

En esta obra, Ricardo Manuel Rojas propone una línea de investigación del derecho que parte de las decisiones individuales hacia la solución de los conflictos, compatible con la aboración teórica desarrollada por la Escuela Austríaca de economía.

Esde los fundamentos praxeológicos —que el propio Ludwig von Mises propuso extender a otras ciencias sociales más allá de la Economía— y la idea de Bruno Leoni de considerar que el derecho nace con el primer reclamo, Rojas sostiene que es necesario elaborar teoría respecto de varios elementos constitutivos del derecho a partir del individualismo metodológico. Ello permitiría ofrecer una teoría jurídica basada de decisiones y acciones individuales, desligando al derecho de cualquier intervención de autoridad pública.

En ese sentido, el autor propone líneas de investigación en áreas tales como la teoría de los contratos, de los daños, de las normas, de las instituciones, de la resolución de conflictos y de la ejecución de decisiones arbitrales.

Por este camino entiende que se podría encontrar un curso para volver a unir varios aspectos de la teoría de los fenómenos sociales, hoy desperdigados en varias ciencias que incluso tienen fundamentos metodológicos opuestos, considerando al derecho como un aspecto más en el estudio de los procesos de intercambio en la sociedad.

ISBN: 978-84-7209-738-4



9 788472 097384

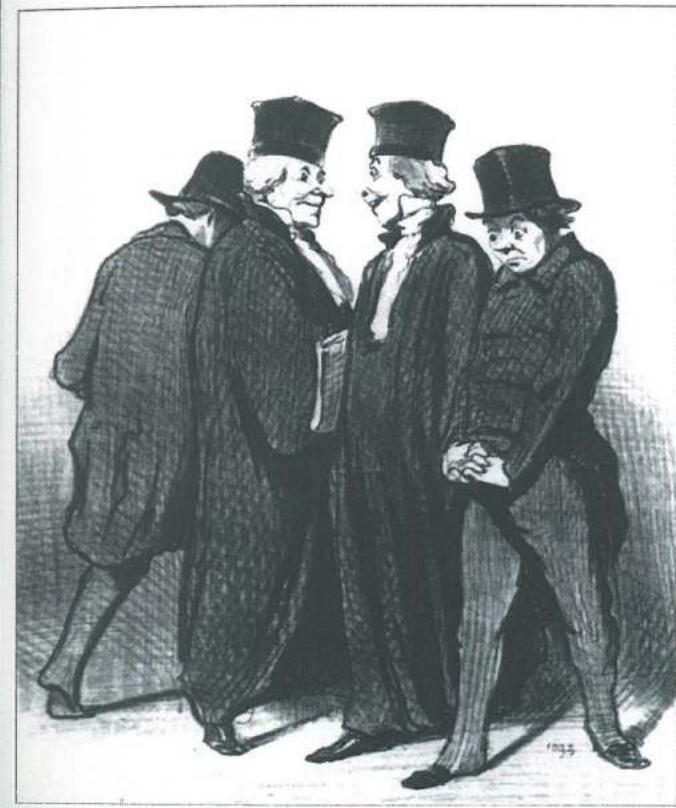


Ricardo M. Rojas
Fundamentos praxeológicos del derecho

Unión Editorial

Ricardo M. Rojas

Fundamentos praxeológicos del derecho



Unión Editorial

La *Biblioteca Austriaca* se propone ofrecer al lector textos clásicos de la «Escuela Austriaca» de economía; trabajos selectos del pensamiento neo-austriaco en Europa y en Estados Unidos; ensayos significativos —dedicados a temas de metodología, economía, sociología y politología— en la línea del «marginalismo austriaco» y de la tradición que en él se inspira.

En cubierta:
Honoré Daumier (Francia, 1808-1879).

BIBLIOTECA AUSTRIACA

Colección dirigida
por Juan Marcos de la Fuente

Fundamentos
praxeológicos
del derecho

Índice

Introducción..... 11

PRIMERA PARTE LAS BASES PRAXEOLÓGICAS

- | | |
|---|----|
| 1. Los fenómenos sociales vistos desde el individualismo metodológico | 25 |
| 2. Los presupuestos de la acción humana..... | 37 |
| 3. La interacción humana y el orden social..... | 61 |

SEGUNDA PARTE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO

- | | |
|--|-----|
| 1. ¿Por qué el derecho no tuvo un desarrollo similar a la economía?..... | 81 |
| 2. Bases para una teoría del derecho | 103 |
| 3. Teoría de los contratos | 115 |
| 4. Teoría de las normas | 135 |
| 5. Teoría de los reclamos por daños y crímenes | 177 |
| 6. Teoría de las instituciones | 189 |
| 7. Teoría de la resolución de conflictos..... | 207 |
| 8. La solución de los reclamos y el problema del «enforcement» | 227 |
| 9. El derecho y el rol del abogado | 241 |

Conclusión..... 257

© 2018 Ricardo Manuel Rojas
© 2018 UNIÓN EDITORIAL, S.A.
c/ Nicaragua, 17 • local • 28016 Madrid
Tel.: 913 500 228
Correo: info@unioneditorial.net
www.unioneditorial.es
ISBN: 978-84-7209-738-4
Depósito legal: M. 17.803-2018
Compuesto e impreso por JPM GRAPHIC, S.L.
Impreso en España • *Printed in Spain*

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por las leyes, que establecen penas de prisión y multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran total o parcialmente el contenido de este libro por cualquier procedimiento electrónico o mecánico, incluso fotocopia, grabación magnética, óptica o informática, o cualquier sistema de almacenamiento de información o sistema de recuperación, sin permiso escrito de UNIÓN EDITORIAL, S.A. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Introducción

El derecho ha sido visto tradicionalmente como un conjunto de normas destinadas a organizar la coexistencia pacífica, a las cuáles los individuos deben ajustar su conducta. Cómo se establecen esas normas y cuáles deberían ser sus alcances y límites, fueron temas centrales de discusión en la filosofía del derecho en los últimos tres siglos.

En efecto, el estudio de las normas jurídicas, y en especial de la legislación, fue materia de especial tratamiento a partir del siglo XVIII. Cada vez con mayor intensidad se vinculó al derecho con la función legislativa del Estado, sobre la base del principio de soberanía política y la supremacía de la visión racionalista que aporta la idea, a primera vista atractiva, de que los procesos sociales han de ser planificados y regulados por alguna autoridad.

Sin embargo, previo a esta avanzada del constructivismo, los fenómenos sociales eran estudiados a partir de la acción voluntaria de los individuos, en la cual el derecho ha sido identificado con la resolución de reclamos o conflictos entre personas. Esta visión parte de considerar al orden social tan solo como el producto de acciones e intercambios individuales.

Ambas nociones de derecho, entonces, estuvieron asentadas sobre dos concepciones distintas del orden social: una pensada desde la autoridad hacia los individuos, y otra basada en la interacción de los individuos que decanta en un orden espontáneo. Consecuentemente, en el primero de esos modelos se terminó desarrollando un derecho escrito, codificado, legislado por el órgano político correspondiente, que

tenía su máxima expresión en la Europa continental; en el segundo, el derecho evolucionó como un conjunto de principios emanados de normas abstractas deducidas por aquellos jueces que debieron resolver conflictos concretos a partir de los reclamos entre los individuos.¹ Tal ha sido el caso del derecho anglosajón.

Pero aun ponderando la distinta concepción de la sociedad desde la cual se desarrollaron estos dos modelos, lo cierto es que en el final del camino ambos desembocaban en la intervención o convalidación estatal: mucho más claramente en el caso del derecho legislativo, pero también evidente en el derecho judicial, en tanto las decisiones de los jueces avaladas por tribunales superiores, terminan teniendo fuerza obligatoria a partir de su reconocimiento por las instituciones del propio Estado que les otorgan legitimidad y las hacen cumplir.

Un camino diferente transitó la Economía, que ubicada originalmente dentro del estudio del derecho, se separó de él y desarrolló principios propios a partir del reconocimiento y estudio de la acción humana individual (praxeología).

En efecto, Ludwig von Mises situó los problemas económicos dentro del amplio marco de la teoría general de la acción humana. La praxeología es la base para abordar los fenómenos del mercado, es decir, para inquirir sobre la naturaleza de los tipos de intercambio entre diversos bienes y servicios, su relación de dependencia con la acción humana y su importancia para las actuaciones futuras del hombre.²

Al basar el desarrollo científico en la acción humana individual, la Economía debió desechar métodos propios de las ciencias físicas y naturales. La sociedad es un conjunto de individuos, y la característica fundamental de la acción humana

¹ Sobre estas dos visiones, puede consultarse: *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004.

² Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 283.

es que se basa en conducta deliberada, cada individuo decide voluntariamente el curso de su acción, y esas decisiones no solo difieren de un individuo a otro, sino también en las distintas ocasiones en que actúe el mismo individuo.

Ello marca una diferencia esencial entre el estudio de un conjunto de humanos y el de un conjunto de células que forman un tejido, o de sustancias químicas que se combinan. Los resultados de la física pueden ser repetidos y obtenerse de ellos conclusiones uniformes y valederas. Pero cuando se trata de decisiones de seres humanos, el método de la física es inútil para extraer conclusiones científicamente aceptables.

La Economía ha sido considerada como la más joven de las ciencias sociales.³ Hasta ya entrado el siglo XX, su estudio en la Europa continental se impartía en las facultades de Derecho, bajo la denominación de Economía Política. Era catalogada como una rama de la administración pública y, por lo tanto, sujeta a ser evaluada en el amplio contexto de las regulaciones legales.⁴

Ello sucedía en Viena, aun cuando la influencia de Menger, Böhm-Bawerk y Wieser logró emancipar esa asociación de la economía y la administración pública, no obstante lo cual durante mucho tiempo conservó un lugar formal dentro de las facultades de Derecho. Así es como Friedrich A. von Hayek, quien centró sus estudios en cuestiones económicas, obtuvo su primer doctorado en Derecho en 1921, y otro en Ciencias Políticas dos años después en la Universidad de Viena.

No obstante ello, una vez que la Economía adquirió su perfil propio, rápidamente se convirtió en la ciencia social que experimentó un mayor desarrollo teórico.⁵ Mises explicó que

³ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 1.

⁴ Shefield, Arthur, «Hayek y el derecho», *Libertas* n.º 7, Buenos Aires, Octubre de 1987, p. 105

⁵ Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Unión Editorial, Madrid, 2007, p. 74.

dicho desarrollo se debió a la aplicación de la ciencia de la acción humana, praxeología, en la tarea de buscar conocimiento universalmente válido en el campo económico, lo que no sucedió con otras áreas de las ciencias sociales.⁶

Es así como la formulación de principios teóricos universales basados en las características de la acción humana, permitió avanzar científicamente en la teoría del valor, la determinación de los precios y el estudio del proceso de intercambio del mercado (Cataláctica).

Curiosamente, la praxeología es habitualmente vinculada al estudio de la economía, pero no al del resto de las ciencias sociales, que en mayor o menor medida crecieron a partir de un colectivismo metodológico que ubicó al conjunto, o a la sociedad, como objeto esencial de estudio en lugar del individuo.

Sin embargo, siendo las ciencias sociales todas ellas parte de un tronco común, que es el estudio de la sociedad, debieron tener todas ellas un desarrollo metodológico similar.

Desde la praxeología, en la Economía tuvo su lugar la teoría del valor, la teoría de precios, la teoría monetaria, etc. Sobre esa base, la Cataláctica se desarrolló como el estudio de los intercambios entre individuos, siguiendo aquellas leyes y teorías. Pero cuando en ese proceso de intercambio se produjeron conflictos, daños, incumplimiento de promesas, crímenes, en lugar de continuar buscando soluciones teóricas a partir de los mismos postulados praxeológicos, los economistas hicieron un paquete y le enviaron el problema a los abogados, para que lo resuelvan utilizando una metodología y principios completamente diferentes y en buena medida opuestos a los de la Economía.

Pero el derecho, en definitiva, no es más que un aspecto de ese mismo proceso de intercambio y debería regirse por

⁶ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, Unión Editorial, Madrid, 2013, p. 48

reglas que reconozcan un origen similar. El propósito de este libro será, entonces, examinar de qué modo se puede elaborar teoría del derecho desde los mismos postulados praxeológicos, y hacerlo compatible con los aspectos económicos, institucionales y demás que se incluyen dentro el amplio espectro del estudio de la sociedad.

I. EL DERECHO COMO UN ORDEN SUPRA-INDIVIDUAL

Como quedó dicho, la ciencia del derecho tomó un camino diferente y en buena medida opuesto al que indicarían los postulados praxeológicos aplicados a ese aspecto de los estudios sociales. En tanto se identificó al derecho con un conjunto de normas generales y objetivas a las cuáles los individuos deben adecuar su conducta por imperio de alguna autoridad o poder superior, se dio por sentado que esas normas están por encima de los individuos y deben, o bien ser elaboradas por una autoridad política, o bien deducidas desde ciertos principios y luego convertirse en obligatorias por dicha autoridad. Se asimiló entonces al derecho con la legislación, o en su defecto, con la jurisprudencia, ambas bendecidas desde el poder político.

En la cristalización de esta idea ha tenido una importante influencia la tendencia a pensar que ciertos aspectos vinculados con la prevención y solución de conflictos requieren la previa intervención de una autoridad, pues todo conflicto necesita que un tercero imparcial lo resuelva e imponga una coercivamente la solución a las partes contendientes.

Tanto la filosofía del derecho como la ciencia política han intentado alcanzar un conocimiento universalmente válido de los fenómenos sociales, y han fracasado en este intento pues en lugar de buscar lo que hay de universalmente válido en los acontecimientos particulares, se dedicaron a buscar el

significado general y colectivo de las cosas. Para ello se sirvieron de un método científico incorrecto: en lugar de partir del individuo, intentaron captar la totalidad.⁷

La posición del liberalismo clásico pareció intentar otro camino, al buscarle al derecho justificaciones en los requerimientos de la naturaleza humana, y reconocerle a las normas un contenido negativo, es decir, no como la imposición a los individuos de determinadas conductas, sino como la prohibición de realizar ciertos actos que en definitiva impliquen violar las esferas de protección de la libertad individual.⁸

Es que el liberalismo no nació como una teoría política o social concreta, basada en postulados científicos, sino como un movimiento fundamentalmente político, tendiente a limitar el poder del Estado y proteger los derechos individuales.⁹ En su desarrollo intelectual, se ocupó de la relación entre la política y el derecho al advertir la influencia directa de la autoridad en la función de elaborar y definir normas jurídicas. Por ello, en su lucha por proteger los derechos individuales frente al avance de la autoridad estatal, el liberalismo bregó por limitar las atribuciones legislativas del Estado; pero no se dedicó a cuestionar científicamente la existencia misma de tales atribuciones, ni intentó el desarrollo de teorías científicas alternativas de organización que no se asentaran en la existencia del Estado.¹⁰

⁷ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, Unión Editorial, Madrid, 2013, p. 35.

⁸ Rojas, Ricardo Manuel, «El orden jurídico espontáneo», *Libertas* n.º 13, Octubre de 1990, pp. 194-196.

⁹ Como ejemplo bien representativo de ello puede señalarse los *Two Treatises of Civil Government* de John Locke, en los que el liberalismo clásico ha asentado la visión teórica del gobierno contractual y limitado. Ese libro clásico, en realidad, fue escrito con el objeto de justificar la Revolución de 1688 que pretendía limitar el poder monárquico.

¹⁰ No desconozco que a lo largo de la historia muchos pensadores cuestionaron las bases mismas de la idea de Estado, y bregaron por una sociedad

No obstante los distintos fundamentos que se han dado a las normas jurídicas, en última instancia todos ellos remiten a identificar al derecho, o bien con la creación de normas, o al menos con su reconocimiento por parte de la autoridad política a través de las instituciones que constituyen el gobierno del Estado.

Por el contrario, la aplicación de los postulados de la praxeología permitió que la Economía se separara, no solo del derecho, sino fundamentalmente de la intervención de autoridades políticas en la producción, dirección y corrección de los fenómenos económicos. Este tipo de intervención continuó siendo objeto particular de estudio dentro del derecho y la ciencia política, que han invadido de manera incorrecta el ámbito propio de la teoría económica desde postulados basados en el colectivismo metodológico.

II. EL DERECHO COMO MARCO QUE GARANTICE LOS INTERCAMBIOS LIBRES

El estudio de la Cataláctica o el proceso de intercambio y toma de decisiones, en la visión de las distintas escuelas económico-

organizada desde las relaciones libres y voluntarias y no desde el Estado. Pero estos autores han sido mayormente marginales en la historia de las ideas, y sus escritos tuvieron un carácter más bien panfletario, carente de rigor científico. Si creo que hubieron dos escuelas de pensamiento que han contribuido incluso sin buscárselo deliberadamente, a darle bases científicas a la idea de organización social espontánea: la llamada Escuela Moral Escocesa, cuyos más conocidos exponentes han sido Adam Smith, Adam Ferguson y David Hume, y la Escuela Austriaca de Economía, que en este tema ha tenido como hitos fundamentales a Carl Menger, Eugen von Böhm-Bawerk, Ludwig von Mises, Frederich A. von Hayek y Murray N. Rothbard.

Si bien casi ninguno de estos autores podría ser considerado anarquista (ni estaría cómodo con ese rótulo), lo cierto es que muchos de sus aportes científicos han contribuido notablemente al desarrollo teórico de los estudios sociales, y a entender la organización de la sociedad con prescindencia del Estado.

cas —aún las más liberales—, supeditó la operatividad de ese proceso a la existencia de ciertos presupuestos institucionales. En tal sentido, se ha dicho que para que el mercado funcione debe garantizarse el ejercicio del derecho de propiedad, la libertad de asociación, la libre concurrencia, el acceso a la información, evitar el uso de la fuerza física o moral en las transacciones, que existan mecanismos institucionales de resolución de conflictos, etc.

La posición liberal clásica consideró que estos presupuestos se verifican a través de servicios indivisibles, indispensables para garantizar el intercambio y la coexistencia pacífica, que no podrían ser brindados de manera efectiva si no fuese con aportes compulsivos hechos por los ciudadanos en cumplimiento de sus deberes emanados del «pacto social». Se incluyó en esta categoría a servicios tales como seguridad y justicia, justificándolos como monopolios estatales.

Se sostuvo que estas condiciones básicas para el funcionamiento del proceso de mercado deben ser garantizadas por la legislación, y la legislación es una función indelegable del Estado, de modo que es función estatal la creación del ámbito propicio para que las personas puedan actuar libremente y celebrar sus acuerdos garantizando el acceso a la información y al intercambio.

De este modo se aceptó que, para garantizar un proceso que surge de la acción humana y no depende de autoridad alguna, debía someterse el funcionamiento de ese proceso al producto artificial de un grupo, como es la legislación. Pero una vez admitida la necesidad de un Estado con poder de legislar, la extensión de ese poder a áreas vinculadas con asuntos de incumbencia exclusivamente individual fue solo cuestión de tiempo.

Abierta la puerta para esa injerencia en el proceso de intercambio, distintas visiones económicas encontraron nuevas excusas para justificar la regulación jurídica de los intercambios

individuales. Así, una interpretación del llamado «Teorema de Coase»,¹¹ entendió que en los casos en que exista una deficiente determinación de derechos de propiedad o elevados costes de transacción, es razonable la intervención legislativa para sustituir el proceso de intercambios voluntarios allí donde las personas no podrían, por esos problemas, realizar las transacciones más eficientes.

Con precedentes ya desarrollados por Paul Samuelson unos años antes,¹² y a pesar de que el propio Coase no parecía considerar a esa solución como la más adecuada,¹³ la visión reguladora de la economía política encontró un campo propicio para introducir regulaciones legislativas al proceso de mercado: desde eliminar monopolios, regular externalidades, proveer bienes y servicios «indispensables» o evitar desabastecimiento, se encontraron problemas a los que se consideró «fallas del mercado», que solo podrían ser solucionados a través de la intervención legislativa.¹⁴

¹¹ Coase, Ronald, «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), pp. 1-44.

¹² Samuelson, Paul A., «The pure theory of public expenditure», *Review of Economics and Statistics* 36 (November, 1954), pp. 387-389, y «A diagrammatic exposition of a theory of public expenditure», *Review of Economics and Statistics* 37 (November 1955), pp. 350-356.

¹³ En su conocido artículo sobre el caso de los faros (que Samuelson había utilizado como ejemplo clásico de un bien público), Coase explicó de qué manera el proceso de mercado resuelve problemas tradicionalmente considerados de imposible solución sin la intervención estatal, cuando se logran definir derechos de propiedad privada (ver. Coase, Ronald, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994; Rojas, Ricardo Manuel, Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nocciones de Análisis Económico del Derecho Privado*, UFM-Editiones, Guatemala, 2012, pp. 39 y ss.).

¹⁴ A pesar de ello, se desarrolló una profusa literatura para explicar que las supuestas «fallas del mercado» en realidad no son «fallas» sino parte de ese proceso natural y espontáneo, y que no corresponde buscar rectificaciones a través de imposiciones legales (ver en este sentido, Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 59 y ss.; Benegas Lynch (h), Alberto, «Bienes públicos, externalidades y los free-riders».

Finalmente, quedó claro que mientras la ciencia económica continuaba siendo estudiada sobre bases sólidas desde la acción humana como punto de partida de la determinación del valor y el proceso de intercambio, el derecho quedó relegado a ser el corrector de imperfecciones a través de imposiciones legales. Derecho y legislación se convirtieron entonces en sinónimos.

III. EL DERECHO COMO UN ASPECTO DEL PROCESO SOCIAL

En contraposición con lo señalado en el punto anterior, si se estudia a la sociedad desde postulados praxeológicos, el derecho debería ser considerado de un modo totalmente diferente. En realidad, es parte integrante del proceso de mercado, como uno de sus aspectos, no como algo distinto; y todas las razones expresadas para determinar que la injerencia estatal en la economía resultan perjudiciales, se pueden replicar con referencia al derecho.

Desde la praxeología, la ciencia económica estudió manifestaciones de la acción humana vinculadas con la producción y el comercio, y desarrolló la teoría del valor, de los precios, del proceso de intercambio en sus distintas áreas, de la moneda, etc. Pero un aspecto de dicho proceso no estudiado estrictamente por la Economía, es el que se vincula con los posibles reclamos que se originan como consecuencia de la acción, sea por incumplimiento de promesas o producción de daños.

Evitar tales reclamos o resolverlos cuando ya se han producido, es una labor fundamental en el proceso de intercambio. Ese debería ser el objeto de estudio del derecho.

el argumento reconsiderado», en *Libertas* n.º 28, mayo de 1998, pp. 199-214; Hoppe, Hans-Hermann, «Falacias de la teoría de los bienes públicos y la producción de seguridad», en *Libertas* n.º 24, mayo de 1996).

Por tal motivo, el propósito de este trabajo será explorar cuáles deberían ser las bases praxeológicas para elaborar una teoría del derecho a partir de la acción humana y no de la existencia de reglas y normas superiores impuestas por una autoridad política.

Dichas bases praxeológicas permitirán ubicar al derecho junto a la economía y el resto de las ciencias sociales como aspectos en el estudio teórico de un mismo fenómeno: el de los procesos de interacción humana que forman la sociedad.

No desconozco que muy probablemente al lector le surjan de inmediato una gran cantidad de ejemplos de situaciones que parecen no tener solución simplemente desde la interacción voluntaria. Se puede pensar en varios sin esfuerzo. Pero precisamente el desarrollo de la teoría, en ámbitos tales como contratos, daños, reclamos, normas, instituciones, resolución de conflictos, etc., permitirá en el futuro hallar respuestas a cuestiones jurídicas, del mismo modo que el desarrollo de la teoría en temas tales como valor, precios, mercado, moneda, tasas de interés, permite que hoy el economista pueda explicar fácilmente cómo se determina el precio de todas las cosas, sin remitirse a la decisión de una autoridad superior.

También considero importante aclarar que este libro no plantea la discusión sobre la existencia o inexistencia del Estado. Pretende ser un aporte a la filosofía jurídica, no a la política, y en ese ámbito sí procura independizar completamente al derecho del Estado.

Pero aun cuando no pretendo ingresar en esa discusión, el hecho de apartar al Estado de la elaboración del derecho es un paso muy importante hacia la eventual supresión del monopolio de la fuerza que lo caracteriza. Muchos autores han comenzado su crítica al Estado explicando los peligros de su existencia e invocando al mercado como proceso para resolver aquellos problemas para los cuales, al menos en teoría, el liberalismo clásico admitió la existencia del gobierno. En

este sentido, invocan el eventual surgimiento de agencias para prestar servicios, los mecanismos para resolver los conflictos entre agencias, las soluciones contractuales a cuestiones tales como seguridad y justicia, etc.

El problema que veo con estas posturas es que no dejan de estudiar el asunto desde el conjunto, siguiendo un colectivismo metodológico. Ven la sociedad, hoy regulada por el Estado, de repente liberada de esa regulación y sustituida por la acción de otros grupos (agencias privadas).

Sin embargo, a los efectos científicos, entiendo que el problema debería estudiarse desde las relaciones individuales hacia el conjunto. Por eso la economía, y fundamentalmente la praxeología, han hecho tanto por fundamentar mayores ámbitos de libertad individual. En lugar de invocar en abstracto que el «mercado» se encargará de resolver los asuntos, la economía (y espero que también lo haga el derecho), desarrolló la teoría del valor económico y sus implicancias; cómo desde el valor individual es posible desarrollar una teoría de los precios, del intercambio, de la moneda, y en definitiva, toda una teoría de la Economía que no se asiente en las decisiones de ninguna autoridad o grupo.

Un desarrollo similar en el derecho permitiría estudiar de manera científica los contratos, las normas, instituciones, soluciones contractuales, mecanismos de resolución de conflictos, etc., a partir de la acción humana individual. Ese desarrollo teórico permitirá sustituir aquellos postulados que hoy justifican la intervención del Estado a través de la legislación, por soluciones basadas en la libre interacción cooperativa entre individuos, en punto a facilitar la cooperación social, así como evitar y resolver los reclamos.

Primera parte

Las bases praxeológicas

1. Los fenómenos sociales vistos desde el individualismo metodológico

El orden social fue entendido de maneras distintas a partir del siglo XVII, tanto en el continente Europeo como en la tradición anglosajona. En el continente, —a partir de una visión racionalista y constructivista— se impuso la idea del orden social construido o dirigido por una autoridad, lo que tuvo una fuerte influencia en la evolución de las distintas ciencias sociales. En el caso del derecho, esta idea llevó en los siglos XVIII y XIX al desarrollo de la codificación y de la reglamentación legal de hasta las más elementales decisiones humanas.

El orden de la sociedad, en este sistema de ideas, era concebido como el producto de un conjunto de normas, elaboradas sistemáticamente, fruto exclusivo de la razón concebida de modo teórico y desvinculada de toda preocupación práctica o finalista. Desde finales del siglo XVIII, fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa, esta concepción pasó del campo de las ideas al de las realizaciones concretas.¹⁵

En cambio, en el mundo anglosajón y en especial a partir de los llamados autores morales escoceses (Adam Smith, Adam Ferguson y David Hume, entre otros), se sustentó la idea de que la sociedad crece y se ordena de un modo no planificado, sino como consecuencia de una evolución espontánea llevada a cabo a partir de innumerables decisiones

¹⁵ Massini, Carlos I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 57.

individuales, tomadas por cada uno siguiendo sus propias metas e intereses; y que de la conjunción de todas esas decisiones se obtiene un orden que ninguna mente podría ser capaz de planificar.¹⁶

Estos autores precedieron sus estudios sociales con un análisis de la naturaleza humana. El reconocimiento de que cada individuo posee valores, virtudes, sentimientos, pasiones y defectos, que no siempre coinciden y frecuentemente se contradicen, les permitió deducir ciertos presupuestos respecto del comportamiento del hombre: 1) actúa siempre buscando una satisfacción personal, un interés propio; 2) posee limitaciones cognoscitivas; 3) enfrenta un mundo con recursos escasos.¹⁷

La aceptación de estas características humanas les permitió deducir que el progreso no debía buscarse en un plan maestro diseñado por una persona o grupo de personas, y que la aparición y desarrollo de las instituciones no es el producto de algún contrato original, sino que por el contrario, el orden social progresa por la acción de millones de personas, quienes al perseguir fines individuales logran como resultado el orden y el bienestar de la sociedad toda. Estas ideas marcaron un giro abrupto en la noción de orden que desde hacía dos siglos se venía gestando en el continente europeo.¹⁸

Este enfoque de la sociedad como producto de un orden espontáneo y evolutivo pasó, de los primeros aportes realizados por los autores morales escoceses y Bernard de Mandeville en Holanda, luego a Alemania a través de la obra de Wilhelm von Humboldt y Savigny, y a Inglaterra de la mano

¹⁶ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004.

¹⁷ Gallo, Ezequiel, «La tradición del orden social espontáneo: Adam Ferguson, David Hume y Adam Smith», en *Libertas* n.º 6, mayo de 1987, p. 134.

¹⁸ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, op. cit., pp. 30 y ss.

de un discípulo de Savigny, Henry Maine, hasta llegar al creador de la Escuela Austriaca de Economía, Carl Menger.¹⁹

Un examen razonable de los fenómenos sociales debería partir entonces del reconocimiento de que ellos son producto de la interacción de individuos, y que en consecuencia, el estudio de la sociedad debe basarse necesariamente en el estudio del ser humano. Tal presupuesto es conocido como *individualismo metodológico*.

El individualismo como principio del análisis filosófico, práxicodeológico e histórico de la acción humana, significa el establecimiento del hecho de que todas las acciones tienen su origen en individuos y que ningún método científico puede tener éxito en determinar cómo ciertos eventos externos, posibles de descripción por los métodos de las ciencias naturales, producen en la mente humana ideas determinadas, juicios de valor y voluntades. En este sentido, el individuo que no puede subdividirse en componentes: es tanto el punto de partida como el dato último de todos los esfuerzos por abordar la acción humana.²⁰

Desde esta perspectiva, con carácter previo al estudio de la sociedad como proceso de interacción, es necesario explorar las características de la acción humana, de los individuos que actúan.

I. EL ESTUDIO DE LA ACCIÓN HUMANA

Esta noción de individualismo metodológico ha conducido embrionariamente a los autores mencionados y en especial

¹⁹ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2014, pp. 42-44.

²⁰ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 131.

a los pensadores de la Escuela Austriaca de Economía, a poner el acento en el estudio de la acción humana, a través de la ciencia a la que Ludwig von Mises popularizó como Praxeología.

La Praxeología parte del axioma fundamental de que los seres humanos conducen su vida por medio de acciones conscientes y deliberadas. De dicho axioma fundamental se deducen o derivan, como implicancias lógicas, varios axiomas subsidiarios.

Esta ciencia no estudia el variable contenido de la acción que cada hombre lleva a cabo en cada momento, sino las formas puras de la acción, sus categorías para el análisis científico.²¹ Por ese motivo la praxeología no es ciencia histórica, sino teórica y sistemática. Su objeto es la acción humana como tal, con independencia de todas las circunstancias ambientales, accidentales e individuales de los actos concretos.²²

La acción humana supone propósito, elección de medios, valoraciones, se desarrolla en un contexto de limitaciones de conocimiento, de recursos, de tiempo, etc.²³ De estas implicancias lógicas de la acción se deducen también los distintos elementos de la teoría económica.²⁴

²¹ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 57.

²² Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 39. Y continúa diciendo: «Sus enseñanzas son de orden puramente formal y general, ajenas al contenido material y a las condiciones peculiares del caso de que se trate. Aspira a formular teorías que resulten válidas en cualquier caso en el que efectivamente concurren aquellas circunstancias implícitas en sus supuestos y construcciones».

²³ Rothbard, Murray N., «Praxeology: The Method of Austrian Economics», en *The Foundations of Modern Austrian Economics (Studies in Economic Theory)*, Laurence S. Moss (ed.), New York University, 1976, pp. 17-39.

²⁴ No obstante la vinculación más directa de la Economía con la ciencia de la acción humana, también en ese ámbito se produjeron no pocas discusiones metodológicas y conceptuales. En su famosa ponencia sobre qué deberían hacer los economistas, James Buchanan nos dice: «La palabra economía en sí es parcialmente responsable de la confusión intelectual... Si fuera posible comenzar de nuevo yo recomendaría que adoptáramos un término totalmente

La praxeología ofrece herramientas científicas para encarar el estudio de los fenómenos sociales a partir de la acción humana. Antes de interactuar, los hombres actúan. La sociedad no es un ente separado o distinto de los individuos que actúan; por el contrario, la sociedad no es otra cosa más que seres humanos actuando. En ese sentido ha señalado Mises:

La praxeología se interesa por la actuación del hombre individual. Solo más tarde, al progresar la investigación, se enfrenta con la cooperación humana, siendo analizada la actuación social como un caso especial de la más universal categoría de la acción humana como tal.²⁵

Ante todo conviene advertir que la acción es siempre obra de seres individuales. Los entes colectivos operan ineludiblemente por medio de uno o varios individuos, cuyas actuaciones se atribuyen a la colectividad de modo inmediato... Si llegamos a conocer la esencia de las múltiples acciones individuales, por fuerza habremos aprehendido todo lo relativo a la actuación de las colectividades. Porque una colectividad carece de existencia y realidad propia, independiente de las acciones de sus miembros. La vida colectiva se plasma en las actuaciones de quienes la integran. No es ni siquiera conceible un ente social que pudiera operar sin mediación individual. La realidad de toda asociación estriba en su capacidad para impulsar y orientar acciones indivi-

diferente, tal como cataláctica o simbiótica. Y de poner a ambos en la balanza, me inclinaría por el segundo. Se ha definido a la simbiótica como el estudio de la asociación entre organismos disímiles y la connotación del término es que la asociación es recíprocamente beneficiosa para todas las partes. Con mayor o menor grado de precisión esto trasunta la idea que debe ser fundamental para nuestra disciplina. Centraliza la atención en un único tipo de relación, aquella que involucra la asociación cooperativa recíproca de los individuos, aun cuando sus intereses individuales sean diferentes» (Buchanan, James, *What Should Economists Do?* Discurso presidencial en la reunión anual de la *Southern Economic Association*, 1963, Liberty Press, Indianapolis, 1979).

²⁵ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 50.

duales concretas. Por tanto, el único camino que conduce al conocimiento de los entes colectivos parte del análisis de la actuación del individuo... Solo gracias a las acciones de ciertos individuos resulta posible apreciar la existencia de naciones, estados, iglesias y aun de la cooperación social bajo el signo de la división del trabajo. No cabe percibir la existencia de una nación sin advertir la de sus miembros. En este sentido, puede decirse que la actuación individual engendra la colectividad. No supone ello afirmar que el individuo antecede temporalmente a la sociedad. Simplemente supone proclamar que la colectividad la integran concretas actuaciones individuales.²⁶

II. LA PRAXEOLOGÍA COMO BASE PARA EL ESTUDIO DE LA SOCIEDAD

Desde una visión praxeológica, sería un error estudiar los fenómenos sociales como fenómenos colectivos en los cuales el individuo es un elemento, un engranaje o pieza de un conjunto dado. Entre otras razones, porque en general, cada individuo forma parte simultáneamente de diversas organizaciones sociales, en cada una de las cuales se comporta de manera diferente, e incluso en algunos casos tiene intereses antagónicos, cuya singularidad y elementos se explican a partir del individualismo metodológico.²⁷

Los propósitos, fines y acciones consecuentes, solo pueden ser elaborados y producidos por individuos. Los grupos como tales no actúan, ni tienen existencia independiente de la de sus miembros.²⁸ Debemos partir de la acción de los in-

²⁶ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., pp. 51-52.

²⁷ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 53.

²⁸ Rand, Ayn, *La virtud del egoísmo*, Ed. Plastygraf, Buenos Aires, 1985, pp. 114 y ss.

dividuos, porque esto es lo único de lo que podemos tener un conocimiento directo. La idea de una sociedad que puede actuar o manifestarse aparte de los individuos es absurda. Todo lo que es social debe referirse de alguna manera a la acción individual deliberada.²⁹ Y esas acciones son decididas por cada individuo con libertad.³⁰

Sin embargo, y con especial énfasis en el último siglo, las ciencias sociales han descartado al individuo como unidad de estudio y se concentraron en el grupo, siguiendo una metodología colectivista:

Las «ciencias sociales» están comprometidas con la propagación de la doctrina colectivista. No invierten una sola palabra en la imposible tarea de negar la existencia de los individuos o probar su enemistad. Al describir que el objetivo de las ciencias sociales son «las actividades del individuo como miembro de un grupo» e implicar que las ciencias sociales así definidas abarcan todo lo que no pertenece a las ciencias naturales, simplemente ignoran la existencia del individuo. Desde su perspectiva, la existencia de grupos o colectivos es un dato último. No intentan investigar los factores que hacen que los individuos cooperen entre sí y a partir de allí creen lo que llamamos grupos o colectivos. Para

²⁹ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 87.

³⁰ Dice Mises al respecto: «El término "libre albedrío" se refiere al hecho de que las ideas que inducen al hombre a tomar una decisión (elegir) no están, como todas las demás ideas, "producidas" por "hechos" externos, no "reflejan" las condiciones de la realidad, y no están 'únicamente determinadas' por ningún factor externo definido al cual podamos imputarle, en el modo en que imputamos en el resto de los acontecimientos, un efecto a una causa definida. Nada puede decirse acerca de una instancia determinada del accionar de un hombre que no sea su adjudicación a la individualidad de ese hombre... Es precisamente la falta de ese conocimiento lo que genera la diferencia fundamental entre las ciencias naturales y las ciencias de la acción humana» (Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., pp. 98-99)

ellos el colectivo, como la vida o la mente, es un fenómeno primario cuyo origen la ciencia no puede encontrar en la operación de algún otro fenómeno. En consecuencia, las ciencias sociales fracasan en explicar cómo es posible que existan multitudes de colectivos y que los mismos individuos sean, al mismo tiempo, miembros de colectivos distintos.³¹

Por ello, es solo metafórico afirmar que el «gobierno» tomó tal o cual decisión, o que «la policía» detuvo a un ladrón, o que la población de «el país» creció un 15% en los últimos diez años.

