
A R T Í C U L O S

ORDEN ESPONTANEO E IMPERIO DE LA LEY: ALGUNOS PROBLEMAS*

Este trabajo expone una crítica, aunque una crítica genuinamente respetuosa, de dos pensadores que han hecho contribuciones destacadas al actual pensamiento conservador, F. A. Hayek y Michael Oakeshott. Su objetivo principal es la teoría del «orden espontáneo», de Hayek; su objetivo secundario, el «Imperio de la ley» (*Rule of Law*), de Oakeshott. Se arguye en él que ninguna de las dos teorías ni una combinación de ellas establece un fundamento adecuado para ciertas afirmaciones hechas por sus autores respecto a la justicia social. Como el trabajo de Hayek se desarrolla en parte a partir de reflexiones sobre el pensamiento jurídico escocés del siglo XVIII y tengo un especial interés en ese cuerpo de doctrinas, sigo a Hayek en mi elección de punto de partida. Que lleguemos a diferentes conclusiones finales no disminuye mi respeto por su trabajo.

I

La ley, según una definición racionalista, es el dictado de la razón que determina para cada ser racional lo que es congruente con, y conveniente para, su naturaleza y condición¹. Si la definición fuera acertada y si no hubiera dos seres que tuvieran estrictamente la misma naturaleza y condición, la ley podría incluso parecer un asunto de «providencia especial» que establece un conjunto particular y específico de ordenanzas para cada ser. Como no hay ciertamente dos seres que puedan estar *exactamente*

* Publicado en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, neue Folge, Band 35, 1986.

¹ Véase Stair, *Institutions of the laws of Scotland* (Ed. D. M. Walker, Edinburgh, 1981), I, i, 1. De hecho yo no adscribo a Stair la creencia en la «providencia especial» a través del derecho. Véase el texto correspondiente a nota 2.

en la misma condición, la ley debe ser en ese sentido asunto de providencia especial. Esto parecería evocar el alarmante espectáculo de un Estado ideal emitiendo las instrucciones más específicas y particulares para cada uno de sus ciudadanos con miras a asegurar el máximo bien para cada uno a través de la perfecta coordinación de todos.

La medida en que empresas económicas, ejércitos y equipos de fútbol consiguen sus éxitos por medio de la planificación efectiva de las actividades de cada unidad o miembro y por medio de la coordinación uniforme de cada uno con los demás, puede, sin embargo, hacernos pensar con menos frialdad del modelo racionalista. Hay incluso un cierto tipo de individualidad o individualismo que encaja perfectamente bien en los esfuerzos de este tipo de equipos integrados con fortuna y quizás es incluso exigido por ellos. Por un lado, compañías, ejércitos y equipos tratan precisamente de explotar las especiales habilidades de cada miembro; por otro lado, esas habilidades especiales nunca son tan bien o tan ventajosamente manifestadas como cuando se despliegan como respuesta a un súbito e imprevisto cambio en el medio, sea causado por fuerzas naturales o por algún movimiento hecho por el rival, antagonista o competidor. Pero desde luego, el criterio de uso efectivo de habilidades o iniciativas especiales es el de su utilidad para el plan corporativo de conjunto o para el plan de juego del todo. Los individuos cuentan como algo en tales actividades en la medida en que se identifican con el esfuerzo común o corporativo y encuentran así su éxito en él. Hay una oportunidad adicional de que los individuos cuenten como algo allí donde el modo de gobierno colectivo es democrático (y sea o no ésta una receta práctica para el éxito, no hay en principio razón para no tener un planteamiento democrático o elección democrática de los planificadores y ejecutivos).

Entonces, ¿por qué aquello que es posible y hasta deseable en el microcosmos debe ser juzgado imposible o indeseable en el macrocosmos? ¿Por qué no debemos desear ver funcionar a las sociedades mediante el trabajo en equipo eficaz, haciendo un uso óptimo del talento y la individualidad de todos y cada uno en la persecución del empeño común? ¿Por qué no debemos hacer que nuestro ideal para el derecho se aproxime tanto como sea posible a algún sistema de providencia especial perfectamente congruente con, y conveniente para, la naturaleza y condición propia e individual de cada ciudadano e idealmente adaptado al bien del todo? ¿Por qué no reforzar ulteriormente este ideal insistiendo en su organización democrática?

A una propuesta tal hay tanto objeciones de principio como de práctica. Las objeciones de principio se refieren a la diferencia de categoría entre microcosmos y macrocosmos. Las compañías, los equipos, los ejércitos y todo tipo de asociaciones voluntarias tienen en su naturaleza misma propósitos que son comunes. Las «Sociedades» o los «Estados» no. La Sociedad es el *contexto* de los empeños humanos, incluidos aquellos empeños colectivamente organizados; no es un supuesto de empeño organizado. Los miembros de una sociedad pueden tener algunos, e incluso muchos, bienes compartidos o comunes y puede desde luego ser un objetivo apropiado del esfuerzo común y general el procurar tales bienes públicos. Pero esto no es lo mismo que tener metas u objetivos comunes, tales como maximizar la producción o los beneficios, o ganar la guerra o el partido.

Una segunda objeción de principio, no ajena a la anterior, deriva de una particular versión de la naturaleza humana, de acuerdo con la cual la capacidad para la acción autónoma e independiente es parte de la esencia de los seres humanos. Las actividades asociativas, los esfuerzos de equipo, son un modo de ejercer la autonomía, de realizarse a sí mismo en libre colaboración con otros. Pero precisamente lo que la colaboración debe ser es libre en el sentido de que la oportunidad de no participar exista. Esto no es así en el caso del Estado o de la «sociedad civil», pues éstas son asociaciones no voluntarias. Y por muy deseable que la democracia pueda ser no las transforma en asociaciones voluntarias. Por principio, el derecho del Estado o de la sociedad civil debe dejar espacio para la autonomía, para la independencia de acción. Sin ello, la naturaleza humana es sofocada y atrofiada. Así que, por principio, las leyes no deben siquiera aspirar al modelo de «providencia especial».

