Fable of the bees*, 1714) observó, poniendo de relieve una idea que había sido trabajada antes por los escolásticos del siglo de oro español<sup>2</sup>, la existencia de órdenes sociales que no responden por entero a principios naturales y que tampoco son producto de la planificación humana. Mandeville, señalado como el verdadero precursor de las teorías evolutivas que luego tanto darían que hablar en biología<sup>3</sup>, destacaba - en síntesis - que la suma total de individuos actuando en su propio interés llevaba a la formación de la sociedad comercial, la que redundaba en mayores beneficios para la comunidad de los que era dable esperar de órdenes o esquemas planificados.<sup>4</sup> La sociedad comercial, en suma, estaba ordenada sobre normas que no eran invención ni diseño de persona alguna. Advertía así una tercera categoría de orden, diferente a los naturales y artificiales, que surgía de manera espontánea de la libre interacción humana.

Esta fue la idea que - décadas después - inspiró los trabajos de la denominada Escuela Escocesa. Sus principales exponentes, Adam Ferguson, Adam Smith y el filósofo David Hume, llevaron el concepto de orden espontáneo a otros ámbitos de la vida humana. Con ellos, tanto el mercado, la moral, el derecho, el lenguaje y otros órdenes fueron explicados a partir de la idea de que ciertas instituciones humanas emergen espontáneamente a partir de la interacción

(\*) Agradecemos al Dr. Enrique Ghersi Silva, miembro del Consejo Consultivo de ADVOCATUS Nueva Época por la cesión del presente artículo.

1 Karl R. Popper, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Ediciones Paidós, 1998. 1ra. reimpresión. Pág. 89.

2 Véase al respecto, Murray N. Rothbard, *Historia del pensamiento económico*, Vol. I, Unión Editorial, 1995. Igualmente, véase, Alberto Benegas Lynch (J), "Bosquejo de la vida Española", *Libertad* n° 32, 2000. ESEADE, pag. 135.

3 F.A. Hayek, en su clásico, *Derecho, legislación y libertad* dice: " (...) la idea de la evolución cultural es claramente análoga al concepto biológico de evolución. Es posible incluso que su aplicación por Charles Darwin a la biología haya provenida - a través de su abuelo Erasmus - de la idea de evolución cultural de Bernard Mandeville y David Hume (...). Alberto Benegas Lynch (J), *Fundamentos de Análisis Económico*, Abeledo- Perrot, Novena edición, pág. 74.

4 Véase, Nigel Ashford, "Spontaneous Order", *The Freeman*, 1998.

de los hombres. Dichos órdenes, en esencia, contenían tal cantidad de información dispersa en la sociedad, producto de múltiples y siempre cambiantes circunstancias y valoraciones divergentes, que ningún individuo ni grupo era capaz de igualar o superar a partir de esquemas planificados.<sup>5</sup>

Quizás –a simples fines ilustrativos– el fenómeno de orden espontáneo más evidente es el lenguaje, donde los individuales aportes van configurando aquellas formas y categorías que a través de la experiencia acumulada de generaciones han sido admitidas como las más eficientes a la hora de comunicarnos. Es tal la complejidad de la información contenida en los mismos que ningún gramático pretendería jamás alterar la sabiduría y experiencia de años condensadas en específicas estructuras lingüísticas por un sistema artificialmente diseñado.

