

El marco jurídico del libre mercado

-ALGUNAS REFLEXIONES-

*Armando de la Torre**

El Crisol Histórico

El debate, a nivel continental, sobre a dónde queremos ir, en qué tipo de sociedad queremos vivir, cuál ha de ser el papel del individuo en la conformación de ese futuro, cuál el del Estado, el del mercado, el de la ley, el de la moral, el de la religión, ha llegado en estos años a un nivel de intensidad nunca visto, por lo menos desde las últimas décadas del período conocido como el de la Ilustración y de los años subsiguientes a la lucha por nuestras independencias nacionales, es decir, desde el período que abarcó aproximadamente el último tercio del siglo XVIII y el primero del XIX.

Hay una razón de bulto que lo alimenta: el fracaso relativo de nuestros pueblos en alcanzar aquel grado de bienestar y felicidad al que se creyeron con todo derecho -en alas de la idea de reciente acuñación del "Progreso"-, al independizarse de sus metrópolis europeas. Esto ha resaltado mucho más al sur que al norte del Río Grande; lo confirma la sostenida corriente migratoria de sur a norte del último cuarto de siglo.

Igualmente, para estos días se ha sumado al hecho anterior la evidencia estruendosa del fracaso de los mercados centralmente dirigidos, tanto en su versión totalitaria, la del antiguo bloque soviético, como en las no mucho menos ruinosas de nuestras "social democracias", del norte y del sur, con sus mercados intervenidos y sus consecuentes distorsiones de precios.

Pero el casi un siglo de obsesión redistributiva de la riqueza parece tocar a su fin, tanto en Europa como en África, en Asia como en América.

Bajo la condición mayúscula de que esta tendencia aparente no nos defraude, todavía nos hallamos enfrentados a desafíos diversos y angustiantes al corto, mediano y largo plazos.

La experiencia inconclusa de los últimos cinco años en la Europa del Este y los ensayos apenas iniciados de liberación de los mercados en la ex-Unión Soviética dejan entrever un camino inédito, erizado de enormes obstáculos, para cuya superación no contamos con precedentes. Vaclav Klaus, en Checoslovaquia, o Igor Gaidar, en Rusia, y otros como ellos en los demás países del Este, podrán tener las visiones correctas sobre la necesidad de la propiedad privada de los medios de producción, lo enormemente decisivo de un sistema de precios libres para la asignación eficiente de los recursos, o la progresiva desnacionalización del dinero, empezando por el primer paso de hacerlo convertible, etc., pero ello no es sostenible al mediano ni al largo plazo sin el montaje de un marco **legal** que institucionalice y garantice esas prácticas del libre mercado. He ahí el verdadero nudo gordiano para la reincorporación definitiva de esos pueblos a la familia de los libres.

Por otra parte, el proceso de reprivatización en aquellos otros países de Occidente que desde la segunda guerra mundial se habían acercado democráticamente, durante más de medio siglo, al modelo socialista de corte fabiano (tales como la Gran Bretaña o los reinos escandinavos) se ve hoy amenazado de ser sustituido por una creciente marea de regulaciones de

* Director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala, desde 1977. Antiguo Prefecto de Estudios del Seminario Latinoamericano en Roma y Profesor de Sociología, Filosofía y Religión en cinco "colleges" en los Estados Unidos. Ha realizado estudios en Periodismo, Derecho, Filosofía, Clásicos y Teología.

las empresas ya reprivatizadas, en un molde parecido al nuestro cepalino, que por los mismos años ahogó muchas iniciativas empresariales en la América Latina (y que indirectamente ha figurado a la raíz del enorme e ineficiente sector "informal" en nuestras economías).

También la preservación del medio ambiente hoy se erige por muchos, innecesariamente, como una barrera legal para la inversión rentable, la transferencia de tecnologías y el libre comercio internacional.

Y ¿qué decir de las barreras artificiales al libre flujo de la mano de obra como, por ejemplo, las que intentan frenar la libre contratación de peones agrícolas entre los signatarios del Tratado de Libre Comercio?

Ciertamente, la batalla por la globalización de un mercado de libre intercambio de mercancías, capitales y mano de obra aún está lejos de haber sido ganada.

El mismo debilitamiento del omnipotente Estado nacional (y de su principio fundante, el de la "soberanía") ha abierto un espacio para que esfuerzos nuevos de integración regional -como el de la Unión Europea- puedan ser desviados, desafortunadamente, hacia otras metas centralizadoras supranacionales y sus respectivas burocracias -tal el caso de Bruselas-, haciendo la misma creación de reglas legales del juego del mercado más remota, inaccesible y arbitraria para el ciudadano común y corriente.

La transición legal hacia un mercado global libre tropieza, además, con la inercia de muchas décadas de prejuicios irracionales contra muchas de las instituciones fundamentales de un libre mercado: la propiedad privada de los factores de producción, la inviolabilidad universal de los contratos legítimos y el arbitraje sin tutelas ni proteccionismos de las disputas, preferiblemente voluntario, según leyes abstractas e iguales para todos, como al que se aspira lograr con la novísima Organización Mundial del Comercio.

El prolongamiento de las negociaciones del GATT en la ronda de Uruguay puso una vez más de manifiesto cómo el egoísmo de grupos de presión -en aquel caso principalmente el de los agricultores franceses y alemanes, sumado al de muchos otros-, puede retardar el retorno de todos a los principios del libre comercio, vigentes hace cien años, y de que tan urgidos de nuevo estamos, sobre todo los que producimos desde los paralelos del llamado "Tercer Mundo".

Nos adentramos hacia un siglo XXI preñado de grandes posibilidades para la libertad de empresa, sobre todo por la globalización de los mercados financieros, pero sin la brújula de las certezas filosóficas del liberalismo clásico ni las garantías, fruto de una comprensión jurídica integral, del Derecho. Así, permanece todo abierto a la experimentación impulsiva, al ensayo "pragmático", al cabildeo político, al carisma, siempre tan vulnerable, de un caudillo más o menos bien iluminado: Yeltsin, Havel, Walesa, Menem o Salinas de Gortari, inclusive a la práctica arraigada del comercio libre "administrado" (managed trade).