Estas metáforas tienden a simplificar conceptos. En realidad se debería decir que una persona, que dentro de un estatuto constitucional determinado está investida con la potestad de tomar ciertas decisiones políticas obligatorias para el resto, adoptó una resolución en el marco de sus atribuciones reguladas. O que una persona, a quien se concedió institucionalmente la autoridad para mantener el orden y proteger los derechos de los ciudadanos frente a los criminales, en uso de esa autoridad detuvo a un sospechoso de haber cometido un delito. O que en un territorio determinado, la cantidad total de personas que viven en él actualmente, en comparación con las que vivían hace diez años, experimentó un incremento en la población general del 15%. Para evitar definir las cosas de ese modo tan engoroso, se recurre a la simplificación de decir que las decisiones las toma el Estado, la policía o que ocurren en el país. Pero a la vez, esta simplificación acostumbra a las personas a pensar que el Estado, el Gobierno o la Nación pueden tener personalidad propia, fines propios, y producir acciones propias independientes de los individuos que los integran; lo que es incorrecto.

³¹ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 164.

Reconocer que solo se trata de una metáfora y que los únicos que producen acciones y persiguen fines son los individuos, es vital para encarar cualquier teoría sobre los fenómenos sociales. Lo contrario significa caer en lo que Ayn Rand denominaba «premisa tribal», esto es, partir de la base de considerar a la «sociedad» o la «comunidad» como un conjunto independiente y superior a los individuos que lo integran.³²

Para explicar un fenómeno social debemos retrotraernos a principios generales, a través de los cuáles podemos comprender la naturaleza del comportamiento humano involucrado. Por ejemplo, los panaderos son personas que han decidido fabricar pan por diversos motivos, en buena medida como un medio de subsistencia y progreso. Probablemente muchos de ellos dejarían de producir pan si encontraran una actividad más provechosa. El estudio de la sociedad desde el colectivismo metodológico nos dirá que los panaderos son personas que proveen el pan a la sociedad; y una disminución en la producción por parte de algunos panaderos, se vería como una reducción en la oferta global de pan. Pero nada de eso tiene sentido, si no se comprende que son individuos que deciden voluntariamente producir o dejar de producir.³³

En la noción misma de acción están implícitas las de valor, riqueza, intercambio, precio y coste. De allí se deducen conceptos tales como valoración, escala de valores, escasez

³² Rojas, Ricardo Manuel, *Realidad, razón y egoísmo. El pensamiento de Ayn Rand*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 248.

³³ Dice Ayn Rand al respecto: «La humanidad no es una entidad, un organismo o un arrecife. La entidad involucrada en la producción y el comercio es el hombre. Es con el estudio del hombre, no el agregado impreciso conocido como "comunidad", donde tiene que comenzar cualquier ciencia humana...». Se puede aprender mucho de la sociedad estudiando al hombre, pero este proceso no puede hacerse a la inversa: no se puede aprender nada acerca del hombre estudiando la sociedad, estudiando las interrelaciones de entidades que no se han identificado ni definido (*Capitalismo. El ideal desconocido*, Editorial Grito Sagrado, Buenos Aires, 2008, pp. 19-20).

y abundancia, ventaja y desventaja, utilidad, beneficio y pérdida. La principal tarea de la praxeología es la articulación lógica de todos estos conceptos y categorías, derivados sistemáticamente de la categoría fundamental de la acción, y la demostración de la relación necesaria entre ellos.³⁴

Para Mises, la praxeología es *a priori*. Todos sus teoremas son productos del razonamiento deductivo que comienza con la acción. Los teoremas de la praxeología se deducen mediante razonamiento lógico a partir de las categorías de la acción. Toda acción es un intento por cambiar un estado de cosas por otro, y de allí se pueden deducir los conceptos fundamentales de fines y medios, éxito o fracaso, ganancia o pérdida, coste, etc.³⁵

Para Mises, las categorías del pensamiento y la acción se derivan de la propia naturaleza humana, y a partir de ellos podrá construirse conocimiento y teorías científicas. Una de esas categorías es la que permite considerar que el hombre se enfrenta con un universo en el cual es posible detectar regularidades. El mundo no es caótico, pues de lo contrario ningún razonamiento sería posible. Existe cierta regularidad en la sucesión de los fenómenos que ocurren en el mundo exterior.

³⁴ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, Unión Editorial, Madrid, 2013, pp. 62-63. Agrega Mises que no hay dudas del carácter apriorístico de esta disciplina.

³⁵ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 81. Rothbard minimizó la importancia de determinar si esos axiomas son apriorísticos en el sentido en que los entendía Mises (por influencia kantiana), o están basados en deducciones que tienen en última instancia su origen en la experiencia más fuerte; y citaba a Jean-Baptiste Say, a quien consideraba quizá el primer praxeólogo, quien afirmaba: «La economía política (...) está compuesta por unos pocos principios fundamentales y un gran número de corolarios o conclusiones, deducidos de estos principios (...) qué puede admitir toda mente reflexiva» (Rothbard, Murray N., «Praxeology: The Method of Austrian Economics», en *The Foundations of Modern Austrian Economics (Studies in Economic Theory)*, Laurence S. Moss (ed.), New York University, 1976, pp. 17-39).

Por otra parte, la mente humana actúa y procede reconociendo la causalidad. Ninguna acción podría realizarse por hombres no guiados por ella. Tampoco podemos imaginar una mente sin conciencia del nexo entre causa y efecto.³⁶

Cualquier estudio científico debe comenzar con el reconocimiento de que la estructura lógica y praxeológica de la mente humana es inmutable. El conocimiento parte de la nítida distinción entre A y no-A.³⁷ Reconoce la identidad, rechaza la contradicción y excluye otras alternativas lógicas a ser o no ser.

Debe tenerse en cuenta, como señaló Mises, que el avance en el estudio de la economía —o en este caso del derecho— requiere el auxilio y conocimiento de otras ciencias, tales como matemática, física, biología, historia y jurisprudencia, aunque sin confundir los cometidos y los métodos propios de tales ciencias.³⁸ Veremos que la psicología, la historia, la sociología y la antropología serán de gran utilidad al estudiar ciertas áreas del derecho.

La Escuela Austriaca desarrolló la Praxeología como base del conocimiento científico que permitió formar un cuerpo sólido de teoría económica. Sin embargo, mi tesis en este trabajo es que no existen motivos para restringir la aplicación de esa ciencia solo a la economía, desde que las distintas disciplinas incluidas en lo que se conoce como «ciencias sociales», son expresiones de la interacción de individuos, y el estudio de todas ellas deberían partir de iguales bases praxeológicas.

Por eso, es un importante ejercicio teórico avanzar en el estudio de cómo los presupuestos de la acción humana per-

³⁶ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., pp. 48-49.

³⁷ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 26.

³⁸ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 28

miten deducir otros presupuestos de la interacción humana, aplicables no solo a la economía, sino también al derecho, la antropología, las instituciones, y cualquier otra área que estudie la interacción de individuos.

2. Los presupuestos de la acción humana

Sobre las bases antes mencionadas corresponde determinar cuáles características de la acción humana pueden tomarse como fundamento de una teoría de los procesos sociales, y en particular del derecho como uno de sus aspectos.

Entiendo que es posible señalar las siguientes:

I. LAS PERSONAS ACTÚAN EN FORMA VOLUNTARIA, CADA UNA DE ELLAS PERSIGUIENDO UN PROPÓSITO Y SIGUIENDO UN CURSO DE ACCIÓN DELIBERADO

Los seres humanos, como seres vivos, requieren actuar para sobrevivir, por lo tanto su rasgo característico es la acción. Actúan para cambiar algunas de las condiciones del medio en que viven, con el fin de sustituir una situación menos agradable por otra más agradable.³⁹

El ser humano actúa conscientemente en procura de lograr fines, esto es, escoger un objetivo y recurrir a ciertos medios para alcanzarlo.⁴⁰ Solo los individuos pueden tener fines y actuar para lograrlos, motivo por el cual no existen los fines o acciones de grupos, colectividades, asociaciones o estados,

³⁹ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 67. Y agrega: «El estudio del hombre, siempre que no se trate de la biología, comienza y termina en el estudio de la acción humana».

⁴⁰ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 29.

sino, en todo caso, existen solo los de sus miembros de manera individual.

Actuar o no actuar, y de qué modo hacerlo, depende de su propia decisión voluntaria. En este sentido, puede definirse a la acción humana como un comportamiento deliberado.⁴¹

La acción es una conducta deliberada. No se trata simplemente del comportamiento sino del comportamiento provocado por juicios de valor que aspira a alcanzar fines definidos y que está guiado por ideas concernientes a la idoneidad o falta de idoneidad de los medios escogidos. Es imposible abordarla sin las categorías de la causalidad y finalidad. Es comportamiento consciente. Es elegir. Es volición, es un despliegue de voluntad.⁴²

En efecto, no cualquier acción involuntaria, forzada, automática o desprovista de propósito tiene relevancia a los efectos de estudiar su incidencia en la formación de los fenómenos sociales, sino solo aquella que es producida deliberadamente con la intención de alcanzar un fin previamente escogido. Solo cuando se tiene un propósito en mente, se puede razonar un curso de acción, eligiendo aquellas acciones que, en el contexto del conocimiento dado, mejor sirvan para alcanzarlo a criterio del actor.⁴³ Una persona puede aprender el movimiento de las piezas de ajedrez, pero si no comprende que el propósito del juego es eliminar al rey del contrincante, solo estará llevando a cabo meros movimientos mecánicos que respetan las reglas pero carecen de objetivo.

Sin embargo, no es necesaria una evaluación exhaustiva de costes y beneficios para decir que la acción es deliberada:

⁴¹ Rothbard, Murray N., *El Hombre, la Economía y el Estado. Tratado sobre principios de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2010, vol. 1, p. 1.

⁴² Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 67.

⁴³ Rojas, Ricardo Manuel, *Realidad, razón y egoísmo...*, op. cit., p. 168.

La acción no requiere en absoluto que el individuo dedique mucho tiempo a pensar en la decisión que va a tomar; puede decidir con rapidez o después de una prolongada reflexión, según lo que deseé. Puede decidir fríamente o al calor de la excitación, sea como fuere, nada de esto afecta el hecho de que está realizando una acción.⁴⁴

La propia categoría o concepto de acción comprende los conceptos de medios y fines, de preferir y renunciar, de valorar, de éxito y fracaso, de coste y beneficio. Es decir, supone la noción de causalidad. No podríamos concebir un ser que actuara y no distinguiera *in concreto* qué es un fin y qué es un medio, qué es éxito y qué es fracaso, qué prefiere más y qué prefiere menos, qué beneficios o pérdidas se derivan de su acción y cuáles son sus costes. Por ello, un determinado modo de conducta puede considerarse acción solo si estas distinciones están presentes en la mente del hombre en cuestión.⁴⁵

Por supuesto que la circunstancia de que la acción sea deliberada no supone necesariamente una coincidencia plena entre el propósito de la acción y el resultado obtenido. Alguien

⁴⁴ Rothbard, Murray N., *El Hombre, la Economía y el Estado. Tratado sobre principios de economía*, op. cit., vol. 1, p. 6. He agregado en idéntico sentido: «Por ejemplo, una persona puede decidir que cometerá un crimen porque tras un análisis de coste-beneficio concluye que vale la pena enfrentar el riesgo de ser detenido y la amenaza de la pena que se le puede imponer, en relación al botín que espera obtener (conforme la visión tradicional del *law and economics*). Pero también puede decidir cometer el delito por un impulso momentáneo, porque se dejó llevar por la insistencia de un cómplice, por los arrebatos de alguna pasión, etc. Finalmente, puede hacerlo porque ignoraba los riesgos de la acción, por ejemplo, porque no sabía que había guardias armados en el lugar o desconocía las consecuencias penales de su acción. Sin embargo, todas esas son acciones humanas voluntarias, y como tales son base de cualquier futuro análisis económico» (Rojas, Ricardo Manuel, «La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales», en *Uso estratégico del derecho*, VELEA, Caracas, 2010, p. 246).

⁴⁵ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 34.

puede tener el propósito de dispararle a una liebre y al efectuar el disparo herir a una persona. Su acción fue deliberada, consciente y enfocada a un fin determinado, aunque el resultado de su acción no ha sido el buscado.

Pero sin realizar este tipo de acciones voluntarias tendientes a lograr un fin, los seres humanos no podrían sobrevivir. Nada en su naturaleza los impulsa a actuar de tal o cual manera, si no lo deciden y ejecutan en forma voluntaria.⁴⁶

II. LAS PERSONAS ACTÚAN, GUIADAS POR SU PROPIO INTERÉS, PERSIGUIENDO AQUELLOS FINES QUE CONSIDERAN MÁS VALIOSOS PARA MEJORAR SU CONDICIÓN DE VIDA

La acción humana supone la pretensión de sustituir un estado de cosas poco satisfactorio por otro más satisfactorio.⁴⁷ Es decir, actuamos para estar mejor que antes. Nuestra acción implica un coste que pagamos voluntariamente porque pensamos que lo que recibiremos a cambio es más valioso para nosotros.⁴⁸

⁴⁶ Sostiene Ayn Rand al respecto: «En un sentido fundamental, la inacción es la antítesis de la vida. La vida solamente puede mantenerse en existencia a través de un constante proceso de acción de auto-sustentación. La meta de esa acción, el valor supremo que, para ser considerado, debe ser ganado en cada momento, es la vida del organismo» (*Ayn Rand, La Virtud del Egoísmo*, Ed. Plastygraf, Buenos Aires, 1985, p. 24).

⁴⁷ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, *op. cit.*, p. 117. Ya había sostenido tiempo antes Mises que: «el prerrequisito más general de la acción es un estado de insatisfacción, por un lado, y por otro, la posibilidad de eliminarlo o aliviarlo mediante la acción» (*Problemas epistemológicos de la economía*, *op. cit.*, p. 63); ver también: Rothbard, Murray N., *El Hombre, la Economía y el Estado*, *op. cit.*, vol. 1, p. 19.

⁴⁸ Como sostenía Ayn Rand, este intercambio de valor por valor requiere que cada persona defina una jerarquía de valores, sin la cual es imposible emitir juicios ni elecciones morales, y proponía, en el terreno de la ética: «Actúe siempre de acuerdo con la jerarquía de sus valores y jamás sacrifique un

Es decir, que no basta con tener fines, sino también que el comportamiento subsecuente esté vinculado con el propósito de alcanzar esos fines. La acción consiste entonces en el comportamiento dirigido hacia el logro de fines en la forma en que los individuos crean que podrán alcanzarlos. Ello supone evaluar el entorno y la manera en que puede reordenar sus elementos en forma adecuada para obtenerlas.⁴⁹

En rigor, el hombre solo apunta hacia un fin último, al logro de una situación que le satisface más que otras situaciones posibles. Filósofos y economistas describen este hecho inegable diciendo que el hombre prefiere lo que le hace más feliz o lo que lo hace menos infeliz, que busca la felicidad. La felicidad, en el sentido puramente formal en que se usa el término en teoría ética, es el único fin último, y todas las demás cosas y situaciones que se persiguen son meros medios para la realización del fin supremo.⁵⁰

El fin es siempre la eliminación de una insatisfacción. Sin embargo, podemos designar como fin también la conse-

valor superior en beneficio de uno inferior» (*La Virtud del Egoísmo*, Editorial Plastygraf, 1985, p. 50).

⁴⁹ Rothbard, Murray N., *El Hombre, la Economía y el Estado. Tratado sobre principios de economía*, *op. cit.*, p. 3. En este sentido, tanto Rothbard como Ayn Rand señalan la distinción entre aquellos elementos que no está en el ser humano controlar y por lo tanto se deben comprender y respetar, de aquellos que sí se pueden alterar, o él cree que puede alterar para alcanzar sus fines (Rothbard, pp. 3-4); o en términos de Rand, lo metafísicamente dado, que debe aceptarse porque no se puede cambiar, y lo hecho por el hombre, que nunca debe aceptarse en forma acrítica, sino que debe ser juzgado y luego aceptado o rechazado, y modificada cuando es necesario (Rand, Ayn, *Filosofía: quién la necesita*, Ed. Grito Sagrado, Buenos Aires, 2008, p. 48). «Vivir para el propio provecho significa que el propósito moral más elevado del ser humano es la obtención de su propia felicidad» (*Filosofía: quién la necesita*, *op. cit.*, p. 32).

⁵⁰ Mises, Ludwig, *Teoría e Historia*, Unión Editorial, Madrid, 2003, pp. 66-67. En similar sentido, Ayn Rand sostiene: «Sin una meta final tampoco puede haber metas o medios menores: una serie de medios que avanzan en progresión indefinida hacia un fin no existente son una imposibilidad metafísica y epistemológica» (*La virtud del egoísmo*, *op. cit.*, pp. 33-34).

cución de aquella condición del mundo externo que produce directa o indirectamente nuestro estado de satisfacción o que nos permite realizar, sin ulteriores dificultades, el acto por el que se obtendrá la satisfacción.⁵¹

Tanto esos fines últimos como los medios que se utilizarán para alcanzarlos dependen de la valoración personal de cada individuo. Aquello que consideremos más o menos propio para lograr el propio fin último, dependerá de los valores, nivel de conocimiento e información, así como de las circunstancias particulares de cada persona en un contexto dado. Podemos tomar decisiones de las cuáles nos arrepentiremos luego, o defender valores que más tarde consideraremos equivocados. Sin embargo, al momento de tomar la decisión, pensamos que estaremos mejor luego de realizar la acción. Incluso el suicida, en el instante en que decide disparar a su cabeza, estima que estará mejor luego de hacerlo.⁵²

⁵¹ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 73.

⁵² Señala Mises en este sentido: «Existe un solo motivo que determina todas las acciones de todos los hombres, a saber: remover, directa o indirectamente, tanto como sea posible, toda sensación de malestar. Al perseguir este fin los hombres se ven afectados por todas las fragilidades y debilidades de la existencia humana. Lo que determina el curso real de los acontecimientos, la formación de los precios y todos los demás fenómenos comúnmente llamados económicos, así como el resto de los fenómenos de la historia humana, son las actitudes de estos hombres falibles y los efectos producidos por sus acciones pasibles de error. La eminencia del enfoque de la moderna economía de la utilidad marginal consiste en prestar total atención a esta situación. No estudia las acciones de un hombre ideal, esencialmente distinto del hombre real, sino las elecciones de todos los que participan en la cooperación social bajo la división del trabajo» (Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 123).

Es bueno no olvidar que la praxeología tiene por objeto de estudio exclusivamente las características de la acción humana voluntaria. No se interesa por la corrección o incorrección, bondad o maldad, de los actos humanos conforme a algún código de valores determinado. El estudio de los valores excede a la praxeología y es objeto de ponderación por la Moral, a la cual,

Toda conducta consciente de los hombres implica preferir A a B. es un acto de elección entre dos posibilidades alternativas que se ofrecen. Solo estos actos de elección, estas decisiones interiores que actúan sobre el mundo exterior, constituyen nuestros datos. Comprendemos su significado construyendo el concepto de importancia. Si un individuo prefiere A a B decimos que, en el momento del acto de elegir, A es para él más importante (más valorado, más deseable) que B.⁵³

La vida humana es una ininterrumpida secuencia de acciones individualizadas, pero que no se producen de manera aislada e independiente. Cada acción es un eslabón más de una cadena de actuaciones, que ensambladas integran una acción de orden superior tendiente a un fin más remoto.⁵⁴

III. LAS PERSONAS ACTÚAN SOBRE LA BASE DE ESCALAS DE VALORES PREVIAMENTE ELABORADAS E INDIVIDUALES

El hombre actúa optando entre varias alternativas que se le presentan, y la acción precisamente supone preferir una determinada decisión a las demás. Las acciones inmediatas se basan en la preferencia de lo que considera más deseable, lo que por su parte remite a cierta escala de valores previamente establecida.

Pero al tomar su decisión, no opta entre la virtud y el vicio, sino que elige entre dos modos de actuar, uno de los cuales, de acuerdo con criterios axiológicos preestablecidos, calificará de virtuoso y otro de vicioso.⁵⁵

según entiendo, la praxeología también puede servir como herramienta útil para su estudio.

⁵³ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 220.

⁵⁴ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 55.

⁵⁵ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 54.

Para Mises, la escala de valores se corporiza en el momento en que se produce la acción humana, toda vez que tal escala carece de existencia autónoma. Por ello sostiene que la moral no tiene relación alguna con la praxeología y la economía:

La praxeología y la economía se interesan por los medios idóneos para alcanzar las metas que los hombres eligen en cada circunstancia. Jamás se pronuncian acerca de problemas morales; no participan en el debate entre sibaritismo y ascetismo. Solo les preocupa determinar si los medios adoptados resultan o no apropiados para conquistar los objetivos que el hombre efectivamente desea alcanzar.⁵⁶

Es razonable la afirmación de que la praxeología aplicada a la economía no se interese por problemas morales. Sin embargo, eso no permitiría descartar que, en algunos aspectos que la relacionan con las ciencias sociales, la moral también pueda ser abordada desde el individualismo metodológico. Más adelante, al examinar las bases de una teoría de las normas, veremos que una visión de la moral desde el individualismo metodológico permitiría entender mejor el fundamento de ciertas normas consuetudinarias.⁵⁷

En definitiva, las personas elaboran sus códigos de valor de manera individual y se rigen por ellos; y a su vez, son esos códigos de valor los que le permiten efectuar las elecciones específicas, siguiendo las cuales se produce la acción.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 115.

⁵⁷ No es este el ámbito para un desarrollo de este tema, pero entiendo que en el aspecto en el que se vincula con la acción humana, la moral debería tener un desarrollo desde el individualismo metodológico. Algo así, sin decirlo expresamente, subyace en la visión de la moral desarrollada por Ayn Rand, para quien la moral remite al estudio del código de valores elaborado libre y voluntariamente por cada ser humano para guiar las elecciones y acciones que determinen el curso de su vida.

IV. LAS PERSONAS TIENEN UN CONOCIMIENTO LIMITADO Y DISPERSO

La limitación del conocimiento humano es un hecho notorio. No somos omniscientes ni nos movemos guiados por impulsos automáticos como otros organismos vivos. Si así fuera, no tendría sentido ni siquiera escribir este trabajo o cualquier otro, no habría opciones a nuestra conducta futura: sea por estar munidos de conocimiento absoluto o guiados por impulso automático, nuestras decisiones serían incuestionables o inevitables. Pero la realidad es muy distinta.

Los seres humanos actuamos libre y voluntariamente tomando decisiones necesarias para superar el malestar en procura de una situación más satisfactoria. Ello lo hacemos orientados por un estándar binario de placer-dolor o satisfacción-insatisfacción, pasado por el tamiz de nuestro conocimiento procesado por el razonamiento crítico, que es una herramienta esencial para la acción deliberada.

El conocimiento humano tiene las siguientes características:

a) **Es conocimiento limitado.** Por supuesto que la capacidad humana de adquirir conocimiento de la realidad es limitada.

Una paradoja de los límites al conocimiento está dada por el hecho de que en la medida en que incrementamos nuestro conocimiento, advertimos cuánto nos falta por conocer, es decir, el conocimiento de nuestra ignorancia.⁵⁸ Estas limitaciones, según Ferguson, no solo impiden un conocimiento cabal y detallado de las circunstancias actuales de nuestra conducta y relación con los demás, sino que dificultan nuestra comprensión sobre los orígenes de la sociedad y su evolución

⁵⁸ Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Unión Editorial, Madrid, 2007, p. 81.

posterior.⁵⁹ Tal incertidumbre respecto del futuro es uno de los rasgos distintivos de la condición humana, y tiñe todas las manifestaciones de la vida y de la acción.⁶⁰

En este orden de ideas, resulta fundamental distinguir el conocimiento de la información. Los datos puros resultan insuficientes para poder interpretar las situaciones que esos datos expresan. Acceder a la información, por ejemplo, de que existen dos grupos de personas que están enfrentadas en algún tipo de acción coordinada y siguiendo ciertas reglas, no me permite saber si esas personas están danzando, jugando algún deporte, realizando un rito religioso o peleando entre sí. Solo la comprensión del contexto en el cual se produce el intercambio, me permitirá utilizar esos datos y darles un sentido.⁶¹

Por lo tanto, es esencial no descuidar el hecho de que no se adquiere más conocimiento acumulando más información. Podemos tener la más grande base de datos en el disco con mayor capacidad en el mundo. Pero no podemos hacer nada con esa información sin la capacidad de procesarla.

b) Es conocimiento personal. El conocimiento no se adquiere ni se comparte de manera automática por el hecho de vivir en sociedad, sino que es individual. Requiere del esfuerzo deliberado de cada individuo por adquirirlo y conservarlo.

⁵⁹ Ferguson, Adam, *Principles of Moral and Political Science*, Strahal, Cadell & Creech, Edimburg, 1792, p. 183.

⁶⁰ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 109. Veremos más adelante que, precisamente esa incertidumbre sobre el futuro es el fundamento de los contratos, normas consuetudinarias, instituciones y mecanismos de solución de conflictos que forman el derecho.

⁶¹ Ni siquiera el más amplio conocimiento de los datos nos permite pre-determinar de forma cuantitativa cuáles serán los cambios que se seguirán, pues para influir en la acción, los hechos deben traducirse en voluntad que mueve a los hombres desde dentro. Nada conocemos acerca de este proceso (Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 235).

No interesa cuánto haya avanzado la ciencia en algún aspecto determinado, ese avance no se transmite automáticamente a todos los integrantes de la comunidad. Solo estará disponible para aquellos que lo formaron originalmente, y su transmisión supone un esfuerzo consciente del transmisor y receptor:

El conocimiento existe únicamente como conocimiento individual. Hablar de conocimiento de la sociedad como un todo no es otra cosa que una metáfora. Jamás existe como total general la suma de conocimientos de todos los individuos. El gran problema estriba en la manera de aprovecharse de este conocimiento, que existe solamente disperso como partes diferentes y separadas y a veces como creencias en conflicto de todos los hombres. Esto significa que hay que encontrar el hábitat que nos permita maximizar el «uso del conocimiento».⁶²

Por ese motivo, la supervivencia humana requiere en buena medida de la habilidad para encontrar y aprovechar todo ese conocimiento disperso, para enfocarlo en un fin individual. Para ello, como veremos, no será indiferente el contexto de las relaciones personales en el que se encuentre inmerso.⁶³

c) Es conocimiento contextual. Como no somos infalibles, el conocimiento actual puede variar. Aquello que hoy consideramos «conocimiento cierto» podrá ser descartado o mejorado mañana, precisamente a partir de la adquisición de nuevo conocimiento.⁶⁴

⁶² Infantino, Lorenzo, *Ignorancia y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2004, pp. 215-216.

⁶³ Rojas, Ricardo Manuel, *Realidad, razón y egoísmo...*, op. cit., p. 21. Veremos en la segunda parte de este trabajo que la asimetría del conocimiento es un elemento fundamental para la forma en que se elaboran los contratos, instituciones y mecanismos de solución de conflictos.

⁶⁴ Rojas, Ricardo Manuel, «Ayn Rand y Karl Popper sobre el conocimiento: ¿Es posible encontrar un punto de conexión?», en *Libertas* n.º 40 Mayo de 2004.

De allí que Popper proponía sustituir la pregunta respecto de cuáles son las fuentes más confiables de nuestro conocimiento, por «*¿cómo podemos detectar y eliminar el error?*».⁶⁵

La evolución del conocimiento (o de la detección de errores) permite también que las decisiones individuales varíen de acuerdo con los distintos estándares de conocimiento. Eso hace que las costumbres y las formas de relación entre las personas cambien con los tiempos.

d) Es conocimiento disperso. Toda vez que el conocimiento solo puede ser adquirido por el esfuerzo individual, cada persona tiene un conocimiento que es distinto del que poseen otros. Alguien puede conocer mucho sobre su casa, su familia, la ciudad en la que vive, su actividad profesional, pero en la medida en que se va apartando de su círculo de actuación, su conocimiento disminuye. A cada persona le ocurre lo mismo, de modo que el conocimiento se encuentra disperso y distribuido entre todos de manera asimétrica.

Ello no depende de cuán inteligente, preparado o estudioso sea cada uno. Juan, un pescador pobre y analfabeto que vive y trabaja en el puerto de Guayaquil, seguramente sabe mucho más sobre qué pescado y a qué precio comprar en ese puerto que el Premio Nobel de Economía Paul Krugman. Si Krugman quisiera comprar pescado en Guayaquil, debería buscar a Juan para que lo asesore al respecto.

Por este motivo Hayek señaló que el principal problema con el que se enfrenta el hombre ante los procesos sociales complejos, es el de la escasez y dispersión del conocimiento.

⁶⁵ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Editorial Paidos, Barcelona, 1991, p. 49. De allí concluye Mises que no existen en el campo de las ciencias de la acción humana hechos establecidos exclusivamente por la experiencia. Toda la experiencia en este ámbito es histórica, esto es, experiencia de fenómenos complejos que no necesariamente se repetirán (Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 115).

Es decir, que no solo la capacidad de adquirir conocimiento y la comprensión humana sobre el desarrollo de los procesos sociales es limitada, sino que además está repartida de modo desparejo entre las personas. Por eso habla Hayek del problema de la «división del conocimiento», como igualmente importante al de la «división del trabajo», aunque menos estudiado.⁶⁶ En tal sentido concluye:

El conocimiento específico que guía la acción de cualquier grupo de personas nunca se da como un cuerpo coherente y consistente. Solo existe en la forma dispersa, incompleta e inconsistente que aparece en muchas mentes individuales y la dispersión e imperfección de todo el conocimiento son dos de los factores básicos desde donde las ciencias sociales han de partir.⁶⁷

La limitación y dispersión del conocimiento es lo que torna crucial la división del trabajo, la cooperación y el intercambio que constituyen la base de la sociedad.

V. LAS PERSONAS ACTÚAN EN PROCURA DE SUS FINES EN UN MUNDO CON RECURSOS LIMITADOS

La escasez de los recursos es una característica básica del mundo donde los individuos deben interactuar. Si no hubiese escasez, no tendrían sentido buena parte de las discusiones de las que se ocupan las ciencias sociales.

Por su parte, el grueso de los bienes y servicios que persiguen las personas no están dados en la naturaleza para su

⁶⁶ Hayek, Friedrich A., «Economics and Knowledge», en *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, 1948, p. 50. Ver también: Rojas, Ricardo Manuel, *Elementos de Teoría Constitucional. Una propuesta para Cuba*, Fundación Hayek, Cadal, Unión Editorial, Buenos Aires, 2008, p. 20.

⁶⁷ Hayek, Friedrich A., *La Contrarrevolución de la Ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*, Unión Editorial, Madrid, 2003, p. 56.

disposición libre por todos, sino que deben ser producidos mediante el esfuerzo individual, la cooperación y el intercambio. Por lo tanto, las reglas de convivencia que ríjan sus relaciones, tendrán una importancia esencial para favorecer o entorpecer la producción y distribución de bienes.⁶⁸

La escasez hace que las personas evalúen el conflicto que enfrentan para la obtención y conservación de recursos. Las alternativas fundamentales ante la escasez son: la cooperación voluntaria para hacer más eficiente la producción e incrementar la cantidad de bienes, o el uso de la fuerza para apoderarse y conservar el bien escaso. En el primer caso, la cantidad de riqueza se incrementa; en el segundo, solo cambia de manos.

La escasez genera competencia, pero los costes de transacción y la incertidumbre pueden hacer que esa competencia se transforme en violencia.⁶⁹ Las normas sociales y las instituciones desarrolladas de manera espontánea, pueden contribuir a la disminución de los costes de transacción o de la incertidumbre, y a una mejor definición de derechos de propiedad. Ello permitiría que las relaciones se mantengan dentro de la cooperación y se descarte la violencia, que como forma de distribución acaba siendo muy ineficiente.⁷⁰

⁶⁸ Son generalizadas las discusiones cotidianas respecto de cuáles son las causas de la pobreza en ciertas regiones del mundo, y hasta los gobiernos llevan estadísticas e índices de la pobreza en cada país. Sin embargo, lo cierto es que la pobreza es el estado natural del ser humano. Hemos nacido pobres, y a lo largo de nuestra vida luchamos por salir de la pobreza. Para lograrlo, necesitamos actuar productivamente, y ello se facilitará gracias a la cooperación y el intercambio. Las normas sociales que faciliten esa cooperación e intercambio serán cruciales para ayudar a la gente a producir riqueza, que es la forma de salir de la pobreza (este punto ha sido muy bien explicado por Henry Hazlitt, *La conquista de la pobreza*, Unión Editorial, Madrid).

⁶⁹ Benson, Bruce L. «Las instituciones y la evolución espontánea de la moralidad», *Libertas* n.º 24, Mayo de 1996, p. 11.

⁷⁰ Frecuentemente se señala la desigual distribución de la riqueza en el mundo como un hecho negativo, se invoca la «injusticia» de que existan algunas personas muy ricas mientras que cientos de millones viven en la marginalidad,

El principio de escasez hace que constantemente los individuos negocien por la obtención o producción de bienes y servicios, en un proceso de interacción gobernado por la exteriorización de las valoraciones individuales (precios), que se denomina *mercado*.

En ese proceso, los costes no solo están dados por el esfuerzo que debo realizar para obtener el bien que busco, sino también por la renuncia a obtener otros bienes que podría alternativamente buscar, y de los que deberé privarme una vez que tome mi decisión (coste de oportunidad).

Cada persona guiará su acción en procura de obtener valor a partir de relaciones de coste y beneficio, evaluando sus alternativas, sobre la base de señales enviadas por el sistema de precios (monetarios y no monetarios). Pero es importante tener en cuenta que las características propias de la acción humana llevan a que los fines buscados por las personas puedan cambiar, y que puedan surgir nuevos fines que a su vez motiven cambios en su conducta.⁷¹

Las ciencias sociales se encargan de mostrar, en definitiva, que la organización social basada en los intercambios libres y voluntarios y el respeto de la propiedad, al fomentar la cooperación, incrementa la cantidad de riqueza y ayuda a disminuir la escasez. Del mismo modo, contribuye para que cada persona pueda perseguir las metas propias.

y se aboga por una más equitativa distribución de los bienes. Estas afirmaciones suponen el desconocimiento, auténtico o malicioso, de que la riqueza no es una torta dada para ser repartida, sino que debe ser previamente producida, y que cuando se respetan los derechos y la libertad, la creación de riqueza por algunos no supone disminuir la riqueza de otros, ni las chances de los demás para producir su propia cantidad de bienes. Muy por el contrario, generalmente quienes más se benefician con la producción ajena son los más pobres.

⁷¹ Hayek, Friedrich A., *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006, p. 62.

VI. PARA LA TOMA DE DECISIONES SE TIENEN EN CONSIDERACIÓN PREFERENCIAS TEMPORALES

Otro punto sustancial de las decisiones humanas es que no resulta indiferente el momento en que las cosas suceden. La vida humana es en buena medida tiempo, o al menos tiene lugar en el tiempo. Desde el momento en que alguien decide actuar con un determinado propósito, su meta o fin solo puede de ser alcanzado completamente en algún momento futuro. Precisamente el estudio de la acción tiene sentido desde que no es posible lograr de manera instantánea en el presente todos los fines buscados.⁷²

En un mundo de recursos escasos, el tiempo es el más importante y necesariamente escaso de los recursos. El hombre nace con una cantidad limitada de dicho recurso que se va consumiendo de manera inexorable, y que debe utilizar siguiendo sus preferencias. El ejercicio de dichas preferencias produce ganancias y pérdidas, desde que dado un set de alternativas para el empleo de ese tiempo, la elección de una de ellas supone el abandono de las demás. El *coste de oportunidad* es precisamente el coste de desechar las alternativas al escoger un curso de acción. Es consecuencia de la escasez de tiempo, que impide seguir todos esos cursos de acción simultáneamente. El reconocimiento de este límite hace que cada individuo ordene sus preferencias para intentar conseguir, al menos, sus objetivos más valorados.

Un primer principio que puede enunciarse en este sentido, es que el hombre prefiere alcanzar sus fines en el menor tiempo posible,⁷³ y por lo tanto, estará dispuesto a resignar mayor

⁷² Rothbard, Murray N, *El Hombre, la Economía y el Estado*, op. cit., vol. 1, p. 4.

⁷³ Rothbard, Murray N, *El Hombre, la Economía y el Estado*, op. cit., vol. 1, p. 15.

cantidad de recursos propios para lograr que lo que busca le sea entregado en el menor tiempo.

Buena parte de los intercambios voluntarios que se realizan entre las personas, tienen que ver con las preferencias temporales: alguien prefiere tener hoy un automóvil nuevo, y por lo tanto está dispuesto a entregar a cambio una mayor cantidad de dinero, que pagará en cuotas porque no cuenta con toda la suma en el momento; el dueño de la agencia de autos, en cambio, prefiere tener mayor cantidad dinero recibido en pagos diferidos, en lugar de mantener el automóvil en su depósito.

El hecho de que el hombre envejece y muere, sumado a la circunstancia psicológica de sus preferencias temporales, hacen que el tiempo sea una variable de mucha importancia al momento de decidir la acción.⁷⁴ Así, por ejemplo, el derecho de los contratos existe, en buena medida, como consecuencia de que las contraprestaciones no coinciden temporalmente.⁷⁵

VII. LA COOPERACIÓN SOCIAL ES ÚTIL A LOS HOMBRES PARA ALCANZAR SUS FINES

Es también un hecho notorio que la interacción voluntaria entre las personas contribuye fuertemente a incrementar la creación de riqueza y por lo tanto el bienestar de las personas. La base de esta cooperación, como ya sostuviera Adam Smith, es la división del trabajo, que es producto del intercambio libre y voluntario que se genera cuando cada persona busca su propio bienestar. La división del trabajo, además, por obra del

⁷⁴ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 63.

⁷⁵ Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, p. 89.

sistema de precios, se produce espontáneamente a partir de las ventajas competitivas de las distintas personas (cada quien se dedicará a aquello que considere que esté en condiciones de hacer mejor, más rápido o más barato que los demás); todo lo cual, como se dijo, tiene su fuente en la limitación y dispersión del conocimiento.

La cooperación social se asienta en la circunstancia de que la inteligencia humana es capaz de reconocer que la labor realizada bajo el signo de la división del trabajo resulta más fecunda que la practicada bajo un régimen de aislamiento.⁷⁶ La riqueza no es una torta estable, sino que su tamaño varía de acuerdo con las acciones e interacciones de las personas. Cuando las personas advierten las ventajas de la cooperación para incrementar la cantidad de riqueza para todos, en lugar del uso de la fuerza que beneficia solo a quien la puede ejercer exitosamente, surgen espontáneamente mecanismos de relación voluntaria basada en el mutuo beneficio. Ese comportamiento, a la vez, es el resultado y también el generador de valores individuales, que posteriormente se convierten en la base de normas e instituciones. Tales instituciones se irán formando a partir de las soluciones e interacciones más eficientes para incrementar la cooperación en procura de obtener mayor prosperidad individual.