El mercado opera también en forma espontánea a partir de elecciones individuales, pero su estructura y leyes de funcionamiento son ajenas a la voluntad humana. Esta era –en síntesis– la idea fundamental que Adam Smith pretendía, de manera simple y clara, transmitir con la conocida figura de la mano invisible<sup>6</sup>, usualmente tergiversada por lecturas frívolas y comentarios mal intencionados. Que bajo el aparente caos de las transacciones subyace un orden conformado por normas que no son producto de la mente humana, las que desatan un proceso de coordinación social donde, más allá de las individuales intenciones, toda la comunidad se ve favorecida y donde los planes individuales son coordinados por medio del sistema precios. Proceso en el cual vicios privados, como la apatencia de mayores ingresos, implican necesariamente beneficios públicos, toda vez que el comerciante debe, para obtener ingresos, atender a las necesidades del consumidor y la comunidad toda sale beneficiada de esta dinámica no prevista por la mente humana. El mercado contiene en forma abstracta ciertos principios de funcionamiento a través de los cuales la gente coopera en la mayor y mejor producción de bienes y servicios elevando el bienestar general de la comunidad sin que haya mediado propósito deliberado ni planificación alguna. En este sentido, F. A. Hayek señala que, "desde sus orígenes, la economía se ha ocupado de analizar cómo surge un orden extenso de interacción humana (...) cuyo contenido supera siempre nuestra limitada capacidad de percepción y diseño"<sup>7</sup>. La esencia de la teoría del orden espontáneo implica una explicación acerca del procesamiento coordinado, colectivo, y no intencionado de la información.

Es precisamente por la alta complejidad y distribución de la información, que ningún planificador central está en condiciones de suplir la función del sistema de precios en la asignación de recursos en razón de que la información requerida no está disponible pues se halla dispersa en la comunidad; es la imposibilidad del cálculo económico en el socialismo que señalaban, durante las décadas de los años 20 y 30, el mismo Hayek, y Ludwig von Mises, antes del derumbe de estos sistemas.<sup>8</sup>

Un ejemplo puede resultar esclarecedor. En el mercado los diferentes compras y abstenciones tienden a enviar una señal al empresario a fines de que ajuste la demanda de factores de producción a las específicas necesidades de los consumidores; de esta manera todos

5 Para un examen de la Escuela Escocesa, véase el libro: "La tradición del orden espontáneo: Adam Ferguson, David Hume y Adam Smith", (Liberta nº 4, Mayo de 1987).

6 Hayek explica que: "Desde sus orígenes, la economía se ha ocupado de analizar cómo surge un orden extenso de interacción humana (a través de un proceso de selección, orientación, y orden del hábito colectivo) cuyo contenido supera siempre nuestra limitada capacidad de percepción y diseño", F. A. Hayek, *La Falta de Alternancia*, Unión Editorial, México, 1970, pág. 44.

7 Continúa Hayek, diciendo que: "Es Adam Smith el primero en advertir que cuando hacemos "dado de bruto" con los ciertos métodos de ordenación de la cooperación económica que excede los límites de nuestra coordinación y nuestra percepción. Quizá su mano invisible pueda ser legítimamente interpretada como el insuperable e inescrutible conjunto de tendencias que están implícitas en dicho orden." *La Falta de Alternancia*, op.cit. pág. 45.

8 Ludwig von Mises, *La acción humana*, Editorial de Economía, Unión Editorial, S.A., España, pág. 291 y ss. Mises.

colaboramos a la formación de los precios los cuales informan a los empresarios - y por su intermedio a dueños de factores en general - acerca del estado de las preferencias y necesidades del consumidor. El precio es el conducto por medio del cual enviamos información al sector de la producción, y los agentes económicos colaboran a la determinación de ese precio sin consideración de sus particulares intenciones. Hayek en este sentido, explica:

*"Supóngase que en algún lugar del mundo aparece una nueva oportunidad para el uso de alguna materia prima, el estaño, por ejemplo, o que una de las fuentes de estaño ha sido eliminada. Para mis propósitos no importa -y tiene poca importancia el hecho que no importe - cual de estas dos causas ha producido el faltante de estaño. Todo lo que quienes usan el estaño necesitan saber es qué parte del estaño que solía consumir es ahora usada con mayor provecho en otro lugar y que, en consecuencia ellos deben economizar estaño. Para la gran mayoría de ellos ni siquiera es necesario que sepan dónde ha surgido la más urgente necesidad o a favor de que otras necesidades deben ellos cuidar su existencia. Si sólo algunos de ellos conocen directamente la nueva demanda y orientan hacia ella los recursos; y si las personas que se dan cuenta del nuevo vacío así creado lo llenan con nuevos recursos diferentes, el efecto se regará rápidamente por todo el sistema económico. Esto influye no solamente en todos los usos del estaño, sino también en el de sus sustitutos, y en el de los sustitutos de los sustitutos, en la oferta de las cosas hechas con estaño, y sus sustitutos, etc. Todo aquello sucede sin que la gran mayoría de aquellos que son responsables de estas sustituciones sepan nada acerca de la causa original de estos cambios. (...) Debemos ver el sistema de precios como un mecanismo para comunicar información si deseamos comprender su verdadera función".\**