Para colmo, todavía con una idea generalizada, al interno de las naciones, de la "ley", que arrastramos de un positivismo jurídico hondamente arraigado a lo largo de todo este siglo y que hace de la arbitrariedad legislativa la última norma de la cual no hay otra apelación que la misma legislatura.

Existen entre nosotros, los que ponemos la libertad responsable de cada individuo en la cima de la escala de valores, quienes creemos sinceramente que tras el gran paréntesis de estos tres cuartos de siglo de "socialismos varios, la "perestroika" libertaria se ha de imponer al largo plazo por el mero peso de ser nuestras ideas mejores que cualquier otra.

Pero las buenas ideas no bastan.

Fue ésa, precisamente, la ilusión que hizo bajar la guardia a los "ilustrados" de hace poco más de doscientos años y los arrastró por la senda del racionalismo constructivista que Popper ha dado en llamar, con toda razón, "ingenuo".

Urge dar más oído a esa otra voz, la dispersa *da* la experiencia, a aquellas normas de conducta justa no deliberadamente legisladas sino espontáneamente evolucionadas que calificamos como normas del derecho consuetudinario, y que estuvieron al origen del "derecho de los mercaderes", como lo llamó Sir John Hicks, y que ha sido incorporado a la codificación desde los tiempos de Roma bajo el rubro de Derecho Mercantil.

Igualmente, urge la formación en los jóvenes del temple del carácter empresarial, es decir, del amor al riesgo y al sentido de responsabilidad frente a las consecuencias de nuestros actos (y no de nuestras intenciones); también a que nos habituemos a dejarnos guiar en última instancia por las preferencias anónimas de los consumidores, manifestadas a diario en un mercado libre, y sólo en un mercado libre, y no por las prioridades arbitrariamente fijadas por los políticos.

Porque las sombras de la imperial arrogancia del hombre "ilustrado" que creyó que su razón individual lo podía todo aún cubren la mayor parte de la gestión pública. Y así, el fundamentalismo islámico o la explosión demográfica en el Tercer Mundo y el paralelo

(1) Hernando de Soto, "El Otro Sendero", Ed. Diana, México, 1987.

(2) Karl Raymond Popper, "The Open Society and its Enemies", Vol. I. Cap. 10, Princeton University Press. 1962.

envejecimiento de la media poblacional en el Primero, o el deterioro ambiental, o la proliferación nuclear, o las multinacionales del narcotráfico, o las tenaces antipatías étnicas, o la embrionaria competencia supuestamente desleal por la conquista del espacio y del fondo de los mares, o la supresión de las desigualdades sociales, o las tan mentadas prácticas de "dumping" o la supuesta ausencia de "fair trade", y tantos otros tópicos más, sabemos que pueden ser esgrimidos como otros tantos pretextos para la reintroducción de la intervención coactiva y planificadora de los funcionarios nacionales e internacionales, a costa de la libertad del mercado.

El mercado, por eso mismo, nos interesa hoy lo más enteramente libre posible, *porque espontáneamente se corrige a sí mismo*, según la famosa -y tan injustamente denigrada- "mano invisible" de Adam Smith, sin ningún recurso a la fuerza ni a la amenaza del uso de la fuerza. La alternativa la constituyen esas pretensiones intelectuales hechas "Ley" que, por definición, han intentado e intentan positivamente planear nuestro futuro e impiden así toda posibilidad de corrección espontánea basada en la experiencia y las preferencias de los afectados.

Conviene recordar a esos divinizadores políticos de la razón centralmente planificadora que lo mejor de un mercado libre es precisamente que no sabemos, que no podemos saber, anticipadamente, qué soluciones va a ofrecer el mercado a problemas nuevos o cómo se va a regular a sí mismo en coyunturas que ni siquiera nos son dable imaginar.

Todo lo anterior confirma la vigencia de la melancólica conclusión atribuida a uno de los próceres de la independencia norteamericana: "El precio de la libertad es una eterna vigilancia" (Benjamín Franklin).

Ahora bien, al centro del debate, una vez más, confluyen los grandes temas de la libertad y el orden, del bien común y la propiedad, de la igualdad y la solidaridad humanas. Oblicuamente, se implica asimismo la posibilidad, o no, de reconciliar los sistemas de moral categórica, propios de las grandes religiones monoteístas que están al origen de nuestro mundo occidental, con los otros sistemas de moral hipotética o prudencial que subyacen en la filosofía utilitarista del mercado. Inevitablemente se termina por incluir la búsqueda de un sistema social más "justo" y del aporte que a su realización puede hacer la legislación, es decir, aquellas normas de conducta respaldadas por la autoridad pública con sanciones ya sean originariamente producto de la costumbre o de la voluntad de los ciudadanos organizados en un cuerpo político, y promulgadas en el derecho positivo, privado (civil, penal o mercantil) o público (constitucional, fiscal o internacional).

Únicamente un acercamiento interdisciplinario nos permitirá ganar, creo yo, una perspectiva mejor integrada de todo lo que está en juego. Yo sé que este tipo de fundamentación quasi-teórica es vista a veces con cierto recelo por nuestros amigos de la tradición empirista anglosajona, mercedamente siempre alertas, desde Hume, más allá de los pretendidos alcances críticos de la razón, posición, sea dicho de paso, que cuenta con mi mayor simpatía.