El aumento en la productividad basado en la cooperación es lo que da impulso a la formación de la sociedad, entendida como una sucesión de interacciones individuales y a la intensificación progresiva de la cooperación social.⁷⁷

⁷⁶ Mises, Ludwig, *La Acción Humana...*, op. cit., p. 174.

⁷⁷ Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 176. No obstante ello, Mises aclara que la ley de la división del trabajo no pertenece al sistema universalmente válido de las leyes a priori de la acción humana. Es un dato, no una ley económica. Por ello, parece imposible formular, basándose en ella, una ley exacta sobre el progreso, es decir, una ley libre de las construcciones de los tipos ideales (p. 181).

Esta forma natural de comportamiento del hombre fue señalada claramente por Adam Smith. Sostenía en uno de los párrafos más conocidos de *The Wealth of Nations*:

En casi todas las otras especies zoológicas el individuo, cuando ha alcanzado la madurez, conquista la independencia y no necesita el concurso de otro ser viviente. Pero el hombre reclama en la mayor parte de las circunstancias la ayuda de sus semejantes y en vano puede esperarla solo de su benevolencia. La conseguirá con mayor seguridad interesando en su favor el egoísmo de los otros y haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer lo que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones. Dame lo que necesito y tendrás lo que deseas, es el sentido de cualquier clase de oferta, y así obtenemos de los demás la mayor parte de los servicios que necesitamos. No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No involucramos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas.⁷⁸

Sobre la base de estas características distintivas del ser humano, es que cada persona interactúa con otros, tomando sus propias decisiones, en busca de lo que considera mejor para sí, en el contexto de sus valores y conocimiento limitado. Al optar por sus acciones, tiene muy en cuenta los beneficios y costes de la interacción con los demás. En definitiva, cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias, y procura adoptarlas mediante tratos libres y voluntarios con otras personas.

En general existe una mayor propensión a una conducta cooperativa cuando los individuos interactúan repetidamente,

⁷⁸ Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, p. 17.

cuando tienen mucha información recíproca y cuando el grupo tiene pocos integrantes.⁷⁹

Ello es así debido a que en esos casos generalmente existen mayores incentivos para conservar buenas relaciones con personas con las que en el futuro se volverá a encontrar y tendrá tratos. No obstante ello, el desarrollo de formas contractuales, normas abstractas consuetudinarias e instituciones, contribuirá de manera decisiva para lograr que esa misma conducta cooperativa se continúe verificando a medida que la sociedad crece en tamaño y las relaciones se tornan más complejas e impersonales.

El estudio de los incentivos para cooperar es muy valioso, tanto para entender el surgimiento de las instituciones que fomentan tal cooperación, como para mejorar el desempeño de los abogados que intentan evitar reclamos o solucionar conflictos.

La interacción forzada como consecuencia de la decisión de una persona o un grupo, solo podría responder a los fines e incentivos de esa persona o grupo, y no a los muchos fines individuales de quienes se ven forzados a aceptar una conducta no deseada. Por eso, si se quiere garantizar la libre búsqueda de la felicidad por cada persona, la única forma de relación apta para ello es la que se da a través de la cooperación libre y voluntaria, intercambiando valor por valor. Como decía Ayn Rand, tratar con los hombres por la fuerza es tan impráctico como tratar con la naturaleza por la persuasión.⁸⁰

⁷⁹ North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 24.

⁸⁰ Rand, Ayn, *Filosofía: ¿quién la necesita?*, Editorial Grito Sagrado, Buenos Aires, 2008, p. 39.

VIII. LA LIBERTAD Y LA PROPIEDAD COMO PRESUPUESTOS DE LA COOPERACIÓN VOLUNTARIA

La cooperación social voluntaria solo es posible si se reconoce la potestad de cada persona para actuar y decidir de acuerdo con sus preferencias, libre de coacción por otras personas, y para ejecutar sus decisiones, lo que incluye usar y disponer de lo logrado a través de sus acciones e intercambios. Esa es la base del reconocimiento de la libertad y la propiedad en el contexto social.

La cooperación se facilita cuando personas capaces de actuar persiguiendo sus fines, y que advierten las asimetrías en el conocimiento, talento, o posibilidades para alcanzar las distintas metas, comprenden el valor de asociarse con otros para aprovechar sus ventajas comparativas; y esa comprensión a su vez facilita el desarrollo y afianzamiento de las normas consuetudinarias de convivencia.

Las personas no solo advierten la conveniencia de la cooperación en un caso o situación concreta, sino que además aprenden que dicha relación se repetirá en el tiempo hacia el futuro, sea con la misma persona o con otras, sea respecto del mismo tipo de intercambio o de otros diferentes. De ese modo advierten que para lograr la cooperación de los demás se deben respetar y satisfacer determinadas expectativas de los otros; y que en buena medida la predisposición de los demás para cooperar se vinculará con nuestro respeto a determinadas reglas, que emanan de normas consuetudinarias.

Cada individuo vive a partir de su propia acción, que refleja su opción entre alternativas que decide siguiendo valores elaborados por él mismo para alcanzar sus propios fines. De allí puede deducirse sin esfuerzo que no deberían existir condicionamientos externos a sus propias decisiones. Eso nos permite elaborar un concepto de libertad definida en el contexto de las

características propias de la acción humana y sus postulados praxeológicos.

La libertad individual supone, desde el punto de vista del sujeto que la invoca, que no se verá compelido por otros a actuar de un modo contrario a su voluntad, no se le impondrán reglas o normas que no hayan sido aceptadas voluntariamente y, como deducción, que tendrá la aptitud para reclamar la reparación de los perjuicios o actos de fuerza cometidos en su contra. Consecuentemente, la libertad implica también que esa persona no deberá intentar imponer ninguna decisión a otros, sea por medio de la fuerza, el fraude u otra forma de coacción. Por el contrario, todos sus acuerdos deberán ser llevados a cabo por medios voluntarios.

De allí surge un principio social básico de coexistencia, el de *no-agresión*, vinculado con la necesidad de evitar el uso de la fuerza física o el fraude en las relaciones entre las personas, que con distintas variantes, han sostenido a lo largo de la historia los defensores del liberalismo.

Por su parte, para que el proceso de cooperación voluntaria se produzca, resulta igualmente necesario que las personas puedan tomar decisiones sobre la base del reconocimiento de los derechos de propiedad involucrados en sus acciones e intercambios. La hipótesis de una persona libre para decidir su curso de acción, que desarrolla los valores que considera aptos para alcanzar sus metas, que se aplica mentalmente a elaborar su estrategia de acción con ese fin, que finalmente actúa, interactúa y obtiene resultados materiales de su acción; pero que no puede aprovechar o decidir respecto de dichos resultados, implica una seria contradicción.

El problema al abordar conceptos tales como «libertad» o «propiedad», es que generalmente su estudio y definiciones se efectúan en un contexto político que supone alguna autoridad superior que los reconozca o proteja. Son conceptos que aún entre las corrientes liberales han sido definidos

siguiendo el colectivismo metodológico. Su estudio bajo una visión del orden social elaborada desde la praxeología, haría innecesaria tal autoridad superior, y por lo tanto, ambos conceptos necesitan ser redefinidos.

^{pol} A la libertad se la debería enfocar a partir de acuerdos contractuales, normas consuetudinarias e instituciones que excluyan la coacción. Entonces su desarrollo conceptual se daría desde el individuo hacia el grupo y no a la inversa, como suele estudiarse en los tratados de filosofía política o filosofía del derecho. A la libertad no se llega declamando alguna esfera de potestades que deba ser sancionada por una autoridad, sino buscando los medios cooperativos que evitan que se pueda ejercer coacción sobre el individuo que actúa.

En este sentido, siguiendo a Kirzner, es posible afirmar que la comprensión de la libertad individual reside en la libertad de cada individuo para identificar por sí mismo cuáles son las oportunidades que puede intentar aprovechar; la libertad de hacer sus propios descubrimientos.⁸¹ Todo lo que contribuye a que la persona pueda actuar en esas condiciones, contribuye a la libertad.

Respecto de la propiedad, más adelante me ocuparé tangencialmente de ese tema, pero creo que una teoría de la propiedad sobre bases praxeológicas debería rescatar una buena parte del desarrollo que los economistas han hecho del tema. En efecto, ellos no ven a la propiedad como un «principio superior» o un «derecho fundamental» definido y defendido en abstracto. Ni siquiera lo ven como la relación de las personas con las cosas.

El economista estudia las aptitudes prácticas que las personas tienen para poder tomar decisiones que reconozcan su preferencia respecto de otras personas o les impongan lí-

⁸¹ Kirzner, Israel M., «El significado del proceso de mercado», *Libertas* n.º 27, Octubre de 1997, p. 138.

mites, con relación al uso, goce o disposición de determinados bienes. La visión del economista parte de las conductas que efectivamente las personas llevan a cabo, y no de teorías abstractas, y eso permite darle al derecho de propiedad un contenido diferente del tradicionalmente desarrollado por los juristas y políticos.

El derecho de propiedad se convierte entonces en una categoría conceptual de reconocimiento del producto de la acción e interacción humana, la expresión de los logros obtenidos a través de la acción y los acuerdos voluntarios con otras personas. Básicamente, los contratos y otras manifestaciones de disposición sobre bienes y relaciones, son expresión del ejercicio de la propiedad.

Desde esta perspectiva, los derechos de propiedad son hechos de la realidad. Tienen virtualidad propia emparentada con las personas que actúan, no dependen de su reconocimiento o sanción por autoridad alguna, y son la base de los reclamos a cuya resolución está llamado el orden jurídico.

También estas facultades englobadas dentro del concepto de «derechos de propiedad» deberán ser objeto de un desarrollo teórico novedoso, que nazca de la acción individual y no de postulados colectivos.

Al tratar la teoría de los contratos volveré sobre este punto.

3. La interacción humana y el orden social

Si partimos de las características de la acción humana descriptas en el capítulo anterior, podemos extraer varias conclusiones de importancia para abordar el siguiente tema, que es el de cómo se genera y funciona el orden de la sociedad.

La praxeología nos permite entender las categorías de la acción humana. Pero los individuos actúan en relación con otros individuos al advertir las ventajas de la cooperación. Puede definirse a la sociedad como esa interacción entre individuos que se relacionan buscando cada uno su propio bienestar. Entiendo que un estudio científico de la sociedad, debería asociarse a la noción de Sociología, concepto al cual debería rescatarse del lugar al cual se lo condujo desde el colectivismo metodológico y el positivismo.⁸²

La sociología, en este sentido, debería ser la ciencia abarcadora de todos los aspectos de la interacción humana que hoy son estudiados como ciencias independientes, y que han

⁸² Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 5. Es bueno recordar que el término «sociología» fue acuñado por Augusto Comte, quien simplemente agregó nuevas construcciones artificiales a la filosofía de la historia y, como señala Mises, no aportó contribución alguna a la ciencia social, que ya había sido desarrollada durante el siglo XVIII, entre otros, por los llamados autores morales escoceses (Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., pp. 37 y 119).

El término «Sociología» debería volver a vincularse con el estudio de las relaciones de los individuos entre sí, incluyendo dentro de los aspectos de estudio, a la economía, el derecho, la antropología, las instituciones, y otras manifestaciones de la interacción humana.

desarrollado incluso principios contradictorios a pesar de tener todas un tronco común.

Al examinar esas características puede concluirse que, en contradicción con lo que ha sido una creencia muy difundida, el orden no es producto de la autoridad o el diseño generado por una mente específica, sino la espontánea interacción de millones de personas, que actúan cada una buscando su propio bienestar.

En este sentido es posible deducir también algunos postulados de la interacción humana, como base para el estudio del orden social, lo que podría permitir el abordaje del derecho con mejores herramientas. En tal sentido, se pueden mencionar los siguientes:

I. LA ACCIÓN HUMANA PRODUCE MUCHAS VECES CONSECUENCIAS QUE NO SON BUSCADAS NI TENIDAS EN CUENTA POR EL ACTOR, PERO QUE SÍ INFLUYEN EN OTRAS PERSONAS

Los filósofos morales escoceses, junto con Bernard de Mandeville, desarrollaron en el siglo XVIII una visión de la sociedad concebida como un orden producido por muchas personas que interactúan buscando su beneficio propio, para lo cual adecuan su conducta a lo necesario para lograr la cooperación de los demás.

Mandeville sostenía que «los servicios recíprocos que todos los hombres se prestan unos a otros constituyen el fundamento de la sociedad». Esto es, veía a la división del trabajo como modo de paliar las necesidades humanas.⁸³

Una característica común del orden de la sociedad es que esa acción individual de los hombres buscando sus propias metas, genera muchas veces consecuencias que no fueron

⁸³ Infantino, Lorenzo, *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico*, Unión Editorial, Madrid, 2000, p. 42.

buscadas por ellos, pero que influyen en buena medida en la forma en que se comportarán los demás. De hecho, permanentemente aprovechamos el producto de acciones ajenas cuyas motivaciones no solo no conocemos, sino que tampoco nos interesan. La gente puede actuar persiguiendo el lucro, con avaricia, por razones de egocentrismo, por benevolencia, por altruismo, por maldad, por generosidad. Los motivos por los cuales actúan generalmente no son conocidos por aquellos que tienen tratos con ellos, y mucho menos por otras personas a las que jamás conocerán, pero que de alguna forma se han beneficiado o perjudicado por sus acciones.

Buena parte de las normas sociales, reglas de convivencia, instituciones o mecanismos que han contribuido al desarrollo y la prosperidad, fueron el producto no buscado de la acción de personas que, al perseguir sus propias metas siguiendo sus propios valores, encontraron beneficiosas esas formas de relación, que terminaron convirtiéndose en reglas espontáneas de cooperación.

Adam Ferguson acuñó la famosa frase según la cual «las naciones tropiezan con instituciones que ciertamente son el resultado de la acción humana, pero no la ejecución del designio humano».⁸⁴ Esta afirmación de Ferguson contiene dos presupuestos que resultan básicos para el pensamiento de los autores morales escoceses: 1) que los hombres no «inventan» desde cero, sino que innovan a partir de condiciones o instituciones que fueron el fruto de acciones humanas anteriores, y 2) que la yuxtaposición de multitud de planes individuales produce, al entrecruzarse, resultados que no necesariamente eran los buscados por sus autores.⁸⁵

⁸⁴ Ferguson, Adam, *An Essay on the History of Civil Society*, Cadell, Kincaid, Creech & Bell, 1767, pp. 187-188.

⁸⁵ Gallo, Ezequiel, «La tradición del orden social espontáneo: Adam Ferguson, David Hume y Adam Smith», *op. cit.*, p. 140.

La moneda, la moral, el derecho, el mercado, el lenguaje, son algunos ejemplos brindados por Ferguson de estos órdenes surgidos a partir de ciertas conductas humanas, pero sin constituir el diseño de persona alguna. Por supuesto que si no hubiese personas actuando, no existiría lenguaje, no existiría moneda, ni derecho, ni mercado; pero ninguna persona o grupo en particular diseñaron estas instituciones. Son el producto no buscado de ese intercambio sostenido en el tiempo.

Adam Smith se refirió a este fenómeno al explicar el origen de la prosperidad en Europa. Señalaba el autor escocés:

Una de las revoluciones más importantes hacia la prosperidad económica de los pueblos se llevó a cabo por dos clases de gentes, a quienes jamás se les ocurrió la idea ni el mediato fin de prestar semejante servicio a sus coterráneos. La satisfacción de la vanidad más pueril fue el único motivo que guió la conducta de los grandes propietarios, en tanto que los mercaderes y artistas obraron con miras a su propio interés, consecuencia de aquella máxima y de aquel mezquino principio de sacar un penique de donde se puede. Ninguno de ellos fue capaz de prever la gran revolución que fueron obrando insensiblemente la estulticia de los unos y la labiosidad de los otros.⁸⁶

En general, el concepto que la expresión «mano invisible» capturó tan gráficamente —un concepto que Carl Menger rescató como un «entendimiento orgánico del fenómeno social» y Friedrich Hayek, en el siglo XX, definió como un «orden espontáneo»— se compone de tres pasos lógicos. El primero es la observación de que la acción humana frecuentemente tiene consecuencias que no son entendidas ni buscadas por los actores. El segundo paso es el argumento según el cual la suma de estas consecuencias impensadas de una gran cantidad de personas en un largo período, dadas las condiciones corre-

⁸⁶ Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, op. cit., p. 372.

tas, resulta en un orden entendible para la mente humana y que aparece como si fuese el producto de algún planificador inteligente. El tercer paso y final es el juicio de que este orden es beneficioso para los participantes, de una manera que ellos no buscan pero que de todos modos les resulta deseable.⁸⁷

Estos efectos no buscados, a su vez, generan acomendamientos en el comportamiento de los demás, que tienden a aprovechar las consecuencias positivas y evitar las negativas. Los economistas se refieren a estas consecuencias como «externalidades», y constituyen un área vital en el estudio de los efectos de la interacción humana.

En cada interacción pueden distinguirse los efectos inmediatos y explícitos, aquellos que se tuvieron en miras directamente al momento de actuar; y también las consecuencias indirectas, no buscadas, eventuales o futuras, que en la mayoría de los casos las personas no tienen en cuenta especialmente. O como explicaba con tanta claridad Friedrich Bastiat: «lo que se ve y lo que no se ve».

Las personas al actuar solo se interesan por el objetivo concreto de su acción, pero no tienen interés ni probabilidad cierta de conocer los alcances y consecuencias mediáticas que esa conducta tendrá para la formación de un orden social. Como señaló Hayek:

La razón de que seamos reacios a describir estas acciones como si tuvieran un objetivo es que el orden que se constituirá como resultado de tales acciones, no es en ningún sentido «parte del objetivo» o del motivo que impulsó a los individuos a actuar. La causa inmediata, el impulso que los lleva a actuar, es algo que solo les interesa a ellos.⁸⁸

⁸⁷ Vaughn, Karen L., «Invisible Hand», en *The Invisible Hand*, Macmillan Press, New York, 1989, p. 170.

⁸⁸ Hayek, Friedrich, *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, op. cit., p. 129.

Precisamente estas consecuencias no buscadas, con el tiempo tienden a ser identificadas y tenidas en cuenta por las personas, que adecúan sus conductas a ellas. En relaciones repetidas se generan hábitos nacidos en las expectativas producidas con la «internalización de estas externalidades». Veremos más adelante que estas consecuencias no buscadas son esenciales para la producción de costumbres, y consecuentemente, de normas e instituciones.

II. LOS FENÓMENOS SOCIALES SON LA SUMA DE DECISIONES PARTICULARES

La sociedad no es un ente distinto de los individuos que la integran, ni se mantiene unida en virtud de una «dirección unitaria» que armonice las acciones de los individuos, sino que la cooperación deriva, sin programación alguna, del intento por cada uno de realizar fines individuales.⁸⁹

Como señala Mises, existe una propensión a hipostasiar o adjudicar sustancia o existencia real a las construcciones y conceptos mentales. En ciencias sociales esto es muy común respecto del concepto de «sociedad». La sociedad no es más que la cooperación de individuos unidos en esfuerzos para alcanzar determinados objetivos particulares; pero no es ni una sustancia, ni un poder, ni un actor. Solo son individuos que actúan.

Algunas de las acciones individuales son dirigidas por la intención de cooperar con otros. La cooperación entre los individuos da origen a la situación que el concepto de sociedad describe. La sociedad no existe aparte de los pensamientos y

⁸⁹ Infantino, Lorenzo, *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico*, op. cit., p. 66.

las acciones de las personas. No tiene «intereses» y no desea alcanzar ningún objetivo.⁹⁰

Negarle existencia *per sé* a los colectivos, no implica negar realidad o efectos a estos procesos de cooperación que conforman la sociedad. Lo que se quiere significar es que estos colectivos son posibles por las acciones y pensamientos de sus individuos y desaparecen cuando estos individuos adoptan un modo distinto de pensar y actuar.⁹¹

No existe un plus o agregado a las decisiones individuales, que tenga entidad o vida propia más allá o distinta de aquellos conceptos abstractos que utilizamos para definirlos. Esta circunstancia produce dos consecuencias fundamentales: 1) el conjunto no es algo diferente de la suma de sus partes; 2) no hay un producto definitivo que se pueda configurar de antemano. La sociedad es lo que es, podría ser otra cosa, probablemente lo será en el futuro, no tiene un propósito ni un fin. Se moldea día a día a través de volubles decisiones tomadas por muchas personas que actúan guiadas por propósitos individuales y cambiantes. Es en definitiva el conjunto de múltiples intercambios libres y voluntarios.

Pero la circunstancia de que el orden resultante no sea el producto de la decisión deliberada de ninguna persona en particular, no significa que sea otra cosa distinta o superior a ese conjunto de decisiones individuales.⁹²

⁹⁰ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 126.

⁹¹ Mises, Ludwig, op. cit., p. 127. Y agrega: «De ahí que, por ejemplo, las diferentes actitudes de un mismo individuo puedan servir para constituir los colectivos nación, comunidad religiosa, partido político, y así sucesivamente».

⁹² Eso mismo puede decirse de la noción de «mercado». Se suele hablar de las reacciones de los mercados, de cómo se comportarán los mercados ante tal o cual acontecimiento, como si fueran seres vivos, guiados por una conciencia enderezada al logro de metas determinadas guiadas por una mente única, cuando en realidad, el mercado no es más que un proceso de interacción

III. LOS FENÓMENOS SOCIALES SON FENÓMENOS COMPLEJOS

Esta idea de que las acciones personales pueden tener consecuencias que no fueron buscadas y trascienden el interés, conocimiento y previsión de los actores, hace que los fenómenos sociales deban ser considerados fenómenos complejos.

Tales fenómenos están formados por la interacción de personas cuya conducta no es predecible, producida en circunstancias siempre cambiantes. Por ello, un fenómeno determinado tampoco se repetirá necesariamente. De ello se sigue que la predicción de acontecimientos sociales futuros se torna ilusoria:

Uno de los resultados principales alcanzados hasta ahora por la labor teórica en estos campos creo que es la demostración de que los acontecimientos singulares, por lo general, dependen de tantas circunstancias concretas que jamás podremos realmente estar en condiciones de averiguarlas todas; y que, por consiguiente, no solo los ideales de predicción y de control están mucho más allá de nuestro alcance, sino que también es ilusoria la esperanza de poder descubrir, a través de la observación, conexiones regulares entre los distintos acontecimientos.⁹³

Hayek entendía que dentro de las ciencias sociales, la teoría económica ha avanzado más que otras en construir un cuerpo teórico coherente. Pero aún la economía está destinada a des-

de miles o millones de individuos que toman decisiones personales siguiendo sus valores y propósitos propios y distintos. Se intenta predecir el efecto que el acontecimiento podrá tener en las decisiones de esas personas, y luego se lo identifica como una única decisión del conjunto, lo que considero un error conceptual generalizado. En un sentido estricto, «sociedad» y «mercado» son sinónimos.

⁹³ Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, op. cit., pp. 73-74.

cubrir tipos de modelos que se presentarán si se cumplen ciertas condiciones, no obstante lo cual es casi imposible derivar de tal conocimiento la predicción de fenómenos específicos.⁹⁴

Como explica Mises, en el ámbito de la acción humana no existen relaciones constantes entre ninguna de las variables. Consecuentemente, no hay medición ni cuantificación posible.⁹⁵ Por ello, no resulta razonable recurrir a experimentos de laboratorio para extraer conclusiones científicamente válidas sobre los fenómenos sociales, desde que es imposible ponderar aisladamente los cambios de uno solo de los elementos concurrentes, presumiendo que permanezcan inmutables todas las demás circunstancias del caso.⁹⁶

De este modo, los fenómenos sociales son complejos porque dependen de muchas decisiones cambiantes de personas que tienen objetivos diferentes y variables, y que contribuyen a formarlos muchas veces sin proponérselo deliberadamente. Esto hace que cualquier pretensión de regular o imponer determinados resultados en el área esté destinada al fracaso.

Para tomar un ejemplo básico, los precios que están a disposición de las personas, sobre los cuáles pueden tomar sus decisiones futuras vinculadas con gastos e inversiones, no son el producto de una autoridad o persona que decidió fijarlos, sino de una cantidad incalculable de decisiones individuales, cambiantes, adoptadas sobre la base de distintos objetivos y

⁹⁴ Op. cit., p. 75.

⁹⁵ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 105.

⁹⁶ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., p. 38. No obstante ello, no podrían descartarse de plano cierto tipo de experimentación que, respetando las características de la acción humana, estudiaran ciertas pautas de respuesta o comportamiento, a partir de acciones individuales y respetando los límites de sus conclusiones, tales como las que ofrece la economía experimental.

circunstancias externas, por personas que no tenían la menor idea de que su decisión contribuía a fijar un precio. Cuando una autoridad pretende sustituir este proceso complejo por la imposición de un precio fijado por motivos políticos, desconoce la esencia básica de los fenómenos complejos, y su decisión solo podrá ser mantenida por la fuerza, pero no supondrá un cambio en el precio. Es más, ese número arbitrario impuesto no podrá ser llamado «precio» en términos económicos.

Comprender esto es muy importante, pues permite abandonar rápidamente la idea tan extendida en nuestro tiempo y aceptada generalmente como una racionalización, de que la complejidad de los fenómenos sociales es precisamente lo que justifica que sea una autoridad superior la que los ordene y regule de manera coactiva.

Este error pude verse en cualquiera de los ejemplos traídos por Ferguson en su conocida frase citada más arriba. El intento constructivista por crear un idioma que sea aceptado y empleado por todos solo acabó desarrollando el *Esperanto*, que se enseña en un puñado de academias a pocas personas con mucho tiempo libre. Incluso las organizaciones que pretenden ser las autoridades finales de un idioma, como la Real Academia Española, lo que hacen en definitiva es «legitimar» vocablos que el uso extendido de las personas ya ha incorporado al lenguaje sin necesidad de su intervención. Todos los intentos que diariamente ensayan los gobiernos para conducir, modificar o controlar al mercado fallan irremediablemente. El derecho, producto de reglas espontáneas y decisiones libres, degeneró en legislación escrita, cada vez más extensa y minuciosa, y consecuentemente, cada vez más efímera, ineficiente y menos respetada.⁹⁷

⁹⁷ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, op. cit., p. 162; Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, Centro de Estudios sobre la Libertad, Buenos Aires, 1960, p. 122.

Por ese motivo Hayek sostuvo que el concepto de «ley», entendido como una regla que vincula un fenómeno con otro según el principio de causalidad, tiene escasa aplicación en la teoría de los fenómenos sociales: «aunque poseamos teorías relativas a estructuras sociales, dudo que conozcamos "leyes" a las que los fenómenos sociales obedezcan».⁹⁸

Por otra parte, la complejidad de los fenómenos sociales genera problemas al historiador al momento de intentar extraer conclusiones de episodios pasados. El historiador no puede derivar teoremas de causa y efecto del análisis del material producido a partir de un fenómeno social complejo. La experiencia histórica no es un experimento de laboratorio, sino la experiencia de fenómenos complejos, del resultado de la operación conjunta de diversas fuerzas que difícilmente vuelvan a ordenarse del mismo modo.⁹⁹

IV. LA SOCIEDAD ES UN PROCESO DINÁMICO

El proceso social es complejo porque está formado por gran cantidad de decisiones individuales que no pueden ser previstas ni reglamentadas. Pero al mismo tiempo, es un proceso en constante variación, toda vez que esas personas mutan su conducta en virtud de gran cantidad de factores que inciden sobre sus decisiones. Esta característica de los procesos

⁹⁸ Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, op. cit., p. 84.

⁹⁹ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., p. 120. Y agrega: «Lo que la historia económica, la observación o la experiencia pueden decirnos son cosas como esta: por un determinado período de tiempo del pasado el minero John, en las minas de carbón de la compañía X en el pueblo Y, ganó p dólares trabajando n horas al día. De ninguna manera la unión de estos datos con otros similares podría llevarnos a teoría alguna relativa a los factores que determinan el nivel de los salarios».

sociales es esencial para comprender por qué fallan los intentos de regular la sociedad a través de legislación o mandatos impuestos por autoridades políticas.

Las personas toman decisiones sobre la base del conocimiento disponible, y guían sus acciones hacia los fines previamente escogidos. Pero estas decisiones se modifican en la medida en que las preferencias y conductas personales cambian, la tecnología evoluciona, existen variables que escapan a la previsión como el clima en el largo plazo, cambia el conocimiento disponible, las modas y costumbres, etc.

De este modo existe una relación de dos vías: en la medida en que las demás personas cambian su conducta, nosotros cambiamos la nuestra para acomodar la nueva situación a nuestros fines personales; y consecuentemente, en la medida en que nosotros modificamos nuestra conducta, producimos cambios en la ajena.

De hecho, las explicaciones que dan los economistas cuando tratan de efectuar predicciones, frecuentemente están precedidas de la expresión latina *ceteris paribus*, es decir, en la medida en que todas las demás condiciones permanezcan inmutables. Pero lo cierto es que dichas condiciones difícilmente se mantengan sin cambio, en tanto dependen de decisiones volubles de seres humanos que modifican sus preferencias. Por ello los economistas se refieren a estas condiciones como «variables», que por definición «varían».¹⁰⁰

Ello ha llevado incluso a descartar la posibilidad de que existan precios de «equilibrio» en el mercado de bienes y servicios. Cada vez que se produce una compra o una venta —se

¹⁰⁰ Al respecto dice Mises: «El supuesto citado de que todas las demás condiciones permanecen enteramente inalteradas es una ficción indispensable para el razonamiento y para la ciencia. En la vida, todo fluye sin cesar, pero para el pensamiento debemos construir un imaginario estado de quietud» (*Problemas epistemológicos de la economía*, op. cit., p. 174; con cita de J.B. Clark, *Essentials of Economics Theory*, New York, 1907, pp. 130 y ss.).

sostiene—, se envían señales que inmediatamente influyen sobre los precios y tienden a modificarlos.¹⁰¹

Por ese motivo, no es posible sacar una fotografía de la sociedad en un momento determinado y pensar que esa sociedad permanecerá así inmutable en el futuro. Sin embargo, es precisamente esto lo que buscan diariamente legisladores y burócratas en todo el mundo, cuando quieren establecer «marcos regulatorios» a determinadas actividades sobre la base de cómo se desarrolla dicha actividad en el momento en que se proponen regularla. Incluso la propia sanción de la ley provocará cambios en la conducta de las personas afectadas, que intentarán acomodarse de tal modo que puedan aprovechar sus beneficios y eludir sus costes, tornando así ilusoria la pretensión de los legisladores de que la fotografía en la cual se basaron para decidir la regulación, se mantenga inalterable.

Es verdad que los cambios en las preferencias individuales no suelen ser constantes, abruptos ni irrazonables. Las personas tienden a determinar sus preferencias siguiendo ciertos parámetros racionales, valores y costumbres, lo que hace que no suelan modificarlos sin motivos plausibles. Por ello la es-

¹⁰¹ Lachmann, Ludwig, *The Market as an Economic Process*, New York, Basil Blackwell Inc., 1986. Resulta muy ilustrativa esta explicación de Ivo Sarjanovich: «Al igual que von Mises, Hayek y Kirzner, Lachmann entiende que los procesos de mercado son aquellos que deben requerir la mayor atención de la ciencia económica; pero en contra de los tres autores antes mencionados, considera que la concepción del equilibrio debe ser rechazada y abandonada, ya que limita las posibilidades de comprender al mercado en profundidad. Para él, no tiene sentido suponer que las actividades económicas tiendan a coordinarse sistemáticamente, ya que el curso de la misma trayectoria hacia el equilibrio genera fuerzas discordantes que tornan inalcanzable aquel estado. En este proceso de cambio la indeterminación de las expectativas desempeña un rol fundamental. Así es como Lachmann no solo presenta una aguda crítica del modelo de equilibrio general neoclásico sino también de los procesos de mercado entendidos como tendencia, al estilo de von Mises, Hayek y Kirzner» (Sarjanovic, Ivo, «El mercado como proceso: dos visiones alternativas», en *Libertad* n.º 11, Octubre de 1989).

tabilidad en las preferencias es uno de los elementos que se han tomado en consideración en el análisis económico.¹⁰²

Es precisamente esta tendencia a la estabilidad en las preferencias lo que permite que ciertos valores esenciales no cambien de manera abrupta y frecuente, y eso contribuye a que se desarrollen, como veremos más adelante, ciertas normas de origen consuetudinario que facilitan los intercambios, al permitir presuponer reacciones positivas o negativas en los demás, frente a determinadas acciones.

No obstante ello, es indudable que las modificaciones en las preferencias se producen en mayor o menor medida; lo que debe ser tomado en cuenta al momento de examinar la evolución de los fenómenos sociales. Por ello, las predicciones que los economistas realizan a partir de ciertos presupuestos de hecho, más puntuales y coyunturales, tienen un valor bastante escaso.

V. LA SOCIEDAD ES UNA COMBINACIÓN DE UN ORDEN ESPONTÁNEO Y DECISIONES DELIBERADAS

El proceso de interacción humana se produce dentro de un orden que se forma espontáneamente, que como se vio recién no es el resultado de una decisión humana deliberada, ni sigue las directivas de ninguna autoridad. Pero en su interior, se producen innumerables interacciones puntuales que sí están basadas en decisiones y propósitos individuales, que son el producto de la deliberada intención de quienes actúan.

En todo grupo humano mínimamente numeroso, la colaboración se basara siempre tanto en el orden espontáneo como

¹⁰² Rojas, Ricardo Manuel, Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 10-11.

en una organización deliberada. No hay duda de que para muchas tareas limitadas, la organización es el método más indicado para una coordinación eficaz, pues permite adaptar fácilmente el orden resultante a nuestros deseos, mientras que cuando, debido a la complejidad de las circunstancias que hay que tener en cuenta, debemos contar con las fuerzas generadoras de un orden espontáneo, nuestro poder sobre los contenidos particulares de este orden se limitan necesariamente.¹⁰³

Las personas interactúan buscando cooperación para mejorar sus condiciones de vida y alcanzar sus metas. Esta interacción se produce fundamentalmente a través de todo tipo de formas contractuales, que expresan la voluntad de acción de cada uno, en el desarrollo de un negocio o emprendimiento particular.

Esas relaciones particulares, a su vez, producen efectos respecto del resto de las personas, en un proceso que se va haciendo más difuso y abstracto a medida que uno se va apartando del negocio particular en sí. Así, un contrato determinado producirá obligaciones y facultades de reclamo específicas entre los contratantes, pero también influirá en personas no involucradas directamente, como proveedores, socios, parientes, empleados, clientes, vecinos, etc. A medida que la relación de las personas con los contratantes y el negocio particular se aleja, el contrato en sí deja de tener efectos marcados en las personas, pero surge como remanente de importancia para todos el principio abstracto que emana de él.

Estos principios abstractos que nacen de los acuerdos particulares celebrados a partir de códigos de valor determinados, van formando costumbres, que como veremos en la segunda

¹⁰³ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2014, p. 69.

parte, finalmente se convierten en normas, y pueden ser la fuente de instituciones y mecanismos de resolución de reclamos y ejecución de tales soluciones.

Pero al mismo tiempo, estas normas, instituciones y mecanismos de resolución de reclamos —de modo similar a lo que ocurre con el sistema de precios en el mercado— generan una serie de señales que orientan las decisiones y acuerdos individuales.

Lo propio puede decirse respecto de los reclamos por daños y crímenes que una persona puede cometer o sufrir a partir de sus actos voluntarios y deliberados. Ellos darán lugar a reclamos concretos, que se discutirán entre los involucrados, pero el desarrollo de mecanismos de solución a esos reclamos también permitirá establecer una serie de principios abstractos que influirán de manera muy fuerte sobre la conducta posterior de las personas, y sobre la producción de normas de origen consuetudinario, instituciones y procedimientos para solucionarlos.

La combinación espontánea de estos dos tipos de órdenes (el de las acciones y acuerdos particulares decididos deliberadamente, y el espontáneo generado por las consecuencias no buscadas de dichos acuerdos y acciones), permite generar un ámbito de interacción a partir de la cooperación y coexistencia pacífica.

Para el funcionamiento de este orden complejo resultará esencial comprender la naturaleza y mecánica de los derechos de propiedad, que como dijimos, son expresión de las acciones individuales y los acuerdos que permiten la cooperación pacífica destinada a la búsqueda de los fines propios de cada persona.

Como veremos en la segunda parte de este trabajo, se puede entender al derecho como aquel aspecto del estudio del fenómeno social, que permitirá abordar teóricamente todos los mecanismos de relación deliberada y orden espontáneo a

través de los cuales se puede evitar la producción de daños que generen reclamos, o darles solución a los ya producidos. Desde este costado, el derecho está estrechamente relacionado con la economía, las instituciones, y las demás manifestaciones de ese proceso de intercambio que es la sociedad.

Segunda parte
Los fundamentos del derecho

1. ¿Por qué el derecho no tuvo un desarrollo similar a la economía?

I. LA VISIÓN RACIONALISTA DEL ORDEN SOCIAL EN LA EUROPA CONTINENTAL

La tendencia racionalista constructivista que adoptó el pensamiento científico en Europa continental a partir del siglo xvii, motivó que los distintos aspectos de la interacción humana tomaran caminos metodológicos diferentes, de modo tal que se desarrollaran ciencias cuyos principios en algunos casos resultaron contradictorios.

En efecto, durante los siglos xvi y xvii, el auge del razonamiento matemático en Europa generó los grandes sistemas racionalistas en física y filosofía, por pensadores entre los cuales se destacaron Galileo, Newton, Descartes, Spinoza y Leibnitz. Si bien el orden social y moral no era su tema principal, estas ideas inevitablemente tuvieron influencia sobre él. Así, por ejemplo, refiriéndose a la ética, sostuvo Spinoza: «Consideraré las acciones y los apetitos humanos como si se tratare de líneas, de superficies y de cuerpos sólidos».¹⁰⁴

Descartes fue quizá el pensador de quien recibieron su expresión filosófica inicial en esta época las ideas básicas de lo que Hayek denominó racionalismo constructivista. En *El Discurso del Método* explicaba de este modo su visión de un orden social basado en un único planificador:

¹⁰⁴ Spinoza, Baruch, *Ética*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1973, p. 161.