La segunda de estas objeciones de principio sería entusiásticamente apoyada por algunos de los que identificamos con la posición racionalista mencionada en la frase que abre el epígrafe. Por supuesto que un jurista como Stair creía que honrar y obedecer a Dios y mantenerse fieles a los pactos recíprocos pertenecía a la naturaleza de los hombres. Pero también creía que los hombres eran por naturaleza seres libres más allá de su obligación de obediencia y de sus propios compromisos, siendo la naturaleza misma de los hombres tal que su libertad debía serles asegurada por la ley positiva precisamente para que la ley natural pudiera encontrar su cumplimiento. Sin duda, todos debían hacerlo todo para mayor gloria de Dios, pero por la misma naturaleza de las cosas ello exigía una libre discrecionalidad en cada uno relativa a cómo debía actuar a tal fin.

Esta línea de pensamiento depende mucho del truismo de que los hombres no son dioses. Aunque Dios sepa lo que cada persona está haciendo y debería estar haciendo en todo momento, alcanzar tal conocimiento está más allá de la capacidad de cualquier inteligencia humana individual o de cualquier proceso de deliberación colectiva. Por ello es necesario en la práctica que los seres humanos, especialmente aquellos investidos de autoridad, se abstengan y guarden de toda pretensión a una divina perfección de conocimiento tal. Y esta es la gran objeción práctica a cualquier modelo de ley humana como providencia especial. Es, de nuevo, una objeción perfectamente familiar para algunos al menos de los racionalistas que consideran la ley como un dictado de la razón. Stair, por ejemplo, habla mucho en favor del uso del desarrollo experiencial consuetudinario del derecho -derecho del caso- por encima de la apelación a leyes. El conocimiento y la precisión humanas son limitados, señala, y sin embargo al promulgar leyes debemos saber y prever muchas cosas. Siempre erramos y dejamos *casus incogitati*. Se consiguen usualmente mejores resultados mediante el proceso experimental, paso a paso, permanentemente autocorrectivo, de desarrollo del derecho de precedente en precedente².

Esta actitud puede ser descrita últimamente en términos de la distinción de Hayek entre «racionalismo crítico» y «racionalismo constructivista»³. Ser críticamente racionalista es aplicar críticas razonadas a los sistemas heredados de pensamiento y acción sobre la base de que el cambio en el interior de tales sistemas sólo puede ser parcial y paulatino más que total. Tenemos que mantener algunos principios como «dados» en orden a criticar otros o a desarrollarlos por analogía. Sea en materias especulativas sea en materias prácticas no podemos nunca hacer más que aplicar el talento individual a la crítica y desarrollo de la tradición de pensamiento en que hemos sido criados y educados. Es imposible para cualquiera de nosotros inventarlo todo por sí mismo. El «racionalismo constructivista» es precisamente el vicio intelectual de olvidar eso, el vicio de tratar los sistemas de pensamiento y acción práctica como si fuéramos enteramente sus dueños y pudiéramos -cualquiera de nosotros- rediseñarlos en su integridad de acuerdo con un modelo perfectamente racional.

² Stair, *Inst.*, I, i, 16.

³ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (3 vol. London, 1973, 1976 y 1979; reedición como un solo tomo ed., 1982), I, págs. 26-34 (de aquí en adelante la trilogía de Hayek es citado como «LLL»).

Si en el siglo XVIII hay una prefiguración de esta línea de pensamiento, en ningún sitio es más clara que en las reflexiones de David Hume sobre la justicia⁴. La justicia, para Hume, se halla por un lado definida por las reglas e instituciones establecidas en una comunidad, y por otro lado, empero, es capaz de extenderse más allá de esas instituciones establecidas, sea mediante extrapolaciones analógicas para lidiar con nuevos casos, sea incluso mediante la formación de la base para una crítica de las inconsistencias e incoherencias internas al sistema. El antirracionalismo metafísico de Hume equivale a una crítica a toda pretensión de conocimiento innato y autoevidencia en lo que respecta a proposiciones empíricamente comprobables. Nuestras pretensiones de conocimiento han de ser siempre tentativas, fundadas en la probabilidad más que en la certeza, comprobables por evidencia experimental más bien que por recurso a ideas innatas.

Pero si el conocimiento está basado en la experiencia y si las experiencias de la gente difieren -y difieren más ampliamente cuanto más avanzada es la división del trabajo- se sigue que el montante total de conocimiento disponible en una sociedad es mayor que el que cualquier individuo posee o puede poseer. Este corolario del punto de vista de Hume es algo por lo que estamos en deuda con F. A. Hayek en particular. Nos devuelve a la verdad de que los humanos no son dioses y no pueden actuar como si tuvieran un conocimiento divino; pero la perspicacia hayekiana añade una fuerza especial a la advertencia a los humanos de que no jueguen a ser dioses. Pues si no hay individuo o grupo organizado capaz de conocer por sí mismo todo lo que es útilmente conocido por una comunidad y mucho menos por los seres humanos, en general se sigue que ningún gobierno puede utilizar directamente o planear el uso de todo el conocimiento disponible para la búsqueda del mejoramiento humano. Y, al revés, un gobierno que trate de aplicar el modelo jurídico de la providencia especial estaría siempre imponiendo un juicio desde la ignorancia sobre súbditos que conocen algunas cosas, probablemente muchas cosas relevantes, mejor que el gobierno. A la luz de las tesis epistemológicas de Hayek, lo que empezó siendo una objeción práctica a la indebida interferencia gubernamental en las vidas individuales se ha tornado una objeción de principio. Ningún gobierno podría nunca conocer lo bastante como para ser capaz de aplicar racionalmente el modelo de derecho de

⁴ David Hume, *Inquiries* (3.^a ed., L. A. Selby-Bigge y P. H. Nidditch, Oxford, 1975), 154-63; véase también el *Tratado*, de Hume, libro 3.

providencia especial, pues todos los gobiernos tienen por fuerza que conocer menos o tener acceso a un conocimiento sustancialmente menor que la suma de conocimiento (útil en la práctica) disponible en el seno de la población gobernada⁵.