Sin embargo, sigue siendo persuasiva la analogía de que "los árboles no nos dejan ver el bosque" y que sólo colocándonos fuera y por encima del bosque, -como lo esbozó magistralmente Ludwig von Mises desde los principios de la Escuela Austríaca de Economía en los primeros capítulos de su "Acción Humana"-, podemos aspirar a hallar nuestro camino por entre la espesa vegetación de eventos y figuras de estos años, en torno al tema capital del futuro del libre mercado (o como lo prefieren Popper y Hayek, de la "sociedad abierta").¹

Una constante en los reclamos de los "mercaderes" (es decir, de "los especialistas en intercambio", según la terminología de Hicks) al orden legal vigente es que las reglas del juego mercantil sean *pocas, claras y estables*. ¿Es éste, acaso, el caso del Tratado de Maastricht, con sus cuarenta mil cláusulas, o el del TLC, con sus más de dos mil?...

El orden del mercado y el orden jurídico aún divergen y, a veces, hasta se antagonizan. Importa mucho, pues hacerlos converger, tanto al nivel nacional como al internacional.

Para esta convergencia de lo jurídico y lo económico el mismo mundo anglosajón se nos ha adelantado con otro magnífico ejemplo. Es en los Estados Unidos donde desde los últimos años ha irrumpido un nuevo campo interdisciplinario de estudio: el de

La Economía y la Ley

Hacia ya casi un siglo, un eminente magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, se había dirigido a sus colegas de la profesión legal con estas palabras: "...todo abogado debería buscar entender la economía. Ahí se nos llama a considerar y sopesar los fines de la legislación, los medios para alcanzarlos y su costo. Aprendemos que por cada cosa tenemos que renunciar a otra, y se nos enseña a comparar la ventaja que ganamos con la ventaja que perdemos, y a saber lo que hacemos cada vez que escogemos".⁵»

(3) Ludwig von Mises, *Human Action*. Ed. Ed. Contemporary Books, Inc. Chicago, 1963.

(4) K.R. Popper, *Ibidem*, Cap. 10.

(5) O.W. Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897.

Fue en la década de los sesenta de este siglo cuando resurgió pujante esta olvidada enseñanza, con las primeras investigaciones publicadas en el área interdisciplinaria de Economía y Derecho en el "Journal Of Law and Economics" (fundado en 1958 por la Universidad de Chicago).

Esos economistas interpretaban la Ley como un "gigantesco mecanismo de precios" que estimulaba o desalentaba la asignación eficiente de recursos escasos. Pues la ley, en último análisis, intentaba, según ellos, normar en el fuero externo decisiones individuales, siempre hechas "al margen" de su utilidad para el sujeto que las toma, -de comprar o vender, ahorrar o invertir, emprender o abstenerse-, dentro del principio de la división del trabajo, tanto más según respectivas. ventajas comparativas cuanto más libremente competitivo sea el mercado. La Ley, entonces, con frecuencia se ha convertido en un intruso que distorsiona deliberadamente la libre formación de los precios.

Sin embargo, ese renovado interés de economistas y abogados por la especialidad del otro es de más antiguo abolengo, aunque esto sea poco recordado.

Aristóteles, en sus lucubraciones jurídico-legales, abogó, desde la base empírica que lo contra distinguía de Platón, por el sistema basado en la propiedad privada de la tierra y del factor trabajo.¹²» Los escolásticos del medievo se afanaron, además, durante siglos, por identificar los criterios que norman el "precio justo" y que la escolástica tardía de la Universidad de Salamanca habría de reducir, al fin, al encuentro de las "estimaciones" subjetivas de los que ofrecen y demandan en el mercado.¹³

Adam Smith, que tanto se preocupó de las relaciones entre Moral, Ley y Mercado en su "Inquiry into the Causes of the Wealth of Nations", también abundó en lo mismo en sus "Lectures on Jurisprudence" que, lamentablemente, nunca concluyó. Jeremías Benthan fundió, con sus "Principles of Moráis and Legislation", en su cálculo su análisis de la ley positiva y su costo económico y social.¹⁴»

De manera que el estudio interdisciplinario jurídico y económico de los fenómenos del mercado es parte de nuestro común acervo cultural.

Pero la especialización acelerada en las llamadas Ciencias Sociales a partir de los años veinte de este siglo y, sobre todo, el énfasis econométrico en los análisis económicos, además de los paralelos triunfos avasalladores del positivismo jurídico, crearon un clima intelectual propicio para que se extraviara, en gran parte, aquella sabia visión integradora de antaño.

Lo macroeconómico y lo positivo reemplazó a lo microeconómico y consuetudinario: el derecho público desplazó al derecho privado; las abstracciones de los agregados estadísticos y de "los modelos" sociales se legislaron a costa de lo individual y humano, es decir, en contra de la persona autónoma, que es el agente por antomasia del libre mercado.

De ahí los monumentales abusos de las sociedades "tribales" del Siglo XX, los socialismos de toda laya y la deshumanización masiva del hombre.¹⁵

El nuevo campo interdisciplinario de Economía y Ley que nos ha obsequiado el permanente y vigoroso debate de la democracia norteamericana puede ser escalonado en tres etapas sucesivas:⁶ la de los sesenta: el estudio crítico de los efectos en la industria de las regulaciones del Gobierno Federal norteamericano. Aunque muchos fueron los que aportaron una comprensión valiosa del proceso, valga mencionar aquí, como botón de muestra, el trabajo de G.J. Stigler (premiado más tarde con un Nobel) que mostró convincentemente que los gobiernos no suelen guiarse en sus regulaciones de la actividad productiva industrial por la eficiencia o algún otro criterio favorecedor del bien común de los consumidores, sino por las presiones políticamente canalizadas de las mismas corporaciones sujetas a esas regulaciones. Como resultado, muchas de esas regulaciones se enderezan a desalentar la competencia (de los nuevos o de los jóvenes empresarios) en beneficio de los políticamente influyentes ya *establecidos* y en perjuicio final de los consumidores, que lo somos todos.

