

De la equidad de los comerciantes a la equidad del mercado*

DE LA EQUIDAD EN LA HISTORIA DEL DERECHO OCCIDENTAL

La historia del derecho occidental muestra que, desde siempre, los juristas han dado a la equidad un lugar central en el derecho. Tan solo basta recordar ciertos brocárdicos que se aprendían en las facultades de derecho hasta la mitad del siglo XX para convencerse de esto¹.

Para empezar, citaremos unas máximas de orden general, que implican definiciones diversas:

–*Æquitas lucet per se.*

La equidad brilla por sí misma.

–*In omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda est* (Dig., 50, 17, 90).

La equidad se espera en todas las cosas, pero sobre todo en el derecho.

–*Æquitas nihil aliud est quam jus quam lex scripto prætermisit.*

La equidad no es otra cosa que el derecho que la ley no ha plasmado por escrito.

–*Jus civile est æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.*

El derecho civil es la equidad constituida por aquéllos que son de una misma ciudad para obtener lo que a ellos corresponde.

–*Æquum est neminem cum alterius detrimento locupletiolem fieri.*

La equidad es la ausencia de enriquecimiento en detrimento del otro.

Luego citaremos unas instrucciones dadas a los juristas, que son la parte más bonita de la equidad:

–*Hæc æquitas suggerit, etsi deficiamur jure.*

Lo que sugiere la equidad, cuando el derecho haría falta.

–*Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justiciæ æquitatisque quam stricti juris rationem.*

Está bien que en todas las cosas se prefiera la razón de la justicia y de la equidad a aquélla del estricto derecho.

–*Æqualitas in omnibus, in judiciis maxime, servanda est.*

La igualdad debe ser observada en todas las cosas, y principalmente en los juicios.

Que llegan hasta afirmar:

–*Editione causæ in æquitate fundatur.*

El acceder a un proceso se fundamenta en la equidad.

Y aún más, y sobre todo:

–*Quæ contra stabilitatem juris, utilitate ita exigente, ex sola æquitate concedebantur.*

Lo que exige la utilidad y que está en contra del derecho, debe concederse únicamente según la equidad.

–Inter æquitatem jusque interpositam nobis solis et oportet et licet inspicere.

Sólo a nosotros importa y se nos permite considerar la interpretación que se interpone entre equidad y derecho.

O por el contrario, citaremos unos preceptos que limitan el juicio en equidad:

–Homo debet sequi æquitatem legis, non proprii capitis.

El hombre debe seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza.

En efecto,

–Æquitas sequitur legem.

La equidad acompaña la ley.

Durante largos siglos, la historia del derecho occidental se construyó alrededor de esos brocárdicos, para ceder el lugar paulatinamente a dos tradiciones, la anglosajona del *equity*, y la continental del positivismo jurídico encarnado, como lo resaltaba Antoine Garapon, por «una regla que se basta a sí misma [...] el sueño de una justicia fundada completamente en la razón, en la que no se podría jamás pedir a los jueces la virtud»².

Es de esta última que han heredado el Código de Napoleón y la mayoría de los códigos que han sido promulgados en el extranjero sobre este modelo. Y no debe extrañarnos que la equidad se reduzca, en nuestro Código Civil, a dos artículos³.

Fue así como paulatinamente, y sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, volvió a aparecer la equidad, por una parte en autores de filosofía política y, por otra, en los programas concernientes a las relaciones jurídicas ligadas al fenómeno de la globalización del intercambio.

Así, comienzan a surgir ciertas preguntas para los sociólogos e historiadores juristas, tales como: ¿en cuál filosofía se fundamentaba el derecho que, hasta el Proyecto del año VIII (o del año IX, como se quiera)⁴ consagraba el papel eminente de la equidad

en el derecho? ¿Cuál filosofía explica su desaparición del Código Civil? ¿Qué diferencia de significado entraña la conservación de los artículos 4 y 5 del Código Civil⁵ ante la desaparición del contexto del Proyecto del año IX? Más allá de la explicación filosófica, ¿existen motivaciones o connotaciones políticas, ideológicas, económicas?

Y aún más, ¿en cuál filosofía se fundamenta el regreso, un siglo y medio más tarde, de la equidad en el derecho? ¿Cómo se manifiesta la equidad en el contexto de la globalización del intercambio? ¿Qué significado, qué connotaciones políticas, ideológicas, económicas conlleva este resurgimiento? ¿Cómo manejar la superposición del positivismo legalista oficial con el nuevo recurso a la equidad?

Avanzaré aquí las tesis siguientes:

1^a. Que el regreso contemporáneo a la equidad propende contra el esfuerzo iusnaturalista racionalista axiomático “moderno” (siglos XVI a XVIII), con una pretensión de restaurar una línea de pensamiento político y jurídico antirracionalista.

2^a. Que el recurso contemporáneo a la equidad en el cuadro de la globalización del intercambio implica un significado radicalmente diferente de aquél que tenía el recurso a la equidad de la antigua tradición jurídica occidental.

3^a. Que la redacción del Código Civil, resultado de la visión de un positivismo legalista, de ninguna manera sufre por esta nueva interrupción de la equidad en el derecho, la cual de ninguna manera se encuentra limitada por la ausencia casi absoluta de referencia a la equidad en el Código Civil.

Yo articularé mi demostración en dos partes, orientadas a demostrar que esos dos tipos de recurso a la equidad, el antiguo y el nuevo, aunque ofrezcan dos visiones del juez muy similares, se refieren, en el fondo,

a dos proyectos de sociedad diametralmente opuestos.

DOS VISIONES DEL JUEZ

Acerca del tema de la equidad, se trata de visiones del juez que dan los autores, tanto los filósofos como los que pertenecen a la doctrina jurídica. No deja de ser interesante constatar cierta proximidad de visiones sobre este tema entre quienes comparten el pensamiento jurídico occidental anterior a la Revolución Francesa y los pensadores contemporáneos, cuyos esfuerzos tienden a la reintroducción de la equidad en la vida jurídica.

El juez ministro de equidad o voz de la ley: de la regulación moral a la regulación legal

Æquitas naturalis

La *æquitas*, en la historia del pensamiento jurídico occidental, está en la base del derecho. Reportando un extracto de la *Gazette d' Utrecht* del 5 de mayo de 1750⁶, Montesquieu escribía: «Se ha encontrado una carta del barón de Spon al canciller De Aguesseau, sobre el Código del rey de Prusia, que es ridícula por el nivel de las adulaciones. Dice, entre otras estupideces, que el rey quiso que no se juzgaran los asuntos por el derecho romano, sino únicamente por su Código y, *en la peor hipótesis*, por la razón y la equidad natural. ¡Vaya hipótesis, que vale tanto como el Código, por lo menos!».

La razón y la equidad natural se consideran en la tradición jurídica occidental, incluso en los textos de ley, como modos superiores de resolver la diferencia. Según

la opinión de Portalis, impulsor del Proyecto del año IX, «las leyes positivas no pueden remplazar el uso de la razón natural en los asuntos de la vida»⁷. Él se fundamenta en una teoría constante, la cual confía en el juez, juez-sacerdote y dispensador de la justicia, el rol supremo de «decir lo justo».

«Los jueces –escribía ya Jean Domat– son los depositarios y los dispensadores de la luz y la autoridad divina, y [...] tienen en esta función el lugar de Dios»⁸. Y aún: «No existe un nivel de dignidad más elevado que aquél de un juez, pero tampoco existe un nivel en el cual las funciones sean más santas e importantes [...] ser juez es ser Dios [...] juzgar, es rendir el juicio de Dios»⁹, que es juicio de equidad¹⁰.

La equidad reina sobre todo: «Si ocurriese –escribe aún Domat– algún caso que no estuviera reglamentado por ninguna ley expresa o escrita, habría por ley los principios naturales de la equidad, que es la ley universal que está por encima de todo»¹¹. Y, más adelante, acerca de la interpretación de las leyes: «Para entender bien una norma, no es suficiente concebir el sentido aparente de los términos, y verla a solas; sino que es necesario considerar si otras normas no la circunscriben [...] Es el conocimiento de la equidad y la visión general de ese espíritu de las leyes el primer fundamento del uso y de la interpretación particular de todas las reglas»¹². «Lo oscuro, lo ambiguo y los demás defectos de expresión [...] deben resolverse por el sentido más natural, aquél que se relaciona al máximo con el sujeto, que es el más conforme a la intención del legislador y que la equidad favorece al máximo»¹³.

Sin embargo, «si de la disposición de una ley muy conocida, aunque el motivo sea desconocido, pareciera nacer algún inconveniente que no se pueda evitar con una interpretación razonable, hay que

presumir que la ley sin duda tiene su utilidad y su equidad según una utilidad pública, que debe hacer prevalecer su sentido y su autoridad sobre los razonamientos que pudieran serle contrarios»¹⁴.

El imperio de la equidad

El imperio de la equidad se extiende muy lejos, y puede llegar hasta sustituirse a la ley: «Si la rigidez o el rigor del derecho no son consecuencia esencial de la ley [...] entonces hay que preferir la equidad a este rigor que parece demandar la letra»¹⁵. Y aún: «Jamás es libre e indiferente la elección entre el rigor del derecho o la equidad, de tal manera que se pueda, en el mismo caso, aplicar el uno o la otra indistintamente y sin injusticias. Empero, en cada hecho, hay que elegir uno o la otra, según las circunstancias y lo que demanda el espíritu de la ley»¹⁶. Los autores del siglo XVIII retomarán esta interpretación de los textos romanos: «Se debe juzgar más bien según las reglas de la equidad que de acuerdo con las del rigor del derecho», escribe, por ejemplo, D'Olivier¹⁷.

Hay que extrañarse, por tanto, que uno de los artículos del Proyecto del año IX no vacile en enunciar: «En materia civil, el juez, a falta de una ley precisa, es un ministro de equidad. La equidad es el regreso a la ley natural, o a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva»¹⁸. ¿Significa lo anterior que todo poder será dejado al juez? El jansenista Portalis comienza por recordar que el juez está investido con un sacerdocio, y que el justiciable debe tener fe en él. Reminiscencia indiscutible de Domat: grandeza del juez, «juez fuerte», «juez depositario y dispensador de la luz y la autoridad divinas», «ministro de la autoridad y la severidad de las leyes», «juez-Dios». Es una larga tradición de la cual el mismo

Montesquieu no se salva, indiscutiblemente marcado por ese jansenismo jurídico que es en el cual vimos uno de los motores del Código Civil¹⁹.