«Rara vez hay tanta perfección en trabajos compuestos de muchas partes separadas, sobre las cuales distintos operarios han sido empleados, como aquellos completados por uno solo. Aquellas naciones que, partiendo de un estado semi-bárbaro y avanzando hacia la civilización por grados lentos han tenido leyes dictadas sucesivamente y, por decirlo así, impuestas por la experiencia de la naturaleza perniciosa de determinados crímenes y controversias, vendrían a tener por este proceso instituciones menos perfectas que aquellas que, desde el comienzo de su asociación como comunidades, han seguido el mandato de algún sabio legislador. (...) La grandeza de Esparta no fue debida a la preeminencia de cada una de sus leyes en particular (...) sino a la circunstancia de que, nacidas de un solo individuo, tendían todas a un mismo fin». ¹⁰⁵

Las ideas racionalistas llevadas al ámbito de las ciencias sociales —que incluyeron la noción de Razón de Estado, la creciente «personalización» de ese Estado, y la consecuente justificación de poderes cada vez más amplios para alcanzar sus objetivos—, concluyeron imponiendo el paradigma según el cual las ciencias sociales y políticas se desarrollan desde la sociedad concebida como un todo homogéneo, dentro del cual los individuos deben adecuar su conducta a los requerimientos de ese todo. ¹⁰⁶

El espíritu de «sistema» imperante a partir del racionalismo en el siglo xviii requería la unidad y encadenamiento del saber científico, lo que en el ámbito del derecho llevó a la construcción de códigos normativos rígidos. Estos códigos tenían la pretensión de concentrar el saber jurídico de un modo

¹⁰⁵ Descartes, René, *A Discourse on Method* (Everyman's ed.), pp. 10-11; citado por Hayek, Friederich, *Individualismo: el verdadero y el falso*, Unión Editorial, Madrid, 2009, pp. 58-59.

¹⁰⁶ Sobre el desarrollo del constructivismo y su influencia en el derecho ver: Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, op. cit., pp. 37 y ss.

sistemático y uniforme, brindando solución a todas las disputas. Cualquier cuestión jurídica debía tener su lugar en el sistema y justificarse razonablemente a partir de él.¹⁰⁷ El orden de la sociedad era concebido entonces como el producto de un conjunto de normas, elaboradas sistemáticamente, fruto exclusivo de la razón de un legislador en el que se juntaban dos cualidades: su sabiduría y la univocidad de sus objetivos.¹⁰⁸

La combinación de racionalismo y voluntarismo en el continente europeo llevaron a concebir al derecho como un orden superior, compuesto por normas escritas de signo positivo, emanadas de una autoridad política, que establecen respuestas preestablecidas a las consecuencias de la acción individual.

Este pensamiento, que hizo eclosión en los siglos xvii y fundamentalmente xviii y se afianzó en el xix, tuvo un precedente de inusual importancia en el *Corpus Iuris Civilis* elaborado por orden del Emperador Justiniano en 533.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, op. cit., p. 41.

¹⁰⁸ Un ejemplo práctico de esta mentalidad en el siglo xviii fue Federico II de Prusia, quien se esforzó en elaborar un código civil tan completo que ni siquiera hicieran falta abogados para interpretarlo; bastaría con que la gente común leyera sus cláusulas para encontrar la solución a sus disputas. El monarca sostenía que, al igual que Newton no hubiese podido concebir su sistema de gravitación universal si hubiese tenido que colaborar con Leibniz y Descartes, tampoco podría un sistema político nacer y mantenerse, si no fuese por el producto de una mente única (esta referencia es recordada por Hayek en *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., p. 28).

¹⁰⁹ Justiniano tenía dos motivos principales para ordenar la preparación de lo que luego se conocería como *Corpus Iuris Civilis*, bajo la guía del jurista Triboniano. En primer lugar era un reaccionario: consideraba que el derecho romano contemporáneo era decadente y quería rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro, restaurándolo en su grandeza y pureza. En segundo lugar era un codificador: tenía la intención de incluir en un cuerpo preciso todas las normas necesarias, eliminando las repeticiones, oscuridades, errores, conflictos y dudas, organizándolo en forma sistemática.

Por ese motivo eliminó a partir de entonces toda referencia a los jurisconsultos, con excepción de aquellas que estuviesen expresamente incluidas en

Los juristas modernos encontraron en el Código de Justiniano una expresión de la razón escrita, que fijaba el producto de siglos de labor de pretores y jurisconsultos, estableciendo los conceptos jurídicos desde la razón natural. Para esa labor, debieron quitar al derecho romano todos los resabios del empirismo y flexibilidad que lo caracterizaron en sus orígenes, lo que se vio favorecido por la incipiente sistematización que ya habían llevado a cabo en su tiempo los juristas del *Mos Italicus*. Pero los filósofos y codificadores modernos fueron más allá, y adecuaron este antiguo derecho a su visión de un «derecho racional».¹¹⁰

Durante finales del siglo XVII y principios del XVIII se produjeron los primeros avances en el proceso que se inició con la recopilación y ordenamiento de las reglas que se habían formado durante siglos a partir de las costumbres comerciales. Aquellas iniciales recopilaciones no suponían estrictamente una novedosa creación o «deducción racional» de derecho, sino más bien un intento por ordenar la evolución de las decisiones judiciales y principios nacidos de las costumbres a lo largo de los siglos, como había sido el caso de las recopilación de las costumbres francesas.¹¹¹ Fundamentalmente,

el Corpus. Pensaba que el Corpus debía ser suficiente para resolver cualquier problema legal sin necesidad de la ayuda de otras interpretaciones o comentarios de expertos. Esta prohibición de cita de trabajos no incluidos en el Corpus destruyó buena parte del material jurídico que se había acumulado, pues disminuyó el interés por conservarlo (Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit., pp. 84-85).

¹¹⁰ Koschaker, Paul, «Europa y el derecho romano», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 358.

¹¹¹ Pueden mencionarse en este sentido: la Ordenanza francesa de 1673, la Ordenanza de la Marina de Cerdeña de 1717, las letras y constituciones de Víctor Amadeo II de 1723, las Ordenanzas de Bilbao de 1737, el Código de Francisco III de Módena de 1771, el Reglamento sobre letras de cambio de la República de Venecia y el Código de la Marina Mercante de 1786; el Edicto de Navegación comercial de las provincias austriacas de 1774. En los países escandinavos existía el Código danés de Cristian V de 1638, el noruego de 1687

recogían principios y reglas comerciales, elaboradas durante siglos por la praxis de los comerciantes, y utilizadas para resolver sus disputas de manera práctica, respetando los usos y costumbres mercantiles.

Tras estas recopilaciones, aparecieron los verdaderos códigos, de mayor extensión y más cuidadosa técnica jurídica. Con ellos sí se pretendió cristalizar un derecho eterno e inmutable, perfecto, emanado de la razón, y otorgar estabilidad jurídica a las instituciones que debían regir para siempre. Especialmente en Francia, los pensadores del Iluminismo buscaban modelos sociales que permitieran sustituir al caduco sistema de estatus heredado, con privilegios y tradiciones que habían llevado al atraso, y pensaron que ello podría lograrse a través de déspotas ilustrados que impusieran aquellas normas emanadas de la razón a partir de las cuales se pudiera ingresar en la modernidad.

Fue natural entonces que Voltaire y sus contemporáneos acudieran a Luis XV de Francia, Federico el Grande de Prusia, José II de Austria y Catalina la Grande de Rusia, para producir desde el poder político tales cambios.¹¹² Resulta ilustrativo

y el sueco de 1734 (conf. Solá Cañizares, Felipe, *Tratado de derecho comercial comparado*, Barcelona, 1963, pp. 27-36).

¹¹² El precursor en la elaboración de un proyecto de código sistemático que condensara todo el saber jurídico racional fue Leibniz, quien redactó proyectos de códigos para el emperador Leopoldo I y el elector de Maguncia, que no llegaron a tener sanción en la práctica. Esta idea de Leibniz de codificar el derecho privado sobre el modelo de derecho romano volvió a intentarse en 1738 por Federico Guillermo I de Prusia, y luego por Federico II, que culminó con su proyecto definitivo en 1794. En Austria, el proceso codificadorio tuvo un gran impulso bajo el reinado de José II, que logró la promulgación de los códigos procesal civil (1781), penal (1787) y procesal penal (1788).

En Francia, tras el triunfo de la Revolución se tornó imperativo convertir en legalidad positiva aquellos códigos de «derecho natural», elaborados deductivamente por la razón matemática en las obras de Pufendorf, Wolff y sus discípulos. Se trataba de estatizar el derecho natural, de fijar en normas precisas y sancionadas por la autoridad, los principios eternos e inmutables que la

recordar las palabras de Napoleón Bonaparte en el ocaso de su vida:

Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente, es mi código civil.¹¹³

Este proceso codificador originó una mutación trascendental en la concepción del derecho. Este dejó de ser el producto de discusiones de casos y reclamos concretos en los tribunales, recogiendo opiniones de jurisconsultos y jurisprudencia que recogía las costumbres sociales del lugar. Por ese camino se habían sintetizado normas abstractas de carácter general sobre asuntos muy específicos, que evolucionaron y se perfeccionaron con el tiempo. En cambio, el derecho pasó a ser el producto de la decisión de una autoridad política —sea el monarca o una asamblea legislativa— que de un plumazo pudo modificar extensas áreas jurídicas.¹¹⁴

razón humana había descubierto. Así, en palabras del Emperador Napoleón, ese código, por ser la «razón escrita», estaba llamado a ser el instrumento de unificación del territorio que se pretendía anexar al Imperio (Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit., pp. 97-98).

¹¹³ Citado por Alterini, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 62.

¹¹⁴ Un buen ejemplo de esto último es el Código Civil argentino que entró en vigencia en 1871, redactado por el ilustrado jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, que se integraba con 4055 artículos que incluían todos los aspectos del derecho civil. El proyecto de Código fue aprobado por el Congreso a libro cerrado, es decir, no hubo discusión parlamentaria alguna, tratándose de una obra jurídica monumental que excedía el conocimiento de cualquiera de los legisladores. Esto produjo una curiosa situación, pues en un alarde de sabiduría, el codificador colocó a cada artículo una nota al pie con comentarios, explicaciones, la cita de sus fuentes, etc. Al ser aprobado a libro cerrado, durante las décadas posteriores se discutió, inclusive judicialmente, si esas notas eran parte de la ley o no. Esa discusión fue zanjada por la Corte Suprema al

II. LA VISIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO A PARTIR DE ACUERDOS PARTICULARES Y RESOLUCIÓN DE RECLAMOS

Se observa, con lo dicho en el punto anterior, que los procesos codificatorios fueron precedidos por compendios o sistematizaciones de normas consuetudinarias, decisiones judiciales, doctrinas de jurisconsultos que se desarrollaron de modo evolutivo y espontáneo en un lento proceso de discusión y revisión de criterios que se fueron produciendo en los debates puntuales de casos concretos ventilados ante los jueces.

Esos primeros compendios tenían más bien un objetivo de sistematización y orden, así como también didáctico, y no de imposición normativa. Pretendían ordenar normas cuya mayor virtud era, paradójicamente, la ausencia de un orden impuesto artificialmente.

Examinaremos más adelante tres ejemplos históricos conocidos de este proceso de elaboración espontánea de derecho que llegaron a ser muy sofisticados y complejos: la *lex mercatoria*, el antiguo derecho romano y el *common law* anglosajón. Pero además de estos casos muy conocidos, en todas las comunidades de Europa, con anterioridad a la ten-

resolver que no formaban parte de la ley propiamente dicha, pero eran su principal fuente de interpretación.

Por otra parte, la ley que sancionó el Código, en sus artículos 2 y 3 dispuso que anualmente, la Corte Suprema de Justicia y los tribunales federales debían elaborar un informe sobre las dudas o dificultades que ofrecía en la práctica la aplicación del Código, así como de los vacíos que encontraren en sus disposiciones, para presentarlos oportunamente al Congreso. El Poder Ejecutivo debía, a través de los gobernadores de cada provincia, solicitar la misma información de los tribunales provinciales.

Ello marcaba la idea de un Código concebido como el artífice de un orden perfecto deducido racionalmente por un sabio codificador, y que en caso de necesidad, debía ser adaptado o perfeccionado por el mismo legislador (ver al respecto, Rojas, Ricardo Manuel, «La definición del orden jurídico argentino a partir de la Constitución de 1853», *Libertas* n.º 15, Octubre de 1991).

dencia racionalista de elaborar leyes escritas, el derecho fue el producto de costumbres discutidas y sancionadas legalmente en tribunales, consolidándose en la medida en que no eran rebatidas por nuevos criterios interpretativos o nuevas costumbres. Era el derecho foral o consuetudinario formado en todas partes de Europa, a partir de personas que contrataban, reclamaban y litigaban ante árbitros o jueces que resolvían las disputas aplicando las costumbres. La autoridad política no estaba involucrada en este proceso, ni imponía soluciones predigeridas.

Parece claro que el Estado no tenía ninguna intervención en la determinación de las soluciones legales aplicables, hasta que esa combinación de racionalismo —tendencia a buscar soluciones perfectas deducidas desde la razón y aplicadas de manera universal— y el voluntarismo —la idea de que el orden debe ser el producto de una autoridad y voluntad única—, produjeron ese desembarco del estatismo en el derecho y el inicio de su estudio científico desde el colectivismo metodológico.

Por el contrario, la visión de la sociedad a partir del individuo, permite llegar sin demasiada dificultad a la conclusión de que la interacción humana es un fenómeno único que tiene aspectos económicos, aspectos jurídicos, y otros vinculados con la creación de instituciones que faciliten la convivencia y la cooperación.

La cataláctica se ha servido de los principios de la praxeología, lo que le permitió elaborar un marco teórico universal para su estudio. Esos mismos postulados praxeológicos debieron seguirse como base para el estudio del derecho y las instituciones. Pero ello no ocurrió, pues se entendió que tanto el derecho como las instituciones involucran necesariamente procesos políticos que suponen la intervención de autoridades, que con sus decisiones sustituyen, condicionan o legitiman la voluntad de los individuos actuantes.

Por ese motivo, el derecho ha sido estudiado como un orden objetivo que está necesariamente por encima de las personas que actúan y establece las condiciones de los intercambios. A partir de esa premisa, todas las variantes ofrecidas por la filosofía jurídica, incluyendo las que intentaron reducir a su mínima expresión la intervención de esa autoridad política, han elaborado sus postulados desde el colectivismo metodológico. Los grandes debates de la filosofía jurídica de los dos últimos siglos giraron en torno a distintas variantes de colectivismo.

Incluso las escuelas filosóficas que han intentado justificar la preexistencia de ciertos ámbitos de libertad de acción de los individuos, en realidad lo han hecho sobre la base de reconocer la existencia de esta autoridad superior, a cuyos avances sobre las personas pretenden imponer límites en la forma de derechos individuales.¹¹⁵

III. ¿QUÉ HIZO DIFERENTE LA TEORÍA ECONÓMICA QUE LE FALTÓ A LA JURÍDICA?

¿Por qué el economista (al menos el austriaco), da por sobreentendida la libertad para actuar en el proceso de mercado, y el abogado no, sino que necesita resaltar en todo momento que existen la libertad individual y los derechos reconocidos por alguna autoridad física o moral? Propongo la siguiente

¹¹⁵ Es bueno recordar que en sus varios siglos de evolución, el pensamiento liberal tuvo su origen y buena parte de su desarrollo como un medio de luchar contra el avance del poder sobre los individuos, no se propuso desarrollar teoría científica para pensar formas de organización social que prescindieran totalmente de dicho poder. En ese camino, las constituciones fueron preferibles a los bandos reales, los parlamentos fueron mejores que las cortes imperiales, en cierto modo se prefirió a los jueces frente a los legisladores. Pero la premisa colectivista de la existencia de una autoridad política con poder para regular —aun con limitaciones— las acciones humanas, jamás dejó de estar presente.

respuesta: porque los abogados han aceptado como premisa fundacional del derecho, que existe tal autoridad por encima de la aptitud humana para actuar y decidir, que es la que sanciona la ley y establece lo que es correcto y lo que no lo es. Mientras que los economistas jamás han reconocido dicha autoridad, y desarrollaron sus teorías tomando como axioma esa aptitud humana para actuar y decidir.

Por eso, si alguien afirmara que no es posible determinar el precio del pan si una autoridad superior no lo decide, los economistas reirán y enseñarán la teoría del valor, de los precios, del intercambio comercial. Pero si alguien afirma que es posible resolver sin necesidad de una autoridad superior un reclamo por daños, el abogado dirá que ello es imposible si no existieran criterios objetivos establecidos por una ley y decididos por un juez estatal.

Es que el economista ha elaborado su teoría sobre el valor, los precios, la moneda, basado en la interacción de individuos que actúan libremente tomando decisiones de acuerdo con sus propios valores e intereses; mientras que los juristas entienden que ese intercambio entre individuos está regido por criterios de justicia, equidad, legalidad, que están por encima de ellos y limitan su poder de decisión.

Como se señaló al comienzo, de las llamadas ciencias sociales, la Economía es la que mayor desarrollo ha tenido, pero también es la única en la cual la praxeología fue utilizada como herramienta para la construcción de su fundamento científico, y por lo tanto considera a los colectivos como el producto de la acción cooperativa de los individuos.¹¹⁶ El resto de las áreas del estudio de la sociedad han carecido de tal desarrollo, y en buena medida crecieron sobre la base epistemológica del colectivismo metodológico.

¹¹⁶ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., pp. 79 y 164.

Cuando el jurista invoca la libertad individual y los derechos individuales, incluso para reforzar la aptitud humana para tomar decisiones personales, ya está incorporando la premisa colectivista en su discurso: lo que está postulando simplemente es que se pongan límites a ese poder superior de ordenar la sociedad, y que sea esa misma «sociedad» la que reconozca una mayor extensión a la libertad individual. Las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones liberales no han sido otra cosa que el Estado poniendo límites a su propio poder.¹¹⁷

¹¹⁷ Un ejemplo muy claro de esto fue la discusión producida al redactarse la Constitución de los Estados Unidos entre federalistas y antifederalistas, respecto de si debía o no incluirse una declaración de derechos. Los federalistas se oponían a ello, argumentando que su sanción podría interpretarse en adelante como una limitación a los derechos naturales que el *common law* ya reconocía o que pudiese reconocer en el futuro. Sostenían además que la Constitución tenía por objeto organizar las instituciones del gobierno, estableciendo límites que no podían traspasar. En este sentido, se preguntaba Hamilton: «¿Para qué se necesita una declaración que establezca que el gobierno no podrá, por ejemplo, limitar la libertad de expresión, si la propia Constitución no le otorga facultad alguna para limitarla? Enumerar una serie de derechos en una Constitución podría entenderse como un reconocimiento de que los derechos solo existen por delegación constitucional» (*El Federalista*, n.º LXXXIV).

Esta explicación resulta muy clara en el contexto de entender que la Constitución y las leyes solo tienen por objeto organizar instituciones destinadas a cumplir ciertas funciones específicas del gobierno, tales como seguridad, administración de justicia o defensa. Mientras que el derecho propiamente dicho —las reglas vinculadas con la negociación, y con la prevención y reparación de conflictos entre particulares— no debería ser objeto de decisión por parte de la autoridad política. Los colonos norteamericanos tenían claro que el derecho era independiente de la legislación.

No obstante ello, pocos años después de sancionada la Constitución, la declaración de derechos fue introducida en forma de Enmiendas, aunque estas dirigidas más a establecer la protección o garantía de los derechos frente al poder del Estado, que a la elaboración del derecho común (ver en este sentido, Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit., pp. 76-77).

Sin embargo, las mismas bases praxeológicas en las que se sustenta la economía podrían ser aplicadas para desarrollar el derecho, que entonces debería ser considerado como aquel aspecto de la interacción humana que estudia los reclamos potenciales y efectivos que surgen de los tratos individuales entre las personas, y los mecanismos para encontrarles solución.

El derecho moderno gira alrededor de la idea del imperium para imponer las decisiones legislativas por parte de las autoridades destinadas a ese fin. Sin embargo, en una visión del derecho desde el estudio de la acción humana voluntaria, las soluciones deberían ser distintas, y apuntar a la cooperación y no a la violencia, e incluso el problema del *enforcement* de las decisiones que resuelven los conflictos debería ser enfocado desde las acciones voluntarias y no desde la coacción externa.

Ese proceso de buscar soluciones cooperativas tiende a generar un fenómeno de reciprocidad, en el sentido de que las personas estarán mejor predispostas para disminuir sus inversiones en mecanismos de violencia hacia los demás en tanto que los demás hagan lo propio a su respecto. En la medida en que la interacción se torna repetitiva, los incentivos para la cooperación se incrementan. Ello no es otra cosa que el reconocimiento del hecho notorio de que las personas, en definitiva, estarán dispuestas a tratar a los demás del modo en que quieren ser tratadas por ellos.

Estas reglas basadas en la cooperación, en general son aceptadas en tanto sean el resultado de acuerdos voluntarios en los cuales los contratantes advierten los beneficios de actuar de esa manera. Por supuesto que tales beneficios deberán ser mutuos, lo que además generará una tendencia a que la conducta o el acuerdo se repitan en situaciones similares futuras.¹¹⁸ Es decir que, dada una situación de juego repetido

¹¹⁸ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964, pp. 23-24.

en la que ambas partes ganan, es probable que los individuos reconozcan la validez de normas de conducta comunes, porque cada uno espera que los beneficios a largo plazo derivados de su acatamiento (que le permite mantenerse en buenos términos con la otra parte) serán mayores que las ventajas inmediatas de la falta de cooperación.¹¹⁹

La interacción voluntaria permite a un individuo potenciar sus actividades productivas, a través de la acción cooperativa y el comercio. La producción conjunta de manera cooperativa y la interacción voluntaria a través del comercio se facilitan en tanto se desarrollen ciertas normas e instituciones que permitan ejercer derechos de propiedad. A medida que los individuos descubren los modos de interactuar más eficientemente, esas instituciones y reglas se van generando y afianzando de manera espontánea.¹²⁰ Una de las cosas que descubre al cooperar de manera productiva es que la riqueza no es una cantidad fija, sino que depende de cómo se haga las cosas, lo que fomentará la realización de acuerdos cooperativos.

Las personas que evalúan su relación con otras, pueden optar por la cooperación total, el conflicto, o alguna forma intermedia de cooperación parcial. En principio optarán por la cooperación total (es decir, que nadie invertirá en la producción de violencia sobre los otros para obtener lo que quiere), cuando las probabilidades de ganar en caso de conflicto violento son muy escasas para ambas partes, y así lo entienden. En otras palabras, cuando el producto marginal de la inversión en conflicto es muy bajo, de modo que un gran incremento en instrumentos de violencia solo produce un pequeño cambio en la probabilidad de ganar, surgen incentivos para cooperar

¹¹⁹ Benson, Bruce L., «Las instituciones y la evolución espontánea de la moralidad», en *Libertas* n.º 24, Mayo de 1996, p. 13.

¹²⁰ Benson, Bruce L., «Las instituciones y la evolución espontánea de la moralidad», *op. cit.*, p. 5.

tácitamente. De este modo se produce un convenio de propiedad privada, pues ninguna de las partes intentaría reclamar recursos o productos reivindicados por la otra.¹²¹ En los casos de relaciones más estables o juegos repetidos, la conveniencia de la cooperación surge por el gran ahorro en esfuerzo destinado a mantener la violencia por un período largo y frente a actores indeterminados.

El conflicto se producirá cuando ambas partes entienden que el incremento en los instrumentos para ejercer violencia les permitirá obtener una ventaja que exceda a los costes.¹²² Pero ello se modificará cuando el transcurso del tiempo haga que mantener la violencia eleve los costes de manera ineficiente, con lo cual surgirá nuevamente la alternativa de un acuerdo cooperativo.

Por ello, toda vez que la vida en sociedad supone una serie de juegos repetidos, es muy probable que las personas busquen formas de relacionarse que produzcan normas e instituciones que fomenten la cooperación que les permita ganar a todos, y al mismo tiempo disminuyan las situaciones que fomenten la alternativa violenta.

Por supuesto que esto no excluye la posible existencia, o bien de *free-riders* que intenten aprovecharse de lo producido por otros, o bien de aquellos que pretendan que el resto de la sociedad permanezca creciendo en un contexto cooperativo mientras ellos utilizan la violencia para generar provecho propio. Pero en la medida en que se adviertan las ventajas de la cooperación social y se desarrolleen soluciones contractuales, normativas e institucionales para facilitar los acuerdos coope-

¹²¹ Rider, Robert, «War, Pillage and Markets», *Public Choice* 75 (Febrero de 1993), p. 152.

¹²² Skaperdas, Stergios, «Cooperation, Conflict and Power in the Absence of Property Rights», *American Economic Review* 82 (septiembre de 1992), pp. 720-739; Benson, Bruce L., «Las instituciones y la evolución espontánea de la moralidad», *op. cit.*, p. 6).

rativos, *free-riders* y criminales tenderán a desaparecer o permanecerán acotados.

En este contexto, el derecho debería ser considerado como aquel aspecto del estudio de la sociedad, que se encarga de evaluar los mecanismos de fortalecimiento de la acción cooperativa, y en especial de prevenir y resolver los reclamos que puedan originarse a partir de dicha acción.

No sería muy difícil llegar a esta conclusión desde un desarrollo teórico del tema basado en los mismos postulados praxeológicos a partir de los cuáles creció la Economía. Sin embargo, el auge del racionalismo y el voluntarismo, como vimos, evitó que se produjera esa evolución en el campo del derecho. Es más, en el contexto actual de ambas ciencias, una propuesta en tal sentido chocaría con la objeción expresa en innumerables ejemplos de situaciones cotidianas en las cuáles se consideraría imposible resolver conflictos concretos a no ser que intervenga una autoridad superior que aplique de manera coactiva normas o soluciones pre establecidas.

La solución jurídica impuesta por la legislación, reconoce además complicaciones que normalmente no son tenidas en cuenta por los propios legisladores. Las leyes establecen soluciones únicas para situaciones normalmente diferentes, en las cuáles las personas se guían por valoraciones propias y persiguen objetivos individuales. La solución legislativa no tiene en cuenta la diversidad de individuos actuantes, sino un criterio de «individuo estándar» obligado a cumplir con lo que la norma dispone.

En ese contexto, la solución legal probablemente sea útil o valiosa para algunas personas y particularmente disvaliosa para el resto. De este modo, la propia legislación, aplicada por la autoridad política utilizando el monopolio de la fuerza, será una herramienta altamente eficiente para que un grupo de personas imponga soluciones no deseadas a otro grupo de perso-

nas; y al mismo tiempo para que determinado grupo obtenga ventajas no merecidas a expensas del resto. Frecuentemente, con la excusa de luchar contra los privilegios y monopolios, la legislación se convierte en la principal fuente productora de privilegios y monopolios en la sociedad.

Frente a esta situación, un cambio de paradigma que condujera a un estudio teórico en las áreas respectivas desde la praxeología, aumentaría notoriamente las posibilidades de encontrar alternativas a esos temas para los cuales la única solución por el momento es la imposición legal. Pero lo primero que debería entenderse en tal camino, es que sería un error conceptual evaluar la aptitud para encontrar solución a los problemas jurídicos desde una visión individualista, siguiendo las mismas categorías jurídicas elaboradas desde el colectivismo metodológico actualmente vigentes.

Imáginate preguntas tales como: ¿quién decidiría cuál es la edad a partir de la cual se pueden celebrar contratos válidos? ¿pueden los familiares directos de una persona reclamar en los casos de homicidio, y cuál sería la sanción adecuada en tales casos? ¿quién velaría por los derechos de los niños ante un abuso por sus propios padres? ¿Qué criterios deberían usarse para discutir un reclamo por daños? La reacción intuitiva parecería ser que a estas preguntas solo puede responderse mediante legislación que establezca criterios claros, objetivos y obligatorios, conocidos de antemano por toda la comunidad y aplicados en forma coactiva por los jueces.

Al no tener la ciencia jurídica un desarrollo teórico desde la praxeología, parece imposible alcanzar aquellas respuestas a no ser por remisión a decisiones impuestas.

Imaginemos, por otra parte, que alguien afirmara que es imposible conocer cuál debería ser el precio del pan si no hubiese una autoridad que lo establezca. Dicha afirmación sería rechazada de inmediato por los estudiosos de la teoría económica, quienes explicarían conceptos tales como valor y

precios, y cómo se establecen estos últimos. También explicarían las consecuencias nocivas de intentar imponer precios de manera artificial por una autoridad. Este conocimiento desarrollado por la teoría económica, a su vez, encontraría sustento en siglos de praxis, de personas negociando precios libremente y guiando sus decisiones por ellos.¹²³ Es muy probable que si la economía no hubiese tenido dicho desarrollo teórico y se hubiese seguido estudiando en las facultades de derecho de Europa en la forma de Economía Política y Hacienda, hoy mucha gente proclamaría que no es posible combinar los «factores de producción» para fabricar un pan, si no hubiese una autoridad central que estableciera cómo hacerlo.

Con respecto al derecho, la falta de ese sustento teórico lleva a la conclusión directa de que es necesaria una autoridad que establezca soluciones preacordadas a través de un procedimiento legislativo; y las consecuencias negativas que tiene la legislación son explicadas como el producto de una

¹²³ Un ejemplo de cómo el desarrollo de la ciencia económica permite responder de manera sencilla el cuestionamiento de cómo se determinan los precios y se producen los intercambios de manera espontánea, a partir de la valoración y la acción individual, es el famoso cuento de Leonard Read, *I Pencil*, publicado originalmente en *The Freeman* en 1958, que pretende ser la autobiografía de un lápiz que proclama a la gente «Ninguna persona sobre la faz de la tierra sabe cómo fabricarme».

Miles de personas habían contribuido a la fabricación del lápiz, pero no se conocían entre sí más que levemente, participaron en una parte infinitesimal de lo requerido, y en la mayoría de los casos ni siquiera sabían que su contribución estaba enderezada a producir un lápiz. Sin embargo, el lápiz finalmente era fabricado y colocado en un negocio donde alguien podía comprarlo, imputando valor a la contribución de todos los que intervinieron en su producción.

La explicación científica de este «milagro», fue dada por la teoría económica, partiendo de los estudios sobre la división del trabajo, la cooperación voluntaria y el orden espontáneo en Adam Smith y el desarrollo de la teoría del valor y los precios, hasta nuestros días.

«mala» legislación y no de la existencia misma de tal legislación. Siguiendo tal paradigma, estarían tentados a afirmar que «los males que produce la legislación se curan con más legislación», haciendo una pésima analogía de la famosa frase de Tocqueville. En este caso, el incremento de la legislación solo incrementaría los males.

Pero en la medida en que ese desarrollo teórico tenga lugar, y se inicie la andadura de una nueva forma de enfrentar los reclamos presentes y futuros, efectivos o eventuales, probablemente se podrían alcanzar respuestas que no fuesen el producto de decisiones políticas impuestas, sino de la evolución, desde la acción humana, de los principios jurídicos nacidos de contratos, costumbres e instituciones.

Del mismo modo en que ocurre con los precios del mercado frente a los precios «políticos» impuestos, o cualquier otra imposición en materia económica que altere el proceso de intercambios libres y voluntarios, rápidamente se vería que el derecho producido a partir de tal tipo de acuerdos e intercambios sería mucho más sólido, estable y confiable que el que emana de la arbitraría decisión de un puñado de personas que tienen el poder de legislar, y que las instituciones y normas surgidas del intercambio voluntario podrían fundar las bases para solucionar buena parte de las controversias que hoy no se concibe que puedan resolverse si no es a través de una legislación previa impuesta por la autoridad.

En las páginas siguientes, intentaré un acercamiento a cuáles deberían ser las bases de esa teoría del derecho fundada en la acción humana voluntaria; y especialmente, cuáles son las áreas en las que la teoría del derecho debería intensificar su producción científica.

IV. BUENA ECONOMÍA, MAL DERECHO

Este es el título de un breve pero muy sustancioso escrito de James Buchanan.¹²⁴ Ubicado en los mediados de la década de los 70', Buchanan examinaba algunas implicancias de los trabajos de Richard Posner vinculados con el entonces incipiente análisis económico del derecho.

La Economía brinda una serie de herramientas de análisis que han permitido una visión de las relaciones humanas basadas en decisiones individuales, donde se evalúan los incentivos, las preferencias, las opciones, utilidad, costes, etc. En definitiva, la economía constituye centralmente una «mirada» especial de la conducta, basada en la idea de que las personas responden a los precios, tanto monetarios como no monetarios, de una manera especial.¹²⁵

Esta forma de análisis, aplicada a las controversias jurídicas, permitió a los economistas, por una parte, brindar explicaciones más acabadas sobre los fenómenos jurídicos y sus consecuencias; por otra, se propuso ayudar a quienes se aventuran en la tarea de producir una legislación mejor y más eficiente.

Una de las tendencias del Análisis Económico-del Derecho, desde los trabajos de Posner en aquellos tiempos hasta hoy, ha sido el intento por llevar el aspecto normativo del análisis económico a un punto central en el que se convierta en el auxiliar del legislador eficiente.

En este sentido se ha dicho que la economía puede emplearse para dotar al sistema legal de una racionalidad y coherencia que a veces el método tradicional de interpretación no ofrece. La tesis es que las instituciones legales tienen «funciones eco-

¹²⁴ «Good Economics-Bad Law», *Virginia Law Review*, vol. 60, n.º 3, marzo de 1974, pp. 483-492.

¹²⁵ Rojas, Ricardo Manuel, Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 4.

nómicas» y proporcionan un mecanismo de sistematización del orden legal. La coherencia del sistema es importante para la implementación, especialmente en casos fronterizos entre distintas instituciones legales. Contar con un sistema puede facilitar la aplicación de las reglas a casos particulares, en tanto constituye una forma de comprender mejor el orden legal.¹²⁶

El empleo de esta visión económica al derecho es útil, en tanto no se intente traspasar la línea del análisis positivo, pero resulta peligroso cuando de allí se infiere que el conocimiento de las implicancias económicas de las relaciones sociales puede permitir una regulación más eficiente de las conductas individuales.

El problema de esta visión —que fue puesto en evidencia por Buchanan—, es que supone abandonar las bases metodológicas de la economía —el individualismo metodológico—, para utilizarla como herramienta del regulador. Con mención de Bruno Leoni, Buchanan recuerda que el funcionamiento del «derecho» como actividad social no se guía, ni debe guiarse, con criterios explícitos para el «mejoramiento social», sino que es una institución estabilizadora que provee un marco necesario, donde los individuos pueden planear sus propias relaciones en forma predecible y con una interferencia externa mínima.¹²⁷

La economía ofrece herramientas de enorme valor para examinar más acabadamente cómo se producen las relaciones personales. Pero en el momento de resolver un conflicto entre partes, se preguntaba Buchanan, ¿debería el juez invocar el criterio de eficiencia de los economistas, ya sea directamente o en un sentido instrumental?

¹²⁶ Ogus, Anthony, «What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics», *Chicago Kent Law Review*, 79 n.º 2 (2004); Rojas, Schenone, Stordeur, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁷ Buchanan, James, «Buena Economía-Mal Derecho», en Roemer Andrés (compilador), *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 128-129.

Descartar la aplicación del análisis económico significaría, para algunos autores, descartar la buena economía y en consecuencia aplicar un «mal» derecho. Pero Buchanan se cuestiona si realmente es un «mal derecho» aquel que las instituciones jurídicas ofrecen: contratos, precedentes, costumbres, tradición, las formas esperadas de hacer las cosas y los patrones de conducta pronosticados, son todos ellos criterios jurídicos que proveen un amplio terreno de búsqueda para el jurista imaginativo, aún en casos difíciles.

Lo imprescindible en este punto es no confundir el ámbito propio de las decisiones individuales (donde las herramientas del análisis económico son esenciales), con la pretensión de utilizar esos mismos criterios para forzar decisiones grupales, con el argumento de que de ese modo se obtienen soluciones «socialmente eficientes» o con menor «coste social».

La eficiencia, el coste o el beneficio son parámetros que pueden evaluarse respecto de cada individuo y de cada decisión que toma con relación a los fines que persigue. Pero no hay beneficios sociales ni costes sociales en estos términos.

Trasladar los criterios de eficiencia, incentivos y utilidad propios de cada persona, a la comunidad, significaría en definitiva una «mala economía», una pretensión de elaborar criterios económicos a partir del colectivismo metodológico. Desafortunadamente, esa tendencia sobre la cual advirtió Buchanan y otros autores desde hace tiempo, se ha ido solidificando en la teoría económica actual.

Por ese motivo es bueno hacer esta salvedad. La economía, que como ciencia social es tan útil para la comprensión de las demás gracias al desarrollo teórico experimentado, también puede usarse como herramienta al servicio del colectivismo metodológico si no se termina de comprender que los fenómenos sociales no son otra cosa que el producto de la interacción entre individuos.

2. Bases para una teoría del derecho

Como disciplina científica, el derecho integra el estudio del orden social. Dentro de ese orden se incluyen los mecanismos para prevenir, evitar o solucionar conflictos nacidos en los reclamos que se produzcan a partir de las decisiones y acciones individuales.

Como consecuencia de las acciones voluntarias se pueden verificar incumplimientos de promesas o la producción de daños. Estas manifestaciones del ejercicio directo o indirecto de la violencia y los procedimientos consensuados para evitarlas o solucionarlas, es el ámbito de estudio del derecho.

En rigor, el derecho estudia no solo los reclamos en sí, sino lo concerniente a evitarlos, lo que incluye desarrollar formas contractuales más claras y específicas, instituciones eficientes para lograr acuerdos cooperativos, minimizar las consecuencias de los conflictos o resolverlos del modo menos oneroso, o identificar de manera más clara aquellas normas de raíz consuetudinaria que permitan encontrar soluciones adecuadas cuando las partes de un conflicto no las han previsto.

Todo ello se incluye dentro del ámbito de estudio del derecho, que como señalaba Bruno Leoni, es un mundo de reclamaciones.¹²⁸

Parece razonable entonces examinar cuáles son las áreas vinculadas con lo atinente a las reclamaciones, que deberían desarrollarse científicamente, para elaborar una teoría del

¹²⁸ Leoni, Bruno, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 67.

derecho a partir de la acción humana voluntaria. Ello podría servir como punto de partida para un programa de investigación en la materia, similar al que hace dos siglos comenzó a experimentar la economía.