Otra de las grandes contribuciones hechas por los mismos años fue el estudio de Guido Calabresi (de la Universidad de Yale) sobre las leyes que cubren las responsabilidades civiles por daños no intencionales y que se conocen en el sistema consuetudinario anglosajón ("common law") como leyes de "torts".

Según Calabresi,¹¹ el propósito de estas leyes es "minimizar la suma de los costos de los accidentes y los costos de prevenir accidentes". Esto se puede lograr, añade él, si quien puede evitar el accidente al menor costo es declarado responsable por la pérdida incurrida. Esta perspectiva encaja mejor en la tradición del

(6) Aristóteles, "La Política", Libro I, 1266-8.

(7) Alejandro Chafuén, "Economía y Ética", Atlas Foundation, 1992.

(8) Federico Bastiet, "La Ley", Centro de Estudios Económicos Sociales,

Guatemala, 1965. Vea, además el análisis de su obra por Dean Russell: "Frederic Bastiat: Ideas and Influence", The Foundation for Economic Education, 1969.

(9) F.A. von Hayek, "The Fatal Conceit-the Errors of Socialism", The University of Chicago Press, 1988.

(10) Cento Veljanovski, "The Economics of Law", The Institute of Economic Affairs, 1990.

(11) Yale Law Journal, Vol. 10, 1967: "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts".

"common law", en la que el juez, no el legislador, es el árbitro último de los procesos judiciales. En los países de la tradición de Derecho positivo escrito (que son los nuestros) *tanta flexibilidad* (a costa en alguna medida de la "certeza" de la ley) sería verdaderamente revolucionaria.

No menos valioso fue el aporte de Ronald Coase, otro Premio Nobel de Economía, sobre el tema tan distorsionado demagógicamente por quienes políticamente se identifican a sí mismos como de izquierda: el problema del "costo social".^{12'}

Las tesis intervencionistas de siempre se han querido justificar por "los fallos del mercado" (monopolios, conocimiento imperfecto, distribución desigual del ingreso, etc.). Coase y otros comenzaron a aplicar el mismo análisis a los "fallos del Gobierno".

De esta manera, se comparan dos "costos" para la sociedad: los de las imperfecciones del mercado y los de las imperfecciones del Estado.^{13'}

Este ángulo ha derivado en el famoso "Teorema de Coase", hoy tan importante para la discusión de la legislación reguladora del impacto de las "externalidades" de la industria y el consumo, sobre todo con vistas a la novísima preocupación por la conservación del medio ambiente. A través de ese Teorema, ya nos es dable proponer arreglos extrajudiciales voluntarios ("potential gains-from-trade") como alternativa a la legislación reguladora nacional.

Por último, la década de los sesenta nos añadió una mejor comprensión de la política fiscal.

La doctrina de la "opción pública" -o la economía de lo político- extendió la idea de la motivación del lucro individual -esencial para la inteligencia de cómo trabaja el mercado- al engranaje mismo de la burocracia estatal.

James Buchanan y Gordon Tullock^{14'} hicieron así más inteligibles fenómenos tan familiares para nosotros los latinoamericanos como la secretividad burocrática del proceso de sus tomas de decisiones, su inercia conservadora y, a veces, reaccionaria frente a los cambios que exigen los consumidores de bienes y servicios públicos, la tendencia al gasto excesivo y a la tributación progresiva, desalentadores todos de la generación de riqueza y de la creación de empleos. En una palabra, la burocracia como otro grupo de presión en beneficio de sus intereses individuales y gremiales. Esto, sea dicho de paso, no se evidencia menos aplicable a los casos de las burocracias y los "expertos" de muchos organismos internacionales contemporáneos.

El análisis económico del costo de la legislación se amplió por esos mismos años al salario mínimo, a las regulaciones de las empresas públicas de infraestructura, a la supuesta efectividad de las leyes antimonopolio, a las responsabilidades por accidentes, y otros muchos rubros más.

Pero fue durante la década de los setenta cuando se consolidó en los Estados Unidos este campo interdisciplinario de economía y derecho.

Posteriormente la figura señera de esa década lo fue el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago Richard Posner,^{15'} quien en numerosas publicaciones cubrió con el análisis de los costos de la legislación, los contratos, la familia, el derecho penal, el mercantil, el procesal, el administrativo y el constitucional. Con ello Posner coadyuvó en adelantar la tesis radical de que la lógica de la legislación ha de ser la misma del mercado, en tanto en cuanto este último descansa sobre libres decisiones de individuos que buscan maximizar la utilidad subjetiva de cada opción.

Con todo ello, el "imperialismo" académico de la economía hacia el derecho se había consumado... o así lo han pensado al menos -algunos de los más conservadores practicantes del derecho.^{16'}

Desde entonces, el énfasis de los economistas de la oferta ("supply side economics") también ha inundado la profesión legal en los Estados Unidos, sobre todo entre el gran número de designados para posiciones de jueces en la rama federal del Gobierno familiarizados con estos análisis, durante la presidencia de Ronald Reagan.

Curiosamente, la fuente de la legislación más antieconómica, el propio Congreso de los Estados Unidos, se ha visto mucho más reacio a estos cambios de perspectiva. Esperemos que quizás este año de 1995 evidencie la llegada en fuerza a las dos alas del Capitolio de los identificados con la nueva visión integradora...

La Idea de la Ley

Aunque las normas legales y las instituciones jurídicamente reconocidas de toda sociedad están inevitablemente o en armonía o reñidas con las propias de un mercado libre,^{17'} vale la pena recordar que el término de "ley" es, semánticamente, ambiguo.

(12) Journal of Law and Economics, Vol 3. 3 (1960).

(13) Los autores anglosajones tienden a nombrar al Gobierno donde nosotros mencionamos al Estado.

(14) "The Calculus of Consent", University of Michigan Press, 1962.

(15) R.A. Posner, "Economic Analysis of Law", Boston: Little Brown, 23d edn., 1988.