Este proceso (el mercado) genera información a partir de la cual los agentes económicos asignan de modo más eficiente los recursos productivos, aplicándolos allí donde son prioritariamente requeridos por los consumidores, y generando incentivos para la acumulación de capital, lo que implica un aumento en la calidad de vida de la comunidad en general. En otros términos, los individuos guiados (en la mayoría de los casos) por su exclusivo afán de lucro contribuyen a la dinámica de un orden social cuya materia son las decisiones humanas pero cuya forma es ajena a toda posibilidad de planificación. El planificador al afectar la forma necesariamente atenta contra la materia: las acciones humanas se ven alentadas por incentivos distorsionados que introducidos artificialmente por la ley orientan los esfuerzos hacia objetivos que no son prioritarios en términos a las necesidades expresadas por medio de la demanda. El mercado puede ser descrito, desde esta perspectiva, como una sistema de información donde los precios tienden a suplir y concentrar información que está diseminada en la sociedad y cualquier alteración o modificación artificial del sistema de precios por parte de la autoridad planificadora genera alteraciones que afecta la eficiente asignación de los recursos.

Hayek explica el problema económico en términos al problema del conocimiento:

*"Si disponemos de toda la información pertinente, si podemos empezar con un sistema dado de preferencias, y si poseemos conocimiento completo de los medios a nuestro disposición, el problema que queda es pura lógica. En otros términos, la respuesta a la pregunta acerca de cuál es el mejor uso que podemos darle a los medios a nuestro alcance está implícita en nuestros supuestos. (...) Sin embargo, decididamente, este no es el problema que confronta la sociedad.(...) La razón de esto es que los "datos" para toda la sociedad, que son el punto de partida del cálculo, nunca son "dados" a una sola mente. El carácter pe-*

\* F.A. Hayek, El Camino de la Libertad. Publicación de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1988, pág. 16.

*culiar del problema de un orden económico racional lo determina precisamente el hecho de que el conocimiento de las circunstancias que debemos utilizar nunca existe en una forma concentrada o integrada, sino solamente en la forma de elementos dispersos, incompletos y frecuentemente contradictorios, que diferentes individuos poseen. El problema económico de la sociedad no es (...) simplemente un problema relativo a cómo asignar recursos dados (...). Es más bien el problema de cómo lograr el mejor uso de los recursos conocidos por cualquier miembro de la sociedad para fines cuya importancia relativa solamente esos individuos conocen. O, para expresarlo brevemente, es el problema de la utilización del conocimiento que no le es dado a nadie en su totalidad.<sup>10</sup>*

La función esencial del sistema de precios no es otro que el de hacer de un sofisticado sistema de información que nos permite superar parcialmente el alto grado de ignorancia que tenemos acerca de los elementos relevantes del mercado en un contexto determinado y una de las lecciones que puede derivarse de la naturaleza esencialmente dinámica y espontánea del mercado, es que la autoridad gubernamental, al igual que el lingüista, debe cuidarse de ingresar en un territorio donde el orden surge de arreglos libres y voluntarios.