Aun cuando quería darle al magistrado un rol exorbitante, Portalis no se atrevió sin embargo a ir hasta hacer de la ley, siguiendo el ejemplo de Domat, una simple fuente de inspiración del juez, un auxiliar de su decisión. «La interpretación [...] como forma de disposición general y de mandamiento» es el aporte del legislador²⁰. Que la fórmula no nos conduzca sin embargo al error: así lo era desde mucho tiempo. Se encuentra nuevamente esta disposición, en el antiguo derecho francés, en la Ordenanza de 1667, que remitía a los jueces antes que al rey en caso de duda acerca de la ejecución de una ordenanza, un edicto o una declaración²¹. Esta disposición del Proyecto del año IX, entonces, no corresponde a una novedad revolucionaria. Ella es muy cierta según el principio de la separación de los poderes, pero en realidad su fundamento es mucho más antiguo: nace de la práctica, considerando aquí al rey como el *pontifex maximus*. Por tanto, no podemos equivocarnos al respecto, y hemos de ver en el texto de Portalis un intento —aunque ajeno a su pensamiento— de silenciar los *grands-prêtres*.

Hecha esta reserva, Portalis reconoce la necesidad de una interpretación de la ley «por vía de la doctrina», que consiste «en entender el verdadero sentido de una ley en su aplicación a un caso particular»²². Y de determinar las normas según algunos principios: analogía, búsqueda de la intención del legislador, interpretación, rigor del derecho, siempre que la equidad no se pueda tener en cuenta. Sin embargo, el artículo 11 del título V de este Proyecto del año IX impone, «a falta de [una] ley precisa [...] el regreso a una ley natural».

¡Así es como el juez, en materia civil, se vuelve un «ministro de equidad»! A la luz de ese texto, todas las operaciones que acabamos de enumerar parecen claramente sentadas sobre esta última norma, enunciada en conclusión y para servir de conclusión a todos los casos no previstos.

En pocas palabras, reminiscencia de la doctrina de la Escuela del derecho natural moderno, resumen sistemático del pensamiento domatiano, retomado fielmente por Pothier: Portalis se muestra como el hombre de la conjunción entre la tradición y el pensamiento iusnaturalista racionalista moderno. Sus propósitos acerca de la equidad tienen mucha resonancia, y Montesquieu se hizo eco de ella. Pero Montesquieu, que no oculta sus fuentes, dice claramente la influencia que sobre él tuvieron Grotius y Pufendorf. En los escritos de éste último, por ejemplo, se puede leer que «en todos los casos en los cuales no se encuentra ninguna decisión del Derecho Civil, hay recurso a los principios de la Razón Natural, de suerte que el Derecho Natural suple en todo y por todo las falencias de las Leyes Civiles»²³.

Copiando a Domat, fiel lector de Pufendorf acerca de este tema, el sureño Portalis se inscribía en una línea de interpretación bien definida, la de los romanistas “modernos”. Los textos romanos son considerados por ellos como depositarios de las reglas del derecho natural aplicadas al derecho civil²⁴. Esta concepción implicaba dos consecuencias. Se podía desde el principio remitir a la letra de los textos romanos en materia de interpretación²⁵; pero, de un derecho romano previsto con un espíritu nuevo y extendido a unos casos no previstos. Además, siendo el Código Civil, en la opinión de Portalis, la continuación de la codificación Justiniana, era normal que él considerase la equidad como el último

recurso del juez en el silencio de la ley. ¿No era, entonces, el corolario necesario al principio establecido en el primer artículo del Proyecto del año IX: «Existe un derecho universal e inmutable, fuente de toda ley positiva: no es otra cosa que la razón natural, en cuanto ella gobierna a todos los hombres»²⁶?

Pero ¿cuál era el poder casi incontrolado que el magistrado iba a estar en capacidad de utilizar? El peligro parecía aún más grande con la lectura del siguiente artículo, tomado del texto definitivo del Código Civil y que crea la denegación de justicia. ¡Qué sorpresa nos da cuando nos damos cuenta que Portalis no lo había imaginado *en contra* de los jueces, sino *en su favor*! En efecto, toda ley positiva emana del derecho natural, y todos los jueces deben, en ausencia de un texto, preferir un regreso a la ley natural²⁷. Es decir que, como último recurso, y para evitar una denegación de justicia, el juez se vuelve *leosagon*: él dice el derecho. En consecuencia, investido con el sacerdocio supremo, disponiendo de la facultad de juzgar en equidad, sea en presencia o en el silencio de la ley, el magistrado no puede rehusarse, ni tampoco abstenerse de juzgar. Si lo hiciera, no podría ser sino con fundamento en unos *pretextos*, y esta reticencia injustificada lo haría culpable de denegar justicia²⁸. A decir verdad, el aporte de Portalis reside más en el hecho de haber ubicado la denegación de justicia inmediatamente después de haber establecido el principio del recurso a la equidad. Esta elección del contexto está llena de sentido.

En este contexto, en efecto, no hay por qué sorprenderse por la presencia, en el mismo Libro Preliminar del Proyecto del año IX, de un artículo en términos del cual, «El juez que se rehusa o que evita juzgar bajo pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, se hace

culpable de abuso de poder o de denegación de justicia»²⁹. Por tanto, es este artículo por sí solo, extraído de su contexto, el que se conservará en el texto definitivo del Título Preliminar del Código Civil³⁰. En este momento es cuando cambian las cosas.

Incluso si él declara no haber querido reglamentar todo ni prever todo, Portalis desde ya da una interpretación viciada de la máxima de Domat, en cuyos términos «es únicamente [propio] de la prudencia y del deber del legislador, prever los eventos más naturales y ordinarios»³¹. Se siente un tono de descontento, por parte del autor del *Discours préliminaire* al Proyecto del año IX, por no poder reglamentar todo por ley. Este juridicismo latente no es, seguramente, un intervencionismo estático en las relaciones que se estrechan entre los ciudadanos. Es, sin embargo, una puerta abierta al dirigismo del Estado, y la lectura que de él hará Bonaparte es, en este sentido, muy elocuente.

La equidad bajo la ley

Lo que Portalis había escrito apenas como filigrana, el recurso imperativo del juez a la ley dictada por el legislador, pasará a un primer plan con el primer cónsul y futuro emperador. Comienza entonces realmente el desarrollo del positivismo legalista. De este discurso iusnaturalista acerca del papel del juez, ministro de equidad, el Código Civil no conservará en su Título Preliminar más que dos artículos categóricos (artículos 4º y 5º), que prohíben al juez a la vez abstenerse de juzgar –sin otro recurso que la ley– y adoptar una decisión de orden general que vendría a usurpar los atributos de los poderes legislativo y reglamentario. Con la promulgación del Código Civil, el magistrado se transforma en la boca de la ley, el árbitro

de un juego³² en el cual los menores detalles son reglamentados por la ley.

La paradoja de un Código positivista legalista nacido de la mano de un iusnaturalista racionalista es tan sólo aparente. Desde hacía mucho tiempo, las dos tradiciones se desarrollaban al mismo tiempo, la una se infiltraba en las fisuras de la otra, con mayor o menor suerte entre la una y la otra. Así que, con el Código Civil, las prioridades se invierten y las intenciones se hacen claras.

La equidad, en el Código Civil, se limita a dos artículos de menor extensión: el artículo 565, concerniente el derecho de accesión –es decir, un supérstite de uno de los fundamentos naturales más antiguos de la propiedad– y el artículo 1135, por el cual en una convención las partes están obligadas «a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley otorgan a la obligación por su naturaleza». Un artículo que confiere al juez una amplitud que de ninguna manera amenaza el papel secundario que entiende concederle el legislador del año XII³³.

Se acabó, durante mucho tiempo, el reino del juez ministro de equidad. La equidad, en el sistema positivista legalista, se refugia en el *avant dire-droit*³⁴, en el número de componentes de los fenómenos que concurren a privilegiar esta propuesta de norma, para consagrarla como norma jurídica. Una vez decidido lo que sería la ley, se presume que ésta última corresponde a la equidad –lo que ya reconocían, por otra parte, los autores de la doctrina anterior al Código Civil–. La diferencia es que lo que era una de las fuentes del derecho (la ley) se vuelve, desde ahora, la fuente exclusiva del derecho.

El peligro consiste en el hecho de que el principio de una regulación legalista –regulación de la sociedad por la ley– es una puerta abierta al intervencionismo de Estado en el “juego” social. Acordémonos

que después de la publicación, por Maleville, secretario de la Comisión nombrada por Bonaparte para preparar el Código Civil, de un libro titulado *Analyse raisonnée du Code Civil*, Napoleón exclamó: «¡Mi Código está perdido!». Y veía muy claro. La interpretación lleva a la desacralización del texto. La desacralización minimiza el alcance de eventuales reestructuraciones. Reestructurar el Código significa modificar la regla del juego. Es admitir que la equidad inicial se pone nuevamente en cuestión. Es regresar al *avant dire-droit* donde se encuentran los diversos elementos individuales y colectivos, políticos, sociales, económicos, psicológicos... de los comportamientos que toma en consideración el legislador.

Admitir el intervencionismo del Estado en el “juego” social es abrir la puerta a intervenciones ilimitadas, a regulaciones hiper-desarrolladas. Y se observa, en efecto, en la historia del derecho francés de los siglos XIX y XX, una tasa creciente de leyes y de reglamentos destinados a ordenar las relaciones sociales. Esta hiperregulación alcanzará su apogeo con la reivindicación de una justicia social que cuestiona el concepto mismo de equidad en su acepción tradicional, nacida del derecho civil, replegada sobre el individuo, atomizada.

Contra esta hiperregulación, era inevitable que se elevara la reivindicación de una desregulación, cuyo apogeo no está muy lejos de nosotros, en la segunda mitad del siglo XX. Esta desregulación irá a la par con la proclamación de la necesidad de un regreso a una economía de mercado regulada esencialmente por la equidad. El mismo Habermas, aprendiendo las lecciones de los eventos que se desarrollaron en el Este en 1989, estima que las sociedades complejas no pueden reproducirse si no conservan la integridad de la lógica de una economía de mercado³⁵.

De la regulación a la desregulación: el regreso del juez en equidad

Y así es como, en las obras de los teóricos del neoliberalismo, nuevamente aparece, con los repetidos llamados a la desregulación, la idea de un recurso a la equidad, concepto retomado por los actores de esta “sociedad abierta” de la cual habla Karl Popper, o de esta “gran sociedad” (*extended Society*) de la cual Hayek se hizo cantor. Tan sólo hay que remitirse al subtítulo de su famosa obra *Derecho, legislación y libertad*³⁶: “Una nueva formulación de los principios liberales de justicia y de economía política”. Ahora bien, los ataques de Hayek esencialmente tienen dos blancos, que respectivamente son el constructivismo cartesiano y el espejismo de una justicia social.