(16) Gerald Ratnizky, The Imperialism of Economics, Stuttgart, 1990.

(17) Ver Sir John Hicks, "A Theory of Economic History", Oxford University Press, 1976.

Fue ello lo que motivó al recientemente fallecido F.A. von Hayek a consagrar tantos trabajos de investigación para dilucidar las confusiones del lenguaje político-legal de las sociedades contemporáneas.

Particularmente en su obra de fines de la década de los setenta "Derecho, Legislación y Libertad", como ya lo había hecho más sucintamente en su opus magnum "Los Fundamentos de la Libertad", se esforzó por hacer más precisa la distinción entre mandato y ley, orden deliberado y orden espontáneo, sociedad cerrada y gran sociedad o sociedad abierta.¹⁸¹

Aunque no dispongo aquí de tiempo para ahondar en esta cuestión, sí quiero recordar que la ley, en el sentido original y genuino del término, es una norma ("nomos") de conducta justa, abstracta (es decir, sin destinatario de antemano conocido), igual (para todos en la misma categoría) y generalmente de carácter negativo (más bien prohíbe). Así entendida, es la esencia del llamado Derecho Civil y del Derecho Mercantil.

El mandato, en cambio, aunque se le designe también con el nombre augusto de "ley" siempre es un comando que, más que a una conducta, se endereza a un logro *específico*, y que por lo tanto es concreto, desigual y de naturaleza positiva (más bien afirma). Hacia ello ha tendido el Derecho Público contemporáneo, movido por las prioridades del moderno Estado benefactor.

El referente de la ley es la conducta del que la ha de obedecer: el del mandato es el interés de quien autoritariamente lo dispone.

De aquí se sigue que la verdadera ley es siempre jurídicamente impersonal, mientras que el mandato es eminentemente político.

La ley, así entendida, más bien se "descubre" en los hábitos observados en la experiencia social de la comunidad: el mandato, en cambio, se "crea" por voluntad del que lo dicta.

La ley tampoco tiene que hallarse necesariamente verbalizada, mucho menos puesta por escrito. El juez quizás la verbalice, cuando un conflicto a dirimir llega a su jurisdicción. El mandato, por el contrario, siempre se explícita verbalmente y, modernamente, además por escrito.

De allí la preferencia de Hayek por el derecho consuetudinario antes que por el positivo (que no niega del todo). De allí también su insistencia de que el derecho privado ha de limitar el público, al que sirve de último referente.

Todo ello explica sus repetidos señalamientos contra la moderna confusión del lenguaje "político" que alude a los mandatos como a "leyes" de la legislación ordinaria (y muchas veces también de la extraordinaria o constitucional) del moderno estado benefactor ("welfare state"), como lo hicieron John Austin para la tradición del "common law" y Hans Kelsen para la de los códigos civiles.¹⁹¹

El crecimiento desmesurado del Estado interventor a partir de sus tímidos inicios en la Alemania de fines de siglo XIX (el comienzo del "Wohlfahrtstaat") y de la legislación laboral en Inglaterra desde 1906 ha llevado a una auténtica "hemorragia" de mandatos a guisa de legislación en todas las sociedades organizadas en Estados nacionales, y de ahí se ha hecho extensivo a los actos que caen bajo la jurisdicción del derecho internacional privado de acuerdo a las convenciones y tratados entre los Estados pactantes.

Los tres principios conceptuales del Derecho que han sido más usados y abusados para justificar y aún incentivar tal hemorragia legislativa han sido:

1. El de la personalidad de los grupos.
2. El de los derechos y deberes sociales.
3. El de la soberanía.

1. La personalidad de los grupos

Desde los orígenes de la filosofía griega, la tendencia ha sido a "objetivar" en la vida extramental todo lo que se muestra capaz de ofrecerse a la conciencia. De ahí, el llamado "realismo" platónico de los conceptos universales. En su forma más primitiva, a todos los eventos de la naturaleza se les da un carácter antropomórfico, teleológico: los griegos usaban el término de "hipostatización" cuando se iba más lejos y se les reconocían "rasgos personales" a las abstracciones de la mente.

El derecho romano incorporó estas mismas creaciones mentales como "ficciones jurídicas", muy funcionales para el tráfico diario de transacciones legales y políticas. Así surgieron, por ejemplo, las instituciones de la adopción y de la personalidad jurídica ("incorporación" en la moderna tradición anglosajona).

Sociológicamente, Durkheim las justificó como entes "sui generis" (la nación, por ejemplo); políticamente, han sido el recurso favorito de demagogos y

(18) "Derecho. Legislación y Libertad". Unión Editorial, Madrid, 1982: "Los Fundamentos de la Libertad", Universidad Francisco Marroquín, 1984 (La primera publicación fue editada por la Universidad de Chicago en 3 volúmenes con el título de "Law, Legislation and Liberty", 1973-1979; la segunda, por la misma Universidad con el título "The Constitution of Liberty" en 1959).

(19) Dennis Lloyd, "The Idea of Law". Penguin FJooks. 1964. Cap. 5.

tiranos, desde Marat ("l'ami du peuple") hasta Marx y Lenin ("la clase") o Hitler ("la raza").

El nominalismo epistemológico, por el contrario, siempre ha sostenido que las ficciones jurídicas y las abstracciones colectivas son meros "símbolos" económicamente útiles de agregados de individuos que se *perciben* a sí mismos como miembros de "grupos" y nada más.

Sin embargo, los políticos contemporáneos de la "beneficencia social" por vía del Estado las han resucitado como realidades ópticamente superiores y anteriores a las personas de carne y hueso, como realidades a las que hemos de subordinarnos todos por el simple hecho de estar ellas al servicio de un bien "común" independiente de los bienes particulares.

2. Derechos y Deberes

El mero concepto de ley parece entrañar en su raíz latina el concepto del deber ("ligatus", ligado a una obligación), aunque en una forma muy diferente a la del deber moral y el religioso.