Las bases de ese desarrollo teórico deberían deducirse del principio de la acción humana deliberada. En tal sentido, observo dos postulados iniciales:

I. CADA PERSONA ES EL MEJOR JUEZ DE SUS PROPIAS PREFERENCIAS Y DECISIONES

Desde que las escalas de valor son individuales y las acciones voluntarias, cada persona establece sobre esa base axiológica el modo en que ordenará sus preferencias. Esta actividad no puede ser sustituida por la decisión de ninguna autoridad externa y superior a cada uno, pues de lo contrario, se obligaría a todos a actuar sobre la base de preferencias ajenas y no propias.

De este principio pueden deducirse algunos corolarios:

1. Las preferencias se expresan a través de acciones concretas, promesas a futuro o acuerdos de prestaciones recíprocas entre las personas.
2. En caso de conflicto como consecuencia de estos acuerdos, cada persona decidirá, a partir del orden de sus preferencias, el modo en que efectuará sus eventuales reclamaciones.
3. Los acuerdos y reclamos se producen en un ámbito de intercambio social, en el cual se desarrollan espontáneamente acuerdos, normas generales abstractas de origen consuetudinario e instituciones, a través de las cuales se deciden las interacciones y se encauzan los reclamos.
4. Al escoger sus preferencias, resulta conveniente para las personas evaluar el impacto de sus decisiones sobre las re-

glas que ordenan las relaciones en la sociedad. De este modo, será más útil a sus propósitos relacionarse con otras personas respetando esas reglas abstractas que surgen de las normas consuetudinarias generalmente aceptadas.

5. Al decidir sus acciones, cada persona pondera su mayor o menor aversión al riesgo. Aún ante valores y metas similares, las decisiones estratégicas de cada individuo pueden variar como consecuencia de los riesgos esperados.

Estos postulados, junto con otros que pueden deducirse del mismo principio, deberían servir de guía para el desarrollo de una teoría del derecho que incluya un desarrollo científico sobre contratos, normas e instituciones.

II. LAS RELACIONES DE INTERCAMBIO DEBEN BASARSE EN ACUERDOS LIBRES Y VOLUNTARIOS, EXCLUYENDO LA FUERZA, LA INTIMIDACIÓN Y EL ENGAÑO

La autonomía de la voluntad de cada individuo para actuar, y el rechazo a la imposición forzada por otros, deberían ser presupuestos indiscutibles en el desarrollo de dicha teoría.

El ejercicio potencial de la violencia es un hecho de la realidad que no puede ser soslayado. No obstante, como vimos, el proceso de persecución de las propias metas y la búsqueda de estados más satisfactorios, se nutre y beneficia con la acción voluntaria, la cooperación y la aptitud para aprovechar los logros de la acción individual y el intercambio.

Aceptar que el ejercicio de la violencia es una forma de buscar las propias metas, implicaría aceptar que las personas pueden ser instrumentos para el logro de los fines ajenos, lo que invalidaría al reconocimiento de la acción humana voluntaria como principio básico general.

Precisamente por ello, entiendo al derecho como aquella parte del estudio de la sociedad que se vincula con la implementación de acuerdos voluntarios y la solución de las controversias y reclamaciones. Esta idea está en consonancia con el postulado liberal de no agresión que ha sido la base de buena parte de la teoría libertaria.

El liberalismo, en nombre del principio de no agresión, intentó desde el siglo XVIII limitar el poder del Estado sobre los individuos. Su inicial lucha contra monarquías e imperios absolutistas, se trasladó luego contra el autoritarismo de los parlamentos democráticos. Sin embargo, uno de los postulados del liberalismo político que ha producido no pocos problemas a las ciencias sociales, es precisamente el que intenta justificar la existencia de un monopolio del uso de la fuerza, cuya tarea sería, paradójicamente, evitar el uso de la fuerza en las relaciones entre particulares.

Esta idea es contraria a una visión de las relaciones sociales con base en la praxeología; y si bien no es el objeto de este trabajo el análisis de las teorías políticas, si es bueno remarcar que la idea de un Estado con el monopolio de la fuerza ha tenido éxito entre los defensores de la libertad, en buena medida por la falta de desarrollo científico de los mecanismos para la resolución pacífica de los reclamos que excluya la necesidad de una autoridad superior preconcebida.

La tesis contractualista fue un intento por solucionar esta contradicción de justificar un monopolio sobre el individuo en nombre de la libertad del individuo. Se asienta en la ficción de que ese gobierno es producto de un acuerdo voluntario o pacto social plasmado en una constitución. Pero lo cierto es que nadie firmó ningún pacto, no lo hicieron las personas que vivían en la época en que se creó el Estado, ni mucho menos las siguientes generaciones que nacieron en ese lugar. Se trata de un pacto al cual no se puede renunciar,

y cuyas condiciones son modificadas cada tanto por funcionarios políticos sin nuestra intervención.¹²⁹

Por ello, debería ser un objetivo esencial de la teoría del derecho la elaboración de mecanismos de solución de conflictos que dependan en su gestación de acuerdos voluntarios. En este sentido, debería hacerse una distinción entre el inicio del uso de la fuerza, por principio excluido de todo trato entre seres humanos, de la eventual ejecución forzada de decisiones adoptadas para resolver conflictos, que emanan de acuerdos aceptados previamente en forma voluntaria y libre, o de soluciones institucionales adheridas o normas consuetudinarias de aceptación generalizada.

En este sentido, se podría partir de los siguientes postulados emanados del principio de no agresión:

1. Para cada persona, actuar en procura de sus propios fines, requiere no ser obstaculizada por otros, y consecuentemente

¹²⁹ Más modernamente, James Buchanan intentó darle un sentido al contrato constitucional desde una visión económica. Admitió que no puede haber otra fuente de un gobierno que defina derechos que el acuerdo unánime constituyente, e intentó justificar ese acuerdo unánime, al menos en su origen y en el terreno teórico, sosteniendo que luego del pacto constitucional que sustitúa a la jungla hobbesiana del estado de naturaleza, todos estarían mejor que antes, o al menos nadie estaría peor, en términos paretianos.

El problema es que luego de este esfuerzo discutible por justificar la unanimidad de origen, la conclusión fue que una vez establecido este monopolio de la fuerza, las decisiones de la sociedad deberían adoptarse por mayorías, invalidando de ese modo el inicial empeño por rescatar la libertad individual que se intentó (ver al respecto, Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Cambridge, 1975; Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit., pp. 227 y ss.).

Más adelante veremos que, si bien es cuestionable el argumento para justificar al Estado y su monopolio de las reglas obligatorias, puede ser útil para entender por qué las personas pueden aceptar la fuerza ejecutiva de las decisiones de los árbitros.

mente no obstaculizar la acción de otros. Ello supone que las transacciones cooperativas se lleven a cabo mediante acuerdos voluntarios, y que desde ellos emanen reglas e instituciones que permitan reclamar y resarcir los perjuicios emergentes de la acción.

2. Toda vez que las personas buscan alcanzar sus objetivos a través de acciones que generan efectos tales como adquirir, entregar, producir, consumir bienes y servicios, tanto en el presente o mediante promesas a futuro, es parte integrante de su acción la de ver asegurados los resultados de esos actos, aprovechar sus beneficios, no ser entorpecido en su ejercicio por otros, y que se cumpla con lo pactado. Estas facultades de acción y restricción son los derechos de propiedad, a través de cuyo ejercicio las personas dirigen sus actos en su relación con los demás.
3. De los contratos, instituciones formadas de manera espontánea y las normas consuetudinarias, surgen compromisos y reglas de convivencia cuyo acatamiento se asienta en la responsabilidad por los propios actos que se deduce del principio superior de no agresión.
4. Toda vez que cada persona decide y actúa sobre la base de su mayor o menor aversión al riesgo, debe reconocerse la potestad de cada uno de actuar según sus valores y conveniencias, en la medida en que no altere igual potestad en otros. La libertad de acción de una persona solo reconoce obstáculo en la misma libertad de otras. El objetivo primordial del derecho es permitir que el ejercicio de todas las libertades pueda coexistir con la menor cantidad posible de conflictos; y facilitar los mecanismos para resolver aquellos que no pudieron ser evitados.

Estos y otros postulados deducidos del principio general de no agresión, facilitan la coexistencia pacífica y la búsqueda de prosperidad individual, al sentar las bases de cómo se

podría garantizar esa libertad de acción y sus logros, en caso de agresión e incumplimiento de promesas.

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ORDEN JURÍDICO

Sobre la base de lo dicho hasta aquí es posible concluir que las personas pueden prever reclamos futuros y resolver los actuales, recurriendo a una serie de herramientas que consolidan los modos cooperativos de relación: celebrarán contratos, buscarán mecanismos de resolución de conflictos, adherirán a soluciones institucionales basadas en reglas preestablecidas y aceptadas voluntariamente, y recurrirán a normas consuetudinarias de aceptación generalizada.

De este modo, el orden jurídico estaría integrado por un conjunto interrelacionado de:

- 1) Contratos.
- 2) Normas y reglas elaboradas a partir de costumbres de aceptación generalizada, sostenidas en el tiempo.
- 3) Reglas consuetudinarias e institucionales para resolver los reclamos por daños y crímenes.
- 4) Instituciones.
- 5) Procedimientos de solución de conflictos.

Todos estos elementos se presentan combinados y relacionados mutuamente en el orden social. Como veremos en los siguientes capítulos, los contratos son fundamentales para expresar valoraciones y esos valores a su vez contribuyen a delinear instituciones y normas consuetudinarias. Por otra parte, las normas y las instituciones influyen sobre las personas a la hora de redactar sus contratos, y todos ellos se vinculan en el momento de establecer procedimientos de solución de reclamos, especialmente respecto de aquellos conflictos que

no fueron previstos por las partes, como es el caso de los que derivan de daños o crímenes.

Del mismo modo en que lo explicaron los autores escoceses, Mandeville, Leoni y Hayek, tanto la teoría de los contratos, como los principios jurídicos aplicables a la solución de conflictos y las instituciones respectivas, son el producto de una larga evolución en la cual los actos particulares contribuyeron involuntariamente a fortalecer el cuerpo normativo final.

IV. EL RECLAMO COMO BASE DEL ESTUDIO DEL DERECHO

Como sugería Bruno Leoni, entiendo que el eje sobre el cual debería girar una teoría del derecho con base en la acción humana es el reclamo, y no la obligación.

El derecho romano desarrolló la teoría de las «obligaciones», poniendo el acento en cuándo el orden jurídico entiende que una persona debería hacerse responsable por un incumplimiento contractual o un daño producido con su acción. Pero desde la praxeología, la cuestión no debería girar en torno a las «obligaciones» abstractas, sino a los «reclamos» concretos. Es que para que alguien pueda ser considerado «obligado» a responder por su conducta con relevancia jurídica, es necesario que previamente exista un conflicto originado en un reclamo puntual por quien se considere perjudicado por su acción, y que en el marco de la resolución de ese reclamo se determine la existencia de dicha obligación.

El concepto de «obligación» presupone reglas previas que dispongan, en abstracto, en cuáles supuestos las personas se verán obligadas. Pero desde una visión originada en la acción humana libre y voluntaria, los conflictos nacen recién cuando las acciones producen reclamos concretos, y es en el contexto de dichos reclamos en donde debe decidirse con posterioridad si existe o no obligación de reparar.

La reclamación implica un acto de voluntad; de ahí que no sea solo una actitud teórica.¹³⁰

En la vida cotidiana se producen gran cantidad de situaciones que podrían generar «obligaciones», pero que no tienen significación jurídica por falta de reclamo. Por poner un ejemplo pedestre: alguien sube a un tren repleto de gente, y quien está parado junto a él le pisa el pie. Normalmente puede haber dos consecuencias: que el «damnificado» mire mal al «agresor» e incluso le haga algún comentario (reclamo) y que dicho reclamo sea satisfecho por un pedido de disculpas, o que el «agredido» simplemente no le dé entidad al asunto y continúe su viaje (con espontáneo y no reclamado pedido de disculpas o no por parte del «agresor»). En el primer caso el conflicto jurídico se inició con el reclamo y se solucionó de inmediato a través del resarcimiento instrumentado en el pedido de disculpas. En el segundo caso, ni siquiera hubo un conflicto, pues no hubo reclamo.

Enfocar el estudio de los contratos y los daños en las obligaciones abstractas en lugar de los reclamos concretos, ha conducido a la justificación de que una autoridad externa y supuestamente objetiva (el legislador), establezca los criterios de tales obligaciones aun con antelación a que se produzcan conflictos y sin conocer la opinión de los involucrados.

Esta metodología de definición previa y abstracta originó que en el derecho de las obligaciones haya debido reconocerse una categoría que no tiene raíz específicamente normativa, sino que se basa en ciertos criterios extra-normativos de equidad o justicia, como son las obligaciones naturales. Tales obligaciones no son jurídicamente exigibles, pero si se cumplen en forma voluntaria, no darán lugar a reclamo posterior por quien las cumplió.

¹³⁰ Leoni, Bruno, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 67.

El problema de hacer descansar el derecho en las obligaciones y no en los reclamos, se intensificó de manera no advertida suficientemente en su momento, con el proceso de codificación del antiguo derecho romano, que pasó de ser un conjunto de normas surgidas en forma espontánea al resolver conflictos basados en reclamos específicos, a convertirse en un producto estatizado e impuesto por la fuerza de una autoridad monopólica, con independencia de la voluntad y decisión de las personas involucradas en los conflictos concretos. Este cambio no parece casual: se pasó de un derecho basado en los criterios surgidos con la solución de reclamos por pretores o jueces, a un derecho donde la codificación escrita y obligatoria dispuesta por el poder político pre establece en qué casos y de qué manera existirá la obligación de responder.

Con esto no quiero decir que una teoría de las obligaciones no puede ser compatible con una teoría de los reclamos, sino simplemente que esta última visión es más compatible con el desarrollo del derecho desde la praxeología. Es que, como se dijo, en la tradición romana post-codificación, el derecho se encarga de definir en cada caso si existe o no una obligación exigible, y luego se discutirá si en el caso concreto se invocará o no esa obligación en un pleito. Ello supone la existencia de un orden legislado, previo y superior a la conducta de los individuos, al que ellos ajustan sus acciones, cuando en realidad debería ocurrir lo inverso: son las acciones de los individuos las que estimulan la solución jurídica, producida en el contexto de un reclamo específico; lo que, eventualmente, generará obligaciones.

De alguna manera, el paradigma de la obligación generó derecho escrito y codificado, y el paradigma del reclamo se canalizó a través de derecho judicial, pues recién con la formalización de ese reclamo, fundamentalmente a través de los procedimientos judiciales, el pleito asume significación jurídica.

La diferencia no es menor, pues un derecho legislativo supone una autoridad dictando normas generales y obligatorias *ex ante*; mientras que un derecho judicial implica que la intervención de la autoridad siempre se producirá luego de la acción, para resolver un reclamo determinado.¹³¹ Si bien ambos han sido sistemas estatales de justicia, el segundo es mucho más compatible y fácil de transformar en un sistema jurídico basado en decisiones individuales voluntarias.

Consecuentemente, en los siguientes capítulos intentaré señalar las áreas en las cuáles se debería trabajar, desde una visión basada en la acción humana, para la formación de una teoría del derecho consecuente con la praxeología. El desarrollo teórico de tales áreas podrá en el futuro brindar respuestas a muchos interrogantes que hoy no tienen otra solución que no sea la intervención forzada de una autoridad.

¹³¹ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit., pp. 188 y ss.

3. Teoría de los contratos

Vimos que la cooperación social contribuye de manera decisiva a la generación de la riqueza necesaria para que las personas puedan buscar sus objetivos y progresar. En tanto cada persona posee un conjunto limitado de aptitudes y conocimiento, pero al mismo tiempo diverso del resto, para alcanzar sus metas aprovechará los conocimientos y aptitudes ajenos ofreciendo a cambio los suyos, a través del intercambio voluntario.

Esta es la base de la cooperación, la asociación y el comercio, que florece gracias a la división del trabajo. De este modo se facilita el intercambio, primordialmente, de valores y conocimiento, lo que ayudará a cada uno a buscar las condiciones más satisfactorias para su vida.

En este sentido, la teoría económica mostró que cuando una persona, aprovechando sus mejores capacidades y ventajas comparativas, posee una gran cantidad de bienes de un mismo tipo, la utilidad marginal de cada unidad adicional de ese bien disminuye con relación a la utilidad marginal de otros bienes que poseen los demás. Estas valoraciones individuales son la base de la determinación de los precios, que permiten a las personas hacer los cálculos necesarios para ordenar sus preferencias y decidir sus acciones.

Esta interacción en procura de satisfacer los fines particulares se manifiesta en buena medida, a través de acuerdos con otras personas, por medio de los cuáles se conduce ese proceso.

Estos acuerdos contienen promesas que pueden tener mayores o menores formalidades, suponer contraprestaciones simultáneas o diferidas, prever mecanismos para resolver diferencias, condiciones, penalidades, etc.; todo lo cual puede ser fuente de reclamaciones futuras. Su expresión jurídica son los contratos, que constituyen un elemento central para el estudio de una teoría del derecho.

Los modelos contractuales han surgido y se popularizaron en la medida en que fueron útiles para permitir la búsqueda de soluciones eficientes a los problemas del intercambio, ya sea disminuyendo costes de transacción, definiendo mejor los derechos de propiedad, facilitando la producción de riqueza y su distribución.

Intercambios y contratos son dos caras de una misma moneda: los contratos formalizan la decisión de actuar; los intercambios consecuentes materializan esa decisión. La posibilidad de cumplir y reclamar el cumplimiento de estas promesas es esencial para el orden social.

Los contratos son instrumentos mediante los cuales opera ese proceso de intercambio y producción, y resulta posible obtener las enormes ventajas de la especialización y la división del trabajo. A través de ellos las personas ejercen sus derechos de propiedad en relación con los demás, y especialmente pueden hacerlo en transacciones que incluyen prestaciones a largo plazo.¹³²

Por lo tanto, el contrato contiene tres elementos fundamentales: 1) es la forma de expresar la decisión voluntaria de los contratantes, de actuar o no actuar de un modo determinado en el futuro; 2) supone el ejercicio voluntario de de-

¹³² Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 89.

rechos de propiedad; 3) produce compromisos mutuos que pueden dar lugar a reclamos en caso de incumplimiento.

I. CONTRATOS Y DERECHOS DE PROPIEDAD

El contrato es la base del aspecto jurídico de la interacción social voluntaria. La sociedad es un proceso de intercambio; y cada intercambio supone un contrato. En él se reconocen el ejercicio de la acción y el compromiso de acciones futuras, que a su vez determinan el fundamento de los potenciales reclamos que los contratantes puedan formularse.

El abordaje de una teoría de los contratos remite a la discusión previa sobre la existencia y fundamentos de los derechos de propiedad, toda vez que a través de los contratos se negocian, adquieren, delimitan y traspasan tales potestades.

Tanto en la teoría política como en la jurídica, se discutió la noción de derecho de propiedad desde el poder, esto es, la necesidad de establecer cierta esfera de libertad de acción de las personas en su relación con las cosas, que debía ser resguardada por el ordenamiento legal de la interferencia por otras personas y por el propio Estado.

Desde una perspectiva jurídica, la propiedad ha sido clásicamente entendida como un «señorío» sobre un objeto, cuyo ejercicio está protegido legalmente. La propiedad implica una zona de privacidad, en la que los titulares pueden ejercer su voluntad sobre las cosas sin tener que responder ante otros.¹³³

Esta noción de propiedad se desarrolló a partir de la idea de derecho como un ámbito de libertad individual, que fue popularizada por Savigny, heredero de la visión evolutiva y espontánea de la sociedad que iniciaron los autores morales

¹³³ Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 59.

escoceses, especialmente Adam Smith, David Hume y Adam Ferguson.¹³⁴ Al respecto, sostenía Savigny:

Para que los hombres libres... puedan ayudarse mutuamente y no estorbase nunca en el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentre seguridad e independencia; ahora bien, la regla que fija estos límites y garantiza esta libertad se llama derecho...¹³⁵

En este contexto, la propiedad es la potestad ejercida por cada persona dentro del ámbito de protección jurídica de su libertad, con relación a determinados bienes.

La noción jurídica de propiedad se vinculó originalmente con la relación directa entre un sujeto —una persona física o jurídica— y un objeto, concretamente con las facultades que la persona pueda ejercer sobre el objeto y su poder de exclusión de otras personas.

En este sentido, la propiedad puede ser definida legalmente como un conjunto de derechos o potestades, que describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos a su disposición: la medida en que pueden poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros.

La teoría jurídica se dedicó fundamentalmente al estudio de cuestiones tales como el modo en que se establecen los derechos de propiedad, qué cosas pueden ser objeto de pro-

¹³⁴ Rojas, Ricardo Manuel, *Elementos de Teoría Constitucional. Una propuesta para Cuba*, op. cit., p. 82.

¹³⁵ M.F.C. de Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid, Góngora y Compañía, 1878, tomo 1, p. 223. Ver en el mismo sentido Friedrich A. Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1978, p. 197. Allí, Hayek completa la cita de Savigny: «[El derecho] es la regla en cuya virtud se fija la frontera invisible dentro de la cual el ser y la actividad de cada individuo tiene una segura y libre esfera».

piedad, qué pueden hacer los dueños con esas cosas, cuáles son las restricciones a tales derechos y cuáles remedios existen para el caso en que sean vulnerados por otros.¹³⁶

Buena parte de la discusión teórica que se produjo, primero en el seno de la ciencia política y luego se trasladó a la jurídica, fue precisamente si esos derechos en abstracto, luego concretados en el ejercicio propio de la acción humana, pertenecían a los seres humanos por su condición de tales y por lo tanto eran simplemente reconocidos por la autoridad, o si por el contrario, la sanción misma de esos derechos es el producto de esa autoridad, que los otorga siguiendo determinados procedimientos políticos y jurídicos, y en la medida de esa sanción.

Poco a poco, la idea iusnaturalista de los derechos preexistentes y meramente reconocidos por los jueces al resolver las disputas, acabó cediendo ante los avances de la legislación reglamentaria, y por lo tanto la discusión se planteó en términos de hasta dónde deben ser reconocidos por la autoridad, con qué limitaciones y alcances, y sobre qué tipo de bienes.

Como en otras áreas vinculadas al derecho, se entendió que la regulación legal de la propiedad contribuye notoriamente a robustecer la seguridad jurídica, en la medida en que sus alcances y límites estarán minuciosamente fijados por la ley. Pero como veremos más adelante, hacer descansar la seguridad jurídica en legislación impuesta por una autoridad política, constituye un error muy extendido, y lleva a resultados opuestos a los buscados.

Es fundamental notar en este punto que las ciencias sociales desarrollaron otra forma de estudiar los derechos de propiedad, ya no en el ámbito del derecho, sino en el de la economía. Al economista, que ha elaborado su ciencia desde

¹³⁶ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 103.

la acción humana individual y voluntaria, lo que le interesa saber es qué cosas hace y puede efectivamente hacer y no hacer determinada persona, en ciertas circunstancias, en su relación con otras personas, respecto de determinados bienes. Para el economista, la discusión de los derechos de propiedad ya no remite a la relación entre una persona y un bien, sino a la relación entre dos o más personas respecto de las potestades de acción o restricción sobre él.

En el proceso de mercado no se intercambian cosas sino derechos sobre cosas. El propietario no detenta un bien en sí, sino un haz o bloque de «facultades de actuación» con relación a ese bien.¹³⁷

Desde este punto de vista, la noción de propiedad o derechos de propiedad se transforma en un concepto dinámico, vinculado con la efectiva facultad de actuar o restringir la actuación de los demás, con relación a determinados bienes. Es el reconocimiento de situaciones de hecho, cuya subsistencia en el tiempo dependerá del modo en que las personas actúen, a través de una serie de acuerdos previos que establezcan sus alcances y limitaciones.

Entiendo que esta visión de los derechos de propiedad es la que mejor se adapta a la idea de sociedad como un proceso de intercambios libres y voluntarios entre individuos. Pone el foco de la discusión en las consecuencias de la acción humana y no en la sanción de potestades y privilegios concedidos o reconocidos por una autoridad.

Tal noción debería provocar un necesario debate filosófico vinculado con el concepto de certeza jurídica o estabilidad de las relaciones. Como se dijo, buena parte de la literatura legal

¹³⁷ El artículo clásico que explicó, apelando a las ideas de Coase, la dinámica y evolución de los derechos de propiedad en una visión económica, es el de Harold Demsetz, «Toward a Theory of Property Rights», *American Economic Review* 57, n.º 2 (1967), pp. 347-359. Véase también: Armen A. Alchian, «Some Economics of Property Rights», *Il Politico* 30 (1965).

ha encontrado en la existencia de normas coactivas, uniformes y escritas con claridad, la base de la certidumbre jurídica.

Por el contrario, dicho debate podría mostrar que un orden jurídico que se forma a partir de intercambios voluntarios, podría gozar de mayor estabilidad y certidumbre que el establecido por legislación coactiva. Es que a diferencia de un orden impuesto desde una autoridad monopólica, las distintas aptitudes humanas para actuar con relación a determinados bienes se irían sancionado a través de la interrelación espontánea de contratos celebrados en forma libre, avalados por normas consuetudinarias de generalizada aceptación y garantizados por soluciones institucionales surgidas de acuerdos voluntarios. Un desarrollo de este tipo terminaría decantando en la formación de soluciones institucionales de origen consensual, que sustituirían a las actuales imposiciones legales.

La legislación escrita ofrece una ilusión de certidumbre, que no emana de la aceptación generalizada de la gente sino de su imposición por la fuerza. Pero esa certidumbre desaparece en el preciso momento en que una mayoría calificada de la asamblea legislativa decide cambiar las reglas de juego y quitarle validez a normas que se presumían inmutables.¹³⁸ En cambio, las normas consuetudinarias, las soluciones institucionales surgidas de acuerdos individuales y las cláusulas contractuales, suelen ser mucho más estables en el tiempo y su modificación se produce en forma gradual y previsible, en tanto no son el producto de un acto de autoridad, sino de múltiples negociaciones entre los involucrados.

En este contexto, probablemente la noción de derechos de propiedad dejará de remitir a un concepto abstracto, superior,

¹³⁸ Sobre la ilusión de certidumbre jurídica lograda a partir de legislación escrita y compulsiva, puede consultarse la magnífica obra de Bruno Leoni: *La Libertad y la Ley* (Unión Editorial, Madrid, 1995, pp. 95 y ss.). Puede consultarse también: Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

universal e inmutable, santificado por una decisión legislativa, y en cambio describirá una situación de hecho producida dentro del propio proceso de intercambio en la sociedad. Es el ejercicio de aquellas facultades —nacidas de acciones y acuerdos— que una persona podrá invocar para efectuar reclamos, para defenderse de reclamos ajenos, para exigir determinadas exclusividades en las condiciones de uso y posesión de ciertos bienes con respecto a otras personas y restringir iguales facultades en los demás. Todo lo cual deberá ser examinado en un contexto específico de tiempo, lugar, modo, personas y bienes.

En este sentido, existe una relación de dos vías entre derechos de propiedad y contratos. Los contratos son los instrumentos a través de los cuales se formalizan y especifican los acuerdos e intercambios con otras personas. Esos acuerdos expresan derechos de propiedad. A su vez, esos derechos de propiedad reforzarán la validez y darán contenido a los contratos.

Un instrumento analítico de suma importancia para el estudio del ejercicio de los derechos de propiedad y los contratos, es la teoría de la negociación.¹³⁹ En una visión dinámica de los derechos de propiedad, cuya existencia y alcances dependerá de múltiples circunstancias originadas en la acción

¹³⁹ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, op. cit., p. 105. A través de la teoría de juegos, y en especial de la negociación, las personas desarrollan estrategias de acción en distintos escenarios. Para ello, deberán evaluar costes y beneficios, así como el comportamiento esperado en los demás jugadores y las consecuencias futuras de sus actos en los casos de juegos repetidos. Una gran bibliografía sobre teoría de juegos y teoría de la negociación se ha desarrollado desde la economía. Es remarcable la utilidad que este desarrollo instrumental tiene para la elaboración de una teoría de la propiedad y los contratos. El ejercicio de derechos de propiedad y su instrumento, que son los contratos, se basan en buena medida en las decisiones estratégicas de las personas, que deben evaluar una cantidad de consecuencias eventuales antes de tomar cada decisión.

individual, las decisiones estratégicas de las personas serán determinantes.

II. LA MIRADA ECONÓMICA DE LOS CONTRATOS

Un aporte importante al desarrollo de la teoría de los contratos proviene del análisis económico. La mirada del economista sobre los derechos de propiedad, contratos y las distintas variantes de sanción por incumplimiento, han permitido aportar una óptica de esta área del derecho que reconoce un papel preponderante a la valoración y decisión individual. Al economista no le interesa lo que se supone que la gente debería hacer, por ser lo correcto, sino lo que la gente efectivamente hace. Al derecho también debería interesarle lo que la gente hace, y en especial, que se haga cargo de las consecuencias de lo que hace.

Cuando los juristas abordan la teoría de los contratos, normalmente comienzan con una discusión respecto de los alcances de la autonomía de la voluntad, es decir, hasta dónde a las personas les es permitido contratar con libertad, y a partir de dónde se justifica la intervención de la legislación para limitar o reglamentar tal libertad. Los economistas, en cambio, parten de la premisa de que cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias, y examinan las consecuencias de la acción contenida en cada contrato, en su cumplimiento, en su incumplimiento, en su renegociación. En definitiva, los economistas estudian la acción, los juristas, la regulación previa a la acción.

Sin embargo, no parece razonable pensar que las reglas a las que las personas someten voluntariamente sus promesas, su conducta y sus potenciales reclamos, deban estar subordinadas o ser limitadas por alguna autoridad superior a su propia voluntad. Ello es más bien contradictorio con la naturaleza de la acción humana. Una visión compatible con

ella, en cambio, debería enfocarse en las consecuencias de la acción, en los alcances de aquello a lo que cada uno se ha comprometido, la responsabilidad por el incumplimiento de las promesas y la solución de las diferencias vinculadas con la interpretación o ejecución de lo pactado.

Por ese motivo, como señala Alfredo Bullard, quizá la mejor forma de entender prácticamente la función de la autonomía privada sea recurriendo, antes que a juristas, a economistas.¹⁴⁰ Las ideas desarrolladas por la economía respecto de los contratos nos permiten entender mejor por qué existen y cuáles son sus alcances. Por otra parte, el estudio de las formas contractuales con una visión económica ayudará a desarrollar tipos de contratos y cláusulas más eficientes en punto a lograr la cooperación con miras a alcanzar los fines individuales de los contratantes.

Esta óptica económica nos muestra que los contratos cumplen una serie de funciones importantes en el proceso de intercambio:

- 1) Permiten planificar relaciones a futuro, determinando condiciones, prestaciones y contraprestaciones que los contratantes se comprometen a cumplir.
- 2) Permiten establecer prioridades en los distintos acuerdos que es posible suscribir con distintas personas referidos al mismo negocio.
- 3) Permiten prever las modificaciones al contenido del contrato que se podrán implementar en el caso en que las condiciones originales se vuelvan de imposible cumplimiento o sumamente gravosas.
- 4) Permiten, consecuentemente, sentar las bases para futuros reclamos hacia sus co-contratantes en caso de incumplimiento.

¹⁴⁰ Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía*, Ed. Palestra, Lima, 2009 p. 269.

to, y recíprocamente los límites de futuros reclamos en su contra.

- 5) Permite establecer procedimientos y criterios sobre los cuales se podrán implementar y resolver los reclamos.

De este modo, la interacción cooperativa tendrá bases más sólidas, y mayor confiabilidad en especial para encarar proyectos cooperativos complejos o a largo plazo, con independencia de legislación coactiva.¹⁴¹

III. LOS PELIGROS DE ALTERAR LA LIBERTAD CONTRACTUAL

En los sistemas jurídicos desarrollados a partir de normas de origen consuetudinario aplicada por jueces o árbitros, la decisión de los contratantes es respetada, en tanto no hubiesen vicios de la voluntad o engaños, y lo que los jueces resuelven en definitiva es el modo en que se hace cumplir lo pactado, o se indemniza el incumplimiento. En este sentido, un principio clásico del derecho romano elaborado por los pretores y luego adoptado por los jueces ingleses y de otras partes, fue el principio de que «los acuerdos deben ser cumplidos» (*pacta sunt servanda*).

Cuando el derecho comenzó a hacerse escrito y codificado en extensas normas de origen político, se dio un lugar esencial a la libertad contractual o «autonomía de la voluntad contractual». Ejemplo de ello fue el Código Francés, modelo de muchos otros. De este modo, se mantuvo el respeto

¹⁴¹ Es conveniente aclarar que, a diferencia de lo que suele pensarse, el uso del análisis económico a la acción humana no se limita a cuestiones mercantiles o con significación monetaria. Todas las relaciones entre individuos pueden ser estudiadas bajo las mismas reglas, pues todas suponen un intercambio de valores, que es a lo que en definitiva se dedica la Economía.

de las decisiones personales al discutir los contratos, y el principio de responsabilidad por su incumplimiento.

Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que los jueces en los sistemas de derecho judicial o los legisladores en los sistemas de derecho legislativo, comenzaran a imponer límites a la voluntad de los contratantes, por muy diversas razones, generalmente englobadas dentro de las cuestiones de «orden público», y que remitían a intereses superiores, principios morales, o regulaciones económicas.

Un ejemplo histórico de un caso real, puede servir como punto de partida para explicar las consecuencias de alterar la libertad contractual a través de legislación o jurisprudencia que contengan criterios obligatorios y generales. El ejemplo que quiero traer en este sentido es el del naufragio de la ballenera Richmond, ocurrido a mediados del siglo XIX frente a las costas de los Estados Unidos, y que ha sido muy estudiado, especialmente en su vinculación con el análisis económico de los contratos.¹⁴²

El buque se estaba hundiendo, con su carga de aceite. Tres barcos que se hallaban en las cercanías, respondiendo a las leyes del mar, acudieron a rescatar a los marinos, y una vez que la tripulación completa estuvo a salvo, los capitanes de esos buques le ofrecieron al capitán de la Richmond salvar la carga de aceite, a cambio de que se la vendiera a aquel de los tres que ofreciese el mejor precio.

El acuerdo fue aceptado, la carga fue salvada, y uno de los capitanes la compró, por un precio bastante inferior al de mercado. Una vez que arribaron al puerto, el capitán de la Richmond impugnó judicialmente la validez del contrato, sosteniendo que fue celebrado en condiciones de necesidad extrema. La Corte acogió este argumento, dejó sin efecto el

¹⁴² Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 124 y ss.

contrato de compra del aceite, y decidió que el capitán conservara la carga y abonara a los otros barcos una indemnización «razonable» por el rescate.¹⁴³

Esta solución es coincidente con la desarrollada en años posteriores por aplicación de determinados criterios jurídicos basados en consideraciones morales, vinculadas con la injusticia de aprovechar situaciones de emergencia o necesidad para celebrar acuerdos que en definitiva se aceptan «forzados» por las circunstancias. Pero estas soluciones, que a veces los tribunales adoptan sin vincularlas al contexto en el que se desarrollan, generan incentivos perversos o malas señales para quienes deban encarar negocios en el futuro.

Lo primero que hay que decir es que las personas actúan para ganar, para pasar a una situación mejor, y por lo tanto los incentivos de ganancia son fundamentales. Los capitanes que acudieron en auxilio de la Richmond, lo hicieron respetando una ley consuetudinaria del mar que dispone que debe auxiliarse a un buque en peligro, para salvar a la tripulación. Esa norma consuetudinaria es aceptada voluntariamente por ser un principio que en definitiva es útil para todos los que surcan los mares, desde que nadie sabe en qué momento enfrentará un naufragio.

Pero una vez salvadas las personas, la cuestión de salvar la carga se mide por otros parámetros, y solo estarán dispuestos a encarar dicha tarea quienes tengan incentivos a un beneficio económico por su acción. Como señalan Cooter y Ulen, una recompensa apropiada provee incentivos eficientes para el rescate, que a su vez inducen a una inversión suficiente en dicho rescate y a correr los riesgos de la operación, de modo que el beneficio esperado supere al coste más el riesgo. Ese beneficio es igual a la probabilidad de un rescate multiplicado por su valor.¹⁴⁴

¹⁴³ «Post v. Jones», 60 U.S. 150 (1857).

¹⁴⁴ Cooter, Robert, Ulen Thomas, *Derecho y Economía*, op. cit., p. 338.

Dicho de otro modo, los eventuales rescatistas evaluarán costes, riesgos y beneficios esperados, para tomar la decisión de intentar el rescate de la mercadería o no. Un criterio legislativo o judicial que impida un acuerdo como el que habían celebrado originalmente, podría hacer desistir del intento de rescatar el aceite, insumiendo gastos, riesgos y la posibilidad de que finalmente el intento resultara infructuoso, el aceite se perdiera y ellos incurriera en gastos que no serían reembolsados. A su vez, se estaría enviando una señal hacia el futuro, desalentadora hacia otros potenciales rescatistas que pensaran en negociar el salvataje de mercaderías en naufragio.

La negociación en este caso podría estar condicionada por muchas circunstancias que varían de situación en situación, y que son consecuencia del principio según el cual cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias. Por ejemplo, si la mercadería estaba asegurada o no, si el capitán de la Richmond tenía potestad para disponer de esa carga como propietario o era un simple transportador sin poderes autónomos de disposición, el valor de mercado actual y futuro de la mercadería, los riesgos involucrados en la operación de salvataje, el coste de oportunidad del rescatista, etc.

Las alternativas de negociación podrían tener un piso, que es la decisión del capitán de no pagar nada, que la carga no sea rescatada y cobrar el seguro; hasta un techo que podría vincularse con el gran interés por los potenciales rescatistas en esos bienes, que los impulsara a ofrecer un buen precio por ellos.

Se podría negociar un precio por el servicio de rescatar la carga, o un precio por la compra de la carga. Ya en estas épocas en que la tecnología permite las comunicaciones instantáneas en todo el mundo se podría incorporar a esta discusión al eventual destinatario de la carga y a la compañía de seguros, que quizás estuviera dispuesta a pagar una parte del precio de la carga al rescatista, a cambio de no tener que

pagar todo el precio si la carga se pierde. En fin, existen muchas soluciones posibles.