Esto, desde luego, plantea un problema para el que la primera solución convincentemente expuesta fue adelantada por Adam Smith. Si en la sociedad está disponible más información útil que la que cualquier individuo o colectividad organizada puede conocer, entonces no es posible para ninguna autoridad planificadora dirigir la aplicación útil de esa información. Entonces, ¿cómo llega a ser aprovechada? La respuesta de Smith fue naturalmente en términos de un análisis del modo en que diversos esfuerzos y actividades individuales pueden conseguir su coordinación a través de mercados; no porque los mercados estuvieran diseñados para alcanzar esto ni, mucho menos, porque alguna momentánea coordinación única fuera diseñada por nadie. Los mercados abiertos son lugares donde la gente, usando información, conocimiento y habilidades para sus propios propósitos, los hacen necesariamente accesibles para otros con otros propósitos, adquiriendo así todos los participantes en el proceso nuevos conocimientos, incluido el conocimiento de lo que son vías poco provechosas de seguir. Teniendo los mercados la curiosa propiedad de recompensar mejor a cualquiera que pueda ofrecer una mercancía dada al precio más bajo, tienden a coordinar los intereses públicos y los privados, aunque nadie haya proyectado que ello deba ser así⁶.

Aquí, por supuesto, se debe aludir a la famosa metáfora de la mano invisible. La coordinación mutuamente ventajosa de los intereses públicos y privados se da en un mercado sin que ninguno de los participantes en él tengan intención alguna de producirla. En su búsqueda del propio interés son conducidos como por una mano invisible a favorecer también el interés general. Eso nos dice Smith. Uno podría preguntar: ¿No es esto, después de todo, un diseño? ¿Es ésta la mano no visible del gran diseñador del cielo manipulándolo todo para sus fines? ¿O, más bien, no es ninguna mano en absoluto? Con Robert Nozick, he de suponer esto último. Smith no ha mostrado tan elaboradamente cómo los proyectos de los seres humanos pueden producir, regular y predecir resultados no proyectados por ninguno, sólo

⁵ Véase Hayek, «LLL», II, págs. 8-11.

⁶ Smith, *Wealth of Nations* (ed. Campbell, Skinner and Todd, Oxford, 1976), cfr. «LLL», II, págs. 107-132.

para caer de nuevo en la hipótesis explicativa del diseñador suprahumano. E incluso aunque lo hubiera hecho, su explicación previa ha transformado a la hipótesis en completamente redundante. Debemos, ciertamente, leer el texto según la interpretación «mano oculta». Como Nozick hace notar, una mano invisible no es una mano en absoluto -y esto es exactamente el punto de vista de Smith: ciertamente el punto de vista que debemos extraer de sus escritos⁷.

Debemos también a Nozick la generalización de la noción de una explicación «mano invisible» de los procesos sociales. Su especial belleza es que deja sitio para las dos verdades de que los seres humanos actuando solos y las colectividades institucionales de hombres son los únicos sujetos activos conscientes que las ciencias sociales necesitan postular, y de que no todo lo que es producido en y por los procesos sociales es producido por la acción deliberada de nadie que trate de producir *eso*. Explicando lo que tales sujetos agentes han hecho y querido hacer con sus acciones y mostrando cómo los otros han reaccionado o respondido, se puede mostrar cómo los cambios sociales se producen de un modo que trasciende a la inteligencia humana y a las intenciones individuales o colectivas sin presuponer ningún poder motor que no sean esas inteligencias e intenciones.

Sea ello como fuere, puede ser mostrado que las condiciones en las que un mercado funciona óptimamente para asegurar los bienes públicos a través de la persecución de los intereses privados son aquellas en las que se dan las mínimas intervenciones posibles en el juicio privado de los participantes. La libertad civil favorece los mercados y los mercados favorecen la libertad civil, aunque ninguno de ambos sea estrictamente esencial para el otro.

La libertad tiene a su vez un valor independiente. Es algo que, de acuerdo con Smith y sus contemporáneos (especialmente Adam Ferguson y David Hume) y sucesores, vale la pena buscar al margen de ventajas económicas. Pero la manera de asegurarla es precisamente restringir la tarea de la legislación a la promulgación de lo que Hume llamaba «reglas generales inflexibles»⁸. Los modos de gobierno que se restringen a sí mismos así son modos de gobierno libre. Una tarea de la política y de la filosofía política es asegurar o ayudar a asegurar la continuidad de las

⁷ Véase R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Oxford, 1974), págs. 18-22, cfr. Smith, *Wealth of Nations*, IV, ii, pág. 456.

⁸ D. Hume, *Essays, Moral, Political and Literary* (varias ediciones). Libro I, ensayo 2, pág. 12.

condiciones de libertad mediante la insistencia en la continuidad de las reglas de conducta generales inflexibles como el principal y aún exclusivo vehículo de regulación legal de los ciudadanos por el gobierno. Como señala Hayek, tales reglas generales de conducta deben ser fundamentalmente negativas en su tenor, prohibiciones a las interferencias con los otros, salvo en el caso de reglas que gobiernen relaciones tan especiales como las de padres e hijos. Más allá del campo de prohibiciones impuestas, la gente tiene libertad de actuar a su propia discreción; y de nuevo aquí, completamente al margen del mercado, surge la oportunidad para los individuos, singularmente o concertados, de aplicar su propio conocimiento a sus propósitos propios.