Correlativamente surgió el concepto de "derecho" (Recht, droit, right) en aquel que era acreedor o tenía un reclamo subjetivo, válido en el fuero externo, ante otro. Esos mismos términos de derecho y deber u obligación se han empleado en el orden moral para el fuero interno; de aquí las fuertes connotaciones emocionales de las palabras "derecho" y "deber". Esta doble acepción del uso de estos términos es un dato sociológico de enorme importancia práctica, pero ajeno al sentido legal de los mismos.

Hayek nos recuerda que "derechos" y "deberes" son estrictamente atribuibles a las personas naturales, no a las ficciones jurídicas.

Es justicia que una persona cumpla con una obligación, (esto es, satisfaga un derecho de otra); es injusticia, el que rehúse hacerlo. Pero esto sólo es posible entre personas naturales que respondan recíprocamente del cumplimiento u omisión de sus obligaciones respectivas. Fuera de esas relaciones interpersonales, no son posibles ni la justicia ni la injusticia. Cualquier uso de estos términos que se haga extensivo al mundo de las ficciones jurídicas es una derivación que facilita las interacciones entre los hombres pero que no las valida autónomamente de las personas naturales en primer *lugar que* las integran.

Kelsen niega explícitamente este último aserto. Llevado de un afán lógico que independice al Derecho de los datos y valores sociológicos, afirma que la conjunción de derecho y deber no es necesaria, porque hay derechos sin deberes (votar, por ejemplo) o deberes sin derechos (el caso de la tributación o de cierta beneficencia social), que se aplican *por igual* a las personas naturales y a las personas jurídicas.²⁰¹

Esto ha contaminado aún más las aguas de la terminología en torno a la justicia, y en el caso del comercio internacional ha inducido a prácticas macroeconómicas retaliatorias entre las naciones, prácticas que no hacen justicia a las personas naturales que intercambian a nivel micro.

En la perspectiva hayekiana, podemos hablar de derechos (los que obligan a otras personas a respetarlos) y de pseudo derechos (los que no obligan a nadie en particular); los que se conocen en algunos círculos anglosajones respectivamente como "primary" (fundamentales) y "remedial rights" (o "entitlements").

El legislar en base a pseudo-derechos (que son el tejido de la justicia "social"), propios de la legislación económico-"social" contemporánea, ha resultado muchas veces tan injusto y contraproducente como el de elevar a la dignidad de "ley" lo que en su contenido es un simple mandato (aunque su status legal derive de su proveniencia de una entidad legalmente facultada para legislar). Pues, ¿quién está obligado, por ejemplo, a dar a otro en justicia vivienda o proporcionarle empleo? ¿La "persona" que es el Estado nacional?...

El Estado supuestamente benefactor se ha erigido en este siglo sobre mandatos que pretenden asegurar pseudoderechos en base a una justicia que redundantemente se ha dado en llamar "social". A nivel internacional, como al nacional, ha hecho inseguros los auténticos derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad de las personas naturales y ha debilitado las obligaciones derivadas de los contratos.

¿Quién ha pagado por tanta confusión?

Toda persona natural, en esos genuinos derechos a la vida, a la libertad y a lo más frecuentemente conculcado, la propiedad.

Es decir, todos y cada uno de nosotros.

¿En base a qué?

En base al concepto de

3. La soberanía

Es una pena que los enormes errores de lógica se nos cuelen subrepticamente a través de la manipulación aparentemente inofensiva de términos definidos estipulativamente en forma tal que oculte las verdaderas intenciones para las que fueron acuñados.

(20) Hans Kelsen, "Die Reine Rechtslehre". 2a. ed.. Viena, 1960; publicada en inglés como "The Pure Theory of Law", Harvard Law Review, 1935 (de la primera edición alemana, 1927).

Tal es el caso de ese término puesto en generalizada circulación como un nuevo significado por todo el ámbito político-jurídico, desde el siglo XVI, por Jean Bodin: el de la soberanía.

El término fue una glosa en cápsula del Código de Justiniano, para el que la ley se había convertido en aquello "quod Caesari placuit" (lo que al César plugo). Pero la verdadera intención de Bodin fue la de justificar el absolutismo regio en el emergente Estado nacional, es decir, el poder legislativo ilimitado en la persona del rey.

La soberanía colocó al monarca por encima de la ley consuetudinaria que le había servido de valladar a su poder durante toda la Edad Media. Aun el venerable "derecho de gentes" y hasta el derecho natural les quedaron subordinados ad intra (en la nación) y ad extra (frente a otras naciones), en cuanto sus fuerzas militares y económicas se lo garantizasen. Mejor resumen de todo ello no fue dado por estudioso alguno que el de la frase atribuida a Luis XIV: "L' Etat, c' est moi".

La Revolución Gloriosa de Inglaterra en 1688 no fue más que un ensayo exitoso de restringir la soberanía en la persona del monarca. Pero el intento del Parlamento de atribuirse en 1767 poderes análogos desencadenó la revolución americana y con ella el constitucionalismo que habría de ser su timbre de gloria.

Jean Jacques Rousseau, en el continente europeo, desplazó el siglo siguiente la soberanía del rey al mismo pueblo, cuya "voluntad general" (expresión de una naturaleza humana moralmente "buena" si no corrompida por las desigualdades sociales) habría de imponerse sobre cualquier minoría disidente.

De aquí a la dictadura jacobina de la Revolución no había más que un paso, o, más tarde, a la del proletariado, o a la de la supremacía de la raza aria, o la del imperialismo colonial; también de ahí, el Estado paternalista y omnipotente de los modernos sistemas legales de beneficencia pública que, por ejemplo, expropia a una minoría a través de la progresividad del impuesto sobre la renta o concede graciosamente monopolios a expensas de los menos organizados o de los más jóvenes y hiere así, en lo más hondo, la libertad de acceso al mercado.