## 2. EL DERECHO COMO ORDEN ESPONTÁNEO.

La idea de derecho como orden espontáneo fue ampliamente desarrollada en el siglo XX -entre otras- por el jurista y premio Nobel de Economía (1974) F.A. Hayek, quien -en esencia- explica el origen evolutivo del derecho, sistema que asimila a un código generado a partir de instituciones acogidas en la sociedad decantadas por la experiencia en un proceso de competencia institucional.<sup>11</sup> Simplificando, de igual manera que los empresarios compiten para lograr el voto de los consumidores en el mercado de bienes y servicios, las instituciones compiten también en el "mercado institucional", quedando vigentes aquellas que se han mostrado más eficientes para afrontar los diversos aspectos y materias que ocupa el derecho.

Las instituciones jurídicas se asemejan a herramientas que contienen la experiencia acumulada de generaciones, cuya vigencia se debe a que, en la práctica, han demostrado su superioridad frente a otras alternativas institucionales. Para Hayek, en efecto:

*"la esencia del proceso social (...) está constituida por la información y el conocimiento, de tipo estrictamente personal, subjetivo, práctico y disperso, que cada ser humano, en sus circunstancias específicas de tiempo y lugar, va descubriendo y generando en todas y cada una de las acciones humanas que emprende para alcanzar sus particulares fines y objetivos, y que se plasman en la etapas de ese camino tan apasionante que supone la vida de todo ser humano. La capacidad innata del hombre por concebir constantemente nuevos fines, dedicando su esfuerzo, ingenio, e imaginación a descubrir y elaborar los medios necesarios para alcanzarlos, constituye una fuerza poderosísima de creación y transmisión de información, que se encuentra en constante expansión y hace posible el mantenimiento y el desarrollo de la civilización hacia cuotas de complejidad cada vez mayores."<sup>12</sup>*

10. F.A. Hayek, *El orden de la libertad*, op.cit., pág. 2.

11. F.A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, 1986. Véase en particular libro I, pág. 82 y al cierre explica de manera más específica el concepto de orden espontáneo. También pág. 97 y si desea espere un poco de los días para de nichos dentro del marco institucional. Para una introducción más amplia y clara al pensamiento de Hayek, véase, Fernando Siles, *Hayek, la contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*, Unión Editorial, Madrid, 1989. En particular en cuanto al tema respectivo, véase el cap. I, págs. 33 a 89.

12. F.A. Hayek, *La fatal arrogancia*, op.cit., prólogo de Jesu Quintana de Soto, pág. 18.

Como en el caso del mercado, la fuerza matriz que impulsa estos procesos sociales de coordinación es la natural y necesaria ignorancia del ser humano, y la forma que adopta es la de constantes intentos por superar obstáculos o facilitar el logro de ciertos fines que son constantemente descubiertos por los individuos. El avance institucional (jurídico, económico, etc.) depende de propuestas institucionales en competencia que permitan suficiente flexibilidad de las instituciones a las necesidades que plantean las circunstancias de tiempo y lugar. El derecho en su origen es un conjunto de prácticas que se han desarrollado a partir de un lento proceso de selección, que opera sobre la base de la prueba y el error, y que tienen como fundamento la ignorancia que es connatural a la condición humana.

La idea del derecho como orden espontáneo supone una explicación acerca de la naturaleza y evolución del derecho como institución social. En la mayoría de las concepciones modernas, fundamentalmente a partir del avance del positivismo legal, el derecho ha sido cada vez más identificado con la ley escrita y la planificación deliberada. No otra cosa expresan la cantidad de materias y nuevas subdisciplinas de "especialistas" que proliferan por los aulos durante las últimas décadas. Pero, en realidad, como se ha destacado, muchas de las instituciones básicas de derecho que hoy comprendemos en su significado fundamental han surgido consecuencia de prácticas ancestrales, y son producto de largos procesos de prueba y error, y la evolución no constituye un proceso deliberado. Así, por ejemplo, Frederick Pollock y Frederick Maitland, con relación a los orígenes del common law estatutario han señalado que "el derecho anglosajón escrito...no es más que una superestructura que descansa en una amplia base consuetudinaria"<sup>13</sup>