Como tipo ideal de, y desde luego como ideal para la sociedad y el derecho esta imagen está claramente en el polo opuesto de aquella del orden jurídico de providencia especial tal y como fue contemplada al comienzo de este ensayo. El nombre que tiene Hayek para un orden tal es el de «orden espontáneo» o *cosmos*, en contraste con *taxis* u orden dirigido. Su teoría jurídica y política supone una defensa radical y completa del ideal de la sociedad como un orden espontáneo unida a una crítica mordaz del dirigismo y del socialismo en todas sus formas. Un blanco especial de su crítica es el concepto de «justicia social» y con él el de todos los programas políticos propuestos en nombre de la justicia social⁹.

Lo que he llamado «modelo de derecho de providencia especial» es directamente relevante para esto. Pues la sustancia de la tesis de Hayek es que todos los ataques montados en nombre de la justicia social contra los esquemas de opulencia y pobreza existentes, es decir, las denuncias de las desigualdades económicas y consiguientemente políticas, suponen una disposición a comprometerse con, e incluso a institucionalizar, esquemas de lo que he llamado aquí «providencia especial». Conforme a tales esquemas, debemos indagar en el grado de buena o mala fortuna de cada persona y hacer reajustes de acuerdo a alguna fórmula *a priori*. Además, como ninguna fórmula precisa ha sido nunca establecida en la teoría o acordada en la práctica para tales reajustes, la «justicia social» que se supone constituida por ellos es una quimera, un falso concepto. Se podría añadir que el concepto de justicia «sustantiva» como opuesto a justicia «formal» está un poco en el mismo caso; aquí de nuevo se pone el acento en la

⁹ Hayek, «LLL», I, págs. 35-54 (para *cosmos/taxis*); II, 62-100 (sobre justicia social).

observación de la personalidad total y las necesidades todas de cada individuo y en la respuesta a ellas en todas sus particularidades e individualidad en lugar de ocuparse de los seres humanos en los términos puramente abstractos de categorías jurídicas generales.

La cualidad quimérica de la «justicia social» se pone de manifiesto además, de acuerdo con la visión de Hayek, por la ininteligibilidad del concepto de «injusticia social» que presupone. La injusticia, dice Hayek, se entiende adecuadamente como vicio de la acción humana. Ser víctima de la injusticia es sufrir un mal (*wrong*) hecho por alguna acción intencional o negligente de otro sujeto agente. Como las «sociedades» no son en sí sujetos agentes, no pueden hacer injusticias. Por ello las sociedades no pueden ser consideradas responsables, ni en términos de culpa ni en términos de mérito, de los resultados del funcionamiento del orden espontáneo dentro de esas sociedades. Los seres humanos son sujetos agentes y, aunque pueden cometer injusticias por la violación voluntaria o negligente de las reglas abstractas generales del orden espontáneo en detrimento de otros, no puede decirse que pretendan o produzcan voluntariamente ninguna de las eventuales distribuciones de la buena o la mala fortuna que se dan en el mercado. Las desigualdades que no resultan de la acción u omisión voluntaria no pueden ser injusticias -la injusticia social es una idea tan estúpida como la injusticia genética, y la justicia social un ideal tan equivocado como la eugenesia¹⁰.

De acuerdo con ello, no sólo hay argumentos fuertes en favor de *cosmos* o el orden espontáneo; hay también argumentos de lo más poderoso contra todos los programas intervencionistas tendentes a alterar el orden espontáneo en beneficio de algún elemento, pequeño o grande, de *taxis* o la providencia especial. Estos programas llevan consigo el ejercicio del poder en la ignorancia y dependen de un pseudoconcepto de justicia e injusticia profundamente incoherente.

II

Que argumentos poderosos pueden ser esgrimidos en favor del ideal hayekiano de orden espontáneo resulta claro de lo anterior. Sin embargo, como el título de este ensayo pone de manifiesto, veo dificultades en ese ideal. En forma sumaria, mis dificultades

¹⁰ *Ibidem.*

son las siguientes: *Primero*, no está claro que algunas de las críticas a los órdenes espontáneos no se hayan desenvuelto ellas mismas espontáneamente como resultado de una extrapolación críticamente racionalista a partir de las ideas desarrolladas de justicia. *Segundo*, aunque eso no fuera así, tales críticas y las reformas políticas de tipo socialista o socialdemócrata a ellas asociadas han generado un estado de cosas sobre el cual los partidarios de Hayek tienen que emprender una acción positiva para restaurar las condiciones del orden espontáneo; pero entonces parece que los agentes políticos son, después de todo, responsables por los resultados del orden que han proyectado establecer. *Tercero*, y más allá del punto anterior, al menos parece que una política deliberada y con el designio de restablecer un orden espontáneo va contra la proscripción de la planificación social. *Cuarto*, la decisión de restablecer las condiciones del orden espontáneo, si es tomada, tiene que ser justificada y debe ser justificada apelando de seguro al consecuencialismo y probablemente a argumentos utilitarios.

En esta sección del ensayo mi tarea será ampliar y elaborar estos puntos, tomándolos en ese orden:

(i) No se necesita ser marxista para estar de acuerdo con la observación de Marx de que solamente en un orden capitalista o de mercado adquiere la idea de igualdad de los seres humanos la fijeza de un prejuicio popular¹¹. La evolución del derecho más allá de las relaciones de *status* del orden feudal e incluso del *Ständestaat* es una *evolución* de la idea de igualdad de todos ante la ley. Pero una vez que el principio de igualdad se ve como algo implícito en la ley del orden espontáneo, y una vez que adquiere la fijeza de un prejuicio popular, el mismo principio puede ser aplicado en la crítica de las instituciones del orden espontáneo en otros aspectos de su funcionamiento. Las libertades amparadas por la ley para ser igualmente disfrutadas por todos los ciudadanos pueden ser vistas como de muy diferente valor para diferentes grupos de poseedores de acuerdo con sus diferencias en medios económicos. La igualdad de todos ante la ley puede no estar acompañada por oportunidades parecidas de disponer de los mecanismos del derecho para diferentes grupos o individuos. La igualdad de *status* y de voluntad presupuestas por el derecho contractual puede ser al menos parcialmente negada a efectos prácticos por radicales desigualdades en el poder de negociar.