Ilustrativamente, John Austin, al igual que lo haría Hans Kelsen, hizo radicar la soberanía del Estado nacional moderno en la necesaria coherencia lógica de todo el sistema legal que ha de basarse por necesidad en una fuente última e inapelable para sus mandatos, a la que se debe en el fuero externo obediencia incondicional: el poder coactivo del Estado nacional, para el que no existan "permanentes amigos ni permanentes enemigos sino sólo permanentes intereses"...

Esa "coherencia lógica" es, en realidad, la herencia inmediata del racionalismo continental "ingenuo" de aquellos siglos XVII y XVIII, tan menospreciadores de la experiencia y de su expresión más auténticamente social, las tradiciones. ¿Y todavía nos asombra el cúmulo contemporáneo de regulaciones mercantilistas nacionales e internacionales del comercio y la iniciativa empresarial?

La Tarea

Dados estos antecedentes, la tarea que nos aguarda para asegurar firmemente un mercado global libre se nos antoja un camino muy empinado.

Más arduo que iniciar empresas o mantenerlas competitivas, mucho más difícil que el proceso de descubrimiento empresarial o el refinamiento de los mecanismos de crédito, más complejo que la transferencia de tecnología o la preparación de los jóvenes para su uso, más arriesgado que el cálculo económico para la asignación eficiente de recursos escasos, más cuesta arriba que cualquier otro ascenso humano desde la pobreza, lo es la tarea de dismantelar el inmenso aparato legislativo estatal, acumulado por siglos, si no por milenios, que hace en unos casos casi imposibles y en otros muy raquíticos los logros del mercado.²²»

Precisamos de una revisión total de nuestra filosofía jurídica, incluso de nuestras premisas antropológicas, para liberar las fuerzas impersonales del mercado, lo que equivale a decir liberar la creatividad muy personal de todos y cada uno de los hombres.

No olvidemos que muchas de las instituciones de la sociedad abierta que han hecho suyas la prepotencia coactiva de los políticamente poderosos o influyentes fueron, en su origen, fruto espontáneo de mercados libres y competitivos. La propiedad, los tribunales mercantiles, el dinero, la moneda metálica, el crédito, la banca, los seguros, las bolsas de valores, el fideicomiso, hasta la misma vida urbana son hoy impensables sin la iniciativa y presencia previa de mercaderes y artesanos.

Lo mismo digamos de otros mercados que parecen más alejados de las actividades que comúnmente asociamos con la actividad comercial, los de la religión o de la cultura. Rescatémoslos para la libertad de la persona natural, regresemos, si es necesario, a una opción deliberada de base cero en la legislación y sólo retengamos aquellos puntales imprescindibles para alentar la conducta justa y desalentar la injusta.

A este respecto de la opción cero, me permito parafrasear -a la inversa- a uno de los pioneros fa-

(21) John Austin, "The Province of Jurisprudence Determined", Londres, 1832.

(22) Luis Pazos, Libre Comercio: México- Estados Unidos Mitos y Hechos, Ed. Diana, México, 1992.

bianos de principios de siglo: "Veo las cosas como son y me pregunto por qué; y las sueño como sé que pudieran ser y me pregunto: ¿Por qué no?".

Pero con un "caveat" que atempere el ardor racional -y no nos permita que resbalemos una vez más en la utopía-, de un gran jurista norteamericano ya mencionado: "La vida de la ley no es la lógica, sino la experiencia".¹²³»

Para una opción legislativa "cero" con respecto al mercado, valdría la pena remitirnos -en un apretado resumen- a unas cuantas premisas básicas -de sentido común- sobre la conducta humana, tal como han sido iluminadas por múltiples reflexiones de hombres "civilizados".

1. El ser humano es un individuo cuyo impulso de conservación lo lleva a interesarse, sobre todo, en su beneficio personal, valiéndose de recursos, muchas veces limitadísimos, que él "inventa", a un costo inevitable de oportunidad en cada ocasión.

2. El cálculo racional que ha de hacer para maximizar sus beneficios coincide con su condicionamiento emocional e incluye los beneficios de quienes le son más allegados por la sangre o la elección (familiares y amigos).

A esto, al parecer, aludía David Hume cuando afirmaba que el hombre oscila entre dos polos: el del egoísmo y el de la simpatía.

De ahí, también, la observación de Jeremías Bentham de que la virtud de la prudencia (la adecuación de los medios al fin último del propio beneficio) conlleva necesariamente la virtud de la benevolencia, la intención, no menos intensa, de hacer a otros partícipes de su beneficio ("que la ganancia del uno sea la ganancia del otro").

3. El hombre así constituido se ha visto inmerso -desde que por primera vez se asentó en los márgenes de los ríos y se inició en la producción agrícola- en asociación multitudinaria según la división del trabajo.

En ella, además de consumir -como siempre lo había hecho durante su pasado nómado- *produce* para su subsistencia, y si le quedan sobrantes también habrá producido para el intercambio (directo o indirecto).

4. El hombre productor ha venido a vivir simultáneamente en dos sociedades: la "tribal", donde practica los hábitos tan emocionalmente gratificantes de la solidaridad (que le permitió sobrevivir en el remoto pasado) y la "abierto", donde se rige por los criterios utilitaristas de un mercado competitivo y mayormente anónimo.

5. En ese legítimo empeño de producir, el hombre usa de procesos que ni creó deliberadamente ni sobre cuyos orígenes jamás podrá reunir información completa, tales como el lenguaje, los precios, el folklore o las tradiciones legales, pero sin los cuáles tampoco le sería posible cooperar con otros o salir de la pobreza que le es nativa.

6. Las normas de conducta en un ser libre como el hombre, que no trae incorporado en su código genético la mayor parte de su comportamiento, hacen predecible su conducta y, por ende, hacen posible su cooperación con otros.