Como bien saben los economistas, el sistema de precios e incentivos permitirá encontrar la solución más eficiente en cada caso, y la aplicación de criterios legales rígidos que alteren la posibilidad de negociar la mejor solución, terminará no solo alterando la libertad de las personas para contratar, sino que las forzará a una decisión ineficiente.

Por otra parte, esta libertad para buscar soluciones eficientes probablemente fomente el desarrollo de ciertas instituciones, tanto las vinculadas con los contratos de seguros, como con la navegación o servicios de salvataje, que ofrezcan distintas variantes contractuales. Todo lo cual contribuiría a salvar más cargas del modo más eficiente, lo que supone disminuir las pérdidas para todos.

Por ello, la pretensión de legisladores y cortes supremas de establecer criterios rígidos para solucionar este tipo de cuestiones sobre la base de consideraciones morales o de justicia, han provocado muchos problemas y pérdidas, al no respetar las soluciones acordadas en cada caso siguiendo las preferencias de los involucrados.

Puede deducirse sin dificultad que un orden jurídico concebido a partir de la acción humana y los acuerdos cooperativos voluntarios, no admitiría soluciones como la de ese fallo de la Corte Suprema y la doctrina jurídica desarrollada en el mundo en idéntico sentido.

IV. LAS BASES PARA UNA TEORÍA DE LOS CONTRATOS

Probablemente el derecho de los contratos, junto con el derecho de daños, sean las instituciones con mayor desarrollo teórico entre las áreas de estudio que he mencionado en el capítulo anterior. Ello se debe, en parte, al surgimiento espon-

táneo e individual de las formas contractuales, que creció y se desarrolló sin necesidad de impulso por parte de ningún legislador o autoridad.

Los contratos nacieron con la sociedad, es imposible concebir lógicamente ninguna forma de organización social entre seres humanos, aún las más primitivas, en la que no se llevasen a cabo intercambios formalizados a través de contratos, aunque más no fueran verbales y muy rudimentarios.

También influyó en el desarrollo de una teoría de los contratos el hecho de que, aún en aquellos sistemas jurídicos basados en derecho legislado y codificado, existió una tradición de respetar la autonomía de la voluntad contractual iniciada con el Código Francés de 1804.

Por su parte, en los sistemas de derecho judicial, como aquel que se originó en los países de tradición anglosajona seguidores del *common law*, la solución de las discusiones judiciales producidas como consecuencia de la interpretación de ciertas cláusulas o la solución de conflictos no previstos por las partes, fomentó un desarrollo jurisprudencial sistemático de soluciones teóricas en materia de contratos. En la solución de esas discusiones sobre la interpretación de cláusulas contractuales, los jueces ingleses se basaron también en un desarrollo similar que se produjo en el derecho romano en la época de su elaboración pretoriana.¹⁴⁵

Es cierto que al menos en el último medio siglo, la injerencia estatal en la autonomía de la voluntad contractual —simi-

¹⁴⁵ A título de ejemplo, si uno consulta en el diccionario jurídico Black la voz «*nemo*» —alocución latina que significa «ningún hombre»— se pueden observar una serie de principios del derecho romano que son la base de los derechos y libertades individuales y se utilizan para la interpretación del alcance de la voluntad de las partes en los contratos cuando ella no es clara. Esos principios han sido parte también del derecho inglés, e invocados por los jueces del *common law* desde sus más antiguas sentencias (*Black's Law Dictionary*, 6.^a edición, 1990, pp. 1037-1039; ver: Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004, pp. 61-62).

lar a la injerencia en materia de derechos de propiedad—, ha detenido la evolución de esa teoría. No obstante ello, existe abundante material a partir del cual puede retomarse su estudio y desarrollo.

En este sentido, la teoría de los contratos debería encargarse de profundizar, desde las decisiones individuales, una serie de aspectos de esa negociación, entre las cuales se pueden identificar los siguientes:

1. Reglas sobre capacidad para contratar.
2. Interpretación y validez de cláusulas contractuales.
3. Redacción de los contratos, que incluye la evaluación sobre la mayor o menor especificidad en las cláusulas y la claridad.
4. Sanciones por incumplimiento de los contratos.
5. Criterios para resolver las situaciones no previstas en el contrato.
6. Procedimientos a seguir para solucionar los conflictos originados en el incumplimiento, la imposibilidad de cumplimiento sobreviniente o la interpretación de sus cláusulas.

Si se repara en su importancia para el proceso de cooperación social y generación de riqueza, una robusta teoría de los contratos elaborada a partir de los casos particulares será de inestimable ayuda para la formación del orden jurídico.

En ese contexto, la negociación del contrato y la elaboración de sus cláusulas es una de las cuestiones más delicadas que deberá discutirse a nivel jurídico. El rol de los abogados pasa a estar vinculado entonces mucho más con la negociación que con la argumentación, con la estrategia y la teoría de juegos que con el derecho procesal, con la economía que con el conocimiento de la legislación y la jurisprudencia.

Por ejemplo, existen ventajas y desventajas a ser evaluadas, respecto de la especificidad de los acuerdos a futuro.

Cuanto mayor especificidad y minuciosidad contengan, menor margen de duda dejarán sobre la voluntad e intenciones de los contratantes. Pero a su vez, cuanto más minuciosas son sus cláusulas, mucho más rápidamente resultarán obsoletas o superadas por nuevas circunstancias que las conviertan en inaplicables, y con ello, produciría dudas respecto de la verdadera voluntad de los contratantes, y en ciertos casos la necesidad de renegociar las condiciones.

Otro punto a desarrollar al discutirse las cláusulas del contrato, es la búsqueda de alternativas para los casos en que cumplir con lo pactado se vuelva altamente oneroso por circunstancias sobrevinientes al acuerdo. En determinadas circunstancias, insistir con el cumplimiento de promesas que se han vuelto ineficientes o sumamente costosas, o el cobro de indemnizaciones por la imposibilidad de cumplirlas, es algo que resulta inconveniente incluso para el propio acreedor.

Desde que los códigos de valor son individuales, cada persona elige el orden de sus preferencias y actúa en consecuencia. Para cada persona, en cada momento y circunstancia, no hay sustituto eficiente a su propia decisión.¹⁴⁶

Ese camino debería profundizarse hasta alcanzar un punto en el cual aquellos temas que hoy se someten a la decisión del legislador por la dificultad que entrañan, alcancen una respuesta desde la interacción voluntaria. Así como en materia económica el ingenio y la capacidad empresarial han logra-

¹⁴⁶ En el siglo XVIII Turgot ya veía este hecho como incontrastable: «No hay necesidad alguna de probar que cada individuo es el único juez competente sobre el uso más ventajoso de sus tierras y de su trabajo. Solo él tiene el conocimiento particular sin el cual el hombre más ilustrado solo podría argumentar ciegamente. Él aprende a través de pruebas repetidas, por sus éxitos, por sus pérdidas y adquiere una sensibilidad para ello mucho más ingeniosa que el conocimiento teórico del observador indiferente, porque es estimulada por la necesidad» (Anne Robert Jacques Turgot, «Elegía a Gournay», 1759; citado por Murray N. Rothbard, *Historia del Pensamiento Económico*, Unión Editorial, Madrid, 1999, Tomo 1, p. 427).

do resolver cuestiones que parecían insolubles (en la mayoría de los casos creando soluciones institucionales o tecnológicas para disminuir costes de transacción o definir derechos de propiedad), en materia jurídica debería suceder lo mismo, en la medida en que no se intente sustituir la voluntad de los contratantes por la imposición legislativa.

El argumento mayormente utilizado para regular las formas y contenidos de los contratos, es el que señala los problemas que ocasionaría en el futuro la discusión respecto de si la persona que contrató en el pasado tenía o no capacidad para hacerlo, y si por lo tanto la promesa resulta exigible. En una sociedad que no estuviera regulada por normas coactivas, las cuestiones vinculadas con la capacidad contractual, las nulidades de los contratos, los criterios de cumplimiento de los contratos, etc., serían resueltas por normas de origen consuetudinario, como se verá en el capítulo siguiente.

En este sentido, no debe olvidarse además que muchas de las normas jurídicas consagradas hoy en día por la legislación escrita, comenzaron siendo reglas basadas en costumbres.

Ello se advierte incluso en el derecho penal, en el que por exigencia del principio de legalidad, la determinación de los delitos y de las penas debe estar previamente definido con claridad por la legislación, lo que no siempre ha sido así.¹⁴⁷

Por lo tanto, puede esperarse que un nuevo y remozado desarrollo de normas de origen consuetudinario, alimentadas

¹⁴⁷ En el derecho anglosajón, así como en el derecho foral y el antiguo derecho romano, no existía el principio de legalidad tal como hoy se lo concibe, sino que los delitos y las penas remitían a costumbres que se afianzaban con los precedentes judiciales. Tampoco existió en el derecho internacional, en el cual se entendió que las conductas contrarias al «derecho de gentes» debían ser castigadas en todos los países civilizados y justificaba la extradición de criminales aun sin la existencia de tratados internacionales, cuando eran requeridos por haber cometido hechos que en cualquier sociedad civilizada serían considerados como crímenes (ver en este sentido: Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., p. 73).

por contratos e instituciones, pudiera resolver estas cuestiones de un modo más eficiente que la voluble decisión de una asamblea legislativa.

Desde el punto de vista científico, alcanzar esta solución requiere de un desarrollo teórico importante, que debería retroalimentarse con la praxis de la negociación contractual y las costumbres consecuentes.

4. Teoría de las normas

I. LAS NORMAS COMO PRODUCTO DEL INTERCAMBIO INDIVIDUAL Y EL ORDEN ESPONTÁNEO

El derecho ha sido visto generalmente como un conjunto de normas que regulan las relaciones entre las personas, orientan su conducta futura y establecen el mecanismo por el cual cada uno deberá hacerse responsable por las consecuencias de sus actos.

La teoría de las normas es una de las áreas con mayor debate en filosofía del derecho, tanto respecto del estudio de las normas en sí mismas, como de su relación con otros aspectos de la discusión filosófica, tales como las nociones de derechos individuales, obligaciones y justicia.

El desarrollo más moderno del estudio de las normas que operó a partir del siglo XVIII, y el auxilio de la historia del derecho, nos permite su agrupación en dos grandes sistemas: a) uno surgido a partir de la solución de conflictos concretos, con remisión inicial a las costumbres, en el cual los jueces elaboraron normas abstractas aplicables posteriormente a casos similares, formando así un cuerpo legal conocido como jurisprudencia. b) El otro, basado en legislación escrita, de carácter general, impersonal, abstracta, aplicable hacia el futuro, sancionada por los órganos políticos, sean reyes, emperadores o parlamentos constitucionales.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Sobre el desarrollo y evolución de estos dos sistemas, puede consultarse: Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit.

En un sistema las normas son creadas a partir de conflictos particulares, de los que se deducen principios abstractos; en el otro, las normas son creadas *ex ante* y con carácter general. Pero en ambos casos, son legitimadas por la intervención de una autoridad política superior.

Sin embargo, frente a esta visión de las normas, no es posible soslayar el hecho de que durante la mayor parte de la historia de la Humanidad, las personas se han relacionado respetando y aplicando normas que no han sido impuestas por autoridad política alguna.

En tal sentido, la antropología ha sido de gran utilidad como ciencia auxiliar para entender la evolución de las normas. Como bien señalaba Hayek, antes de que los individuos comprendieran su concepto abstracto, ya formaban parte de sociedades para ser incluidos en las cuáles era necesario respetar cierto set de reglas pre establecido:

Mucho antes de que el hombre desarrollara el lenguaje hasta el punto de poder formular mandatos generales, podía un individuo ser aceptado como miembro de un grupo solo si se adaptaba a las reglas del mismo. En cierto sentido, estas reglas podrían no ser conocidas ni aún descubiertas, pues existe un largo camino entre el mero «saber cómo» comportarse o ser capaz de reconocer que los actos de los demás se ajustan o no a una práctica aceptada, y poder formular verbalmente esas reglas. Pero mientras en general es posible reconocer que el descubrimiento y la formulación de reglas (o la articulación de reglas que habrían sido aceptadas si se hubieran puesto en práctica) era una tarea que requería especial sabiduría, nadie podía concebir que la ley fuera algo que el hombre pudiera establecer a discreción.¹⁴⁹

A este punto basta saber que había reglas, que estas cumplían una función esencial para la preservación del grupo, y

¹⁴⁹ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., p. 98.

eran efectivamente transmitidas y sancionadas, aunque nunca hubieran sido «inventadas», o expresadas en palabras, o tuvieran algún «objetivo» que alguien conociera.¹⁵⁰

La antropología mostró que la preferencia por comportarse según las reglas establecidas y el miedo a la retribución por su violación son probablemente más antiguas que la atribución consciente de esas reglas a la voluntad de un agente personal, humano o sobrenatural, o el miedo al castigo que pueda imponer dicho agente.¹⁵¹

Esto permitió un desarrollo institucional que se replicó en buena parte de las sociedades primitivas, que permitió el surgimiento de normas de carácter consuetudinario que eran respetadas para poder seguir formando parte de la comunidad. La evolución posterior de las costumbres, el crecimiento de las poblaciones urbanas y la mayor complejidad de las relaciones, permitió el desarrollo sostenido de estas normas de carácter consuetudinario que dieron paso al derecho foral surgido en buena parte de Europa.

Es que las personas aprenden a detectar ciertas regularidades regidas por reglas cuya observación resulta conveniente. Recién más adelante esas reglas son comprendidas y aplicadas, y entonces se intentará asociarlas con la voluntad de un regulador, y al castigo por su inobservancia, con la sanción por una autoridad.

Hayek hizo notar que la idea de que la sociedad es el producto de una construcción deliberada y dirigida surge en los estudiosos de las sociedades occidentales modernas. Cuando un antropólogo estudia una sociedad primitiva, probablemente no duda en considerar que sus miembros frecuentemente

¹⁵⁰ Op. cit., p. 102.

¹⁵¹ Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, op. cit., p. 131.

no tenían idea de por qué observaban determinadas reglas, o sus consecuencias. Sin embargo, los teóricos modernos de ciencias sociales raramente estén dispuestos a admitir que lo mismo se aplica a nuestra civilización.¹⁵² Esta contradicción parece además no concordar con el hecho de que el orden en las sociedades modernas, que poseen un mayor grado de complejidad que las primitivas, jamás podría ser el fruto de una decisión deliberada.

Dada esa complejidad, una teoría social consistente deberá limitarse a vincular las consecuencias de las acciones individuales con ciertas reglas seguidas por las personas al actuar. Esto permitirá explicar algunas pocas características generales y altamente abstractas de distintos tipos de estructuras, que es lo único que pueden tener en común a partir de su formación por decisiones individuales.¹⁵³

Esta moderna idea de que las normas jurídicas son el producto de la decisión de una autoridad, aunque reciente, está definitivamente asentada y es difícilmente discutida en la actualidad. Como también indicaba Hayek con lucidez:

La creencia de que todas las leyes que gobiernan la acción humana son el fruto de una actividad legislativa le resulta tan obvia al hombre moderno, que afirmar que la ley es anterior a la actividad de dictar leyes ofrece casi el carácter de una paradoja. Sin embargo, no cabe la menor duda de que la ley ha existido durante muchas épocas antes de que al hombre se le ocurra poder crearla o modificarla.¹⁵⁴

Es que con relación a los principios del derecho, a diferencia de otros ejemplos de instituciones que suponen la ac-

¹⁵² Hayek, Friedrich, *Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, op. cit., p. 18.

¹⁵³ Hayek, Friedrich, *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, op. cit., p. 122.

¹⁵⁴ Hayek, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., p. 99.

ción humana pero no son fruto del designio humano, tales como el mercado, el lenguaje, etc., hemos perdido la capacidad de ver esa creación libre de los hombres en la práctica, desde hace al menos tres siglos, cuando se produjo la irrupción de las recopilaciones y la codificación, y las personas se vieron impedidas de participar en el proceso de libre creación de normas. Ello lleva a pensar que la ley es lo que el legislador dice que es, y genera serias dificultades para entender cómo ese proceso podría producirse en libertad.

Si en los últimos trescientos años los precios de las cosas hubieran sido decididos en todas partes por una autoridad, a las personas se les complicaría comprender el proceso libre de determinación de precios. La praxis, el hecho de que los individuos hayan podido valorar, ofrecer, demandar, fue determinante para que se desarrollara un concepto teórico de precio a partir de la libertad de acción. Pero no ocurrió lo mismo con el derecho. Como observó Bruno Leoni:

Cada vez menos gente parece comprender que, lo mismo que el lenguaje y la moda son el producto de la convergencia de acciones y decisiones espontáneas de un vasto número de individuos, también el derecho puede, teóricamente, ser un producto similar de convergencia en otros campos.¹⁵⁵

Por el contrario, lo que ha mostrado el estudio de tales normas artificiales, es que precisamente por no ser la expresión de decisiones individuales, suelen ser bastante inciertas al momento de expresar las verdaderas intenciones, propósitos y deseos de quienes actúan.

La multiplicidad de relaciones de intercambio en sociedad se efectúan respetando determinadas reglas que son el producto de una evolución que no depende de autoridad exter-

¹⁵⁵ Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, op. cit., pp. 25-26.

na alguna. Los individuos van aprendiendo de forma inconsciente que las relaciones basadas en el mutuo acuerdo y en la colaboración dentro del grupo al que pertenecen, resultan mucho más beneficiosas para todos los integrantes del colectivo que el empleo de la fuerza.¹⁵⁶

La causa fundamental de los conflictos es la escasez, y determinados modos de intercambio reiterado contribuyen a incrementar la cantidad de riqueza esperada, permitiendo que las personas, al mismo tiempo, incrementen su bienestar y disminuyan sus conflictos. Determinadas normas consuetudinarias o espontáneas que contribuyen definitivamente a lograr tales acuerdos cooperativos, terminan siendo aceptadas y se vuelven habituales en los acuerdos de las partes.¹⁵⁷

El reconocimiento de estas normas suele comenzar siendo como un espejo: se tiende a respetar todo aquello que se pretende le sea respetado a uno. Si alguien advierte que es bueno actuar en libertad, y disponer del producto de sus acuerdos libres y voluntarios, no será difícil deducir de allí que muy posiblemente el resto de las personas buscará lo mismo, y que para obtener su atención en miras a un acuerdo cooperativo, deberá respetar ese principio. De este postulado surgirá una costumbre, que tendrá como fundamento central para su acatamiento la voluntaria aceptación y la reciprocidad.

De este modo puede sostenerse que el principio de no agresión es el punto de partida de la coexistencia pacífica. Las personas no quieren ser sometidas por la fuerza, y aprenden a

¹⁵⁶ Martínez Meseguer, César, *La teoría evolutiva de las instituciones. La perspectiva austriaca*, Unión Editorial, Madrid, 2006, p. 227.

¹⁵⁷ Sugden, Robert, *The Economics of Rights, Co-operation and Welfare*, Blackwell, Oxford, 1986, p. 55. Taylor, Michael, *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge University Press, 1982, p. 28; Ellickson, Robert C., «Property in Land», *Yale Law Journal* 102 (abril de 1993), 1315-1400; Benson, Bruce L., «Las instituciones y la evolución espontánea de la moralidad», *op. cit.*, p. 16.

que si quieren lograr la cooperación de otros deberán también evitar ejercer la fuerza contra ellos. De este principio básico se deducirán otros.

En este sentido, David Hume señalaba que es imposible mantener cualquier tipo de sociedad sin la observancia de las tres leyes fundamentales: la estabilidad de la propiedad, la transferencia por convenio y el cumplimiento de las promesas, principios a los que consideraba anteriores al gobierno y suponían el respeto del derecho de propiedad.¹⁵⁸

Estas tres reglas eran la base de la interacción no violenta a partir de las cuales se podían construir los mecanismos de cooperación social voluntaria. De hecho, la aceptación de estas leyes como pilares de la costumbre, permitió el crecimiento del sistema legal británico, que se asentó en la adaptación de estos y otros principios de origen consuetudinario como fundamento para resolver disputas, elaborando a partir de ellos reglas jurídicas abstractas más específicas, aplicables a casos futuros.

Estas reglas nacidas de la costumbre han existido en la sociedad mucho antes de que se elaboraran los conceptos modernos de Estado, gobierno, soberanía y legislación. Como hizo notar Adam Ferguson, las personas no celebran pactos para crear una sociedad, sino para perfeccionar aquella sociedad en la que están situadas.¹⁵⁹ Es imposible siquiera representarse seriamente la idea de pacto social, aun de manera teórica, antes de que la comunidad haya alcanzado un alto grado de cohesión, cooperación pacífica y reglas de convivencia garantizados en un sistema de normas de naturaleza consuetudinaria.

¹⁵⁸ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁹ Ferguson, Adam, *Principles of Moral and Political Science*, *op. cit.*, p. 262.

II. LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA DE LAS NORMAS A PARTIR DE LA ACCIÓN HUMANA

Las normas que facilitan la coexistencia pacífica se han establecido generalmente en forma de costumbres seguidas por la mayoría de las personas al advertir que su respeto es conveniente, tanto porque contribuyen a la cooperación social, como porque su violación normalmente produce efectos desagradables. Se respetan, no porque las impongan instituciones armadas o individuos poderosos, sino porque cada sujeto advierte los beneficios de comportarse de acuerdo con lo que otros esperan de él, siempre que estos respondan con reciprocidad. Y esto explica por qué este tipo de normas consuetudinarias requieren mucho menos coacción para su mantenimiento que las normas artificialmente impuestas por una autoridad.¹⁶⁰

Por el contrario, a pesar de parecer intuitivamente más aptas para generar conductas concordantes en las personas —debido a la carga de amenaza de fuerza que rodea a su acatamiento—, las normas de origen legislativo suelen tener mucho menor poder de adhesión que aquellas que son el producto espontáneo de la interacción e intercambio de valores entre individuos. Por tal motivo, los sistemas jurídicos basados en costumbres o en decisiones judiciales que a su vez se basaban en costumbres (como el *common law*, el derecho romano clásico o la *lex mercatoria*), tuvieron mayor estabilidad y éxito como formas de solucionar conflictos que los posteriores sistemas de derecho escrito y codificado.¹⁶¹

Si se elimina cualquier autoridad condicionante o que establezca imposiciones a la acción humana libre y voluntaria,

¹⁶⁰ Benson, Bruce L., *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2000, p. 22.

¹⁶¹ Ver en este sentido: Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial, Madrid, 2008.

se podría establecer un orden para la formación de las normas de origen consuetudinario desarrolladas de manera espontánea:

Valores – Acciones – Contratos – Costumbres – Reglas - Normas

Como dijimos en la primera parte, la acción humana que estudia la praxeología no es cualquier acción, no es la acción inconsciente o producto de una coacción irresistible, sino la acción deliberada, decidida por el agente de manera voluntaria.

Esa decisión de actuar es adoptada por cada persona siguiente su propio código de valores, elegidos y sostenidos por él mismo. Precisamente la persecución de esos valores y sus consecuentes proyectos de vida se materializan a partir de acciones. Si bien a la praxeología no le interesan los motivos concretos por los que un hombre actúa, lo cierto es que la acción de cada individuo está originada en una motivación personal. Al relacionarse con otras personas en procura de alcanzar esos objetivos, las acciones se traducen en acuerdos plasmados en contratos.

Esos contratos no solo expresan lo que las personas buscan, aquello a lo que se comprometen, lo que esperan recibir a cambio, sino que son una exteriorización de las propias valoraciones. Cada acción que una persona emprende en determinado sentido, supone descartar muchas otras acciones que podrían haberse realizado en su lugar —coste de oportunidad—, y ese coste expresa la valoración de quien actúa. De esta manera la persona ordena sus preferencias; cada vez que emprende una acción en desmedro de otras alternativas, estará haciendo ostensible su valoración.

Cuando alguien decide estudiar en lugar de ir al cine, o intenta conquistar a la mujer de la que se siente enamorado en lugar de ir a jugar al fútbol con amigos, o trabajar como

empleado en una empresa en lugar de poner su propio negocio, está expresando las preferencias de un código de valores elegido por él en forma voluntaria.¹⁶²

De un modo similar a como actúan los precios en el mercado, los contratos operan como una suerte de tablero de señales de las valoraciones de la gente.¹⁶³ No solo nos indican de qué modo se llevará a cabo un negocio específico que involucra a los firmantes del contrato, sino que nos ofrecen, en términos genéricos, bastante información sobre los valores de quienes han contratado.

La reiteración de ciertas formas contractuales, de determinadas cláusulas o mecanismos de solucionar disputas o discutir situaciones sobrevinientes no tenidas en cuenta, terminan estableciendo pautas de comportamiento habitual, no solo para los contratantes sino para todos en general.

¹⁶² Existe una discusión teórica muy profunda en el terreno metodológico sobre la ubicación de la Moral como ciencia. Frecuentemente es ubicada dentro de las ciencias que estudian la interacción humana, y por ello se considera que los principios morales son la expresión de los valores en una «sociedad». Esta concepción, bastante generalizada, choca con el mismo problema de utilizar el colectivismo metodológico para concebir manifestaciones individuales de la acción humana, tal como fue mencionado en la primera parte. No debe olvidarse que en la famosa frase de Adam Ferguson sobre aquellas instituciones que son el producto de la acción humana pero no del diseño humano, el autor escocés ubicaba entre ellas, junto con el mercado, el lenguaje, el derecho y la moneda, a la moral.

Ayn Rand ha contribuido notoriamente a tratar de devolver la discusión sobre la moral al terreno individual, al señalar que los códigos morales son individuales. Ello sin perjuicio de que al momento de elaborar las propias escalas de valores, una persona pueda, o bien ser influida por su entorno, o bien allanarse a los valores ajenos para evitar conflictos en sus relaciones con ellos, etc. Pero eso no invalida el hecho de que los valores son decididos por cada persona.

¹⁶³ Uso el término «precio» en un sentido amplio, es decir, no solo incluye a los precios monetarios sino también a los no monetarios; de tal modo esta idea puede aplicarse a todo tipo de decisión, sin limitarse a las que incluyan solamente negociaciones sobre bienes materiales.

En la medida en que los valores no se modifiquen en forma abrupta, este mecanismo de interrelación basado en reglas aceptadas de modo voluntario permite formar costumbres, que serán la fuente de conductas personales y respuestas esperables por los demás, y por lo tanto serán la base de ciertas normas que las personas aprenderán a respetar por conveniencia.

Consecuentemente, las reglas constituyen el enlace entre los valores individuales expresados en actos y contratos, que se comparten y generan conductas socialmente reconocidas, que sirven a su vez como guía al momento de elegir el curso de acción en relación con los demás.

Por otra parte, estas reglas podrán ser más o menos eficientes para resolver conflictos y fomentar la cooperación social. Podrá ocurrir incluso que las reglas eficientes persistan en su aplicación aun cuando las valoraciones individuales en las que se asentaron originalmente hayan cambiado. Y viceversa.

III. LA INTERRELACIÓN DE LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE UN SISTEMA DE NORMAS CONSUEUDINARIAS

Cada uno de esos elementos, cuya integración contribuye a la formación de un sistema de normas consuetudinarias, tienen una fuerte influencia y relación entre sí, que permite robustecer la validez y aceptación de esas normas. Me referiré brevemente a cada elemento y de qué modo se integra con los demás.

1. Valores

Como se explicó en la primera parte de este trabajo, las personas actúan sobre la base de valores preestablecidos por ellas

mismos. Estos códigos de valores, que ordenan las prioridades y los caminos para alcanzar sus metas, son previos a la acción; son precisamente los que guían la acción.

Mises sostenía que la praxeología, por estudiar la acción humana, no se vinculaba con los asuntos o decisiones morales que puedan darle fundamento a dicha acción. No obstante ello, no es posible desconocer que cada persona basa sus acciones en un set de valores que debe elaborar siguiendo algún proceso. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que existe una visión individualista de la moral, y que si ese código moral es el que a la postre determinará los cursos de acción concretos que siga cada persona, no puede desconocerse la relación estrecha que existe entre la praxeología y la moral, aun cuando los campos de estudio de ambas sean diferentes.

En la inicial elección de esos valores pueden notarse influencias externas tales como el entorno familiar y social en el que la persona haya crecido, valores adquiridos por educación o imitación, todo lo cual, a su vez, es parte de una serie de costumbres respetadas en el ambiente en el que se desarrolla su vida, cuyo origen es precisamente la coincidencia de valores e intereses. A medida que se va formando como adulto, se van cristalizando esos valores a partir de la introspección y el análisis crítico, lo que provocará en algunos casos cambios en la escala de valores, y en otros el fortalecimiento de los aceptados hasta entonces.

Las personas guían sus acciones, eligen sus metas y deciden sus relaciones con otros a partir de estos valores, y también están dispuestas a adecuarlos cuando les resulta conveniente para lograr sus fines individuales. Así, podrán respetar ciertas formas de acción particularmente valoradas en su entorno, como una manera de obtener la aceptación y mejorar las chances de alcanzar sus objetivos en su negociación cooperativa con los demás.

De tal modo, pueden distinguirse ciertos valores que son producto del aprendizaje y la imitación, surgidos de la enseñanza en el seno familiar y en la comunidad donde uno crece y vive; y también valores individualmente desarrollados por cada persona con independencia y aún en contradicción con los valores aprendidos. También hay valores que se sostienen por convicción personal, y otros que se aceptan por conveniencia en su relación con los demás.

Pero todos son elegidos y seguidos en forma voluntaria. Así, se ha definido a la moral como «un código de valores para guiar las elecciones y acciones del ser humano, que determinarán el propósito y el curso de su vida».¹⁶⁴ Esta tarea es individual, es decidida por cada persona, y por lo tanto no existen códigos de valor colectivos, sin perjuicio de que muchas personas, individualmente, puedan sostener valores coincidentes y se relacionen a partir de ellos.

Como se dijo, los valores determinarán las acciones de una persona, y el intercambio de valores será esencial para delinear los acuerdos cooperativos que pueden llevar a cabo. A partir de la coincidencia de valores entre las personas, dichos acuerdos seguramente darán lugar a costumbres, de las cuales se desprendan reglas de convivencia y normas consuetudinarias.

2. Acciones

Desde que las personas desarrollan sus acciones deliberadas a partir de sus valores individuales, y de los objetivos trazados siguiendo tales valores, se puede deducir que la acción es el modo en que queda evidenciado el valor. Las acciones nos permiten conocer cuáles son las decisiones concretas que

¹⁶⁴ Rand, Ayn, *La virtud del egoísmo*, Editorial Plastygraf, Buenos Aires, 1985, p. 17.

las personas toman —el orden de sus preferencias—, y podremos estudiar e intentar deducir sus escalas de valor y el modo en que estarán dispuestas a relacionarse cooperativamente con los demás.

Esto es importante para el estudio de las normas, desde que no hay forma de establecer o deducir las costumbres que no sea a partir de acciones concretas de las personas.

Para decir que en una comunidad determinada, por ejemplo, el pago de las deudas es una costumbre respetada y valorada, necesitaríamos observar en los hechos si quienes no pagan sus deudas son repudiados e incluso son pasibles de algún tipo de sanción espontánea. Esto no significa, por supuesto, que las costumbres son el producto de acciones sin evaluar principios o valores, sino que solo será posible extraer conclusiones sobre las valoraciones individuales y las consecuentes costumbres, en un contexto de libre actuación, de toma de decisiones individuales, que es la única manera de saber qué es lo que los individuos quieren y deciden.

En este punto, entiendo que no existe contradicción entre el análisis lógico y la experiencia. El conocimiento humano no se adquiere por la lógica fuera de la experiencia, ni por la experiencia fuera de la lógica, sino por la aplicación de la lógica a la experiencia.¹⁶⁵

La acción, entonces, facilita la conexión entre los valores que internamente sostiene una persona, y el proceso por el cual esos valores serán combinados con los de otras personas, buscando ciertos puntos de concordancia que faciliten la cooperación social.

Pero no solo las acciones contribuyen a establecer esos tipos de relación que luego se convertirán en costumbres, sino

¹⁶⁵ Peikoff, Leonard, «The Analytic-Synthetic Dichotomy», en Ayn Rand: *Introduction to Objectivist Epistemology*, Second Expanded Edition, NAL Books, 1990, p. 112.

que también en sentido inverso, las costumbres establecidas y aceptadas generalizadamente en una comunidad, podrán influir sobre la elección individual de valores que determinen las acciones consecuentes.

3. Contratos

Las personas buscan sus metas a través de acciones individuales que no las vinculan con otras personas (por ejemplo, sembrando papas en su propia huerta para alimentarse con ellas), o a través de acciones que suponen interactuar con los demás (por ejemplo, vendiendo sus papas a los vecinos o intercambiándolas por otros bienes deseados).

Vimos que los seres humanos no prosperan mayormente mientras permanezcan encerrados, sino que casi todo lo que les permite progresar se vincula con la cooperación con otros, a partir de la división del trabajo, la asociación y el comercio.

El instrumento de esa relación con otros es el contrato, y precisamente el contrato es una forma de hacer explícitas las valoraciones, no solo entre quienes contratan, sino respecto de los demás. La circunstancia de que los contratos tengan consecuencias en caso de incumplimiento, refuerza el compromiso con los valores involucrados en dicho acuerdo.

Las formas contractuales pueden transmitir ciertas ideas abstractas que luego se conviertan en reglas. Por ejemplo, pueden transmitir la idea de que los bienes no se obtienen por la fuerza sino a través de intercambios consentidos; que los compromisos deben ser honrados; que el incumplimiento de las promesas produce consecuencias desagradables, etc.

Así, las personas expresan su voluntad en contratos, que contienen cláusulas que, al advertirse como eficientes, se reiteran en el tiempo. De este modo, las distintas cláusulas con-

tractuales acaban siendo el producto de la evolución de un largo período negociando contratos similares, testeando su eficiencia, hasta lograr el mejor modelo. A su vez, esos contratos permiten evidenciar valores, y a partir de los principios abstractos que surgen de ellos, se van delineando costumbres que terminan siendo aceptadas por grupos más numerosos.

4. Costumbres

Los valores expresados en relaciones interpersonales que generan lazos de reciprocidad y se reiteran en el tiempo, constituyen la base de las costumbres, que se manifiestan en forma de prácticas y usos reiterados.

Es así como en este proceso de desarrollo individual de valores, intercambio y adecuación, en una comunidad se van delineando ciertas costumbres que crecen a partir de comportamientos que se vuelven reiterados y aceptados por la mayoría de las personas, y que por lo tanto, establecen criterios sobre comportamiento esperado, que favorecen el intercambio y la búsqueda individual de los propios fines. En este contexto, existe una influencia entre valores y costumbres que va en dos vías: los valores contribuyen a la formación de costumbres y las costumbres influyen sobre la aceptación de ciertos valores y el cultivo de determinadas virtudes.

En los valores y las costumbres puede encontrarse además un mecanismo evolutivo, competitivo y superador. Las personas en principio intentan adecuar su conducta a las costumbres vigentes, pero las mismas personas pueden con el tiempo modificar sus valores y finalmente modificar las costumbres, cuando su empleo no redunda en los resultados buscados, o bien mantenerlos cuando son eficientes. Por este camino, cuando las costumbres solidifican y se vuelven estables, se convierten en la base de normas sociales que, como señalaba Adam Fer-

guson en su famosa frase, son producto de la acción humana pero no del designio de persona alguna.¹⁶⁶

5. Reglas

Al actuar, tenemos expectativas de que los demás responderán de determinada manera beneficiosa a nuestros intereses, y somos capaces de identificar ciertas regularidades en el comportamiento ajeno. Los valores compartidos, plasmados en acuerdos voluntarios y reiterados generalizadamente como costumbres, generan ciertas reglas específicas de comportamiento que tienden a ser aceptadas por las personas, en la medida en que descubren su conveniencia como principios abstractos de formulación de los valores aceptados. Señalaba Hayek en este sentido:

Regla, en este contexto, denota simplemente una propensión o disposición a obrar o no obrar de una cierta manera, que se manifiesta en lo que podríamos llamar una práctica o costumbre. Como tal, es uno de los determinantes de la acción, si bien solo puede ser un elemento predominante en la mayor parte de los casos. Toda regla de este tipo actúa siempre en combinación y a menudo en competencia con otras reglas y disposiciones y con especiales impulsos, y si una determinada regla prevalece en un caso particular, dependerá de la fuerza de la propensión a actuar que la misma denote, y de la fuerza de las demás disposiciones o impulsos que intervienen en el mismo contexto.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ferguson, Adam, *An Essay on the History of Civil Society*, Cadell, Kincaid, Creech & Bell, 1767, pp. 187-188. Resulta ilustrativo recordar que la moral —a la que Ferguson incluía entre las instituciones espontáneas— y la ética, remiten etimológicamente a las costumbres (*mor*, *mores* en latín, *ethos* en griego).

¹⁶⁷ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., p. 102.

Sin el propósito de enunciarlo de manera explícita, aprendemos a distinguir qué conductas generan respuestas positivas en los demás y cuáles serán rechazadas; y en consecuencia, cuáles nos convendrá respetar para lograr nuestros fines sin provocar reacciones negativas.

Las reglas son enunciados capaces de describir una regularidad en la conducta de los individuos. Esta regularidad es producto de decisiones personales de comportarse respetando ciertos principios y persiguiendo determinados valores. De modo que esa regularidad traduce una costumbre de la cual se desprende la regla como expresión abstracta.

Las acciones desarrolladas en consonancia con dichas reglas son independientes de ellas, es decir, que la regla puede no ser explícitamente conocida o enunciada por quien actúa de acuerdo con ella, que lo hace porque considera que le reporta un beneficio.¹⁶⁸ Su poder de acatamiento se basa en el hecho de que, al ser eficientes para las personas, hace que los intercambios que se realicen respetándolas refuerzen su propia autoridad.