El error del constructivismo mecanicista

Acerca del primer punto, es muy elocuente el mensaje con el cual se concluyó la obra: «El hombre no es el dueño de su destino y jamás lo será; su misma razón progresa constantemente, empujándolo hacia lo desconocido y lo imprevisible, y es allá donde él aprende nuevas cosas»³⁷. Hayek desarrolla en este libro el postulado que enunciaba en un libro anterior³⁸, a saber: «la justificación de la libertad individual se funda principalmente en la constatación de nuestra inevitable ignorancia sobre un gran número de factores de los cuales depende la posibilidad de realizar la mayoría de nuestros objetivos, así como nuestro bienestar». Se pregunta Hayek: ¿cómo pudo Descartes inducir en error hasta este punto a los gobernantes, hasta dejarlos creer que su método del conocimiento era suficiente para permitir la construcción de un sistema social?

Para Hayek, «hay dos maneras de considerar la estructura de las actividades humanas»³⁹; la primera, «afirma que las instituciones humanas no servirán a los proyectos humanos, a menos que ellas hayan sido deliberadamente elaboradas en función de esos proyectos»; es una perspectiva muy «agradable para la vanidad humana», puesto que «nos procura un sentimiento de poder ilimitado para realizar lo que nosotros queremos». Según Hayek, la responsabilidad de este racionalismo constructivista erróneo le incumbe en principio a Descartes y a su “duda radical”, mientras que la responsabilidad de las aplicaciones que se propusieron a los problemas sociales y morales es imputable a Hobbes. De eso resulta un «desprecio para la tradición, la costumbre y la historia en general», de tal manera que tan solo la razón le permite al hombre ser capaz de edificar nuevamente la sociedad.

Hayek asegura que «los hechos contradicen la idea implícita que fundamenta la creencia según la cual el hombre ha adquirido el dominio de su ambiente [...] numerosas instituciones de la sociedad, que son condiciones indispensables para perseguir de manera eficaz nuestras metas concientes, son en efecto el resultado de [unas] costumbres, [unas] prácticas que no han sido inventadas ni se observan con el fin de obtener unas metas de esta naturaleza». De ahí se siguen «unas reglas de las cuales nosotros a menudo no conocemos ni la razón de ser, ni el origen, y de las cuales con frecuencia desconocemos la existencia».

Confirmación de la intuición del libro anterior, en el cual Hayek ya escribía que las instituciones son adaptaciones a ese hecho fundamental que es la ignorancia, una adaptación a las casualidades y a las probabilidades, mas no a la certeza. De ahí

que el legislador deba descubrir las leyes, mas no inventarlas; que él deba limitarse a reglas generales y abstractas. Sin embargo, es conveniente distinguir entre los órdenes a los cuales está destinada la regulación. Hayek, en efecto, distingue entre el orden espontáneo y la organización (orden confeccionado, exógeno, artificial, construido). Este último es inevitable; al interior de él se legisla, pero hay que hacerlo con prudencia y parsimonia. Las reglas de organización puestas por la autoridad «sirven para edificar deliberadamente una organización con objetivos determinados».

El orden espontáneo, por el contrario, está regulado por unas normas de conducta aprendidas⁴⁰. Estas últimas «gobiernan nuestras acciones, y la mayoría de las instituciones que se liberan de esta regularidad son adaptaciones a la imposibilidad para cualquier persona de tomar conscientemente en cuenta todos los distintos hechos que componen el orden de la sociedad»⁴¹. Ahora bien, justamente, «la posibilidad de la justicia reposa sobre esta limitación ineluctable de nuestro conocimiento de los hechos»⁴².

El construccionismo –que llamaremos “mecanicista”– del cual habla Hayek es responsable, según él, de dos errores fundamentales: el mito del legislador supremo⁴³ y la idea de que todo lo que impone este legislador supremo es ley, y que sólo es ley lo que expresa su voluntad. Lo que prima, en realidad, en la regulación social, son las reglas de justa conducta.

El espejismo de la justicia social

Un juez como este no podría entonces, «en lugar de decidir sobre unos principios de justa conducta individual [...] guiarse por lo que llaman *justicia social*»⁴⁴. En efecto, la expresión “designa justamente

el hecho de anhelar unos resultados particulares en contra de ciertos individuos o grupos, cosa imposible al interior de un orden espontáneo». Ella es justamente el contrario de la *justicia* según Hayek, atributo de la conducta humana, fundamento y limitación indispensable para toda ley⁴⁵. Mientras «las reglas de justa conducta implican unas acciones individuales que afectan a terceros», «determinan únicamente ciertos aspectos abstractos del orden» espontáneo, y no su contenido concreto relativo a los particulares⁴⁶, y son, en consecuencia, «generalmente prohibiciones de conducta injusta»⁴⁷, mientras que la justicia, en síntesis, puede definirse como «el principio de tratar a todo el mundo según la misma norma»⁴⁸, la justicia social «o económica» se refiere a un atributo de las «acciones» de la sociedad o del «tratamiento» de los individuos.

La expresión “justicia social” no es antigua, como lo denota Hayek, y no se remonta a más de un siglo atrás. Ella corresponde a una constatación: que la manera «en la cual el mecanismo del mercado asigna las ventajas y las cargas» es tal vez muy injusta. La imaginación pública fue rápidamente conquistada por esa expresión, y «las reivindicaciones de *justicia social*, en gran medida, transformaron el orden social»⁴⁹. Pero Hayek anota que aquello se hizo sobre el fundamento de un error: que la injusticia denotada anteriormente tan sólo podría ser vista como una injusticia, «si esta asignación (de los mecanismos del mercado) fuese el resultado de la decisión deliberada de una u otra persona. Sin embargo, eso no es así. El papel de cada uno es el resultado de un proceso cuyas consecuencias para los individuos no fueron previstas, ni fueron intencionales en el momento en que las instituciones tomaron cuerpo». Y concluye: «Evidentemente es absurdo exigir a cierto

proceso que satisfaga la justicia; y escoger en una sociedad determinada a una u otra persona como titular del derecho de recibir un papel especial es algo evidentemente injusto»⁵⁰. La *justicia social* parecía, añade Hayek, como «un nuevo valor moral que debemos adicionar a aquéllos que ya se reconocían [...] No nos damos suficientemente cuenta de que, para dar a la expresión un contenido intelegible, sería necesario efectuar un cambio completo del carácter del orden social en su conjunto, y sacrificar numerosos valores que hasta el momento han regido este sistema»⁵¹.

En consecuencia, en un orden económico basado en el mercado, el concepto de *justicia social* no tiene sentido ni contenido. Sin embargo, no es posible mantener un orden de mercado que imponga, en nombre de la justicia social, «un modelo de remuneración fundado en la estimación de los resultados o de las necesidades de los diversos individuos o grupos que realice una autoridad con el poder de hacerlo obligatorio»⁵². En el juego económico, como en cualquier juego⁵³, sólo la conducta de los jugadores puede ser justa, pero no el resultado.

Quedaría por saber si los jugadores no ameritarían jugar en condiciones iguales. Hayek trata sin vacilar el asunto de la igualdad de posibilidades «o igualdad de partida»⁵⁴. Se refiere exactamente –y no carece de interés el análisis– a la expresión francesa «la carrera abierta para los talentos». Lo hace, ¿cómo podemos dudarlo?, para rechazar la idea. «Sería necesario llegar al punto –explica– en el cual el poder político dispone literalmente de todos los elementos susceptibles de afectar el bienestar de cada persona. Independientemente de lo atractiva que pueda ser en principio la fórmula *igualdad de oportunidades*, desde que la idea se extienda más allá de los servicios que, por otras

razones, debe proveer el gobierno, ello se vuelve un ideal totalmente ilusorio, y todo intento de hacerlo ocurrir en la realidad podría crear una pesadilla»⁵⁵.

Cuando se trata de la huelga, Hayek es absolutamente claro: «El sentimiento de injusticia probado por la gente cuando un ingreso al cual están acostumbrados disminuye o desaparece, nace en gran medida de la idea de que ellos moralmente merecieron dicho ingreso y que, desde que trabajen tan acuciosa y honestamente como antes, ellos tienen el derecho en equidad de seguir recibiendo dicho ingreso. Pero la idea de que hemos adquirido un mérito moral que nos da derecho a lo que ganamos honestamente en el pasado, es muy ilusoria. Tan sólo es cierto que se había cometido una injusticia hacia nosotros quitándonos lo que habíamos efectivamente adquirido observando las reglas del juego [...] Nuestro único título moral a lo que el mercado nos da, reside en el hecho de que nos sometemos a las reglas que hacen posible el orden del mercado»⁵⁶. Es cierto que los gobiernos pueden «asegurar a todo el mundo protección contra la pobreza extrema, bajo la forma de un ingreso mínimo garantizado o de un nivel de recursos por debajo del cual nadie puede caer»⁵⁷, pero ello deberá hacerse «por fuera del mercado para todos aquéllos que [...] son incapaces de ganar en el mercado con qué subsistir».

La idea misma de *justicia social* «destruye el carácter espontáneo del orden del mercado; en este sentido, la *justicia social* es contraria a la libertad»⁵⁸. Ella es, además, incompatible con la idea de una sociedad abierta, global⁵⁹, y Hayek, a este propósito, anota que «estos mismos medios, que en el seno de los estados existentes elevan las más fuertes exigencias de *justicia social* [...] por lo general son los primeros en rechazar la sugerencia de que los

extranjeros sean tratados de la misma manera»⁶⁰. En pocas palabras, «la *justicia social* se ha vuelto simplemente un grito de convocación para todos los grupos cuyo estatuto tiende a decrecer»⁶¹. En efecto, es «una expresión de rebelión del espíritu tribal contra las exigencias abstractas de la lógica de esa Gran Sociedad sin objetivo común que se pueda ver»⁶². Romper «con el principio de la *igualdad de trato ante la ley*, incluso en nombre de la caridad», significa «abrir las puertas al arbitrio permanente»⁶³. Y «la rebelión contra el carácter abstracto de las reglas que debemos observar en la Gran Sociedad, y la predilección por lo concreto cuyo alcance humano sentimos, son [...] simplemente la señal de nuestra insuficiente madurez intelectual y moral ante las necesidades de un orden global impersonal de la humanidad»⁶⁴.