¹¹ Véase R. Kinsey, «Marxism and the Law», 5, *British Journal of Law and Society*, 202-227 (1978), pág. 216.

Sean fundadas o infundadas en sí mismas, no hay ninguna razón para contemplar esas críticas como algo diferente al tipo de crítica inmanente que es permisible en el marco del esquema humeano o hayekiano de razonamiento práctico. Ni será necesariamente ininteligible el que proyectos para la igualación de las desigualdades económicas que caben bajo el derecho preexistente sean promovidos en nombre de la «justicia social» en implícito contraste con la «justicia legal». El concepto no se tornará carente de significado por el hecho de que sus usuarios no acierten a ponerse de acuerdo sobre criterios positivos para su aplicación. Eso supondrá simplemente que forma parte de la perfectamente bien documentada clase de los «conceptos esencialmente contestados». Además, supuesto que las reformas pretendidas para procurar la redistribución de bienes son desarrolladas como correctores al funcionamiento del orden sobre la base de críticas inmanentes, no es de por sí claro por qué el orden resultante debería ser tachado de falta de espontaneidad. Ciertamente, los resultados de tales intervenciones incluirán consecuencias imprevistas y no queridas, lo que a su vez, exigirá ulteriores respuestas. Pero eso es, simplemente, decir que los procesos evolutivos son continuos.

(ii) Ciertamente, desarrollos tales han tenido lugar, aunque con diferente extensión, por diferentes medios y bajo diferentes condiciones políticas, en todas las sociedades occidentales de este siglo. Vamos a suponer, en contra de la sección precedente, que todos esos desarrollos han implicado un recurso al racionalismo constructivista más bien que al crítico y han abocado a la suprainposición destructiva de *taxis* sobre *cosmos*. Si este es el correcto análisis hayekiano de la situación, se sigue de él que los partisanos de la «Gran Sociedad» han de dar pasos para invertir el proceso. Y así lo han hecho algunos. En Gran Bretaña desde 1979, y en Estados Unidos desde 1981 se han hecho determinados esfuerzos para hacer retroceder las fronteras de la imbricación del Estado con la economía. La tarea ha sido restaurar las condiciones del orden espontáneo. Y aunque los pasos para llevarla a cabo hayan sido poco entusiastas o descaminados o ambas cosas, no puede negarse que esta es la tarea que un hayekiano tomaría y debería tomar sobre sí.

En la medida en que la restauración de un orden de mercado espontáneamente autorregulativo es, en esas circunstancias, objeto de un empeño deliberado, parece obvio que los resultados del funcionamiento del mercado deben cesar ya de estar más allá de las fronteras de la justicia. Aquellos que buscan restaurar el mercado saben que mercados que funcionan correctamente generan

cotas considerables de desigualdad económica. Ninguna de tales desigualdades son, o necesitan ser, queridas por ninguno de los participantes en el mercado. Pero aquellos que deliberadamente se ponen a restaurar un orden económico basado en el mercado debe juzgarse que pretenden justo tales desigualdades, pues se juzga que una persona quiere lo que sabe que va a ser un resultado previsible de su acto. Que no se pueda prever *quién* obtendrá las ganancias y quién sufrirá las pérdidas es irrelevante para la cuestión de la responsabilidad. Si doy una granada de mano a un loco que va camino del teatro y alguien resulta muerto no puedo excusarme después diciendo que no podía prever quién sería el muerto.

En consecuencia, sin prejuzgar la cuestión de si los resultados día a día del funcionamiento de un orden espontáneo son, en ciertos casos o en general, justos o injustos o neutrales respecto a la justicia, no se puede mantener que en el caso postulado estén completamente fuera del reino de la justicia. Los que tratan de restablecer el orden de mercado quieren que funcione como funcionan los mercados, con la gama de resultados para los individuos que eso implica. Y sería lo mismo incluso si no se tratara de restaurar deliberadamente las condiciones de libre mercado -si meramente se tratara de elegir deliberadamente mantener tales condiciones aun siendo consciente de que hay una alternativa.

(iii) Absteniéndonos por el momento de todo juicio acerca de la justicia o injusticia real de tales decisiones, podemos, sin embargo, observar que tienen un cierto carácter paradójico. La tesis hayekiana afirma o lleva consigo que la planificación gubernamental puede siempre acabar en consecuencias no queridas y por ende que la planificación no puede nunca funcionar de modo que produzca exactamente, ni aun aproximadamente, aquello que fue planeado. Aparte de otras cosas, el planificador no puede nunca decir como responderán otros seres humanos a los cambios en el medio que él hace. Lo que no está claro es por qué esta tesis no se aplica con igual fuerza a aquellos cuyo plan es restablecer las condiciones legales del orden espontáneo. ¿Está completamente exenta de la crítica a la planificación gubernamental la creación deliberada y consciente de un orden de mercado? Y si es así, ¿por qué? ¿O es, por el contrario, otra de las posibles políticas que, como la tesis epistemológica hayekiana nos advierte, en su ejecución puede tornarse en algo completamente diferente de lo que se pretendía?