De este modo, existen personas cuyos códigos de valor determinan acciones e intercambios que generan costumbres de

¹⁶⁸ Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, op. cit., p. 116. Hayek distingue las reglas de conducta de los individuos actuantes, del orden resultante. Hace algunas aclaraciones al respecto: 1) El orden puede ser observado y descripto, aún cuando no se conozcan las reglas de conducta de los individuos que lo producen; 2) Las reglas podrán producir un orden beneficioso o pernicioso según las circunstancias externas; 3) Determinadas reglas de conducta individual pueden ser beneficiosas en ciertas circunstancias externas, y perjudiciales en otras circunstancias; 4) Para la preservación del grupo, lo importante es el orden global resultante y no la regularidad de las acciones individuales; 5) La producción del orden no es objetivo consciente de la acción individual; 6) las reglas no son causa eficiente de acción, sino que operan como restricciones a acciones provocadas por otras circunstancias; 7) Las acciones de los distintos individuos estarán de tal modo coordinadas o recíprocamente ajustadas unas a otras, que su resultado removerá el estímulo inicial o hará inoperante el impulso que fue la causa de la actividad (op. cit., pp. 117-118).

las cuales se deducen reglas. Por otra parte, otras personas aprenden que les resulta conveniente respetar dichas reglas porque ello facilita su integración cooperativa provechosa, y lo seguirá haciendo mientras no advierta que, dado su propio código de valores, los beneficios de respetar la regla sean menores a los costes de no respetarla.

Por ejemplo, las personas recurren al intercambio, sobre la base del propio provecho, y reconocen que dicho intercambio es beneficioso para todos. Luego, entienden también que en las vinculaciones contractuales es bueno que los pactos se cumplan. Cada persona que efectúe un contrato con prestaciones diferidas esperará que el otro cumpla su compromiso, y reconocerá como esperable por aquél, que él haga lo mismo.

De estas reglas consuetudinarias surgirán modos de comportamiento, tanto propio como esperado en los demás, aun cuando no se hubiesen sancionado explícitamente disposiciones obligatorias en tal sentido por ninguna autoridad.

Es importante tener en cuenta que estas reglas son consustanciales con la coexistencia pacífica. Sería imposible concebir la cooperación social sin ellas.¹⁶⁹

Probablemente en el futuro, nuevas formas contractuales o nuevas cláusulas incluidas en contratos tradicionales, se harán cargo de estas reglas, estableciendo condiciones, penalidades, plazos, etc., que las tengan en cuenta. Todo ello ocurrirá de manera no planificada, siguiendo ese orden espontáneo que comenzó con valores individuales hasta que se plasmó en las costumbres que originaron las reglas abstractas. Este proceso es originariamente intelectual, requiere de un proceso de abstracción elaborado por la propia mente, lo que ocurre mucho antes de que se piense en cómo formalizar dichas reglas de manera explícita:

¹⁶⁹ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., pp. 108-109.

Para comprender el proceso de gradual articulación verbal de reglas que han sido obedecidas durante mucho tiempo, conviene recordar que la facultad de abstracción, lejos de ser producto del lenguaje, fue adquirida por la mente mucho antes del desarrollo del propio lenguaje. El problema del origen y de la función de estas reglas, que gobiernan tanto la acción como el pensamiento, es pues totalmente distinto del problema relativo a cómo fueron articuladas verbalmente.¹⁷⁰

De este modo, es preciso reconocer que los seres humanos hemos estado interactuando y generando prosperidad y progreso a lo largo de muchísimo tiempo, sobre la base de reglas que no fueron formalizadas ni verbalizadas por las personas, pero que se respetaron porque se reconoció su utilidad para mejorar la relación con los demás y obtener el mayor provecho personal posible de la cooperación con otros.¹⁷¹

En este sentido, la relación entre las costumbres y las reglas es particularmente estrecha. Puede decirse que la regla es la formulación abstracta de la costumbre (aun cuando tal formulación no se haga por escrito o de manera explícita) y que la costumbre es la expresión animada, la praxis, de la regla.

Es importante tener en cuenta que estas reglas que emanan de las valoraciones plasmadas en costumbres, finalmente se independizan y adquieren fuerza de convicción propia. En consecuencia, puede suceder que una regla que se ha mostrado eficiente para resolver ciertos aspectos de la rela-

¹⁷⁰ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., pp. 102-103. Ver asimismo: «La primacía de lo abstracto», en *Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Unión Editorial, Madrid, 2007, pp. 55-71.

¹⁷¹ Señala Hayek que si lo que se denomina *Sprachgefühl* (sentido del lenguaje), consiste en nuestra capacidad para seguir reglas aún no formuladas, no hay razón alguna para que, por ejemplo, el sentido de justicia (*Rechtsgefühl*) no deba consistir también en la capacidad de seguir reglas que no conocemos, en el sentido al menos de conseguir formularlas (*Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Unión Editorial, Madrid, 2007, p. 87).

ción entre personas, continúa siendo respetada aun cuando las bases consuetudinarias que le dieron origen hayan sido abandonadas o modificadas.

En este sentido, la autoridad de las reglas está sometida a un mismo proceso de validación que el que se produce a través del razonamiento crítico con cualquier otra teoría o postulado. El permanente testeo de la regla a partir de su aplicación práctica, mostrará su eficiencia o ineficiencia, y la conveniencia de mantenerla, modificarla o eliminarla.

6. Normas

De este proceso evolutivo surgen las normas, que suponen la formulación explícita de esos principios abstractos, y adquieren fuerza decisoria para la resolución de determinadas disputas nacidas en reclamos.

Como señalé más arriba, la característica tradicional que se confiere a las normas es su obligatoriedad. En el derecho de creación legislativa, la autoridad emana de su sanción por la legislatura. En el derecho de creación judicial, la autoridad surge de su sanción por los jueces, y su posterior integración a la jurisprudencia.

En una visión del derecho que no se asienta en la imposición coactiva, la característica principal de la norma debería ser la fuerza convictiva de la regla abstracta que expresa, y que indica una solución de aceptación generalizada para resolver el conflicto. En este contexto, la norma se vuelve coactiva al ser aplicada en la solución de un caso concreto, siguiendo un procedimiento aceptado por los litigantes o establecida por normas consuetudinarias previas cuando dicho acuerdo no es posible.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que norma es toda regla abstracta aplicada para la solución de un conflicto,

que se elabora sobre la base de estos presupuestos: 1) o bien nace de una decisión y aceptación deliberada de los involucrados en un conflicto, lo que incluye cláusulas contractuales y previsiones institucionales; 2) o bien se deduce de ciertas reglas de base consuetudinaria, descubiertas por las propias partes, mediadores o árbitros que busquen resolverlo siguiendo el procedimiento acordado.

En el primer supuesto adquirirá el carácter de norma cuando la cláusula contractual o previsión institucional sea aplicada expresamente. En el segundo, cuando la regla sea descubierta, seleccionada y aplicada siguiendo un procedimiento directa o indirectamente aceptado por las partes para la solución de un determinado conflicto.

Por lo tanto, una particularidad de las normas consuetudinarias surgidas a partir de la acción individual, es que no podrán ser sancionadas o reconocidas en forma general, abstracta y a futuro por ninguna autoridad. Deberán ser descubiertas y aplicadas en cada caso concreto.

Los mecanismos de solución de conflictos a los que las partes adhieran podrán disponer que los árbitros sigan determinadas reglas emanadas de costumbres reconocidas como fuente de su decisión. También lo harán los mediadores, cuando intenten acercar a las partes a una solución del conflicto.

Cuando finalmente la costumbre, convertida en norma, es fuente de la resolución de un reclamo concreto, la regla abstracta que emana de ella, en la forma en que haya sido aplicada para decidir el caso, será un precedente que podrá ser invocado y utilizado como fuente en futuros conflictos, cuando se opte por procedimientos que permitan esa alternativa.

La relación que existe entre las costumbres y las normas que se deducen de ellas puede advertirse en los grandes sistemas jurídicos que se han basado en el derecho consuetudinario.

Por ejemplo, los comerciantes que arbitraban en los conflictos comerciales producidos en el Mediterráneo, aplicando la *lex mercatoria*, decidían las disputas basados en los hábitos comerciales, los usos y costumbres mercantiles que se respetaban en los acuerdos llevados a cabo en sus puertos. Es interesante advertir que esos puertos eran puntos de confluencia de mercaderes que procedían de los lugares más recónditos de China o India, del norte de Europa o de África, hablando idiomas distintos, con costumbres, religiones y legislaciones muy diversas, y sin embargo, se allanaban a las decisiones de árbitros que aplicaban las reglas comerciales surgidas a partir de las costumbres desarrolladas en esos puertos.

Los pretores romanos también habitualmente invocaban las antiguas costumbres como fuente de decisiones que luego se convertían en normas. De allí surgieron algunas frases comúnmente agregadas a la legislación posterior como guías para la decisión de los jueces, tales como las que hacían referencia a la conducta esperada de un «buen padre de familia», o aquellas conductas que respetaban la «moral y las buenas costumbres», y otras similares, que en definitiva remitían a las costumbres aceptadas.

En el *common law* anglosajón, igualmente las costumbres fueron consideradas fuente principal del derecho, y debían ser descubiertas por los jueces al resolver los casos sometidos a ellos. El criterio tradicional desarrollado por William Blackstone en el siglo XVII y seguido por juristas británicos y norteamericanos durante mucho tiempo, sostén que las sentencias judiciales no crean derecho, sino que declaran un derecho preexistente que se encuentra en las costumbres prolongadas e inmemoriales de los habitantes.¹⁷²

¹⁷² Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Bancroft-Whitney Co., San Francisco, 1925, t. I, p. 63.

Esas costumbres ya venían siendo mencionadas por los jueces ingleses desde mucho antes, y se pueden encontrar referencias a ellas en la Carta Magna (1215). Tales costumbres forman la «ley de la tierra» (*the law of the Land*). Los jueces eran considerados depositarios de esa ley, y su tarea consistía en descubrirla en cada caso y mantenerla incólume en sus decisiones subsiguientes.¹⁷³

En esta visión de Blackstone, los jueces debían respetar los precedentes, no estaban autorizados a crear nuevo derecho sino a mantener y exponer el viejo, descubierto previamente por otros jueces. Ello era así porque una vez descubierta la regla surgida de la costumbre, debía ser mantenida a menos que algún motivo grave justificara apartarse de ella. Precisamente se entendía que el juez se podía apartar del precedente, al descubrir que era claramente contrario a la ley divina o a la razón. En tales casos, el juez resolvía sancionando la «verdadera» costumbre, que había sido ignorada por los jueces anteriores.

La tesis de Blackstone fue sostenida en Norteamérica en los inicios del siglo xx por James Coolidge Carter, pero con un agregado que la nutría de dinamismo. En efecto, sosténía una perspectiva evolutiva y dinámica, que permitía deducir nuevas costumbres como fuente de criterios jurisprudenciales que evolucionan.

El progreso de la sociedad desarrolló constantemente nuevas formas de conducta, fundadas en nuevas convicciones sobre lo que es recto, y esto creó la demanda de nuevas acciones de los tribunales mediante la concesión de remedios.¹⁷⁴

¹⁷³ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, op. cit., p. 135.

¹⁷⁴ Carter, James C., *Law, Its Origin, Growth and Function*, Putnam's Sons, New York and London, 1907, p. 63.

De tal modo se advierte que las normas aplicables al caso eran deducidas por quien debía resolverlo, recurriendo a la búsqueda de la solución que mejor se adecuara a las costumbres más arraigadas, en las cuáles se fundaban las conductas esperadas por las personas. La norma consuetudinaria, en consecuencia, no era establecida con carácter previo a su invocación, sino que era buscada y deducida en el momento en que se requería su aplicación.

Es bueno recordar que, incluso luego del inicio de la codificación, especialmente en cuestiones vinculadas con el derecho comercial, se aceptó la costumbre *contra legem*, esto es, que la existencia de ciertas costumbres fuertemente arraigadas en las relaciones personales, pudieran evitar la aplicación de una ley que las contradijera. Ese principio se fue atenuando con el tiempo, hasta haber prácticamente desaparecido.

IV. ESTABILIDAD Y EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS CONSUETUDINARIAS DEDUCIDAS POR LOS ÁRBITROS Y JUECES

Con el desarrollo de las normas consuetudinarias se da un proceso similar que el que ocurre con el desarrollo del conocimiento científico, la jurisprudencia de los tribunales, las formas contractuales, el lenguaje y todo proceso de interacción humana que evoluciona. Es la relación entre lo dado, aceptado y estable, frente a lo innovador, superador o preferido.

El requerimiento humano de un criterio de certeza, y la superación de sus limitaciones de conocimiento, se manifiestan de maneras distintas según el problema con el cual se enfrente cada uno. Para los estándares de conocimiento requerido para la vida diaria del hombre común, la certidumbre es quizás más importante que el cuestionamiento del conoci-

miento que se presume cierto. Para el científico probablemente ocurra lo contrario.¹⁷⁵

El científico avanza sometiendo las teorías a refutación. El criterio para establecer el estatus científico de una teoría es su refutabilidad o testeabilidad. Una teoría que no sea refutable por ningún suceso concebible no es científica.¹⁷⁶ La teoría del científico es la constante detección y eliminación del error, a través de la crítica de las teorías y presunciones, tanto las ajena como las propias.¹⁷⁷

El desarrollo continuo es esencial para el carácter racional y empírico del conocimiento científico: si la ciencia cesa de desarrollarse pierde ese carácter. Es la forma de su desarrollo lo que hace a la ciencia racional y empírica, esto es, la forma en que el científico discrimina entre las teorías disponibles y elige la mejor o (en ausencia de teoría satisfactoria) la manera en que sugiere algunas de las condiciones que debe cumplir una teoría satisfactoria.¹⁷⁸

El modo en que para Popper evolucionan las teorías científicas, a partir de la confrontación y refutación de sus conclusiones siguiendo un método de razonamiento crítico, es asimilable al utilizado por los tribunales para la elaboración de criterios legales, especialmente para aquellos que tienen la función de resolver conflictos aplicando normas que deben deducir de la razón y las costumbres. En ambos casos se busca afianzar el conocimiento adquirido hasta el momento (o el criterio jurídico aplicable) a partir de su confrontación

¹⁷⁵ Rojas, Ricardo Manuel, «Ayn Rand y Karl Popper sobre el conocimiento ¿Es posible encontrar un punto de conexión?», *Revista Libertas* n.º 40, ESEADE, Buenos Aires, mayo de 2004.

¹⁷⁶ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1991, p. 61.

¹⁷⁷ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, op. cit., p. 50.

¹⁷⁸ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, op. cit., p. 264.

con nuevas teorías o criterios, consiguiendo de tal confrontación, o bien la refutación y consecuente abandono de la teoría o criterio anterior, o bien su fortalecimiento.

La noción de «seguridad jurídica» ha transitado alrededor de la tensión que produce ese enfrentamiento entre la búsqueda de la solución eficiente y razonable en el caso y el respeto a los precedentes sólidamente establecidos, que permiten poner en claro las reglas de juego sobre las cuáles giran las expectativas y decisiones de las personas.¹⁷⁹

Esa tensión fue solucionada por los jueces a través de doctrinas jurisprudenciales que lograron establecer un equilibrio entre el respeto de las normas abstractas seleccionadas al resolver casos concretos (para afianzar la certeza jurídica) y la posibilidad de discutirlas mediante un procedimiento serio y complejo (para permitir la evolución y mayor eficiencia de las soluciones jurídicas).¹⁸⁰ Del modo mismo en que

¹⁷⁹ Rojas, Ricardo Manuel, «Los alcances de la decisión judicial», en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 2014, p. 338.

¹⁸⁰ La Corte Suprema argentina —de un modo similar a la de Estados Unidos— ha sostenido en primer lugar, que un criterio jurisprudencial solo puede reiterarse en la medida en que se presenten cuestiones fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico (*Fallos*: 323:1669) y que la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriores (*Fallos*: 293:50). Pero deben existir causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio (*Fallos*: 183:409), pues de lo contrario debe primar la estabilidad de la jurisprudencia (*Fallos*: 209:431). En definitiva, los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina de la Corte aun al decidir casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional, en virtud de su independencia de criterios (*Fallos*: 308:1575, 2561); principio al que cabe hacer excepción en los casos en que se produce un desconocimiento de lo resuelto en el mismo caso, en violación al principio de obligatoriedad de las decisiones judiciales (*Fallos*: 307:1948). Sin embargo, ese apartamiento no puede ser arbitrario e infundado, pues no obstante que los jueces solo deciden en los procesos concretos que les son sometidos, y que los fallos de la Corte Suprema no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus

Popper concebía el avance del conocimiento científico, los criterios jurisprudenciales también evolucionan al ser sometidos a un testeo serio y profundo, mediante un proceso de razonamiento crítico, que eventualmente permita refutarlos y modificarlos.

Lo propio puede decirse sobre la evolución de las reglas que sustentan a las normas jurídicas de origen consuetudinario. Su valor está supeditado a que otras costumbres que potencialmente compiten con ellas adquieran mayor fuerza y las sustituyan. Normalmente ese proceso no se produce de manera abrupta, sino por una lenta evolución que solo consagra la sustitución de una costumbre por otra una vez que la nueva cuenta con fuerte aceptación. De todos modos, como ya se dijo, los cambios en las costumbres tampoco suponen una automática modificación de las reglas de convivencia que estaban basadas en ellas. Muchas veces, ciertas reglas que han mostrado ser eficientes para lograr la cooperación social, se mantienen vigentes aun cuando las costumbres que les dieron sustento hayan sido abandonadas.

Las normas deducidas y aplicadas en conflictos concretos constituyen —como la jurisprudencia o los precios— un sistema de señales que guiarán las conductas de los individuos. Estos aceptarán las reglas aplicadas, en parte por compartir las, en parte porque no hacerlo podría acarrear consecuencias desagradables de algún tipo. No obstante ello, en la toma de decisiones estrictamente personales o en su discusión con otras personas, esos criterios y reglas podrán ser dejados de lado expresamente y sustituidos por otros acordados por las partes, desde que las normas no tienen autoridad obligatoria salvo cuando resultan aplicables en un conflicto concreto.

decisiones a aquellos (*Fallos*: 311:2004; 312:2007). Sobre este punto ver: Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, Unión Editorial, Buenos Aires, 2018, pp. 176-182.

Esta circunstancia, a su vez, contribuye al proceso de testeo y competencia de criterios y reglas.

Tal proceso de lenta evolución a partir del análisis crítico de los postulados actuales, es común a todas las instituciones que son el producto de la acción humana pero no del designio de persona alguna. Es aplicable al lenguaje, al mercado, la jurisprudencia de los tribunales cuando no existen fallos plenarios obligatorios de tribunales superiores, y a las normas consuetudinarias. No se aplica, en cambio, para las decisiones impuestas por una autoridad, como es el caso de la legislación.

Las normas de origen consuetudinario así entendidas, pueden cumplir el papel que Popper adjudicaba a las tradiciones, entendidas como regularidades que permiten tener certezas al momento de actuar:

Estaríamos ansiosos, atemorizados y frustrados, y no podríamos vivir en el mundo social, si este no contuviera en grado considerable orden, un gran número de regularidades a las cuales ajustarnos. La mera existencia de estas regularidades es, quizás, más importante que sus méritos o deméritos peculiares. Estas regularidades son necesarias y, por ende, se las transmite como tradición, sean o no —en otros aspectos— racionales, necesarias, buenas, hermosas o lo que se quiera. La tradición es una necesidad de la vida social.¹⁸¹

Esta tradición se integra con un conjunto de reglas sociales formadas del modo antes señalado, y que compiten entre sí, en constante progreso.

Esta visión de la tradición puede ser vinculada también con la de Oakeshott en punto a la preservación de las cos-

¹⁸¹ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1991, pp. 167-168. Y continúa diciendo: «De este modo, la creación de tradiciones desempeña un papel semejante a la de teorías. Nuestras teorías científicas son instrumentos mediante los cuales tratamos de poner cierto orden en el caos en el cual vivimos para hacerlo racionalmente predecible».

tumbres. El autor inglés sostenía su posición conservadora en el entendimiento de que es bueno mantener aquellas costumbres que generan reglas y soluciones eficientes a las que nos hallamos habituados, y que es útil para las personas el respeto de ciertas normas consuetudinarias que forman el *rule of law*, las que no deberían ser modificadas de manera abrupta.¹⁸²

En los sistemas jurídicos basados en derecho judicial, como el *common law*, se ha considerado que la jurisprudencia de los tribunales tiende a legitimar las reglas de origen consuetudinario más eficientes.¹⁸³ La tarea de los jueces, en estos casos, es determinar el modo en que se descubren y hacen evidentes aquellas normas emanadas de las costumbres. En su aplicación reiterada, las reglas de origen consuetudinario se irán adecuando en tanto se advierta la eficiencia de unas y la ineficiencia de otras en el contexto del orden jurídico. Esta tarea requerirá una especial atención del juez, aunque como señala Priest, las normas eficientes serán más adecuadas para resistir como precedentes de control sin importar la actitud de cada juez a la eficiencia, su habilidad para distinguir entre resultados eficientes e ineficientes, o el interés o desinterés de los litigantes acerca de los efectos distributivos de dichas normas.¹⁸⁴

¹⁸² Oakeshott, Michael, «On being conservative», en *Rationalism in Politics and other Essays*, Liberty Fund, Indianapolis, 1991, pp. 407-437. Sosténia Oakeshott: «Ser conservador es preferir lo familiar a lo desconocido, preferir lo que se ha intentado a lo que no se ha intentado, los hechos al misterio, lo cierto a lo posible, lo limitado a lo ilimitado, lo cercano a lo distante, lo suficiente a lo superabundante, lo conveniente a lo perfecto, la sonrisa presente a la felicidad utópica» (p. 408).

¹⁸³ Conf. Priest, George L., «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», 6 *Journal of Legal Studies* 65 (1977); Rubin, Paul H., «Why is Common Law Efficient?», 6 *Journal of Legal Studies*, 51 (1977); Stordeur (h), Eduardo, «Economía de los Contratos y Escuela Austriaca de Economía: consideraciones preliminares», *Libertas* n.º 54, p. 99).

¹⁸⁴ Priest, George L., «El proceso en el derecho consuetudinario y la elección de normas jurídicas eficientes», en Andrés Roemer (compilador), *Derecho*

Sin embargo, incluso entre quienes reconocen la superioridad del derecho judicial sobre el legislativo, se ha producido un debate acerca de la verdadera función de los jueces.

En efecto, se puede entender el trabajo de los jueces siguiendo la tradición de Hayek y Leoni, en el sentido de que más allá de resolver una disputa concreta del modo más razonable posible, los jueces elaboran normas abstractas que garantizan la certeza jurídica y operan como una suerte de sistema de «precios» que contribuye a solucionar conflictos sin recurrir a los tribunales. En esta visión, es importante mantener la autoridad de los precedentes y solo modificarlos en la medida en que eso se vuelve necesario debido al cambio de los postulados de hecho o un deliberado cambio de criterio muy meditado.¹⁸⁵ De este modo, los jueces no solo resuelven causas concretas, sino que contribuyen a brindar seguridad jurídica al establecer criterios jurisprudenciales para el futuro.

Para otros autores que enfocan su mirada prioritariamente en la solución del caso concreto, la fuerza del precedente debe ceder cuando el juez cuenta con información suficiente como para tomar la decisión más eficiente para resolver el caso concreto, o cuando sea importante introducir criterios que fomenten incentivos de conducta eficiente hacia el futuro.

En una sociedad con justicia estatal monopólica, es indispensable balancear las funciones de otorgar seguridad jurídica a través de precedentes claros, con la de buscar la solución más eficiente para resolver el conflicto concreto.

y Economía: una revisión de la literatura, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 346.

¹⁸⁵ Sobre el punto ver: Rojas, Ricardo Manuel: «Los Alcances de la decisión judicial», en 15 años del Centro de Formación Judicial, Edición del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, pp. 333-347. Ver también: *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, op. cit., pp. 171 y ss.

La inexistencia de tal monopolio estatal, permitiría que todos los criterios posibles para solucionar los conflictos puedan ser evaluados y decididos libre y voluntariamente por las personas en sus discusiones sobre reclamos, y entonces es probable que lo prioritario para ellas sea la búsqueda de la mejor solución del caso concreto; lo que podría buscar sin el temor de interferir en la formación jurisprudencial.

Esa visión debería ser retomada para permitir la elaboración de una Teoría de las Normas, nutrida en su formación por ciencias auxiliares como la psicología, la moral, la economía, la antropología, la sociología y la historia.

Por ese camino se comenzaría a resolver el principal problema que se le plantea a la visión praxeológica del derecho, que consiste en cuáles deberían ser las bases normativas para la resolución de un conflicto, cuando las partes no se han puesto previamente de acuerdo en el contexto. Las normas emanadas de costumbres solidificadas por su aceptación general sostenida en el tiempo, pueden ser una fuente aún más segura que la legislación, para abordar dicho problema. En especial porque estas normas suelen ser producto de deducciones racionales válidas más allá de tiempo y lugar.

Por otra parte, esas normas consuetudinarias no serán la imposición política de ciertos valores morales —como ocurre actualmente con la legislación, que por vía de normas escritas obliga a las personas a regirse por determinados valores pre establecidos por el legislador—, sino la consecuencia del intercambio libre y voluntario de valores entre los individuos, de los que se deducirán normas aplicables supletoriamente.

V. SISTEMAS JURÍDICOS NACIDOS EN LAS COSTUMBRES: *LEX MERCATORIA*, ANTIGUO DERECHO ROMANO, *COMMON LAW*

Como se vio, la antropología nos brinda un auxilio muy importante para obtener información respecto de cómo se forma-

ron los sistemas de normas consuetudinarias en las sociedades primitivas. Con la evolución de las sociedades, esas normas consuetudinarias se mantuvieron y también evolucionaron en forma de derecho foral en buena parte de Europa. Hasta la fuerte irrupción de la legislación codificada a partir del siglo XVIII, como expresión final del constructivismo racionalista que se había impuesto desde un siglo antes, las normas jurídicas estuvieron conformadas por la sanción jurisprudencial de las costumbres.

Entre los muchos ejemplos históricos que se pueden mencionar de estos sistemas jurídicos basados en costumbres, me parece conveniente rescatar tres, tanto por la importancia que han tenido, su extendida duración y su éxito: la *lex mercatoria*, el antiguo derecho romano y el *common law* anglosajón.

La llamada *lex mercatoria* se desarrolló fundamentalmente en los puertos del Mediterráneo entre los siglos XII y XVI. Consistió en un cuerpo de principios prácticos de resolución de conflictos elaborado por comerciantes, siguiendo las costumbres comerciales de esos puertos, y sirvió durante todo ese tiempo como una base normativa para la resolución de conflictos, en la cual no estuvo involucrada ninguna autoridad estatal. Fueron comerciantes resolviendo disputas entre comerciantes, aplicando costumbres comerciales desarrolladas en esos puertos.

Con el tiempo esas normas que emanaban de costumbres se fueron integrando en textos escritos para su mejor aplicación práctica. En tal sentido se pueden mencionar la *Charte d'Oléron* (s. XII), las *Capitulare Nauticum* (Venecia 1255), la *Tabula Amalfitana* (Amalfi, s. XIV), los *Ordinamenta et Consuetudo Maris Edita per Consules Civitatis Trani* (s. XIV) y el *Consulado del Mar* (Barcelona, 1370). En un sentido similar, aunque en otro contexto geográfico, se desarrolló el *Proyecto de Amsterdam*, elaborado por iniciativa de la Hansa de Brujas en 1407 y luego adoptado en puertos escandinavos con el nombre de *Leyes de Wisby*. También a partir del

siglo XII se elaboraron recopilaciones de costumbres, escritas y ordenadas para algunas ciudades del mediodía francés, que competían en precisión con las italianas y españolas.¹⁸⁶

Estos complejos cuerpos normativos surgieron espontáneamente de la aplicación de las costumbres, discusiones, contratos y sentido común, a la resolución de conflictos de naturaleza comercial.

No se los entendió principalmente como una forma jurídica de derecho comercial, sino más bien como la aplicación de reglas prácticas y de vigencia universal, surgidas en las costumbres comerciales comunes en todos los puertos, y que eran aplicadas por árbitros particulares legos en derecho, normalmente comerciantes, para resolver disputas de esa índole. Eso permitió que a pesar del surgimiento de los Estados Nacionales y de las consecuentes legislaciones nacionales, esos principios pudieran conservar su vigencia.

De este modo, comerciantes de todo tipo de productos, provenientes de los rincones más alejados de Asia, África y Europa, convergían en esos puertos trayendo culturas muy diversas, sin siquiera compartir moneda ni idioma, y podían exitosamente llevar a cabo sus tratos comerciales.

Años después, el auge del mercantilismo y la incursión del Estado en la regulación de la actividad económica, modificó sustancialmente la fisonomía del derecho mercantil, que dejó de ser simplemente una cuestión de negocios entre particulares que resolvían sus disputas recurriendo a árbitros que aplicaban reglas prácticas, para convertirse en una verdadera cuestión de Estado.¹⁸⁷ El desarrollo de los postulados mercantilistas a partir del llamado Dogma Montaigne¹⁸⁸ durante el

¹⁸⁶ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden jurídico*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 2004, p. 87.

¹⁸⁷ Ibid, pp. 87-88.

¹⁸⁸ El llamado «Dogma Montaigne», enunciado en sus Ensayos por Michel de Montaigne en la segunda mitad del siglo XVI, y según el cual el provecho

siglo XVI, perfeccionados un siglo después por Jean-Baptiste Colbert, se combinó con el despotismo absolutista del rey Luis XIV para generar, al decir de Rothbard, una orgía de concesiones de monopolios, subsidios a artículos de lujo y de privilegios que construyeron un descomunal sistema de burocracia centralizada de oficiales conocidos como *intendants* para aplicar el entramado de controles y regulaciones.¹⁸⁹

En ese momento, la formación normativa espontánea basada en costumbres elaboradas a partir de la interacción individual voluntaria, se convirtió en la creación normativa escrita e impuesta por la autoridad política. Paralelamente a las regulaciones al comercio, se desarrollaron en Francia fuertes regulaciones a la industria, que tenían como objeto garantizar la calidad de los productos locales, algo que el mercantilismo se encargó de emparentar con el propio concepto de soberanía.¹⁹⁰

Por este motivo, puede decirse que en Francia la codificación en materia comercial, a diferencia del posterior Código

de unos es el perjuicio de otros, fue la base filosófica sobre la cual algunos años después se desarrolló el mercantilismo, que con mayor fuerza que ninguna otra teoría económica expuesta hasta ese momento justificó la intervención del Estado en el proceso económico. La tesis central era la búsqueda del atesoramiento de metales preciosos, sobre la base de una actividad comercial tendiente a exportar mucho e importar poco, para lograr una balanza comercial siempre favorable (Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, op. cit., pp. 38-39; sobre el mercantilismo y sus distintas expresiones ver: Benegas Lynch (h), Alberto y Jackisch, Carlota, *Libre cambio y división de poderes*, Lumière, Buenos Aires, 2002, pp. 22 y ss.).

¹⁸⁹ Rothbard, Murray N., *Historia del pensamiento económico*, Unión Editorial, Madrid, 1999, vol. 1, pp. 247 y ss.

¹⁹⁰ «Colbert buscaba la uniformidad nacional de los artículos elaborados (...), sus reglamentaciones eran meticulosas y minuciosas. Los decretos para el período 1666-1730 ocuparon cuatro volúmenes, totalizando dos mil cien páginas. Le dieron aún mayor vigor tres suplementos aparecidos posteriormente, casi tan sustanciales como los anteriores» (Lekachman, R., *Historia de las doctrinas económicas*, Lerú, Buenos Aires, 1955, pp. 54 y 55; citado por Benegas Lynch (h), Alberto y Jackisch, Carlota, *Libre cambio y división de poderes*, Lumière, Buenos Aires, 2000, p. 28).

Civil, no fue un producto de la Revolución, sino un anhelo del Antiguo Régimen por afianzar su control sobre el comercio.¹⁹¹

La *lex mercatoria* resulta un excelente ejemplo histórico de cómo una visión praxeológica de los valores y las costumbres permitió llegar a un sistema de normas que no se basó en la intervención de ninguna autoridad superior a los individuos; y es de notar que dichos cuerpos normativos espontáneos permitieron realizar complejas transacciones comerciales ofreciendo soluciones prácticas a los conflictos, que no estaban basadas en criterios jurídicos abstractos sino en usos y costumbres comerciales.

De hecho, como un resabio de aquellos principios, los propios códigos escritos remiten al respeto de los usos y costumbres mercantiles para la solución de cuestiones no previstas por la legislación.

A diferencia de la *lex mercatoria*, circumscripta a conflictos mercantiles y aplicada por comerciantes, el antiguo derecho romano y el *common law* anglosajón brindaron ejemplos muy sofisticados de sistemas jurídicos basados esencialmente en las costumbres descubiertas y deducidas por los pretores y jurisconsultos en Roma y por los jueces en Inglaterra.

A partir de las normas abstractas expuestas al resolver cada caso, basadas en costumbres o elaboradas a partir de las reglas de la lógica, se fue formando un cuerpo de precedentes que con el tiempo sustituyeron a esas costumbres como fuente de futuras decisiones. Sin embargo, la costumbre y la lógica continuaron teniendo un papel fundamental a la hora de rectificar ciertos criterios, elaborar nuevas reglas en cuestiones donde

¹⁹¹ Ese paso de las normas consuetudinarias a una codificación estatal impuesta, marcó la transición de un derecho comercial que se basaba en la acción libre y voluntaria del comerciante, a un derecho basado en la figura del acto de comercio, a la actividad comercial considerada de manera objetiva (Etcheverry, Raúl, *Derecho comercial y económico. Parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 34).

no había precedentes, o para elegir el precedente aplicable a cada caso.

Ambos sistemas han sido la base de la cultura jurídica occidental, y de alguna manera se los ha presentado como modelos antagónicos: el *civil law* y el *common law*. No obstante ello, es muy importante no olvidar que lo que se conoce como *civil law* es el derecho romano elaborado a partir del Código de Justiniano, en 533, que puede considerarse el punto de partida de la visión de derecho legislativo, codificado y con pretensiones de constituir un sistema racional y completo de derecho.

Si bien dicho Código pretendió incluir en sus disposiciones a todo el cuerpo de reglas elaboradas hasta entonces por los pretores y los jurisconsultos en un proceso de varios siglos, lo cierto es que a partir de ese momento, el derecho pasó a ser lo que el *Corpus* establece, y nada que no estuviese contenido en él pudo ser invocado como derecho vigente.

El llamado *civil law*, en consecuencia, fue uno de los pilares del proceso de codificación basado en el racionalismo constructivista a partir del siglo XVIII. Algo muy distinto de lo que había sido el derecho romano en los siglos previos, durante los cuales, tanto los pretores como los jurisconsultos, opinando o decidiendo en controversias concretas, fueron elaborando teoría jurídica deducida de costumbres, razonamiento lógico y sus propios precedentes.

Así se llegó a formar un sofisticado y muy completo cuerpo de normas que han sido la base del derecho privado de buena parte de los países occidentales.

Algo similar ocurrió en las islas británicas. Si se rastrean las raíces del *common law* inglés, se advierte que su base normativa estuvo centrada en las costumbres desde tiempos a los que es difícil rastrear.

Así, por ejemplo, tanto el artículo 39 de la Carta Magna como el artículo 31 de los Artículos de los Barones (ambas fir-

madas en 1215), consagraban el derecho de los comerciantes a comprar y vender, trasladarse, entrar y salir de Inglaterra sin verse sometidos a ninguna injusta exacción, «de acuerdo con las antiguas y justas costumbres» (Artículo de los Barones) o «según las costumbres antiguas y permitidas» (Carta Magna).

Estas antiguas costumbres, a las que también se denominó «la ley de la tierra» (*law of the Land*), fueron el origen del derecho anglosajón y evolucionaron en el tiempo hasta convertirse en distintos principios jurídicos y garantías constitucionales.¹⁹²

De este modo, el debido proceso en materia penal tiene un antecedente en el artículo 29 de la Carta Magna: «Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país» (*per legem terrae*).¹⁹³

El parlamento de 1350 parafraseó «*per legem terrae*» en el sentido de «*par voi de la lei*»;¹⁹⁴ el parlamento de 1354 la convirtió en «*par due process de lei*», de donde probablemente a través de las Institutas de Coke fue tomado por las Enmiendas V y XIV a la Constitución de los Estados Unidos.¹⁹⁵

¹⁹² Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, op. cit., p. 62.

¹⁹³ Pound, Roscoe, *El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Ed. Agora Buenos Aires, 1960, pp. 106 y ss.

¹⁹⁴ Luego de la conquista normanda por Guillermo el Conquistador, se estableció al francés como el idioma oficial de la corte real y de las cortes reales. Ello hizo que los abogados ingleses debieran aprender el idioma francés como su segunda lengua (conf. Hogue, Arthur R., *Origins of the Common Law*, Liberty Press, 1966, p. 7).

¹⁹⁵ McIlwain, C.H., «Due Process of Law in Magna Charta», 14 *Columbia Legal Review* 27, 1924. En «Pugliese vs. Commonwealth», 355 Mass. 471 (1957), citando el artículo 12 de la Declaración de Derechos de Massachusetts, el tri-

En su Segunda Instituta, Edward Coke explicó que la expresión «*legem terrae*» significa «el derecho consuetudinario o la costumbre de Inglaterra»,¹⁹⁶ un derecho independiente de la voluntad del Rey y del Parlamento, con autonomía respecto de cualquier disposición escrita. A partir de dichas costumbres, discutidas y desentrañadas en los pleitos judiciales, se formó el conjunto de precedentes que le dio al *common law* el carácter de derecho judicial que tuvo con posterioridad. Pero su base, recordada permanentemente por los jueces, fueron las costumbres.

Para 1300 ya existían en Inglaterra escuelas de derecho (*Inns of Court*) que no estaban destinadas a formar académicos teóricos, como ocurría en Europa Continental, sino expertos prácticos en el *common law*.¹⁹⁷ Esto es, en la discusión judicial de las costumbres y los precedentes.

Esta tradición se trasladó a las colonias norteamericanas y a los primeros años de la organización de los Estados Unidos. El derecho transitaba por carriles independientes de la política, a tal punto que uno de los debates más profundos que se protagonizaron al discutirse la Constitución fue la referida a la inclusión en ella de una declaración de derechos. Los federalistas se oponían a ello, entendiendo que constituiría una limitación a los derechos naturales que el *common law* ya reconocía o que pudiese reconocer en el futuro.