Por una justicia global

El objetivo que Hayek persigue es entonces el desarrollo de intereses individuales que no se consideran integralmente conocidos, en el cuadro de una Gran Sociedad, una sociedad abierta, es decir un orden global. Esta última está sometida a unas reglas de justa conducta que se inscriben dentro de un sistema. Hacia el final de su obra, al escribir el último tomo unos años después de haberla emprendido, adhiere abiertamente a una sistemática que se podría calificar como autorreferencial. «Aunque la expresión *orden espontáneo* continúa gustándome —escribe⁶⁵— estoy de acuerdo con que la expresión *orden auto-generado*, o de *estructura auto-organizada* tal vez sea más precisa, más exenta de ambigüedades [...] Igualmente [...] me nace hablar de *sistema*, de no ser así habría escrito *orden*».

El proceso para poner en marcha este plan pasa por la reducción del papel del Estado y el aumento del papel del juez, guardián de las reglas de justa conducta:

A. *Disminución del papel del Estado* no significa Estado mínimo. En efecto, «en una sociedad evolucionada el gobierno debe servirse de su poder fiscal para asegurar cierto número de servicios que, por diversas razones, no pueden ser proporcionados, por lo menos o de manera adecuada, por el mercado»⁶⁶. La existencia de actividades legítimamente asumidas por el gobierno en su papel de administrador de recursos comunes no significa que el Estado pueda utilizar, como proveedor u organizador de esos servicios, su derecho de imposición que se le reconoce en lo que se refiere al mantenimiento de la ley y la defensa. Si el Estado gozara de privilegios, tan sólo sería como guardián de la ley y del orden, pero no como prestatario de servicios.

El Estado es esta «organización del pueblo en un territorio bajo un gobierno único», a la cual organización «se le pide proveer de manera efectiva un marco al interior del cual puedan formarse los órdenes autogenerados, pero que englobe únicamente el aparato de los poderes públicos y no pueda determinar las actividades de los individuos libres»⁶⁷. Por esta razón, su papel es limitado, contrariamente al de la sociedad civil, «tejido de múltiples relaciones voluntarias entre individuos y grupos organizados»⁶⁸.

Sin embargo, el campo de las actividades de servicio abandonadas por Hayek al gobierno no es tan restringido como para que deje pensar en una caricatura de neoliberalismo. Se trata en principio de los *bienes colectivos*: «La protección contra la violencia, las epidemias, las fuerzas naturales como inundaciones o avalanchas [...] un gran número de las comodidades que

hacen tolerable la existencia en las ciudades modernas; la mayoría de las vías de comunicación (aparte de las rutas de larga distancia por las cuales se puede percibir un peaje); la definición de pesos y medidas; proporcionar informaciones que van desde el catastro a los mapas, a las estadísticas y a la certificación⁶⁹ de calidad de ciertos bienes y servicios ofrecidos en el mercado». A lo anterior hay que añadir un dominio para el cual el Estado aún no ha proporcionado todas las garantías: la protección y el secreto de la vida privada⁷⁰. La explicación es simple: «En algunos casos, el hecho de proveer ciertos servicios no daría origen a una remuneración para aquellos que los proveen, de suerte que el mercado no los produciría».

Por el contrario, «el hecho de que ciertos servicios deben financiarse con impuestos, de ninguna manera implica que los servicios en cuestión deban ser también manejados por el gobierno». Entonces, se trata de una empresa concurrencial que funciona. Un ejemplo extremo de ese sistema lo proporciona Milton Friedman⁷¹, quien proponía distribuir a los padres de los niños en edad escolar unos bonos que debían servir para el pago de los colegios de su elección.

Igualmente, la *fiscalización* es uno de los servicios que se esperan del Estado. Su fundamento es «que cada uno asiente en pagar, según un mismo principio uniforme, su derecho a recibir unos servicios financiados por el fondo común»⁷². Su limitación es que, en una democracia, «el proceso de decisión debería conducir a una limitación racional del volumen del gasto público total».

El Estado debe también hacerse cargo de cierto número de riesgos concernientes al infortunio. La razón es la progresiva disolución de los nexos en la comunidad local, y el acercamiento de una sociedad

abierta sumamente móvil que hace más frágiles a muchos individuos. Enfermos, hombres y mujeres de la tercera edad, discapacitados físicos o mentales, viudas y huérfanos corren el riesgo de no poder ganarse la vida en el mercado. Entonces hay que asegurar para ellos una cantidad mínima de recursos⁷³. Lo anterior no deja de causar problemas, por el hecho de que se trata de reconocer «una especie de prioridad colectiva de los recursos del país, lo que no es compatible con la idea de una sociedad abierta»⁷⁴. Pero Hayek no tarda en precisar que eso de ninguna manera tiene relación con una “justa” repartición de los ingresos en nombre de una *justicia social*.

Entre los muchos servicios cuya carga corresponde al gobierno, aún debemos citar la delimitación del *sector público*, que no se define en términos de *funciones* o de *servicios*, sino como el conjunto de medios materiales puestos a disposición del Estado para atender el conjunto de necesidades que se le encomienda satisfacer, mientras dichas necesidades no pueden ser satisfechas mejor por otras vías. Tal definición entonces excluye del ámbito de los servicios a cargo del Estado sectores como la cultura (que debería devolverse al mecenazgo), o «la educación pública, los hospitales, las bibliotecas, los museos, los teatros, los parques, no creados en principio por los gobiernos»⁷⁵. Tomando por ejemplo lo que ocurre en el mundo anglosajón, el autor entiende, acerca de este asunto, que hay que remitirse a las fundaciones e institutos, a las asociaciones privadas, a los innumerables organismos de beneficencia y de caridad... como si la historia no mostrase las limitaciones de los servicios proporcionados así, y como si no fuera sino por un afán totalitario que los gobiernos hubieran llegado a preocuparse por estos asuntos.

Igualmente, se excluyen de los servicios legítimamente prestados por el gobierno los monopolios sobre la moneda o los servicios postales. Hayek demuestra que esas actividades no son atribuciones necesarias, ni naturales para los gobiernos. Lo mismo ocurre con la *información*, aunque sea «difícil pretender que el gobierno no debe de ninguna manera intervenir en este dominio»⁷⁶, argumento que Hayek utiliza igualmente en lo que atañe a la educación, con el motivo de que los menores de edad «aún no son ciudadanos responsables» y que sus padres «no siempre están en capacidad o desean invertir». En un gesto de generosidad (!) Hayek llega hasta extender esta protección a los adultos en la medida en que «la educación puede despertar en quienes la reciben unas capacidades de las cuales ellos aún no tenían conciencia»⁷⁷. A falta de una verdadera contradicción acerca de este punto, hay que reconocer cierta vacilación del pensamiento. A menos que admitamos que la educación debe, por principio, incumbir a la empresa privada, salvo cuando el Estado interviene para proteger a los menores y a los mismos adultos. Pero, ¿cuál será el alcance de la esfera de excepción? Hayek no ayuda a precisarla. Se limita a condenar absolutamente el monopolio del Estado sobre la educación general, y a lanzar una duda sobre la facultad de éste último a administrarla.

Lo que es claro en todo eso, es que Hayek entiende que sean respetadas las reglas de juego de la sociedad, en su mayor rigor, sin injerencias del gobierno, y con la garantía de que éste prohibirá a cualquier grupo organizado la alteración de este juego. En todo caso, «no queda ninguna justificación en utilizar la imposición para determinar la escala de ingresos»⁷⁸, y «no puede ser asunto de la justicia definir que, en un momento dado, una persona debería ser

presionada para cumplir el interés general, así como tampoco decir cuánto debería ofrecérsese como remuneración. La utilidad social relativa de las diversas actividades de una persona [...] desafortunadamente está por fuera de la competencia de la justicia y resulta de eventos que nadie puede prever ni controlar»⁷⁹. La justicia, repite Hayek, es tratar a todo el mundo según unas reglas uniformes, sin importar las diferencias concretas.

B. *En este contexto, el juez ve crecer su papel.* Es el guardián de estas reglas de justa conducta que aseguran el respeto del orden espontáneo. Sin ser aparentemente consciente, Hayek nos reconduce a Jean Domat, quien definía las leyes del hombre como «las reglas de su conducta»⁸⁰, y distinguía la justicia de las leyes naturales de aquélla de las leyes arbitrarias⁸¹. Hay aquí, no se puede negar, un acercamiento impresionante a las reglas de justa conducta y la diferencia entre el orden espontáneo y el orden construido, conceptos sobre los cuales Hayek fundamenta su propia teoría. Domat escribe que la justicia de las leyes naturales es la misma en todos los tiempos y en todos los lugares, puesto que hace parte de un gran diseño divino del cual poco se conoce, y la cual el juez tiene por misión revelar según las causas que se le someten. Afirma Hayek que las reglas de justa conducta designan las «reglas independientes de cualquier objetivo, que concurren a formar un orden espontáneo, por oposición a las reglas de organización, que se ordenan hacia una meta precisa»⁸².

Y sin embargo Hayek afirma que su teoría no es de derecho natural. Perteneció igualmente a esa generación de filósofos políticos y juristas de cultura germánica que reaccionaron a los horrores del nazismo, optando por una perspectiva iusnaturalista: los Coing, los Fechner, los Wieacker, los

Thieme... ¡ninguno de ellos, sin embargo, citado por él!

Otro parecido con la teoría iusnaturalista de Domat: es al juez a quien pertenece en gran parte la tarea de desatar las reglas en su esfuerzo por resolver las diferencias⁸³. «Es únicamente de la prudencia y del deber del legislador, prever los eventos más naturales y más ordinarios, y formar sus disposiciones de tal manera que, sin entrar en los detalles de cada caso, se establezcan unas reglas comunes para todos, discerniendo los casos que ameritan excepción o disposiciones particulares. Y es por tanto deber del juez aplicar las leyes no sólo a lo que aparece reglamentado por disposiciones expresas, sino a todos los casos en los cuales se pueda hacer una justa aplicación, y que cumplen con el sentido expreso de la ley o bien están entre las consecuencias que de ella se pueden derivar»⁸⁴.

Por su parte, Hayek exalta esos sistemas de derecho en los que predomina el juez. Es este último, en efecto, quien está llamado a «intervenir para corregir las perturbaciones sobrevinientes en un orden» espontáneo, un orden «que no fue acomodado por quien fuera y que no se fundamenta en unos mandamientos que indican a los individuos lo que deben hacer»⁸⁵. Por ende, afirma que «el juez es, en este sentido, una institución propia del orden espontáneo».