Las normas morales le obligan en el fuero íntimo de la conciencia; las legales, en el fuero externo (la conducta observable por otros). Ambas son producto de una lenta evolución de milenios, de ensayos, de logros y errores, acarreados por la supervivencia de los grupos que las viven.

Son las normas legales las que se distinguen de todas las demás por hallarse respaldadas por una autoridad *pública*, es decir, por aquella autoridad a la que se le reconoce por todos el monopolio del poder coactivo, para impedir el abuso de ese mismo poder por parte de individuos o de grupos particulares para fines particulares.

7. La norma legal (la "ley") ha de ser valedera, pues, para que el legítimo afán de supervivencia -que lleva al hombre a querer producir más para poder consumir más- no incida negativamente en el no menos legítimo afán de los demás.

Así, pues, la ley se anticipa a prevenir la universal tentación de pretender medrar a costa del involuntario esfuerzo ajeno.

Esto se logra en la medida en que la ley logre efectivamente reducir o eliminar el empleo arbitrario de la fuerza o del engaño en las transacciones pacíficas entre seres humanos adultos.

8. Cuando el hombre actúa conforme a esta "ley" actúa conforme a justicia; cuando la contraviene, su conducta es injusta.

Este es precisamente el ámbito del Derecho privado (civil, penal y mercantil), el cimiento ineludible de la convivencia estable, pacífica y voluntaria: la justicia, sea contractual, correctiva o subsidiaria.

9. Pero todo otro desvío del poder coactivo que respalde a la ley hacia cualquier otro fin (la redistribución de la riqueza, por ejemplo), habrá de contar con el previo consentimiento de los afectados en su patrimonio y no de los "beneficiados" por el patrimonio ajeno.

(23) O.W. Holmes, "The Common Law", (1881).

Así cae de lleno bajo la justicia el Derecho público en sus ramas administrativas, fiscales, tributarias, aun las internacionales y, sobre todo, las constitucionales, que responden a otro tipo de "ley", la que no pretende normar la conducta individual justa sino la organización política de la autoridad pública.

La gestación de la legislación de Derecho público tiene, por lo tanto, también su costo; lo mismo, evidentemente, su impacto en las decisiones de ofrecer, comprar, ahorrar o invertir.

Es aquí, particularmente, donde resulta más atrayente el nuevo concepto de la contabilidad de los costos de la legislación.

Todo esto es aplicable, *mutatis mutandis*, a los tratados y convenios internacionales. No olvidemos que no hay diferencia en la naturaleza del intercambio que se hace dentro de unas mismas fronteras y del que se hace a través de ellas. Lo "nacional" es una limitación artificial que en nada altera la esencia del acto de intercambiar.

Dada la experiencia multiseccular latinoamericana, hay más que amplias razones para desear la instauración de algo así como un Tribunal de Costos Legislativos, sobre todo al momento en que pretendemos insertarnos más firmemente en el mercado mundial, donde la legislación nacional nos puede hacer más o menos competitivos.

Todo costo de la legislación ha de medirse al largo plazo, lo que equivale a estimar el costo que cada medida puede significar hasta el último eslabón en la cadena de los afectados por la misma.

Por ejemplo, en el caso de las decisiones de aumento de la masa de circulante más allá del aumento de la productividad -raíz de la inflación- resulta obvio (y bien mensurable) la transferencia masiva de capital desde la periferia social (jubilados y desempleados) hacia el centro (el Estado y sus inmediatos suministradores), pasando por todos los círculos concéntricos intermedios del sector privado.

Lo mismo digamos de los salarios mínimos, cuyos costos se trasladan a los consumidores y a los productores marginales que se quedan sin empleo (los muy jóvenes, o ancianos, o enfermos, o de pocas destrezas...).

Son numerosísimas las "leyes" que aumentan el costo de producir (los "costos de transacción") sin un correspondiente aumento en su rentabilidad:

Los controles de alquileres, que inciden en el aumento del déficit habitacional (y son una intromisión injustificada en la libertad de contratar); la progresividad del impuesto sobre la renta, que frena o hace cesar la formación de capital (o alienta su fuga); los controles de precios sobre los productos de la canasta básica familiar, que los hace escasos o que desaparezcan del todo del mercado (y tal vez favorezcan a mercados menos regulados); las deliberadas reformas agrarias, que hacen por una asignación de la tierra mucho menos eficiente que la que a diario logra la reforma agraria del mercado; las regulaciones burocráticas, que al elevar el costo del acceso al derecho empujan hacia la informalidad -con sus múltiples ineficiencias- a innumerables productores de cada ámbito nacional; los impuestos ocultos múltiples (como los controles de cambio) que nos hacen menos flexibles en el mercado global (como se acaba de ver una vez más en México); los impuestos a las importaciones, que pagan los exportadores porque sólo se exporta para importar; la rigidez y tardanza en las decisiones judiciales que coartan el mucho menos costoso arbitraje voluntario, y a otros timentos a hacerse la justicia por su mano; todo el proteccionismo de subsidios, cuotas, reservas de mercado, aranceles, que nos hacen contablemente menos eficientes y más pobres; los monopolios estatales, cuyos costos los han hecho no competitivos (o de lo contrario no tendrían que ser monopolios); y ¿qué otros "mandatos" más disfrazados de "ley"?...

Desgraciadamente, este mismo espíritu matiza muchos de los acuerdos mercantiles que se hacen entre gobiernos.

Al final, nos abruma las estadísticas de nuestra pobreza y de nuestro subdesarrollo en el contexto de las naciones. Busquemos sus causas en nuestra legislación tutelar y proteccionista y en el substrato subyacente de lo que entendemos por "ley".

Todo aquello contra lo que nos levantamos se ha instaurado en aras de una postura populista que ha olvidado el dicho más sabio brotado de la experiencia mercantil universal:

"No hay almuerzo gratis".