Las normas de derecho consuetudinario son de otra índole y naturaleza que aquellas que hacen de fundamento de la ley escrita dictada coactivamente: el derecho como práctica, tiene por raíz la adhesión por parte de quienes están destinados a cumplirlas y, en general, es de suponer que las reglas adoptadas tienen por vigencia la mutua conveniencia de las partes. La costumbre se respeta, sostiene Bruce L. Benson, "no porque la respalden instituciones o individuos poderosos, sino porque cada sujeto advierte los beneficios de comportarse de acuerdo con lo que otros esperan de él (...)"<sup>14</sup> Si suponemos que los hombres actúan impulsados por obtener sus propios fines a menores costos, tal como supone el principio básico de la teoría de los precios, entonces, es evidente que librar la mayoría o al menos parte importante del sistema legal a las fuerzas de la práctica implica ventajas evidentes frente a la legislación: la evolución legal fundada en la costumbre tiene la virtualidad de poner en marcha un sistema de competencia institucional donde las alternativas en debate están abiertas a múltiples posibilidades, mientras que en el derecho escrito las soluciones y finalidades están plasmadas por el legislador en la ley, limitando el avance institucional solamente a aquella prevista por la legislación. Simplificando, podría aplicarse el paralelismo entre los mercados monopólicos y los mercados competitivos; las leyes son instrumentos escasos en la vida del hombre, y como sucede con los bienes y servicios, éstos estarán siempre mejor provistos por sistemas competitivos que por sistemas centralizados donde opera una única y excluyente alternativa.

Igualmente, siempre existe –tal como ya hemos señalado– el insalvable problema de la información en el caso del organismo planificador. Es que las instituciones humanas operan también, de modo similar a los precios, supliendo información dispersa brindando un marco dentro del cual los planes de vida de cada uno pueden ajustarse de modo más eficiente a la

13 Véase Bruce L. Benson, *Justicia en Acción*, Unión Editorial, Madrid, 2000, Pág. 37. Igualmente para una explicación profunda acerca de la naturaleza y dinámica del derecho consuetudinario y lo como práctica que el mismo autorizó en varios grupos humanos, véase el capítulo 1.

14 Bruce L. Benson, *Op.cit.*, pág. 35.

de los demás. ¿qué otra cosa implica un anillo de bodas sino una especie de marca de propiedad? ¿y el luto, sino una forma de comunicar la autoexclusión del "mercado de los matrimoniales"? Las reglas, en general, cuando provienen de la práctica, condensan información y permiten el desarrollo de la cooperación social de modo eficiente y coordinado, brindando pautas organizadas de comportamiento que son eficientes pues arraigan en las creencias, valores y reglas probadas que emergen de la variada y compleja sociedad civil.

Un aspecto sin duda importante es la dinámica del cambio institucional y amplio grado de seguridad jurídica que ofrece un sistema fundamentalmente basado en normas de origen consuetudinario, frente al derecho de procedencia legislativa. No es el caso tratar el asunto en profundidad, pero es evidente que en el marco del derecho consuetudinario el cambio de reglas es evolutivo y en consecuencia permite grados de seguridad jurídica superiores al caso de reglas legislativas que pueden quedar derogadas (al menos en su intención) por la sola voluntad política. Mientras que en el primero de los esquemas institucionales el cambio proviene de la lenta adopción de cambios marginales en las reglas vigentes (como un gran edificio construido por todos), y del reconocimiento de esos principios por parte de la jurisprudencia que los define, precisa y aplica, el cambio en el marco de la ley escrita proviene esencialmente de decisiones legislativas.