¿Sobre cuáles criterios puede el juez fundamentar sus decisiones? «Las preguntas sobre las cuales ha de decidir no serán si las partes obedecieron a la voluntad de una autoridad cualquiera, sino si sus acciones fueron conformes con el comportamiento que la otra parte podía razonablemente esperar, porque corresponden a las prácticas sobre las cuales se regula la conducta cotidiana de los miembros del grupo»⁸⁶. El juez se preocupa únicamente por lo que las personas que se dirigen a él pueden legítimamente

esperar, «siendo que la palabra *legítimo* está ligada al tipo de pronósticos sobre los cuales sus acciones en la sociedad habitualmente se fundan». Al llamar a un juez imparcial, se garantiza que el asunto será juzgado aquí como se juzgaría en otro sitio y en otro momento totalmente diferente. El derecho de los jueces presenta esta superioridad de traducir “en el lenguaje lo que la gente habría aprendido a observar en acción”.

La razón de ser de la función judicial es, entonces, mantener un orden permanente y eficaz de las acciones⁸⁷, contribuir al «mejoramiento de estos aspectos abstractos y permanentes de un orden de actividades que se le da y que se mantiene a través de los cambios en las relaciones entre particulares»⁸⁸. Así que el juez no es «libre de pronunciar cualquier norma que le plazca. Las normas que enuncia deberán llenar un vacío bien determinado en el sistema de normas ya reconocidas», manteniendo las nuevas normas y mejorando el orden existente de las acciones. El juez recupera, en el sistema de Hayek, un papel preponderante: aunque las reglas de buena conducta sean el producto de una creciente espontaneidad, su mantenimiento y su perfeccionamiento pertenecen al juez⁸⁹. Es su menester definir las expectativas legítimas dignas de protección, divisando «este resultado global: permitir que el mayor número posible de expectativas se confirmen»⁹⁰.

Una vez ahí, nos damos cuenta de la distancia que separa a Domat de Hayek. El primero no se preocupa de las expectativas legítimas; las expectativas de ética se encuentran inscritas en la ley natural, razón natural que gobierna a todos los hombres, que no es otra cosa que la ley divina impresa en el corazón de los individuos. Hayek tiene una opinión completamente diferente: «lo que ha hecho a los hombres buenos, no es la naturaleza ni la razón, sino la tradición»⁹¹.

Y se enfada contra la falsa dicotomía del natural y del artificial que tanto querían los iusnaturalistas racionalistas de la época moderna⁹².

Tal es la razón por la cual, a pesar de los grandes acercamientos, no se puede hablar de una misma visión del juez. Aunque el papel que se confía a éste último es muy importante en una y otra doctrina, en la de la tradición jurídica occidental que precedió la era de las codificaciones, así como en la del neoliberalismo de Hayek, los fundamentos y los objetivos son muy diferentes de la una a la otra.

DOS PROYECTOS DE SOCIEDAD

A estas dos visiones de juez corresponden, en efecto, dos proyectos de sociedad. Lo anterior puede verificarse a su vez en los fundamentos de estos dos proyectos y en sus derivaciones:

Del orden del oikos al orden del mercado

Para fundamentar su teoría, Hayek se refiere mucho a algunos conceptos griegos. No deja de ser interesante darse cuenta de la manera como se pasa de un orden natural al orden del mercado.

Del derecho natural al orden espontáneo

Ahora bien, es justamente en el *Económico* de Jenofonte donde se encuentra una explicación del orden, otro concepto que el autor comparte grandemente. En este texto, Isómaco cuenta a Sócrates —que había sido discípulo de Jenofonte, como Platón— como él mismo educó a su muy joven mujer enseñándole a devenir una anfitriona modelo. Acabamos de visitar

un gran navío fenicio, admirablemente equipado. Isómaco saca de ello una gran lección de orden. Recordemos ese importante lineamiento del carácter griego: no sólo el gusto por el orden, sino el sentido y la constante preocupación por la belleza. Es necesario tener un alma muy griega para descubrirla con Jenofonte, y con el riesgo, como él lo dice, de «hacer reír a los pequeños bobos», hasta en unos zapatos o unas ollas bien ordenadas. Entonces, es así como al principio del pasaje, se trata del orden desde el punto de vista práctico; finalmente, el orden es armonía, ritmo y música, en el sentido infinitamente amplio que esta palabra implica en griego:

«Por tanto yo, considerando la exactitud diligente de todo los equipos [de esta embarcación], le decía a mi mujer lo siguiente: “Seríamos absolutamente indolentes si, de una parte, aquellos [que están] en las embarcaciones, aunque esas embarcaciones sean pequeñas, encuentran un espacio para cada objeto y, cuando son agitados fuertemente, conservan sin embargo su buen orden y, cuando están muy asustados pueden sin embargo encontrar el objeto que necesitan tomar en sus manos; y si nosotros, por otra parte, cuando hay espacios bien identificados para cada objeto en nuestra casa, espacios amplios y, cuando la casa se encuentra inmóvil sobre el suelo, ¿no encontraríamos un espacio para cada uno de esos objetos, un buen lugar en el cual los podamos encontrar fácilmente? ¿No sería una enorme estupidez de nuestra parte? –Entonces, ¡cómo [es] ventajoso que todos los objetos estén muy bien en orden!, y cómo [es] fácil encontrar en nuestra casa para cada especie de esos objetos un lugar para ponerlos, así como es útil para cada especie [de objeto]; con esto está dicha la cosa. Pero, ¡qué bello espectáculo cuando unos zapatos están bien puestos en la fila,

aunque no sean nuestros! ¡y qué bonito espectáculo es ver unas ropas bien separadas las unas de las otras, aunque sean de cualquiera! ¡y qué hermoso espectáculo, unas alfombras! ¡y qué bonito espectáculo, unos objetos de bronce! ¡y qué bonito espectáculo, un servicio de mesa! ¡y qué bonito espectáculo también –aquél que, sobre todas las cosas, pondría más en ridículo no al hombre serio sino al pequeño señor–; esto, lo aseguro, ¡que incluso unas ollas parecen [tener] un buen ritmo cuando ellas tan solo están ahí señoriles! y los demás objetos de alguna manera parecen más bonitos únicamente por el hecho de estar en orden. En efecto, cada especie [de objeto] parece un coro [...] Ahora bien, si he dicho la verdad en lo anterior, se permite –decía yo– mi señora, hacer también una experiencia, sin daño alguno para nosotros y sin mucha pena”»⁹³.

Oikos es a la vez la habitación, *oikía*, y todos los bienes implícitos⁹⁴. Y esta concepción reinará todavía cuando Domat ponga de nuevo las reglas del juego de la sociedad en su orden natural. El orden en el ritmo, es el *kósmos*, del cual los griegos darán el nombre al mundo, y que Hayek va a oponer al orden construido, *táxis*. De este “*kósmos*”, Hayek deriva su orden espontáneo del cual uno de los arquetipos es el *mercado*.

Con frecuencia escuchamos a nuestros colegas sorprenderse por el hecho de que el mercado es tratado generalmente, tanto por los neoliberales como por sus oponentes, como un sujeto, como si actuara. Ellos se asombran: «¡Yo jamás he visto el mercado!». Quien haya leído a Hayek no puede hablar así. No porque Hayek haya visto el mercado. El mismo habla de «la mano invisible del mercado»⁹⁵. Por el contrario, explica que el mercado pertenece a la abstracción. No deja de repetir que las reglas

que lo rigen son necesariamente abstractas. «Que fue posible para los hombres vivir juntos pacíficamente y con mutuo beneficio, sin tener que ponerse de acuerdo sobre unos objetivos concretos comunes, y simplemente, regidos por unas reglas de conducta abstractas, tal vez fue el mayor descubrimiento que jamás haya hecho la humanidad»⁹⁶. En efecto, «en un orden económico que implica una división del trabajo de muy amplias proporciones, no puede tratarse de perseguir unos objetivos comunes concretamente procurados, sino de guiarse únicamente por unas reglas abstractas de conducta individual»⁹⁷.

Es cierto que «la demostración de los economistas del hecho de que el mercado genera un orden espontáneo fue vista, por la mayoría de los juristas, con desconfianza y casi como un mito»⁹⁸. Él es ajeno a su formación de concebir que «el objetivo político en una sociedad de hombres libres [ya no sea] un máximo de resultados conocidos con anterioridad, sino tan sólo un orden abstracto»⁹⁹. Lo más sorprendente es que «unas reglas abstractas de justa conducta no pueden más que abrir unas posibilidades, pero no determinar unos resultados particulares»¹⁰⁰.

El mercado: Hayek habla de él bajo otro nombre griego, el de *catallaxia*, que etimológicamente significa, a su vez, intercambiar, admitir en la comunidad, hacer un amigo de un enemigo. Él la define como «el orden generado por el ajuste mutuo de numerosas economías individuales en un mercado. Es entonces la especie particular de orden espontáneo producido por el mercado a través de los actos de la gente que se conforman a las normas jurídicas concernientes a la propiedad, el daño y los contratos»¹⁰¹. Otra reminiscencia de Domat, que dividía todo el derecho en derecho de

los bienes y derecho de las obligaciones (incluyendo el de la responsabilidad).

«Cuando una economía propiamente dicha es una organización [...] el *kosmos* del mercado [...] sirve a la multitud de los objetivos distintos e inconmensurables de todos sus miembros individuales»¹⁰². Dos obsesiones golpean aquí el pensamiento de Hayek. La primera es que se confunde la economía con el mercado. La una es una *táxis* y una *teleocracia*; la otra es un *kósmos* y una *nomocracia*¹⁰³. La segunda obsesión de Hayek es que el orden espontáneo jamás debe ser remplazado por una organización deliberadamente dirigida. Si no, el *kósmos* deviene *táxis*. Más exactamente, si «el *kósmos* del mercado debía ser remplazado por una *táxis* cuyos miembros deberían hacer lo que se les dice que hagan», el orden del mercado sería destruido y la sociedad necesariamente empezaría su marcha hacia el totalitarismo¹⁰⁴, puesto que «una sociedad libre es una sociedad pluralista sin jerarquía común de fines particulares»¹⁰⁵.

El proceso de mercado genera unas señales impersonales, que «dicen a la gente cómo hacer para adaptar sus actividades a unos eventos de los cuales ellos directamente no tienen conocimiento»¹⁰⁶.