Cuando descubrimos que el actual gobierno del Reino Unido, después de cinco años de esfuerzo dirigido sobre bases más o

menos hayekianas, ha acabado con un nivel de gasto público más alto que el que heredó de la anterior administración laborista; o cuando se observa que la Administración Reagan, en Estados Unidos, está acarreado el más grande déficit presupuestario en la historia del país, quizás se está de lo más justificado al concluir que la tesis epistemológica hayekiana emite una luz de advertencia tan brillante hacia aquellos que planean la restitución del orden espontáneo como hacia aquellos cuya mirada está vuelta hacia la izquierda. Y, desde luego, asumiendo que el Estado de bienestar mismo es un producto de un proceso espontáneo de evolución, ¿no es correcto decir que cualquier intento de creación deliberada de un orden espontáneo hayekiano mediante el recurso al poder legislativo y gubernamental sería una manifestación del peor racionalismo constructivista? Ciertamente la actual Administración del Reino Unido ha sido en su política la más rigurosamente centralista de todas las de los años de postguerra, presentando la paradoja de un programa de continuo incremento de los poderes del gobierno central con el objeto, finalmente, de que se extingan.

(iv) Cuando tales directrices políticas son proclamadas y perseguidas consciente y deliberadamente es evidentemente necesario que sean justificadas. Y, ¿cómo serán justificadas? La respuesta debe ser seguramente en términos de calidad de vida humana, de las vidas humanas vividas en esas condiciones legales y constitucionales comparadas con la calidad de la vida o de las vidas vividas bajo otros órdenes. Sin duda que puede construirse un poderoso alegato en términos de los argumentos esgrimidos en *Law, Legislation and Liberty*. En un orden espontáneo la gente es libre de llevar a cabo sus proyectos como cree conveniente, sometida solamente al respeto de sus -principalmente negativos- deberes de evitar dañar a otros. La gente aplica sus conocimientos propios a sus proyectos propios y aprende de sus propios errores. Se benefician de la participación en cualesquiera asociaciones libres que consideren conveniente. Y como el sistema está montado para recompensar mejor a aquellos cuyos proyectos resulten económicamente más ventajosos, las oportunidades de bienestar económico a todos los niveles del sistema se acrecientan al mismo tiempo que la libertad está asegurada. Dicho simplemente, la gente es ciertamente más libre y es probable que sea más próspera en los órdenes espontáneos que en cualquier otra forma de sociedad humana que hayamos podido imaginar.

Tal argumento me parece extremadamente poderoso. Expresa una razón atractiva para estar en favor de lo que los partidarios

del orden espontáneo proponen. El problema es, otra vez, que parece ser un argumento al que el hayekiano consistente debería oponerse. Porque no es otra cosa que un argumento utilitarista, y, de acuerdo con Hayek, el utilitarismo es un supuesto clásico de los errores del racionalismo constructivista¹². En nuestra ansiedad por poner correctamente de manifiesto la locura de cualquier visión demasiado instrumentalista de la legislación y del gobierno debemos evitar el error de suponer que todos los modelos de argumentación en pro de los valores constituidos o asegurados por modelos particulares de órdenes jurídicos son igualmente objetables.

III

Los cuatro puntos recién desarrollados me parece que constituyen una objeción justa y sustancial al argumento de Hayek tal y como él lo ha elaborado. Hay muchas cosas de peso y de valor en su filosofía política, pero en el fondo no es aceptable en su integridad. Por tanto, la pregunta es si podríamos componer algo parecido a ella como versión más fuerte de un supuesto esencialmente igual. Esta será la tarea de esta sección.

Un candidato a la labor propuesta es quizás la descripción del «imperio de la ley» (*Rule of Law*), de Michael Oakeshott en su *On History: and other essays*¹³. Lo que dice tiene ciertamente una muy particular relación con el cuarto punto de la última sección de este trabajo, en el que contemplábamos la posibilidad de una justificación consecuencialista del orden espontáneo hayekiano (y quizás lo hacíamos sin suficiente tono de duda sobre si el propio Hayek mantiene esto, como obviamente lo hacen sus seguidores políticos). Pues Oakeshott se toma el trabajo de explorar la idea de que o bien la «prosperidad» o la «libertad» deben ser presentadas como *efectos* del mantenimiento de un Estado bajo el imperio de la ley, o, de lo contrario, deben ser propuestas como fundamentos consecuencialistas en favor de la adopción o mantenimiento de tal Estado. Por lo que respecta a la prosperidad, reconoce la «inconsistencia de atribuir la virtud de un modo de asociación no-instrumental a su propensión a producir, promover e incluso estimular un estado de cosas

¹² Hayek, «LLL», III, 17-24.

¹³ M. Oakeshott, *On History: and other Essays* (Oxford, 1983), págs. 119-164.

sustantivo»¹⁴. Y en cuanto a la libertad, su punto de vista es que la libertad en uno de sus muchos sentidos no es un efecto, sino un elemento intrínseco en el *Rechtsstaat*; y lo mismo en lo que respecta a la «paz» y al «orden» en algunos sentidos de los términos. Oakeshott es absolutamente claro en que el elogio del imperio de la ley sólo puede hacerse en términos de sus virtudes intrínsecas, no en términos de sus efectos. «El imperio de la ley no cuece pan, es incapaz de distribuir panes y peces (no tiene ninguno), y no puede protegerse a sí mismo contra el asalto exterior, pero sigue siendo la más civilizada y menos gravosa concepción de Estado que quepa imaginar»¹⁵. Esta línea de pensamiento podría ser por ello una base más prometedora sobre la que articular un argumento en favor del «orden espontáneo» hayekiano o de algo parecido a ello. El problema es que una indagación más profunda suscitara la duda de hasta qué punto el «imperio de la ley» oakeshottiano es algo como el orden espontáneo hayekiano. Porque desde luego la espontaneidad no es parte de la idea de Oakeshott. Tal y como él caracteriza el imperio de la ley, uno de sus elementos fundamentales es una noción decididamente *gesetzespositivistish* de la «autenticidad» de las reglas. «La expresión “imperio de la ley”, tomada rigurosamente, expresa un modo de asociación moral exclusivamente en términos del reconocimiento de la autoridad de reglas, ciertas y no instrumentales (esto es, leyes), que imponen obligaciones de someterse a ciertas condiciones adjetivas en la realización de las acciones elegidas por sí mismos de todos aquellos que caen dentro de su jurisdicción»¹⁶.