Finalmente - es imposible ahora destacar todos los matices y aspectos que encierra esta temática - hay buenas razones para suponer que un sistema legal fundado en el derecho consuetudinario genera incentivos para la defensa de los derechos y las libertades individuales.<sup>15</sup> La costumbre (y su contrapartida, la jurisprudencia), como fuente del derecho, a diferencia de la ley escrita, es producto y resultado de la interacción de múltiples planes de vida diferentes y por lo tanto sus normas requieren, para su vigencia, que las mismas respondan a las correlativas expectativas de los individuos, operando en consecuencia incentivos para que las mismas sean esencialmente abstractas; reglas que generen un marco dentro del cual se desarrolle la vida social (del tipo "reglas de tránsito"), y no directrices que impliquen resultados o finalidades específicos o particulares que (como en el caso de las reglas planificadas) tiendan a coartar los planes individuales y con ellos la libertad y los derechos individuales. Igualmente, la idea del derecho como orden espontáneo, básicamente una teoría positiva o descriptiva, contiene, a mi parecer, al menos una clara implicancia normativa; la base o fundamento del proceso de descubrimiento de normas se funda en el proceso de prueba y error individual, para el cual es necesario reconocer libertades básicas a los individuos.<sup>16</sup> Sin libertad (y su contrapartida, los derechos) no hay elección y sin ésta, tampoco cambio ni evolución institucional. Es entonces posible establecer una correlación entre el grado de libertad y vigencia de los derechos individuales, con el grado de eficiencia del sistema jurídico: a mayor libertad, mayores opciones y con ellas, mayor avance institucional.

En suma, el enfoque desarrollado por la Escuela Escocesa y luego por la Escuela Austríaca de Economía constituye un claro alegato contra aquello que Hayek ha denominado "constructivismo social", contra la extendida idea de que es posible ordenar los planes de vida de cada persona dentro de un plan general previamente diseñado. No obstante, no está claro, ni aún entre quienes adhieren de modo fundamental a las ideas de Hayek, la procedencia de algún modo de intervencionismo en la evolución espontánea del derecho, y en caso afirmativo, en que grado. Se trata de una cuestión compleja, que excede los objetivos de este trabajo;

<sup>15</sup> Véase al respecto, los casos históricos que describe Bruce L. Benson en la bibliografía citada. Igualmente, véase las observaciones de Bruno Leoni al respecto en *La libertad y la ley*. Unión Editorial, 1996. Madrid. Particularmente, véase los extractos incluidos en el apéndice.

<sup>16</sup> Véase al respecto, el muy interesante trabajo de Roberto M. Rojas, *Los Contradicciones del Derecho Penal*, Cap. 8, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.

aunque, con relación a la primera de las cuestiones, es considerable el hecho de que el mismo Hayek haya planteado, de modo restrictivo pero cierto, la posibilidad de que la ley espontánea deba ser corregida por la legislación<sup>17</sup> y haya sugerido importantes propuestas positivas e incluso defendido la idea de libertad como ausencia de agresión, etc.<sup>18</sup> Igualmente, no han faltado interesantes explicaciones sobre el fundamento, desarrollo, historia y posibilidades de un sistema jurídico enteramente contractual.<sup>19</sup> Frente a la complejidad de este debate, que merece un extenso trabajo, conviene centrar nuestra atención al análisis de los principales sistemas jurídicos vigentes, siempre desde el enfoque evolutivo y dinámico del derecho,

### 3. EL ORDEN JURÍDICO ESPONTÁNEO Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS.

En los hechos, dos sistemas institucionales antagónicos (aunque ya más próximos) se disputan el terreno de lo jurídico, en cuanto a la forma de producción del derecho<sup>20</sup>. El sistema anglosajón o common law (particularmente el antiguo common law) es el que más próximo al enfoque evolutivo del derecho, a la idea del derecho como orden espontáneo. En este, el derecho vigente se identifica con aquellas instituciones que, sin violentar derechos individuales, han sido adoptadas por la costumbre y la tradición de la sociedad civil: derecho que es "descubierto" por los jueces en sus sentencias y por los abogados y demás especialistas en sus consultas y donde la ley como fuente del derecho detenta una función secundaria, limitada, respetándose de esa manera el orden espontáneo que surge de las prácticas privadas. Esto permite un sistema flexible, amplio y eficiente, donde las alternativas están siempre abiertas a nuevas y mejores contribuciones. Por otra parte - y esto no es necesario probarlo - en estas tradiciones jurídicas el respeto por los derechos de los individuos ha sido altamente superior que en los sistemas donde prolifera la ley escrita, las creaciones jurídicas artificiales de los órganos legislativos<sup>21</sup>. Por otra parte, como es sabido, se destaca el sistema romanístico o continental, derecho que rige fundamentalmente en los países latinos. Es la concepción del derecho asimilable a "la voluntad del legislador" siempre que se exprese dentro de ciertos límites constitucionales, donde la ley es fundamentalmente escrita y los jueces limitan (en teoría) su actividad a la aplicación de la "voluntad legislativa" a casos particulares.