Aún, es necesario respetar una disciplina de mercado. Esta última consiste en principio en tomar el mercado por lo que es: un juego¹⁰⁷. Es un juego creador de riqueza, porque «aporta a cada jugador información que le permite responder a unas necesidades de las cuales no tiene conocimiento directo, y de hacerlo gracias a unos medios cuya existencia le sería desconocida si no hubiese intervenido este juego; por allí se hace posible la satisfacción de una gama de necesidades más amplia»¹⁰⁸. Del hecho de que este juego aumenta las opciones de todos los jugadores, nadie recibe trato diferente. Y no es contrario a la equidad que el

resultado del juego difiera mucho de una persona a la otra¹⁰⁹. La parte del riesgo relativo a estos resultados no sería menor si estos esfuerzos se inscribiesen en una economía dirigida y planificada por el Estado: «la única diferencia sería que el éxito o fracaso [de los esfuerzos individuales] no dependería de su propio conocimiento, sino del conocimiento de la autoridad competente»¹¹⁰. Muy por el contrario, «sería ilógico e injusto desviar una parte del flujo de bienes hacia uno u otro grupo de jugadores que, según alguna autoridad, lo ameritase»¹¹¹. Toda intervención autoritaria en una *catallaxia* «crea un desorden y no puede en ningún caso ser justa»¹¹².

De ahí, parece que «las reglas indispensables de la sociedad libre exigen de nosotros unas cosas muy desagradables, tales como resistir la competencia de los demás, verlos más ricos que nosotros, etc. [...] Sin embargo, los objetivos últimos jamás son económicos [...] Es la disciplina de mercado lo que nos obliga a calcular»¹¹³. Es esta disciplina la que «protege al individuo contra la violencia arbitraria de los demás, y lo pone igualmente a trabajar para construir por sí solo un dominio protegido sobre el cual nadie tiene el derecho de invadir, y al interior del cual él puede servirse de lo que sabe para procurar lo que él quiere»¹¹⁴. Estamos aquí en todo el corazón de la teoría de Hayek: el grande cambio, según él, se produjo cuando se pasó de una sociedad de grupo restringido, donde la comunidad protegía pero en la cual el individuo no era libre, a una sociedad abierta, abstracta, «que ya no estaba unida por unas metas concretas comunes, sino únicamente por la obediencia a las mismas reglas abstractas»¹¹⁵. A las *mismas* reglas

abstractas: aquí se alberga la equidad según Hayek.

Del constructivismo positivista al evolucionismo autoprogramado

Hemos visto la reacción de Hayek contra lo que él llama constructivismo cartesiano. Propone un método alternativo, que designa con el calificativo de evolucionismo autoprogramado. Sin dejarse llevar al evolucionismo en el sentido de creer en las «leyes de la evolución»¹¹⁶, defiende un evolucionismo selectivo. Postula que «funciona un mecanismo cuyos resultados dependen enteramente de condiciones marginales desconocidas, presentes en el medio en el cual opera»¹¹⁷. Añade: «Las estructuras formadas por las prácticas tradicionales de los hombres no son naturales en el sentido de ser biológicamente determinadas, ni artificiales en el sentido de ser producidas por un proyecto inteligente, sino que son el resultado de un proceso comparable a la canalización o a la filtración, guiado por las ventajas diferenciales que adquieren unos grupos, del hecho de prácticas adoptadas por alguna razón desconocida y tal vez puramente accidental»¹¹⁸.

Se trata de un orden autogenerado¹¹⁹, dotado de un mecanismo regulador¹²⁰ y perteneciente a un sistema. Se refiere aquí a Von Bertalanffy, a la teoría de la información y de la comunicación, a la semiología¹²¹, pero sin extenderse sobre un asunto que él manifiestamente no domina de manera completa. Lo que le importa es hacer pasar este mensaje, que «el interés común a todos los miembros de una sociedad no es la suma de los intereses comunes a los miembros de los grupos [...] reside únicamente en la adaptación permanente a los cambios de circunstancia [...] Es por el interés de todos, que algunos se encuentren en la necesidad

de hacer alguna cosa que les resulte desagradable (por ejemplo, cambiar de actividad o aceptar un menor ingreso), y este interés general tan solo será cumplido con el reconocimiento del principio de que cada uno debe aceptar el cambio, cuando circunstancias independientes de la voluntad de cualquiera hacen que sobre él recaiga esta necesidad»¹²². Ninguna igualdad, entonces, puede esperarse de una sociedad de hombres libres; únicamente la igualdad que resulta de una aplicación *idéntica* a todos de normas de conducta abstractas *idénticas*. El mantenimiento de la democracia, según Hayek, en una sociedad abierta sería a ese precio.

Del Estado de las familias al consumo globalizado

De los principios fundadores

Una vez más, existe una similitud muy grande entre los principios fundadores de la doctrina iusnaturalista racionalista moderna que llevó a las declaraciones de los Derechos del Hombre y al Código Civil, por una parte, y aquellos a los cuales se refiere Hayek. La paz, la libertad, la justicia son, para éste último, los principios básicos de una democracia. Cuando nos arriesgamos a proporcionar el modelo de Constitución para una verdadera democracia, en una sociedad abierta de hombres libres, para retomar sus propias palabras, él afirma que la causa fundamental sería que «A los hombres se les podría prohibir hacer lo que ellos quisieran, u obligar a hacer ciertas cosas, tan solo de conformidad con las reconocidas normas de justa conducta, concebidas de manera tal que definan y protejan el dominio personal de cada uno de ellos»¹²³, «dominio protegido (su *propiedad*) en el recinto en el cual ellos

puedan poner en práctica sus aptitudes para unos fines escogidos por ellos»¹²⁴.

Paz, libertad y justicia son los tres grandes valores “negativos”¹²⁵, lo que significa que son valores que, por estar protegidos, ameritan que se ordenen unas prohibiciones de hacer lo que iría en su contra. Es por esta razón que son «fundamentos indispensables de civilización», y los únicos que el Estado debe asegurar diciendo «no» a los perturbadores¹²⁶, utilizando su poder de imposición. Ellas están «ausentes en la situación *natural* del hombre primitivo», y constituyen «el fruto más importante [...] de las reglas de civilización».

Siendo un producto de la civilización, la libertad tan solo es posible por el desarrollo de una disciplina de civilización, que no es otra cosa que disciplina de libertad¹²⁷. Habiendo recordado que uno de los contenidos semánticos de la palabra *disciplina* es «sistema de normas de comportamiento», Hayek vitupera: «Es contra esta disciplina que el hombre aún se resiste»¹²⁸.

Con base en estos supuestos, la democracia parecería como «el único método que los hombres descubrieron para cambiar pacíficamente a los gobernantes»¹²⁹. En este sentido, ella es infinitamente preciosa, aunque «no es, desde lejos, el valor político más alto, puesto que una democracia sin límites podría bien ser algo peor que los gobiernos limitados diferentes a los democráticos»¹³⁰. Por ende, es preciso, ver en el «sentimiento de profunda decepción y de duda sobre el futuro de la democracia»¹³¹ uno de los efectos perversos de la concepción de una democracia sin límites. «Parece que éste es el destino regular de la democracia, que luego de un primer período de gloria durante el cual se entiende como una salvaguardia de la libertad personal [...] la democracia viene tarde o temprano a reivindicar el poder de regla-

mentar cualquiera cuestión concreta según la decisión de una mayoría, sin importar el contenido de esta decisión»¹³². El poder ilimitado es, según Hayek, la consecuencia final de la forma establecida de democracia. Habla del «pernicioso principio de la soberanía parlamentaria» transmitido al mundo por Gran Bretaña al mismo tiempo que de «las preciosas instituciones del gobierno representativo»¹³³. Pero él cree en un ideal democrático concebido como «procedimiento para determinar las decisiones del gobierno», sin referencia «ni a algún bien sustancial o algún objetivo de gobierno (como cierta igualdad material), ni a un método racional aplicable a unas organizaciones diferentes a las gubernamentales (tales como los establecimientos culturales, médicos, militares o comerciales)». Esas son «dos formas de abusar de la palabra *democracia*, que la privan de cualquier sentido preciso»¹³⁴. Entonces, no hay que esperar de la democracia que ella establezca la igualdad entre los individuos. La democracia no es sino un «método determinado por seguir en el ejercicio del poder»¹³⁵. Hayek propone remplazar el término *democracia*, desviado en una marcha hacia la igualdad, con el de *démarchie* [diligencia que se hace para conseguir alguna cosa] «para evocar el ideal [...] de una ley igual para todos»¹³⁶.

La democracia es entonces un valor negativo, «una regla de procedimiento que sirve de salvaguardia contra el despotismo y la tiranía»¹³⁷. El problema es que, «como ocurre con la libertad y la justicia, la democracia está a un paso de ser destruida por los intentos de darle un contenido *positivo*»¹³⁸. Y de estigmatizar el sistema actual, en el cual las decisiones sobre los problemas comunes son tomadas no por la opinión común de una mayoría de ciudadanos, sino por grupos de interés y de pre-

sión que no pueden rehusarse a favorecer a los representantes elegidos¹³⁹.

En pocas palabras, regresamos a la tesis central del libro, según la cual «lo único que, en una sociedad de hombres libres puede justificar la imposición es una opinión preponderante acerca de los principios que deben inspirar y disciplinar la conducta individual [...] Lo que no tiene relación alguna con una *voluntad* cualquiera, dirigida hacia un objetivo particular»¹⁴⁰.

No estamos muy lejos de cierto número de propósitos inmediatamente anteriores a la promulgación del Código Civil. Prueba es el artículo 5º de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, en el cual se puede leer: «La ley sólo tiene el derecho de prohibir las acciones dañinas para la sociedad. Todo lo que la ley no prohíbe no puede ser prohibido...». Y el Proyecto del año IX: «La ley [...] considera lícito todo lo que ella no prohíbe»¹⁴¹. Parece haber identidad de razonamiento sobre el carácter mínimo de la legislación estática, y sobre su papel esencial, que es un papel negativo. Sin embargo, el contexto, así como las fuentes de esos artículos, muestran que la filosofía era un compendio muy diferente. Según la tradición, se admite que las leyes –entendemos las que son el hecho de un gobierno– pueden ordenar, permitir, prohibir, anunciar recompensas y penas¹⁴².