Cuando en este y en otros pasajes, Oakeshott hace referencia a la autoridad de las reglas tiene en mente en gran medida el mismo concepto que Joseph Raz en su *Authority of Law*¹⁷, es decir, algo que se deriva de una concepción de la validez o autenticidad del derecho esencialmente basada en fuentes. Clarísimamente, la autenticidad legislativa es el caso paradigmático -y para Oakeshott como para Austin, el derecho del caso sólo contará en la medida en que pueda ser asimilado al derecho promulgado-. La idea de un legislador o una legislatura cuyos pronunciamientos satisfagan condiciones procedimentales de validez y que tenga autoridad en el sentido de que los súbditos reconozcan como obligatoria la conformidad con cualesquiera reglas válidamente promulgadas es una idea central para el «imperio

¹⁴ *On History*, pág. 161.

¹⁵ *On History*, pág. 164.

¹⁶ *On History*, pág. 136.

¹⁷ Oxford, 1979.

de la ley» oakeshottiano. Lo que éste es en sí mismo, como vimos, es «un modo de asociación moral» entre *personae*, esto es, entre roles que pueden ser jugados por actores humanos como una entre varias de las *personae* que portan, cada una de ellas adecuada a su propio modo de asociación. Los modos de asociación son, al parecer, como los lenguajes wittgensteinianos, formas de vida. Y, como ellos, son los juegos absolutamente serios que todos jugamos.

El acento hayekiano en las especiales virtudes evolutivas del «common law», tan característico de la espontaneidad de su orden espontáneo, no encuentra, por tanto, eco alguno en Oakeshott. Para Oakeshott, como para los positivistas ingleses, el derecho legislado es el paradigma, y cualquier otro tipo de derecho, el caso meramente penumbral. Las grandes modernizaciones de los siglos XVIII y XIX tienen quizás esta característica de requerir y llevar consigo un énfasis en la legislatura como la instancia unificadora y generalizadora del derecho. La eliminación de la miríada de costumbres especiales y derechos locales tan esenciales para un *Ständestaat* exigía sin duda actos de la voluntad legislativa. Francia tuvo un derecho común al conseguir un código, y tuvo un código al tener un Napoleón. En otros lugares, como Inglaterra, pudo haber sido más complicado, pero en Inglaterra, Bentham era un Napoleón del intelecto y sus descendientes intelectuales esculpieron el moderno fetiche de la soberanía del Parlamento. Para Dicey, el más grande de esos descendientes, el «Imperio de la ley» era, entre los fundamentos de la Constitución¹⁸, la otra cara de la soberanía parlamentaria. Así que hay mucho que decir históricamente de la visión de Oakeshott de que el derecho como ley es el tipo focal de derecho para la idea emergente de «Imperio de la ley» o su primo alemán el *Rechtsstaat* tal y como vinieron a ser recibidos en el siglo XIX y principios del XX¹⁹.

Puede argüirse que tal visión no sólo es históricamente fundada, sino también, en el contexto actual, dialécticamente útil. Pues el segundo y el tercero de los puntos contra Hayek considerados en la sección precedente se refieren específicamente al carácter *espontáneo* del «orden espontáneo» hayekiano. No habría contradicción alguna entre la concepción de Oakeshott del «imperio

¹⁸ Vid. A. V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10.^a ed. Ed. E. C. S. Wade, London, 1964), págs. 163-206.

¹⁹ Cfr. D. N. MacCormick, «Der Rechtsstaat und die Rule of Law», 39, *Juristenzeitung*, 65-70 (1984). T. O'Hagan, *The End of Law?* (1984), págs. 116-143.

de la ley» y el hecho de que éste fuera procurado por la intervención deliberada del legislador, pues la teoría dice que así ha sido siempre dondequiera que el imperio de la ley como modo de asociación ha surgido. El *cosmos*, después de todo, es siempre también según esta visión una *taxis*.

Sin embargo es posible que esto salve la cuestión a un precio demasiado alto. Las normas promulgadas que el imperio de la ley de Oakeshott postula son, conviene recordarlo, normas «ciertas y no instrumentales (es decir, leyes)». El paralelo con las «reglas de la conducta justa carentes de propósito (*purpose-independent*) de Hayek es aquí perfecta a pesar de lo mucho que nuestros autores puedan divergir en lo que respecta al origen apropiado de las reglas que postulan. Pero lo que es particularmente plausible en la idea de Hayek respecto al carácter de carencia de propósito (*purpose-independent*) de las reglas, esto es, que esas reglas evolucionan característicamente a través de procesos de «common law», es del todo implausible cuando la idea es trasladada al caso de leyes promulgadas que se considera que son el supuesto central para el imperio de la ley. Las leyes promulgadas ni son, ni deben ser, característicamente puestas en vigor de un modo carente de propósito (*purpose-independent*) -lo cual fue exactamente la razón por la que Bentham y sus discípulos favorecieron este tipo de derecho, y es exactamente la razón por la que Hayek se inclina a tener una visión tan pobre del positivismo jurídico en sus manifestaciones más voluntaristas²⁰.