Mientras que en la práctica anglosajona del derecho hay un descubrimiento del derecho imperante en una sociedad civil, en los países latinos el proceso de formulación del derecho adapta formas en las cuales hay mayoritariamente una creación de derecho por parte del Estado. El marco institucional (en sentido genérico) en la versión latina asume mayores riesgos a la politización y, consecuentemente, a la inestabilidad, inseguridad jurídica y arbitrariedad. La legislación en materias vinculadas al derecho privado significa en esencia -en la mayoría de los casos- reemplazar el enorme caudal de conocimiento disperso en la sociedad por la necesariamente más limitada de los legisladores: en resumidas cuentas, un intento de congelar la variada y dinámica realidad conforme las provisiones legislativas, restando flexibilidad al sistema, obstaculizando la competencia institucional dentro de la comunidad, resultando muchas veces un freno al desarrollo institucional. Por otra parte, la excesiva legislación tiende

17. EA Hayek, *Derecho...* op.cit. págs. 166-171.

18. Véase el prólogo de Jesús Huerta de Soto a *La Fatal Arrogancia*, op.cit. Igualmente, puede consultarse el citado libro de Einarsson. Suficit, particularmente Cap. V y VI, págs. 125 y ss.

19. Véase Bruce L. Benson, op.cit. Igualmente, Alberto Bertrán Lynch (E), *Hacia el autogobierno, cobijado por el*, Buenos Aires 1997. También véase Murray N. Rothbard, *La ética de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1998.

20. Para una introducción breve y clara a OTROS véanse ver Robert Coase y Thomas Ulen, *Economía y derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1997, págs. 82 a 88.

21. Cf. Bruno Leoni, *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid, 1996. Véase en particular, Caps. III y IV. Igualmente, puede consultarse, Holo Gabriel, *Mod. "El common law en la tradición del orden espontáneo"*, *Libertad*, Nº12, Mayo de 1990, págs. 127 y ss.

o generar costos de transacción elevados, cuando no directas intervenciones al funcionamiento de la economía de mercado, lo que muchas veces afecta la eficiente producción y distribución de bienes y servicios.

Es de público conocimiento la larga y pesada tradición de los países de América latina. Al respecto Juan B. Terán ha señalado:

"Si alguna vez las leyes no fueron fluencias de la vida social o inspiraciones surgidas de ella, ha sido, sin duda, en la América de la conquista.(...) Las pragmáticas, las leyes, las instrucciones cuidadosas, previsoras, dechado de prolijo ingenio se sucederán hasta acopiarse en monumentos, causarán la fatiga de escribanos y peñolistas, harán la delicia de las rúbicas y alimentarán la disputa gozosa de oidores, pero América vivirá sin cuidarse de ellas.(...) Ahí está la raíz del irrespeto a la ley y a la autoridad, que no es sino un desquite contra la ley artificial o la autoridad ilegítima"<sup>22</sup>.