Las leyes prohibitivas tan solo son una forma de leyes previstas en el Proyecto del año IX¹⁴³. La ley se define como «una declaración solemne del poder legislativo sobre un objeto de régimen interno y de interés común»¹⁴⁴. Nada se opone entonces a que el Estado decida redistribuir las riquezas para asegurar mayor igualdad entre los ciudadanos, lo que Hayek rechaza absolutamente. Entonces, no es extraño que éste busque una reestructuración de su teoría más allá de la elaboración, por parte del

pensamiento jurídico y político “moderno” (siglos XVI a XVIII), del universalismo tal y como nos será transmitido sobre todo en las declaraciones de derechos, modelos de constituciones y códigos. El universalismo, en efecto, desemboca en la existencia de derechos y deberes inherentes al individuo, inscritos en su corazón, unos derechos absolutos de fe que conducen inevitablemente a la búsqueda de una igualdad social sobre el fundamento mismo de estos derechos.

De la equidad y de las desigualdades en el proyecto universalista y en el proyecto global

Hablar de globalización, por el contrario –esta «interdependencia de todos los hombres [...] que tiende a hacer del género humano un solo Mundo Unido [y que] no solamente es un efecto del orden del mercado [sino que] no hubiese sido realizable por otros medios»¹⁴⁵–, es ubicarse en el cuadro de un proceso irremediable hacia una sociedad abierta y hacia la aceptación del riesgo. No se puede aceptar la globalización sin reconocer y admitir las desigualdades.

Domat, en un pasaje de *Lois civiles*, evocaba «las injusticias contrarias a la equidad»¹⁴⁶. Pero era para decir que no hacía falta considerar como tales «las decisiones que parecen tener alguna duración». Él anhelaba el rigor del derecho y se inscribía en la línea del adagio que evocábamos al principio: *Placuit in omnibus rebus proecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem*. Es bueno que en todas las cosas se prefiera la razón de la justicia y de la equidad a aquella del estricto derecho. ¡Nada que ver con la teoría de Hayek!

La marcha ineluctable hacia la globalización va, explica éste último, «obligatoriamente a conducir a una atenuación de la obligación hacia los miembros a los cuales estamos unidos en un mismo pequeño grupo»¹⁴⁷. Necesitamos entonces hacernos una razón: los avances de la justicia social a los cuales han llegado nuestros estados no son sino los restos de una época tribal cumplida. ¡Necesitamos actualmente olvidar los llamados de los miembros de nuestro grupo para avanzar deliberadamente hacia la sociedad global de hombres libres! En efecto, «únicamente entendiendo las reglas de justa conducta en las relaciones con todos los demás hombres, y al mismo tiempo eliminando su carácter obligatorio a aquellas normas que no pueden ser universalizadas, podremos marchar hacia un orden de paz universal susceptible de hacer de la humanidad entera una sola sociedad»¹⁴⁸. Además, «unas reglas de justa conducta no pueden ser las mismas para todos, puesto que los fines particulares no justifican la imposición»¹⁴⁹. «La rebelión contra el carácter abstracto de las reglas que debemos observar en la Gran Sociedad, y la predilección por lo concreto, cuyo alcance humano sentimos, son entonces simplemente la señal de nuestra insuficiente madurez intelectual y moral ante las necesidades de un orden global impersonal de la humanidad»¹⁵⁰. «El egoísmo del grupo cerrado, o el deseo de sus miembros de volverse un grupo cerrado, siempre se opondrá al interés común de los miembros de una Gran Sociedad»¹⁵¹.

Como ya hemos mencionado, un juego jugado según unas reglas jamás podrá tratar de manera justa a los jugadores. Eso no tiene relación alguna con la equidad, que se realiza desde que haya trato idéntico para todos, según las reglas abstractas de justa conducta¹⁵². La igualdad de oportunidades,

en lo que a ella se refiere, se reduce al pronunciamiento de un trato igual frente al derecho.

Así como la justicia social, menester de un Estado poderoso, bien seguía la línea del Código civil y la concepción de la sociedad napoleónica, así la equidad neoliberal, en el marco del orden espontáneo, no tolera esta justicia social, de la cual Hayek habla claramente como un espejismo (es el subtítulo del tomo 2). Encontramos, sin embargo, en esas páginas, ciertas preocupaciones que eran las de los solidaristas, a finales del siglo XIX, cuando reprochaban a los socialistas el transformar el derecho privado en derecho público y hacían un llamado a su beneficencia y a su caridad, propósitos que se reencuentran en Hayek¹⁵³.

A MANERA DE CONCLUSIÓN:
¿REGRESO DE UN CONTRAPESO,
PARÉNTESIS O DIALÉCTICA?

En el *Ensayo de análisis estructural del Código Civil francés*¹⁵⁴, presentaba yo este código como *la regla de juego en la paz burguesa*. Las reglas las pusieron muchos propietarios comerciantes. La equidad tan sólo se encontraba presente en cuanto concepto, ocupaba allí un lugar elegido para la igualdad absoluta de trato que aseguraba entre los jugadores. Pero tan sólo se consideraba jugador al varón mayor sano de espíritu y propietario. De esta manera, el Código Civil contenía en germen todas las demás alteraciones que el legislador estático podía introducir—y lo haría—para modificar los temas de dicha igualdad. El Estado-providencia se albergaba en el Código Napoleónico.

La doctrina de Hayek es totalmente diferente. No es necesario un análisis estructural para entender la regla del juego

neoliberal presentada por él. Es cierto que no se trata de una obra de legislación. El estilo es diferente. De un libro de reflexión, se podía esperar claridad. No nos decepciona: la ley del mercado preside al orden de una sociedad fundada en la equidad, como igualdad de trato de todos ante la ley.

Por una y otra parte, entonces, existe confianza en una igualdad procedimental, la primera, aquella del Código civil, la cual sin embargo se estima conforme a toda una tradición jurídica romanista, que desemboca necesariamente en una igualdad substancial. En contra de esta posición, que considera ilusoria, Hayek interviene, y critica a la misma tradición el papel que ella abandonaba al Estado intervencionista.

Entonces, ¿es necesario tratar como un paréntesis la época que va desde la promulgación del Código civil hasta nuestros días? ¿Es preciso considerar las tesis neoliberales acerca de la equidad como una prolongación de las reflexiones jurídicas y políticas llevadas hasta el Proyecto del año IX? ¿Debemos considerarlas, como lo dejaría entender la obra de Hayek, como un regreso al pensamiento jurídico y político “moderno”, con la intención de proponer otro camino que había sido neglecto por los autores de esa época?

Es cierto, por lo menos, como lo habíamos sugerido al principio de esta reflexión al presentar nuestras tesis, que podemos considerar esta última hipótesis como verificada. El regreso contemporáneo a la equidad se inscribe en contra del esfuerzo iusnaturalista racional axiomático “moderno” (siglos XVI a XVIII), con una pretensión de restaurar una corriente del pensamiento política y jurídica antirracionalista.

Es igualmente cierto que el recurso contemporáneo a la equidad en el marco de la globalización de intercambios implica una

significación radicalmente diferente de aquélla que tenía el recurso a la equidad de la antigua tradición jurídica occidental.

Finalmente, es cierto que la redacción del Código Civil, resultado de una visión de un positivismo legalista, de ninguna manera sufre por esta nueva irrupción de la equidad en el derecho, la cual no se encuentra limitada en lo más mínimo por la casi total ausencia de referencia a la equidad en el Código Civil. La evolución contemporánea del debate de la sociedad hacia una focalización entre tesis neoliberales y solidarismo socialista hace, en efecto, bastante obsoleto el debate acerca de la pertinencia de la existencia de los artículos 4º y 5º del Código Civil francés, los cuales parecen poner fin a una tradición jurídica fundada en la equidad natural. Luego de casi dos siglos, estamos acostumbrados a tomarlos por lo que son: un orden para los jueces de resolver, y nunca hacerlo usurpando el poder legislativo o reglamentario. Esta posición se ha transformado en respetar la división de los poderes en el gobierno democrático. El asunto de la justicia social –que en el fondo es el verdadero cuestionamiento del neoliberalismo– si ella hunde sus raíces en los debates alrededor de la noción de equidad en la preparación del Código Napoleónico, hoy en día ha desertado el título preliminar del Código civil para invadir la escena política.

Este ejercicio, por lo menos nos habrá enseñado lo siguiente: que la filosofía del derecho no es inocente y desemboca necesariamente en las apuestas de la sociedad.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

Director de Investigaciones del Centro Nacional de Investigación Social, París.

Director de la Red Europea Derecho y Sociedad.
Presidente de la Asociación Francesa Derecho y Sociedad.

Traducción

PAOLA SPADA

* Publicado en *Droit et Société*, Vol. 20, 1997.

1. Cfr. por ejemplo: ANA DE BRITO FAÉ. *Vocabulário de Latin Forense*, São Paulo: Ed. Alfonso, 1978, p. 121; DIRCEU RODRIGUES. *Brocardos jurídicos*. s.l.: Saraiva, 1948, p. 32; ARTHUR VIEIRA DE REZENDE E SILVA. *Phrases e Curiosidades Latinas...*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1936, *passim*.

2. ANTOINE GARAPON. *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*. París: Odile Jacob, 1996, p. 254.

3. Código Civil, 565 y 1135. Volveremos sobre ello más adelante.

4. El Proyecto del año VIII (año en el cual se instaló la Comisión nombrada por Bonaparte), o Proyecto del año IX (si se prefiere ceñirse a la fecha en la cual se presentó al gobierno; ver JEAN-FRANÇOIS NIORT. *Homo civilis. Repères pour une histoire politique du Code civil*, tesis, París I, Ciencia Política, 1995, pp. 35-36), quinto proyecto oficial de Código Civil después de la Revolución Francesa, es el origen inmediato del *Code Civil des Français* en su redacción de 1804.

5. «Artículo 4º - El juez que se rehuse a juzgar, bajo el pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable por denegar justicia».

«Artículo 5º - Se otorga a los jueces la capacidad de pronunciarse por la vía de la disposición general y reglamentaria sobre las demandas que se sometan a ellos».

6. MONTESQUIEU. *Pensées*. París: Eds. du Seuil, 1964, Nº 1907.

7. *Discours Préliminaire*. En: PIERRE-ANTOINE FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, 2ª ed., 15 Vol. París: Videcoq, 1836, I, 469; también en GUILLAUME LOCRÉ (Dir.) *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du projet de Code Civil*, 5 Vol. París: Imprimeries Nationales, rééd. 1808, I, 257.

