

El Derecho no se crea se descubre *Tributo a Friedrich von Hayek*

Por Favio León Lecca (*)

Uno de los grandes aportes que merece ser puesto de relieve de la obra de Friedrich von Hayek, es la idea del Derecho y su visión del orden espontáneo de la sociedad.

En los países latinoamericanos es usual relacionar el Derecho con “legislación” y la autoridad que la produce, el Parlamento. Este concepto del Derecho responde a un cuerpo de ideas que ha hecho mucho daño a nuestros países, y que ha pervertido la Ley de su sentido original: ser un límite al poder de los gobiernos de turno y no un mero reflejo de ellos.

Este sistema de ideas fue estudiado acuciosamente por Hayek, destacando entre diversas publicaciones, su famoso libro *Derecho, Legislación y Libertad*¹. En dicho estudio el Premio Nobel rastrea este concepto en lo que ha denominado el racionalismo constructivista y que postula que las instituciones tales como el Derecho, la moneda, el mercado, entre otros, son consecuencia del designio humano y no de la acción humana.

Opuesta a esta visión es el enfoque evolucionista o racionalista crítico, que plantea que las instituciones surgen de manera espontánea, de la interacción humana y no es creación deliberada con arreglo a un patrón preconcebido.

Esta distinción planteada brillantemente por el representante de la Escuela Austríaca, ha sido fundamental para el estudio de los fenómenos sociales, ya que “(...) por fin nos hemos librado de la ingenua idea de que todo arreglo ordenado de elementos que ayudan al hombre en la persecución de sus fines deben atribuirse a un creador personal. En una época se creía que todas las instituciones que son útiles para las relaciones de los seres humanos, tales como el lenguaje, la moral, la escritura y el dinero se debían a un inventor o a un legislador o a un acuerdo explícito de sabios que acordaron ciertas prácticas útiles”².

Este descubrimiento sin embargo, aún no ha logrado desplazar en las facultades y escuelas de derecho a una de las corrientes jurídicas más importantes del siglo XX: el positivismo kelseniano, que sigue reinando en la mente de nuestros abogados, políticos y ciudadanos en general.

¹ Ver HAYEK, Friedrich von, *Derecho, Legislación y Libertad*. Una nueva reformulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Unión Editorial, 2006.

² HAYEK, Friedrich von, *El Orden de la Libertad*. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, octubre 1992, p. 30.

Esta escuela de pensamiento jurídico es la expresión más clara del racionalismo constructivista, y el culpable del proceso codificador del derecho³, pues concibe al derecho como un mero acto de voluntad política. El orden social se diseña desde los vértices del poder, es decir desde el Congreso por las mayorías coyunturales legalmente elegidas (regla de la mayoría), o en menor medida por el Poder Ejecutivo y el judicial.

¿Es realmente así? ¿Es el Congreso quien crea el derecho?, ¿o es que sólo formaliza lo que ya preexiste como regla en el seno de la sociedad?

Desde el punto de vista praxeológico, los individuos actúan de forma consciente y deliberada para alcanzar precisos fines u objetivos, siempre personales y subjetivos, para ello acuden a determinados medios para lograrlos. El hombre al actuar, aspira a pasar de un estado menos satisfactorio por otro mejor⁴.

Es en este marco conceptual que los individuos movilizados por su interés personal cooperan unos con otros intercambiando voluntariamente bienes y servicios -*fenómeno cataláctico*⁵ - y en ese proceso generan no sólo riqueza o valor, sino también reglas e instituciones jurídicas que son útiles a la sociedad y que son descubiertas a lo largo de un azaroso proceso de ensayo y error.

Estas reglas y/o instituciones tales como la propiedad privada, el respeto a los contratos, entre otros, aprendimos a respetarlas sin ser enunciadas de forma explícita, observándolas porque facilitan la aparición del orden social. Es mucho después que nosotros logramos articularlas y crear un sistema eficiente de protección de dichas reglas que son anteriores a la formalización del derecho.

Es por esta razón que Frederic Bastiat sostiene que: “la existencia de la Personalidad, la Libertad y la Propiedad, no se debe a que los hombres hayan dictado Leyes. Por el

³ Como señala el Juez Argentino Ricardo Rojas: “El triunfo de esta postura ha destruido literalmente el sistema político de los países organizados como repúblicas constitucionales, porque significó alterar el equilibrio de los poderes del gobierno, en detrimento del judicial y en beneficio del legislativo: los jueces dejaron de resolver controversias sobre la base de su criterio de justicia; y lo hacen de acuerdo con las soluciones impuestas por las leyes”.

Cita a pié de página No 83, tomada de ROJAS, Ricardo M, El orden jurídico espontáneo. Revista Libertas edición semestral de ESEADE No 13 octubre de 1990, Año VII, p. 230.

⁴ MISES, Ludwig von, La Acción Humana. Tratado de Economía, Unión Editorial S.A., Cuarta edición 1986, p. 38.

⁵ Para la escuela Mises – Hayek, la *cataláctica*, del griego *Katallattein* (canjear, permutar), es la *teoría del intercambio en el mercado libre*, mientras que la *praxeología*, del griego *praxis* (actuación, práctica), y *logia* (doctrina, ciencia), constituye disciplina que se ocupa de la consciente actividad humana toda – “las aspiraciones espirituales y las materiales, lo sublime y lo despreciable, lo noble y lo vil”-, por lo que engloba y, al tiempo, desborda el ámbito de la primera, la cual alude tan sólo al aspecto, digamos, *mercantil* del hacer del hombre. Nota a pié de página tomada del traductor del inglés al castellano Joaquín Reig Albiol de la Acción Humana, Unión Editorial, 1986.

contrario, la preexistencia de su personalidad, libertad y propiedad es la que determina que puedan hacer leyes los hombres”⁶.

En esta línea de pensamiento Hayek sostiene que, “la función de las normas de conducta consistió no en organizar los esfuerzos individuales para particulares propósitos, coincidentes, sino garantizar un orden omniabarcante dentro del cual cada uno pudiera beneficiarse lo más posible con los esfuerzos de los demás en la persecución de sus propios objetivos (...). La gran ventaja de tal orden autogenerador era que no solamente los individuos tenían la libertad de perseguir sus propios objetivos, fueran egoístas o altruistas. Hizo posible también la utilización del conocimiento disperso de determinadas circunstancias de tiempo y lugar que existe sólo como conocimiento de distintos individuos y de ninguna manera podía poseerlo una sola autoridad (...)”⁷.

La limitación de los gobiernos y de las mayorías parlamentarias por el Imperio de la Ley, seguirá siendo una quimera en la medida en que no desterremos de las escuelas de derecho y de la mente de nuestros políticos la visión de que el Derecho es creado por el legislador.

¡El Derecho no se crea sino se descubre!. Este es quizás uno de los más importantes aportes que merece ser recordado como un tributo por el aniversario del nacimiento de Friedrich A. von Hayek.

(*) favio31772@gmail.com

⁶ BASTIAT, Frederic, La Ley. Centro de Estudios Económico – Sociales (CEES), Guatemala 1982, p. 7,8.

⁷ HAYEK, Friedrich von, Nuevos Estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas, Eudeba / temas, Buenos Aires, 1981, p. 118.