La legislación, de ser excesiva, puede resultar -y de hecho resulta- un verdadero freno al desarrollo, al suprimir la posibilidad de prueba en condiciones de diversidad por una única alternativa ajena a las circunstancias reales que operan en la realidad, que escapan a la limitada visión que permiten los gabinetes de jurista y los palacios legislativos. En suma, la inflación legislativa, además de aumentar los costos de transacción (de los intercambios), interferir en la correcta asignación de recursos productivos, induce también al incumplimiento de la ley; tanto de aquella que se corresponde con la naturaleza de los hombres y los valores vigentes (no violentos), como de aquella que introduce artificios en la vida social. El primero de los incumplimientos tiende al caos, mientras que la segunda especie es una respuesta del orden social a la arbitrariedad legislativa. Sin embargo, en la práctica, queda ignorada la ley, sin distinciones, en su conjunto. Luego el orden artificial impuesto tiende al caos: esto último no sólo en razón de que produce un "corte" con el derecho realmente vigente y altera el funcionamiento del mercado, sino que incentiva conductas y valores contrarios al respecto y observancia de las leyes en general.

Trazando un paralelo, en muchas ocasiones, los legisladores son lingüistas o gramáticos que han decidido implantar su propio lenguaje conforme sus previsiones, ignorando las formas superiores de organización que emergen espontáneamente en la sociedad.<sup>23</sup> En gran medida, éstos "ingenieros sociales" funcionan bajo la presunción de que allí donde no hay orden "natural" (leyes de la naturaleza) debe imponerse algún tipo de organización planificada pues de lo contrario reinará el caos. Se han quedado con la distinción de los griegos, más evidente e intuitiva, pasando por alto la existencia de órdenes espontáneos que operan en la sociedad. No otra base teórica tiene el célebre y genial alegato de Juan Bautista Alberdi contra la codificación del derecho civil en la República Argentina:

*"La sociología o ciencia social, es sin embargo, toda la base de la legislación civil o social, pues no es otra cosa un código civil que el código social de un país. Si las reformas civiles en el Plata partieran del estudio de la sociología, la idea de un código, es decir, de la sanción simultánea de cuatro mil veinte y ocho artículos de una ley, en que ese código consiste, no habría venido a la mente de sus autores o promotores.*

<sup>22</sup> Juan B. Terán, "El nacimiento de la América Española", Tucumán, 1927, pag. 289 y pág. 261.

<sup>23</sup> El jurista italiano Bruno Leoni ha publicado un interesante estudio histórico en donde demuestra la superioridad de los sistemas jurídicos que tienden a reconocer el orden espontáneo del derecho a lo que advierte sobre los riesgos de la inflación legislativa. *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial, op.cit.



Siendo la sociedad, como su legislación, el producto de una evolución natural, como lo es todo organismo animado, tanto individual como social, el cual se produce a través de la vida entera del país, un código no puede ser sino el resumen y última palabra reglamentaria de la vida entera de una sociedad; jamás el programa de su indefinible e indefinido devenir.

Eso fueron los códigos romanos, que el mundo ha copiado más tarde, como modelos; fueron el testamento de la sociedad romana, no el punto de partida, no el programa de su vida imposible de prever en el curso de su desarrollo recibió del medio y de las influencias bajo las cuales se produjo.

Los códigos sancionados por vía de programa obligatorio para el crecimiento, estructura y desarrollo de una sociedad nueva, o que se establezcan de nuevo con independencia de toda otra, puede tener la capacidad de embarazar el progreso natural del organismo social; pero no de anticiparlo y abreviarlo por medios artificiales.

Dar de un golpe toda la legislación social, a una sociedad que empieza a existir, cuando ni el nombre de la ciencia sociológica, o ciencia de la sociedad, es conocido, ni sospechada la existencia de tal ciencia, es cometer el americanismo más candoroso y ridículo de que pueda presentar un ejemplo la comedia del gobierno libre. (...) La República ha empezado por el fin. En pago de ese servicio ella debería enviar a sus codificadores a los bancos de la escuela de sociología, que no frecuentaron un día, por la simple razón, que tal escuela no existía."<sup>26</sup>

26. Juan B. Alberdi, *América. "Estudio sobre el Código Civil de la República Argentina"*, 1871, Buenos Aires, Argentina.