8. JEAN DOMAT. *Harangue* (Assises de 1670). En: JEAN DOMAT, *Oeuvres complètes*, 9 Vol. París: Carré, 1922.

9. JEAN DOMAT. *Harangue* (Assises de 1677), *eod. loc.*

10. «Los jueces [...] por orden de Dios, están llamados a ocupar su lugar en la tierra por encima de los demás hombres, y [...] por esta dignidad, se les llama a ellos mismos dioses [...] La primera regla para imitar Dios, a la cual los jueces están obligados,

es esclarecer su entendimiento con esta luz incorruptible de la ley, y de no considerar justo y equitativo sino lo que lleva el carácter divino de esa luz». Assises de 1680, *loc. cit.*

11. JEAN DOMAT. *Lois civiles, Règles du droit*, s. 1, N° 23.

12. *Ibid.*, s. 2, *pr.* DOMAT precisa que «la aplicación [de las reglas] debe hacerse por el discernimiento de lo que ese espíritu demanda, que en las leyes naturales es la equidad, y en las leyes arbitrarias [es] la intención del legislador» (*Ibid.*, s. 2, N° 1).

13. *Ibid.*, s. 2, N° 9.

14. *Ibid.*, s. 2, N° 13.

15. *Ibid.*, s. 2, N° 5.

16. *Ibid.*, s. 2, N° 7.

17. OLIVIER, *Réforme des lois civiles*, T. I, p. 337.

18. Proyecto del año IX, Libro Preliminar, Título V, artículo 11.

19. *Cfr.* ARNAUD. *Les origines du Code Civil français*. París: LGDJ, 1969.

20. Proyecto del año IX, Libro Preliminar, Título V, artículo 2. *Cfr.*, sin embargo, 1° *messidor* año VII. Cc. Josse. D.P.3.1.127.

21. Título I, artículo 7.

22. Proyecto del año IX, Libro Preliminar, Título V, artículo 2.

23. PUFENDORF. *Droit de la Nature et des Gens*, Libro VIII, capítulo 1.

24. *Cfr.* mis *Origines doctrinales du Code Civil Français, Cit.*, pp. 8 ss., y 70 ss., especialmente.

25. Ver especialmente *Dig.* I, 3, 12-14; I, 3, 17 y 19.

26. Proyecto del año IX, Libro Preliminar, Título I, artículo 1.

27. Título I, artículo 1 y título V, artículo 11 combinados (citados más adelante, respectivamente).

28. *Cfr.* 16 vendimiario año VIII. Cr.c. Min. Público. D.A. 5.6; D.P.1.1276 - 28 frimario año VIII. Cr.c. Min. Público. Desmoulins. D.A. 5.6; D.P.1.1277. La denegación de justicia ya se había previsto en la ordenanza de 1667, que trataba este tema de una manera puramente práctica (título I, artículo 3, *in fine*; título XXV, artículos 1 y 2, p. ej. en el *Code Louis*, T. 1, *Ordonnance Civile, 1667*, a cura de NICOLA PICARDI y ALESSANDRO GIULIANI, Milán: Giuffrè, 1996, pp. 4 y 43. MERLIN. *Répertoire, V° "Interprétation"*, remite al primero de estos textos).

29. Proyecto del año IX, Libro Preliminar, título V, artículo 12.

30. Artículo 5, antes citado.

31. DOMAT. *Traité des Lois*, Cap. XII, N° 17.

32. *Cfr.* nuestro *Analyse structurale du Code Civil*

français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise. París: LGDJ, 1973.

33. El *Código Civil de los franceses* fue promulgado el 21 de marzo de 1804 (30 ventoso del año XII).

34. *Cfr.* *Les origines du Code Civil français*. París: LGDJ, 1969, pp. 324 ss.

35. *Cfr.* "Un entretien avec Richard Rorty". *Le Monde*, 3/3/1992, p. 2.

36. HAYEK. *Law, Legislation and Liberty*, 3 Vol. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1979; traducción francesa, París: PUF, 1983. Las citas se extraen de la edición de la Colección Quadrige, París: PUF, 1995. La primera cifra indica el número del volumen y el número que sigue indica las páginas.

37. HAYEK. *Droit, législation et liberté*, 3, 211.

38. HAYEK. *La constitution de la liberté*. Trad. francesa, París: LITEC, 1994.

39. Las citas que siguen son extractos de 1, 9 ss.

40. Comparar con 3, 185.

41. 1, 15.

42. *Eod.loc.*

43. 1, 110.

44. 1, 145.

45. 2, 37 ss.; 2, 75 ss.

46. 2, 39 y 40.

47. 2, 42 ss.

48. 2, 46.

49. 2, 78.

50. *Eod.loc.*

51. 2, 81.

52. 2, 81.

53. 2, 113; 3, 170.

54. 2, 101-102; 2, 110 ss.

55. 2, 102.

56. 2, 113-114; ver también 2, 170. Acerca de la "pseudo-ética" de la justicia social, *Cfr.* 3, 161.

57. 2, 105; *Cfr.* también 2, 165; 3, 64.

58. 2, 103. Comparar con 2, 169.

59. 2, 96; 2, 109; 2, 133.

60. 2, 108.

61. 2, 170; 3, 113.

62. 2, 174; *Cfr.* también 3, 196-203.

63. 3, 123.

64. 2, 180.

65. Prólogo al Vol. 3, p. x.

66. 3, 49. Las citas que siguen son extractos, salvo indicación contraria, del capítulo 14 (Vol. 3).

67. 3, 167.

68. 3, 168.

69. Acerca de las certificaciones, el arancel de diplomas y de licencias para el ejercicio de ciertas actividades, la reglamentación de los *procedimientos*

de construcción, las leyes sobre higiene, alimentos, la restricción al comercio de productos peligrosos, la explotación y el uso de instalaciones abiertas al público, etc. *Cfr.* 3, 73, ss.

70. 3, 74.

71. MILTON FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*. Chicago, 1962, citado por HAYEK, 3, 54.

72. 3, 61.

73. 3, 64; *Cfr.* también 2, 105 y el texto correspondiente a la nota 57 *supra*.

74. 3, 65-66.

75. 3, 59.

76. 3, 72.

77. Todas estas citas, *Eod. loc.*

78. 3, 169.

79. 3, 170.

80. JEAN DOMAT. *Traité des Lois*, capítulo I, N° 3.

81. *Ibid.*, capítulo XI, N° 20, par. 2: «Existe esta diferencia entre la justicia de las leyes naturales y la justicia de las leyes arbitrarias: que las leyes naturales [...] son esencialmente justas, y que su justicia siempre es la misma en todos los tiempos y en todos los lugares. Sin embargo, puesto que las leyes arbitrarias son indiferentes a estos fundamentos del orden de la sociedad [...] la justicia de esas leyes consiste en la utilidad particular que en un momento dado las establece, según el tiempo y el lugar las puedan obligar a eso».

82. 2, 37.

83. 1, 113. Las citas que siguen provienen de pp. 114 ss.

84. DOMAT. *Traité des Lois*, capítulo XII, N° 17.

85. HAYEK, 1, 114.

86. 1, 116.

87. 1, 118 ss. Acerca de la previsibilidad de las decisiones judiciales, *Cfr.* 1, 138 ss.

88. 1, 146.

89. Acerca de la función del juez, *Cfr.* 1, 142 ss.

90. 1, 124.

91. 3, 192.

92. 1, 23 - 25. Y aún: «La cultura no es ni natural, ni artificial, ella no se transmite genéticamente, ni se elabora racionalmente. Es la transmisión de reglas de conducta aprendidas, que jamás fueron inventadas y cuya función queda habitualmente incompresa por los individuos que actúan» (3, 185).

93. XÉNOFON, *L'Économique*, VIII, 17-20.

94. XÉNOFON, *Cyropédie*, I, 10; *L'Économique*, I, 3.

95. HAYEK, 1, 137; 2, 176.

96. 2, 164-165, y el conjunto del capítulo 11: "La

disciplina de las reglas arbitrarias ...". *Cfr.* ya 2, 131, a propósito del orden del mercado.

97. 3, 194.

98. 1, 136.

99. 1, 137. Las reglas de conducta abstractas aseguran el mantenimiento de un orden abstracto: 3, 196.

100. 1, 151.

101. 2, 131.

102. 2, 130.

103. 2, capítulo 10, N° 5. Acerca del nexo entre *nomos* y derecho privado, *Cfr.* 1, 137.

104. 2, 124.

105. 2, 131.

106. 3, 194.

107. 2, 139 ss.

108. 2, 139.

109. 2, 141.

110. *Eod. loc.*

111. 2, 144

112. 2, 154 ss.

113. 3, 201.

114. 3, 196.

115. *Ibid.*

116. «No creo que exista ninguna ley de evolución. Las leyes hacen posible las predicciones, pero el efecto de los procesos de evolución depende siempre de circunstancias imprevisibles» (3, 228, nota 18).

117. 3, 186, nota 18.

118. 3, 186.

119. 3, 155; 3, 167.

120. «...Disposición que conduce al establecimiento de un orden ventajoso o racional» (3, 114).

121. 3, 190.

122. 3, 111.

123. 3, 119.

124. 3, 181.

125. 3, 155 ss.

126. Sin embargo, algunos poderes positivos pueden parecer incluso necesarios en circunstancias excepcionales: *Cfr.* 3, 157.

127. 3, 195.

128. 3, 192.

129. 3, 118. *Cfr.* ya en el Prólogo: 3, xi.

130. 3, 164.

131. 3, 2.

132. *Eod. loc.*

133. 3, 4.

134. 3, 6.

135. 3, 117.

136. 3, 48.

137. 3, 159.

138. 3, 159-160.

139. Capítulos 12, 13, 16 y 3, 160.

140. 3, 161.
141. Proyecto del año IX, Libro Preliminar, título IV, artículo 8.
142. Libro Preliminar, título I, artículo 7. Copia del *Dig.*, I, 3, 7 y de las glosas y comentarios diversos hechos luego sobre este texto.
143. Libro Preliminar, título IV, artículo 9.
144. Libro Preliminar, título I, artículo 6.
145. HAYEK, 2, 136. Ver también sobre la globalización: 1, 138; 2, 68; 2, 96; 2, 107; 2, 108; 2, 133; 2, 180.
146. DOMAT, *Lois civiles, Règles du droit*, s. 2, N° 4.
147. HAYEK, 2, 109.
148. 2, 174.
149. «... Aparte las circunstancias pasajeras tales como: guerra, rebelión o catástrofe natural», HAYEK, 2, 175.
150. 2, 180.
151. 3, 107.
152. 3, 169-170.
153. 1, 169. Comparar con mi estudio “Una doctrina tranquilizante del Estado: el solidarismo jurídico”. *Archives de Philosophie du droit* (1976) pp. 131-151; reproducido en *Le droit trahi par la philosophie*. Rouen, 1977.
154. París: LGDJ, 1973.