A la vista de ello no hay ninguna razón que no sea meramente estipulativa para que Oakeshott tenga que ser tan insistente en lo del carácter puramente «adverbial» o «procedimental» de las reglas jurídicas como tales. Ciertamente, se puede ver que las leyes, en la medida en que imponen obligaciones, tienen el carácter de establecer lo que Nozick llama «restricciones laterales» a la acción²¹. Sea lo que sea lo queelijamos hacer debemos hacerlo de forma que evitemos incumplir cualquier obligación. Pero *a fortiori* tenemos entonces que abstenernos de establecer como nuestra meta y objetivo propio la realización de aquello que la ley prohíbe o la omisión de aquello que impone. En este sentido, la ley dista mucho de ser carente de propósito (*purpose-independent*) o indiferente respecto a propósitos (*purpose-indifferent*). Y, vistas desde el ángulo de asegurar la prevención o realización de actos prohibidos u obligatorios, las leyes distan de ser no-instrumentales.

²⁰ Hayek, «LLL», II, págs. 44-61.

²¹ Nozick, *Anarchy*, págs. 28-35.

Cualquiera que sea el sentido en que es «adverbial» tener una ley contra el asesinato («hagas lo que hagas, hazlo de forma que tus actos positivos no causen la muerte a nadie»), igualmente lo puede ser tener una ley Buen Samaritano («hagas lo que hagas, hazlo de forma que no omitas ningún acto razonable que evitara a otro caer en la indigencia»).

Parece innecesario pronunciarse sobre la cuestión de si la teoría de Oakeshott es o no es «algo parecido» a la de Hayek, pues de hecho tiene sus propias bases de implausibilidad y éstas abarcan exactamente los puntos sobre los que el enfoque oakeshottiano sigue líneas distintas del hayekiano. En la medida en que uno encuentra plausibles las protestas y advertencias hayekianas contra el «racionalismo constructivista» o contra lo que he venido llamando «providencia especial», en esa misma medida debe uno tener dudas sobre el legislador ideal de Oakeshott. Y en la medida que uno esté a favor del legislador ideal de Oakeshott, en esa misma medida debe uno tener dudas sobre el orden espontáneo de Hayek. En ningún caso, por tanto, se necesita tener como absoluta la tesis de que las leyes tienen que ser o deben ser «carentes de propósito (*purpose-independent*)» o «no instrumentales», ni desde luego lo podrían ser si la legislación fuera usada como vehículo mediante el que restaurar el *cosmos* o restablecer el imperio de la ley.

IV

Mi punto de vista es que hay una gran fuerza en el argumento que Hayek monta contra el racionalismo constructivista. No puede encontrarse por ningún lado una advertencia más poderosa ni más sólidamente expuesta contra el otorgar credibilidad a la posibilidad de la ingeniería social a gran escala. La idea de que alguna legislatura o gobierno puede rediseñar una sociedad entera de acuerdo con algún plan elaborado racionalmente es, desde luego, tan fatua como Hayek nos advierte, y por las mismas razones que él expone. Cualquiera que sea lo que se haga en base a tales diseños, el resultado será siempre diferente, incluso terriblemente diferente, de lo que fue diseñado y querido. Lo que racionalmente podemos hacer es cambiar algo, extrapolar a partir de, y mejorar, las instituciones que hemos heredado, estando siempre alerta sobre los efectos colaterales de nuestras innovaciones.

Sin embargo, lejos de tomar esto como base para abandonar la confianza en las instituciones socialdemocráticas de los modernos

Estados occidentales, lo tomo como una advertencia contra esos grandes diseños de ingeniería social a los que se adhieren aquellos que piensan que un orden espontáneo hayekiano puede ser creado o recreado mediante el simple diseño y la decisión. Justicia social es un concepto que se ha desarrollado a través de la crítica inmanente a las instituciones heredadas y a la luz del cual hemos buscado enmendarlas y modificarlas. Al recordarnos los valores de libertad e imperio de la ley que ponemos en riesgo al llevar demasiado lejos las demandas de justicia social, Hayek ha hecho un gran servicio; al interpretarle a él como si estuviera proponiendo un plan de racionalismo constructivista para la ingeniería social a gran escala, la nueva derecha ha hecho al pensamiento de Hayek un muy flaco servicio.

Lo que Hayek realmente pone de manifiesto es que ciertos aspectos de la planificación y del socialismo de Estado, en la medida en que suponen la perfectibilidad de la planificación, son quiméricos. Los mundos humanos y sociales no son planeables de esa manera. Lo que él no consigue demostrar es que no puede haber deberes positivos de justicia -de «justicia social»- entre la gente. Como Onora O'Neill arguye en su *Faces of Hunger*²², se puede construir un argumento de tipo perfectamente kantiano en favor de extensivos deberes positivos transnacionales de aliviar el hambre y la inanición. Desde una retórica diferente se puede interpretar el derecho a la vida como un derecho a no ser dejado morir de hambre en un mundo con alimentos de sobra. Y hay otros «derechos-bienestar», o deberes de ocuparse activamente del bienestar de otros, en favor de los cuales pueden alegarse argumentos perfectamente sólidos. Una concepción adecuada de la justicia social abarcará tales derechos y deberes. No hay necesariamente nada conceptualmente absurdo o prácticamente autorrefutatorio con respecto a ellos. No debemos sentirnos hipnotizados por argumentos en favor del orden espontáneo o el imperio de la ley hasta pensar que esas cualidades son, como Hayek y Oakeshott mantienen, incapaces de integrar derechos de, o deberes hacia el bienestar²³.

(Trad. de Francisco Laporta)

²² London, 1986, caps. 6-8. Creo que se puede sacar más partido del concepto de «un derecho» en tales temas que la Dr. O'Neill.

²³ Una versión anterior de este trabajo se presentó a una conferencia de CIDAS en Turín en abril de 1984 y se publicó como «Alcuni Problemi circa l'ordine Spontaneo», en *Libertà, Giustizia e Persona Nella Società Tecnologica*, Ed. S. Ricossa y E. di Robilant (1985); la versión actual se preparó para y se presentó a un coloquio de Liberty Fund en Gleneagles, Escocia, convocado por el Prof. N. B. Reynolds en julio de 1986.



DOXA -6 (1989)