En ese contexto se preguntaba Hamilton en *El Federalista*:

bunal superior de ese estado estableció que las palabras «*Law of the Land*», que contenía dicha declaración, tomadas de la Carta Magna, abarcaban todo lo comprendido en las palabras «*Due Process of Law*» de la Enmienda XIV. Algo similar resolvió la Corte Suprema de los Estados Unidos en «Kennedy vs. Mendoza-Martínez», 372 U.S. 144 (1963).

¹⁹⁶ Citado por Roscoe Pound, *El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, op. cit., p. 126.

¹⁹⁷ Pipes, Richard, *Property and Freedom*, Knopf, New York, 1999, p. 130.

¿Para qué se necesita una declaración que establezca que el gobierno no podrá, por ejemplo, limitar la libertad de expresión, si la propia Constitución no le otorga facultad alguna para limitarla? Enumerar una serie de derechos en una Constituciónaría entenderse como un reconocimiento de que los derechos solo existen por delegación constitucional.¹⁹⁸

Sin embargo, esta visión completamente coherente con la idea de orden jurídico que provenía de Inglaterra, cedió poco después, y la declaración de derechos fue introducida en modo de enmiendas. Aunque el temor por las consecuencias de ese salto hizo que se incluyera la Enmienda IX, que preveía que la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no podrá alegarse para negar o desvirtuar otros, retenidos por el pueblo.¹⁹⁹

Es importante tener presente que estas tres perdurables y exitosas formas de elaboración consuetudinaria de derecho, tuvieron también vinculación entre sí. Es indiscutible la influencia del antiguo derecho pretoriano romano en las decisiones de los jueces ingleses. Las máximas romanas eran frecuentemente citadas por ellos.

¹⁹⁸ Alexander Hamilton en *El Federalista*, n.º LXXXIV.

¹⁹⁹ Ver en este sentido Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, *op. cit.*, pp. 73 y ss. Es importante tener en cuenta que, de todos modos, las garantías y derechos incluidos en las primeras enmiendas constitucionales en Estados Unidos, difieren de las declaraciones de derechos que se sucedieron en las Constituciones con posterioridad. En general, se limitaron a ser defensas para oponer frente al avance del poder estatal, es decir, limitaciones al gobierno para avanzar sobre la vida de las personas, sea restringiendo su derecho a opinar, su libertad personal, sometiéndolo a registros o cateos irrazonables, allanando arbitrariamente su domicilio, apoderándose de su correspondencia, etc. Pero esa noción de garantía frente al poder estatal se convirtió en una regulación de derechos individuales, como ocurrió por ejemplo en la Constitución argentina, en su artículo 14.

Lo que nació como un límite al poder del estado, en las posteriores constituciones se convirtió en una autorización al Estado para regular derechos.

Por otra parte, existen varios puntos de conexión entre la *lex mercatoria* y el *common law*. Entre ellos se puede mencionar el denominado *Little Red Book of Bristol*, consistente en una colección miscelánea de textos medievales manuscritos, copiados en un libro para su conservación como fuentes locales de la ciudad de Bristol. Esos textos, que en su mayoría datan de entre 1344 y 1410, se inician con un pequeño texto que ha sido considerado como el más antiguo tratado de recopilación de leyes mercantiles inglesas surgidas de los usos y costumbres comerciales: *Incipit Lex Mercatoria, Que, Quando, Ubi, Inter Quos Et De Quibus Sit*.²⁰⁰

En definitiva, las distintas formas de elaboración espontánea de derecho, ya sea a partir de costumbres o reglas comerciales decididas por comerciantes, o de reglas jurídicas deducidas por jueces o pretores, pueden encontrar puntos de integración desde que los modos de cooperación social tienden a desarrollarse de manera similar en todas partes.

En definitiva, no debe olvidarse que más allá de los tres ejemplos mencionados debido a su éxito y perdurabilidad, en toda Europa el derecho comenzó desarrollándose alrededor de la aplicación de usos y costumbres, y puede observarse en todas las regiones del continente en forma de derecho foral o comunal.

²⁰⁰ Coquillette, Daniel R., «*Incipit Lex Mercatoria, Que, Quando, Ubi, Inter Quos Et De Quibus Sit*. El tratado de *Lex Mercatoria* en el Little Red Book de Bristol (CA. 1280 AD)», en Carlos Petit (Ed.) *Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 143-228.

5. Teoría de los reclamos por daños y crímenes

La acción humana deliberada produce consecuencias, a veces deseadas y a veces no, que pueden originar perjuicios a otras personas. Estos perjuicios producen tensiones, toda vez que, en principio, deberán ser soportados por quien no los produjo, quien a su vez se considera autorizado a reclamar una reparación. Pero la pérdida producida por esa conducta —sea dolosa, culposa o fortuita—, deberá ser soportada por quien la sufrió, a menos que el reclamo resulte exitoso. Esto ha originado un área de estudio y litigación, que es la vinculada con los reclamos por daños y crímenes.

El derecho de daños se ha enfocado alrededor de la responsabilidad, esto es, que no cualquier externalidad que genere perjuicio debería ser indemnizada, sino solo aquella que reúna determinados requisitos que se le puedan imputar a alguno de los involucrados.²⁰¹ Los alcances de esta responsabilidad variarán de acuerdo con el grado de reprochabilidad de la conducta de quien produjo el daño: será más gravoso para quien obró intencional y deliberadamente (dolo) que para quien obró con imprudencia, negligencia o impericia (culpa). Asimismo, la responsabilidad será inferior si el propio damnificado ha concurrido en alguna medida a la producción del daño.

²⁰¹ Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Ed. Palestra, Lima, 2009, p. 702.

La acción produce externalidades, tanto positivas como negativas. La gente trata de internalizar estas externalidades a partir de soluciones contractuales o institucionales, pero lo cierto es que no todas las externalidades dan lugar a reclamos. Una de las primeras discusiones que debe producirse en esta materia es cuál es el límite de una externalidad sopor-table, que no da lugar a reclamo, de aquella que sí lo produce. Y en este punto difícilmente se puedan establecer criterios tajantes a priori, deberá apelarse a la casuística que, con el tiempo, vaya estableciendo criterios generales que se volverán aplicables al convertirse en normas consuetudinarias.

En este sentido, existen ciertos principios que pueden considerarse intuitivamente aceptados por todos y que pueden ser la base de criterios normativos espontáneos y consuetudinarios:

- 1) que quien es lesionado o dañado tiene derecho a reclamar una reparación,
- 2) que el reclamo debe ser proporcional al daño.
- 3) que el reclamo podrá ser superior o inferior en atención al grado de culpabilidad de quien lo produjo, o la propia participación del demandante en su producción.

A partir de esta base, es posible elaborar una teoría de la responsabilidad por daños con independencia a los mandatos impuestos por alguna autoridad.

Es bueno recordar que las tradiciones jurídicas basadas en decisiones de árbitros o jueces, alcanzaron un alto desarollo de principios de interpretación para la solución de estos casos. Su base fueron antiguas costumbres, de las cuales se dedujeron reglas posteriormente recogidas por los jueces o árbitros en sus decisiones, y que con el tiempo formaron un cuerpo legal, incluso en el caso de la *lex mercatoria*, cuyos árbitros no eran siquiera abogados.

Richard Epstein recuerda, entre las reglas simples que regulan un mundo complejo, una que ha surgido del derecho consuetudinario, y que supone que la fuerza física debe ser excluida en el trato entre individuos, ya sea respecto de la persona en sí como en sus propiedades. Esta regla es la de «no molestar» o «no me toques» (*keep off*), entendida como: «si me tocas y me dañas, deberás pagar», y que puede considerarse como la base de la responsabilidad por daños.²⁰²

Las normas consuetudinarias y los mecanismos contractuales e institucionales de solución de reclamos por daños deberían dar lugar a otras formas voluntarias de sujeción a las decisiones de los árbitros, fundamentalmente institucionales.

Muy probablemente las empresas de seguro, las compañías de arbitraje o asesoría legal, ofrezcan servicios para la solución de este tipo de conflictos, y las distintas compañías establezcan a su vez mecanismos de compensación y resolución de conflictos entre asociados a empresas distintas.

De este modo, una combinación de contratos, normas consuetudinarias, instituciones y mecanismos de resolución de conflictos, podrían concretar de una manera mucho más sólida y eficiente el sistema legal para la solución de reclamos por daños.

I. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE UNA TEORÍA DE RECLAMOS POR DAÑOS

Los elementos tradicionales del derecho de daños son: 1) La verificación del daño, entendido como la disminución del bienestar o capacidad productiva de un individuo, de su nivel de

²⁰² Epstein, Richard A., *Reglas simples para un mundo complejo*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 113. Citado por Alfredo Bullard, *Derecho y Economía*, op. cit., p. 715.

utilidad o producción, como consecuencia de la actividad de otra persona;²⁰³ 2) la relación causal entre la acción de una persona y la producción del daño, es decir, que el daño pueda serle atribuido a una persona o personas determinadas; 3) la culpabilidad, es decir, la circunstancia de que el resultado dañoso sea consecuencia de una conducta deliberada del actor, o al menos de un actuar negligente, imprudente o temerario.²⁰⁴

De este modo, el tratamiento jurídico del derecho de daños ha pasado por la creación de reglas que atribuyan responsabilidad a las personas por determinadas conductas que puedan producir perjuicios a otras. El centro de la elaboración jurídica pasa por determinar los lineamientos de la conducta exigible a las personas para evitar que se los pueda reclamar por ciertas consecuencias de sus actos.

Si se examina el problema de los daños en el contexto de una sociedad que evoluciona a partir de acuerdos libres y voluntarios, hay varios aspectos que requieren atención:

- a) cuáles externalidades podrán producir una expectativa legítima de reclamo.
- b) Cuáles serán los criterios para cuantificar los reclamos resarcibles.
- c) Qué mecanismos podrán generarse para minimizar la producción de daños, a través de soluciones institucionales o contractuales.
- d) Cuáles serán los procedimientos para llevar a cabo los reclamos por daños.
- e) Cómo se harán efectivas las indemnizaciones consecuentes a esos reclamos.

²⁰³ Rojas, Schenone, Stordeur (h), *Noiciones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 136.

²⁰⁴ Rojas, Schenone, Stordeur (h), *Noiciones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 139-140.

El análisis económico del derecho ha facilitado herramientas de análisis muy valiosas para encarar estos y otros temas vinculados con los problemas de los daños.

En tal sentido, un elemento importante para el análisis es el vinculado con el concepto de riesgo, que adquiere mayor relevancia cuando se lo relaciona con la actuación de ciertas instituciones como las compañías de seguros.

II. LOS HECHOS RIESGOSOS QUE PRODUCEN DAÑOS Y LAS SOLUCIONES INSTITUCIONALES

Las personas saben que en algún momento, como consecuencia de sus acciones, podrán provocar daños a otros, o sufrir daños de otros. Nadie quiere eso, no es algo que se prevea como un suceso cierto, pero no obstante todos saben que en algún momento puede ocurrir.

Frente a ello, responderán de distintas maneras según su mayor o menor aversión al riesgo. Algunos confiarán en que esos daños no se produzcan, y entonces no tomarán recaudos para minimizar los riesgos. Otros, por el contrario, adoptarán quizá medidas exageradas o innecesarias para prevenir el riesgo, incrementando sus propios costes de manera ineficiente.²⁰⁵

²⁰⁵ Imaginen que alguien tiene un depósito, donde existe el peligro de que, en algún momento, se pueda producir un incendio. Una persona podría pensar que ese peligro jamás se materializará, y en consecuencia, no adopta medida alguna. Otro considera que es mejor prevenir de algún modo ese riesgo, y colocará un matafuegos. Un tercero verá como insuficiente el matafuegos, y seguirá colocando varios más, hasta llegar a apilar cincuenta matafuegos en un rincón del depósito. ¿Es razonable no tomar ninguna medida de prevención del riesgo? ¿Es suficiente un matafuegos? ¿Se justifican las unidades adicionales de matafuegos, y hasta qué número a partir del cual las incorporaciones sucesivas ya no tendrán efecto alguno para disminuir el riesgo? Esas son preguntas que en un análisis económico debería hacerse quién se enfrenta con la eventualidad de un daño que quiere evitar.

Institucionalmente, las compañías de seguro cumplen una función muy importante para minimizar los riesgos de daños, estableciendo ciertas reglas objetivas frente a la producción de siniestros, que son aceptadas por sus asociados en reemplazo del voluble criterio basado en la distinta aversión al riesgo individual.

En efecto, las empresas de seguros se hacen cargo de responder por los daños producidos por hechos fortuitos o accidentes, a cambio del pago de una prima. El cálculo económico es que la suma de lo que los clientes pagan por concepto de prima, reducida la responsabilidad económica a la que la compañía deberá hacer frente efectivamente como consecuencia de los daños, dará de todos modos un saldo favorable a la empresa, y al mismo tiempo tranquilidad a quien contrata sus servicios.

Para que la ecuación económica sea conveniente para todos, la compañía de seguros elaborará una serie de requisitos y exigencias para sus clientes, que permita minimizar los riesgos de un siniestro resarcible. Le pedirá que adopte ciertas previsiones, que evite determinadas conductas, todo lo cual disminuirá las chances de que el hecho dañoso se produzca.

De este modo las compañías de seguros desarrollan una tarea de gran utilidad para hacer más eficiente el sistema de prevención y solución de los conflictos originados en daños. La empresa sabe que determinadas precauciones que adopte su cliente podrán evitar daños. También sabe que exigir otras medidas que impliquen costes pero no sean tan importantes al momento de disminuir riesgos, le quitará potenciales clientes. Por lo tanto, las empresas de seguros tienen incentivos para buscar criterios de eficiencia en la prevención de daños, que impondrá a sus clientes como condición para aceptar el acuerdo.

Tal como se dijo respecto de las normas, este tipo de soluciones serían más aptas para la certeza jurídica que aquellos mandatos legislativos, que aun cuando sean ciertos en térmi-

nos de escritos previamente con precisión, su estabilidad depende del criterio voluble de asambleas legislativas.

III. LA PRODUCCIÓN DE DAÑOS Y LA DEFINICIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD

Existe una relación muy estrecha entre la producción de daños y los cuidados que las personas tengan en su custodia de los bienes para evitar que tales daños se produzcan. Cuando mayores sean los cuidados, menores serán las chances de que se originen daños. Por supuesto que no existe una relación aritmética entre estas dos variables, pero sí es posible hablar de una tendencia.

Una vez entendido esto, se podrá observar que también existe una estrecha relación entre la aplicación de cuidados para la conservación de bienes, y la definición de derechos de propiedad. Una persona tiende a ser más cuidadosa con lo suyo, con lo que tiene bajo su custodia, con aquello de lo que puede disponer, que con lo ajeno o lo que ha sido dejado a la libre disponibilidad de un grupo.

Si un recurso ha de ser mantenido en común —esto es, si todas las personas han de tener derecho igual para explotar el uso de esa propiedad— entonces a ninguna persona se la podría excluir del uso del recurso. Pero sin ese derecho de exclusión que es característico de la propiedad privada, es imposible que los beneficios para el inversor en mantener el recurso superen a los esfuerzos. Ello provocará dos consecuencias contraproyectantes: 1) nadie querrá invertir dinero en mantener la seguridad o evitar daños allí donde no tiene derecho de exclusión; 2) cada persona tratará de maximizar su propio consumo de ese bien, antes de que otros lo aprovechen primero y se termine.²⁰⁶

²⁰⁶ Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., p. 65.

Por lo tanto, cuanto mejor definidos estén los derechos de propiedad y la facultad de actuar de cada persona, mejor custodiados estarán los bienes y menores probabilidades existirán para que se produzcan daños. Eso explica por qué se producen más crímenes en los parques públicos que en los centros comerciales (a pesar de que en los centros comerciales hay mucho más dinero disponible para robar), o por qué hay más accidentes de tránsito en las calles de una ciudad que en las de un barrio cerrado.

IV. CRÍMENES Y DAÑOS

Un desarrollo del derecho basado en reclamaciones individuales llevaría a eliminar la distinción creada hace tiempo entre el derecho penal y la responsabilidad por daños. Su base es la misma: la realización de una conducta que produce un daño determinado a otras personas.²⁰⁷

El derecho penal nació como una derivación del derecho de daños, donde el Estado expropió el conflicto de particulares, para convertirlo en un conflicto entre el Estado y una persona que realiza una conducta convertida en delito por decisión legislativa. Un desarrollo del derecho basado en reclamaciones individuales llevaría a eliminar la distinción creada hace tiempo entre el derecho penal y la responsabilidad por daños.

Pero a partir de que se produjo esta distorsión, la naturaleza de la acción contra el agresor, los criterios sobre responsabilidad, las sanciones, el rol del damnificado, etc., cambiaron diametralmente, desde que ya no es el reclamo de una persona por un perjuicio que se le ocasionó, sino la acción

²⁰⁷ Epstein, Richard, «Crime and tort: Old wine in old bottles», en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Randy Barnett and John Hagel (ed.), Ballinger Publishing Company, 1977, pp. 231-257.

del Estado contra una persona que ha realizado una conducta prohibida por la ley.

En el proceso penal no hay dos partes y un juez imparcial entre ellas. Hay una sola, que es el procesado, enfrentado al sistema estatal de punición. El juez no actúa como un árbitro independiente y soberano que pretende administrar justicia, sino que se ha convertido en empleado cuya función es verificar formalmente que una persona ha realizado una conducta reprimida por la decisión de otro órgano del mismo sistema, el Congreso, y en tal caso le impone una pena a solicitud de otro funcionario del Estado, como es el fiscal.²⁰⁸

La presunción general de que el derecho penal existe para proteger a las personas de los criminales, en realidad es equivocada, pues su verdadera finalidad es la de cumplir con aquellos objetivos fijados por el Estado como «política criminal». Muchas veces, las conductas consideradas delitos no implican provocar daños a ninguna persona (como ocurre, por ejemplo, con los llamados delitos de peligro abstracto o «crímenes sin víctimas»). En ocasiones, se criminalizan conductas simplemente como forma de reforzar reglamentaciones económicas del Estado (delitos económicos), o para imponer ciertas reglas morales consideradas importantes por el legislador. En este último sentido se ha hablado también de «crímenes consensuales», a los que se define como toda actividad —actualmente ilegal— en la cual personas adultas eligen participar, y que no lesionan físicamente la persona o derechos de otro.²⁰⁹

Del sistema de sanciones penales he tenido ocasión de decir en otro trabajo:

²⁰⁸ Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., p. 55.

²⁰⁹ McWilliams, Peter, *Ain't Nobody's business if you do*, Prelude Press, 1993, pp. 3-4; Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 87 y ss.

- a. No tiene por función proteger el derecho de las víctimas de hechos criminales concretos, sino satisfacer supuestos intereses del Estado o la sociedad, que pueden estar fundados en el deseo de mantener la paz, evitar conductas similares, castigar o «resocializar» al criminal, etc.
- b. Como el Estado y la sociedad son entes ideales inexistentes en los hechos, corresponderá a los legisladores de un gobierno determinado establecer cuáles serán los fines del derecho penal y cómo se llevará a cabo su realización práctica —esto es, definir el catálogo de delitos y de penas—.
- c. Esos delitos y esas penas, en consecuencia, no son establecidos para proteger los derechos de las víctimas y satisfacer sus reclamos de reparación, sino para cumplir con lo que los legisladores consideran fines del Estado. Las víctimas, a lo sumo, son datos que contribuyen a poner en marcha la maquinaria penal estatal.
- d. Por este motivo, a pesar de que los tipos penales se vinculan teóricamente con la protección de bienes jurídicos que, a su vez, en buena medida son derechos individuales tales como la vida, la integridad física, la libertad o la propiedad, las penas son impuestas con independencia y en algunos casos con la expresa oposición de los titulares de esos derechos supuestamente vulnerados.
- e. Las penas rara vez satisfacen los intereses de las víctimas y algunas de ellas, como la prisión, se han mostrado ineficientes y hasta contraproducentes en la mayoría de los casos, para lograr los propios fines que persigue el derecho penal, ya sea como retribución, como advertencia o como forma de reeducación.²¹⁰

En definitiva, el derecho penal es derecho público, es el ejercicio de la potestad punitiva canalizada a través de la le-

²¹⁰ Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., 2000, p. 17.

gislación, desvinculada de la protección de derechos concretos y destinada a garantizar fines públicos.

Por lo tanto, una teoría de los reclamos por daños deberá volver a unificar los daños y los crímenes, buscando soluciones más eficientes para los casos de daños producidos de manera dolosa y de cierta gravedad.

Al centrarse el desarrollo del derecho en los reclamos, se podrán buscar mejores soluciones contractuales, institucionales y normativas para resolverlos, que no se limiten a indemnizaciones monetarias.

6. Teoría de las instituciones

Si el derecho es la rama de la ciencia social que estudia el modo de facilitar acuerdos y evitar o resolver reclamos, una parte importante de esa ciencia deberá estar orientada a tratar los mecanismos a través de los cuales se busca alcanzar tales objetivos.

Especialmente porque los contratos suponen en buena medida promesas de cumplimiento futuro, y los reclamos tienen su base muchas veces en conductas que no fueron acordadas por los involucrados, es que la búsqueda de medios de lograr que los contratos se cumplan y los daños se reparen, es esencial para la ciencia del derecho.

Los problemas que originan la búsqueda de procedimientos para resolver conflictos y el *enforcement* posterior de las decisiones, han conducido a identificar al derecho con la necesidad de que un funcionario estatal imponga las soluciones. Sin embargo, las instituciones son producto de intercambios libres y voluntarios de personas, antes que imposiciones de alguna autoridad.

Como explica Hayek, existe una diferencia fundamental entre las ideas que, al ser adoptadas por la gente, se convierten en las causas de los fenómenos sociales (tal como vimos en las páginas anteriores), y las ideas que la gente se forma acerca de esos fenómenos.²¹¹ Confundir ambos procesos lleva muchas veces a pensar que ciertas cosas han sido «dadas» o «provistas» u «organizadas» por alguien, cuando en realidad

²¹¹ Hayek, Friedrich A., *La Contrarrevolución de la Ciencia*, op. cit., p. 66.

son la consecuencia de acciones que estaban orientadas hacia fines diversos. Esto es lo que ocurre con buena parte de las instituciones de las que nos servimos habitualmente, pensando que han sido inventadas e impuestas por una autoridad, cuando en realidad fueron el producto de una evolución a partir de conductas voluntarias, posteriormente formalizadas como consecuencia de su eficiencia.

En este sentido, se suele identificar la noción de «institución» con algún tipo de organización, más o menos compleja, deliberadamente construida para cumplir determinada función en la sociedad. Normalmente se la asocia con las organizaciones políticas, lo que introduce ciertas características particulares: las instituciones políticas, en un sistema democrático, se rigen por la regla de la mayoría, y por lo tanto, por una parte son establecidas artificialmente siguiendo algún procedimiento preestablecido, y por otro, suponen su imposición compulsiva sobre los que no están de acuerdo con ellas.²¹²

Sin embargo, una visión económica muestra que en definitiva son instituciones todos los procedimientos, reglas de conducta, acuerdos contractuales, y también organizaciones, que aparecen, crecen y se modifican a través de acuerdos voluntarios entre las personas, con el propósito de definir del mejor modo posible los derechos de propiedad y reducir los costes de transacción. En este sentido, se ha dicho que las instituciones son las reglas de juego de la sociedad, que facilitan la interacción humana.²¹³ Son costumbres y reglas que proveen un conjunto de incentivos o desincentivos para los individuos, e implican un mecanismo para hacer cumplir los contratos.²¹⁴

²¹² Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, op. cit., p. 237.

²¹³ North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 16.

²¹⁴ North, Douglass, «La nueva economía institucional», *Libertas* n.º 12, mayo de 1990, pp. 94-95.

El llamado Teorema de Coase ha contribuido a comprender la naturaleza e importancia de las instituciones a partir de la acción humana individual y voluntaria. En efecto, la acción de las personas en procura de alcanzar sus propias metas por los medios más eficientes choca frecuentemente con dos problemas: los derechos de propiedad (la aptitud de establecer reglas de uso y exclusión sobre bienes respecto de otras personas) muchas veces no están adecuadamente definidos, de modo que las personas no pueden llevar a cabo plenamente las acciones más eficientes; y por otra parte, los costes de transacción pueden ser tan altos que impiden optar por las decisiones más adecuadas.²¹⁵

Entre los costes de transacción que toda interacción supone, se pueden incluir los resultantes de:

- a) la iniciación (costes de búsqueda e información);
- b) la negociación (costes de alcanzar un acuerdo sobre el negocio y todas sus implicancias previsibles);
- c) la celebración del contrato (costes de formalizar la decisión); y
- d) costes de controlar el cumplimiento del contrato y la eventual sanción de la conducta transgresora (costes de control y sanción).²¹⁶

Precisamente las instituciones se presentan como los mecanismos que facilitan que los acuerdos cooperativos se lleven a cabo del modo más eficiente para todos, y así disminuir costes e incentivar el intercambio y la cooperación voluntaria.

²¹⁵ Coase, Ronald, «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1-44.

²¹⁶ Pritzl, Rupert F.J., *Corrupción y rentismo en América Latina*, CIEDLA, Buenos Aires, 2000, p. 39; Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, op. cit., p. 242.

El propio Coase dejó abiertas las dos posibles soluciones cuando los costes de transacción son excesivamente altos o los derechos de propiedad no pueden ser plenamente ejercidos: o bien se desarrollan mecanismos privados por los cuales las personas encuentren la solución para reducir esos costes o definir los derechos, o bien se sustituyen las soluciones individuales por reglas impuestas por el legislador.²¹⁷

Desde una visión del derecho basada en la praxeología, la formación espontánea de instituciones es fundamental para que las personas puedan encontrar mecanismos eficientes para relacionarse y solucionar sus disputas. Cuando en los años 60' y 70' varios economistas y pensadores invocaron las soluciones de mercado como alternativa válida para la existencia del propio gobierno y las funciones que tradicionalmente se consideraban indelegables, lo hacían en general con argumentos rudimentarios, sosteniendo que ciertas «agencias» ofrecerían esos servicios y las personas se suscribirían voluntariamente a ellas, y cuando hubiese conflicto entre las «agencias», ellas mismas encontrarían los mecanismos para solucionar sus conflictos. En su momento, estas afirmaciones no fueron tomadas con mucha seriedad por la comunidad científica precisamente porque no estaban precedidas de un estudio teórico formal que les diera sustento.

²¹⁷ La lectura detallada del ese trabajo fundamental de Coase, permite advertir que le dedicó casi todo su análisis a los mecanismos y soluciones individuales, alcanzadas a través de contratos y discutidos en los tribunales británicos y norteamericanos, y solo una o dos páginas a la alternativa de una sustitución de las soluciones individuales por la legislación. Lo mismo se desprende del artículo ya mencionado al inicio sobre el caso del faro. Puede deducirse de ello que Coase veía en las soluciones consensuadas un camino más fructífero para resolver el problema del intercambio. Sin embargo, buena parte de la literatura posterior sobre *Law and Economics* se ha aplicado a estudiar cómo la legislación puede resolver eficientemente problemas sustituyendo por normas obligatorias las decisiones de las personas. No se puede culpar a Coase de que el colectivismo metodológico gobierne las ciencias sociales.

Sin embargo, en tanto se pueda fomentar un desarrollo teórico tanto de los contratos, los daños, las instituciones y los métodos de solución de conflictos, lo que hace cincuenta años podía parecer utópico se vuelve hoy una proposición perfectamente viable.²¹⁸

Los costes de transacción varían de acuerdo con los tipos de relación que entablen las personas, y para cada una de esas situaciones probablemente surjan soluciones institucionales diferentes. Por ejemplo, supongamos que existe una fábrica junto a un sembradío. La fábrica produce contaminación que afecta a las cosechas vecinas. Para solucionar el conflicto deberán determinarse ciertas reglas y seguir ciertos procedimientos. Probablemente mediante esos procedimientos, el dueño de la fábrica y el de la granja vecina podrán alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambos.

Ahora supongamos que la fábrica está rodeada por cientos de pequeñas granjas que cosechan distintos tipos de vegetales que se ven afectados de forma diversa por la contaminación que produce. La determinación de los perjuicios y el alcance de los reclamos en cada caso se vuelven más complejos, y la posibilidad de llegar a un acuerdo que permita zanjar el conflicto se hace más remota. En este caso serán necesarias soluciones institucionales diferentes.

Es decir que en la evolución de las relaciones humanas, nuevos tipos de relaciones y potenciales conflictos darán lugar a nuevas instituciones que podrán ir desde formas contractuales, la aplicación de usos y costumbres, hasta empresas de servicios para la búsqueda de acuerdos. Todo aquello

²¹⁸ Por ejemplo, los argumentos sobre las agencias de protección y justicia invocadas por Rothbard fueron criticadas por parecer infantiles e impracticables. Sin embargo, esos mismos argumentos presentados de manera más elaborada luego de estudios teóricos que les den sustento, resultaron mejor recibidos un par de décadas más tarde.

que permita disminuir costes de transacción o definir un derecho de propiedad, será aceptado como institución.

El concepto de institución, entonces, incluye un amplio espectro de soluciones decididas por las personas en sus intercambios, y de alguna manera, en el contexto de lo que se quiere mostrar en este trabajo, constituyen un medio para conectar todos los demás elementos del derecho, sean contratos, normas, reglas, mecanismos de generación de acuerdos, solución de conflictos, cumplimiento de promesas, etc.

La noción de instituciones como formaciones espontáneas producidas a partir de intercambios individuales, fue desarrollada por los autores morales escoceses, en especial por Adam Smith, y como señala Hayek, fue Carl Menger el primer pensador de la época moderna en restaurar el individualismo metodológico de aquellos pensadores.²¹⁹ Pero como explica Lorenzo Infantino, Menger no tomó estas ideas directamente de Adam Smith, sino que lo hizo a través de Edmund Burke, quien sí las había recibido del maestro escocés.²²⁰

Por ello Hayek entiende que el propio término «institución» induce a error, pues sugiere algo deliberadamente cons-

²¹⁹ Hayek, *Friedrich A. Individualismo: el verdadero y el falso*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 52, nota 3. Y agrega: «Fue probablemente también el primero en destacar el vínculo entre las teorías que conciben la sociedad y las instituciones como una creación deliberada y el socialismo».

²²⁰ Infantino, Lorenzo, *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico*, Unión Editorial, Madrid, 2000, p. 66. Infantino cita a Menger, quien sostiene: «Burke fue el primero en subrayar conscientemente, inducido a ello por la jurisprudencia inglesa, el valor de las formaciones orgánicas de la vida social y el origen en parte no programado de las mismas... Mostró de la manera más convincente que muchas instituciones de su patria, realmente útiles a la comunidad y motivo de orgullo para todo inglés, no son producto de la legislación positiva o de la voluntad común de la sociedad conscientemente orientada a su creación, sino resultado no programado del desarrollo histórico. Fue el primero que atribuyó valor a lo que se ha formado históricamente y abrió así la primera brecha en el unilateral nacionalismo y pragmatismo del iluminismo anglo-francés».

truido. Sería preferible reservar dicha palabra para contribuciones concretas, como las leyes o las organizaciones que han sido creadas con un propósito específico, y utilizar en su lugar un término más neutral, como «formaciones» para aplicarlo a fenómenos que, como el dinero o el lenguaje, no han sido así creados.²²¹

I. LA PRODUCCIÓN PRIVADA DE INSTITUCIONES Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO

Todas las soluciones que la economía y el derecho han desarrollado para resolver las trabas al intercambio y buscar eficiencia, han sido alcanzadas por medio de instituciones surgidas espontáneamente gracias a la cooperación libre y voluntaria de las personas. Aun aquellas que se han impuesto a través de legislación obligatoria, en su mayoría fueron originalmente formadas de manera espontánea y luego de demostrar su eficiencia fueron objeto de regulación legislativa.

Se pueden agrupar estas instituciones según su estructura y finalidad en:

1. *Instituciones nacidas en contratos bilaterales*

Los contratos están entre las primeras y más útiles de las instituciones. A lo largo de una lenta evolución, la teoría de los contratos permitió anticipar conflictos y encontrarles solución, que permitieran alcanzar con los menores costes posibles la finalidad que las partes tuvieron en miras durante su negociación.

²²¹ Hayek, Friedrich A., *La Contrarrevolución de la Ciencia*, op. cit., p. 134.

En el caso de contratos bilaterales, la experiencia fue anticipando problemas de negociación, cumplimiento, pago, sanciones, etc., que los nutrieron con cláusulas que ayudan a disminuir esos costes.

También los contratos han evolucionado paralelamente con el avance de los tipos de relación humana, la tecnología, las modas, etc. Cada dificultad, variación tecnológica o cambio en las preferencias ha encontrado en los contratos el instrumento adecuado para buscar nuevas formas de relación cooperativa eficiente. La inseguridad de los caminos durante la Edad Media originó la letra de cambio; modificaciones en las costumbres hicieron aparecer nuevas cláusulas en los contratos matrimoniales; el origen de un nuevo mercado virtual a partir del crecimiento de internet generó de inmediato el surgimiento de nuevas formas contractuales. La lista es tan larga como la historia de la humanidad.

2. *Instituciones nacidas en contratos multilaterales*

Los contratos, como medios de disminuir costes de transacción, son particularmente útiles en los casos en que el negocio involucra a múltiples partes con posiciones, intereses y funciones diversas.

Un ejemplo de ello es el contrato de condominio. El condominio, como institución germinal de varias formas de titularidad múltiple de derechos sobre una misma cosa, ha resuelto muchos problemas vinculados con el ejercicio de derechos de propiedad. En primer lugar, el de la propiedad comunal, cuyos problemas originaron gran cantidad de bibliografía económica.²²²

²²² La propiedad comunal supone que varios propietarios comparten iguales derechos de propiedad sobre un bien, lo que implica que todos pueden

También la contratación multilateral ha dado lugar al surgimiento de una gran gama de instituciones fundamentales para el intercambio y la producción, como son las formas societarias que permiten coordinar las tareas, atribuciones y responsabilidades de muchas personas que encaran un negocio común, y su responsabilidad frente a quienes contratan con ellos.

Muchos negocios que incluyen a múltiples partes, se facilitan a través de instituciones formadas por medio de contratos de adhesión, cuyas cláusulas se establecen por el oferente de determinado servicio y se aceptan libre y voluntariamente por sus clientes. Si bien existen ciertos reparos vinculados con este tipo de contratos, lo cierto es que en la medida en que las reglas sean claras y la posibilidad de salirse del contrato no resulte onerosa, son formas eficientes de encarar negocios complejos o prestar servicios generalizados de manera regular.

Esas formas contractuales complejas con cláusulas adhesivas disminuyen sensiblemente los costes de transacción que significaría tener que negociar las cláusulas de cada contrato de manera individual. De ese modo se pueden establecer formas de solucionar conflictos entre los adherentes y también

usar y disponer de sus frutos, y a ninguno se lo puede excluir de dicho disfrute. Supongamos el caso de un terreno sometido a propiedad comunal. Todos los comuneros podrán, por ejemplo, hacer pastar en él a su ganado, cazar los animales que pasen por él y disfrutar de todas las ventajas que la propiedad del bien les pueda brindar, e intentarán hacerlo de modo intensivo, antes de que otros comuneros lo hagan y el bien se agote. Los incentivos estarán enfocados en la sobreexplotación del bien, y por otro lado, en no contribuir con el mantenimiento del bien, a la espera de que los demás comuneros lo hagan (esto es, se fomentará la situación de *free-rider*). La conclusión de ello es la destrucción del bien o su consumo inmediato.

Un trabajo fundacional en este tema fue el de Garret Hardin, «The Tragedy of the Commons», *Science* 162 (1968), p. 1243. Al respecto, véase, Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Nocciones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 67 y ss.

aquellos que pudieran producirse con personas adheridas a otras agencias, mediante acuerdos entre empresas.

Con el tiempo, muy probablemente las cláusulas más eficientes de este tipo de acuerdos múltiples por adhesión, se estandarizarán y se volverán comunes para su aplicación entre las distintas empresas.

3. Instituciones nacidas en agencias que proveen servicios

Con una base también contractual pero estructuras más complejas y autónomas se formaron una serie de instituciones destinadas a ofrecer servicios que disminuyen costes de transacción. Ejemplos claros y difundidos de ello son los bancos y las agencias de seguros.

Los bancos resuelven un problema fundamental que aqueja a quienes encaran negocios: la financiación. Prácticamente no hay negocio que funcione sin inversión de capital, y los bancos han contribuido muy eficientemente tanto a la provisión del capital como al control de las inversiones y negocios, con el objeto de garantizar el recupero del dinero prestado.

Los bancos toman dinero de personas que los depositan por dos motivos: seguridad y obtención de una renta por él; y se lo prestan a una tasa superior a quien lo necesita para financiar un negocio. La tasa de interés (el precio del dinero), variará de acuerdo con la oferta y demanda de dinero y el riesgo del negocio. Pero ese interés seguramente será un precio bastante inferior a los costes de transacción que generaría para quien proyecta el negocio, tener que buscar personas dispuestas a financiarlo y negociar con cada una de ellas.

Las compañías de seguro ofrecen un servicio para hacer frente a las contingencias producidas por eventos que no han sido previstos o programados por los involucrados: accidentes, crímenes, catástrofes naturales, etc. Tal como vimos en el

capítulo anterior, las compañías de seguros establecen condiciones para responder ante sus asegurados, en especial, que estos desarrollen ciertas conductas tendientes a minimizar la posibilidad de que se produzcan los daños. De hecho, a través de esta labor preventiva, las compañías de seguros contribuyen notablemente a disminuir la producción de siniestros y a bajar los costes del sistema legal.

En tanto los seguros constituyen también un coste del sistema de prevención y reparación de daños por accidentes, una de las tareas de las compañías de seguro, para lograr su competitividad, será la de disminuir sus propios costes operativos. En la medida en que se establezcan reglas eficientes, el sistema de seguros funcionará mejor y podrá fijar primas más baratas.

Tendrá también mucha importancia cuáles sean las reglas de responsabilidad negociadas por las partes. De este modo, el derecho de seguros promueve contratos que hacen más eficiente el sistema de responsabilidad por daños.²²³

Asimismo, deben incluirse en este grupo a todas las agencias que ofrezcan mecanismos de resolución de conflictos, sea por vía de mediación, conciliación o arbitraje, en sus distintas variantes y con sus características propias como veremos en el capítulo siguiente. No debemos olvidar que es un fundamento esencial del orden jurídico la detección, prevención y solución de reclamos y conflictos, de modo que buscar soluciones eficientes en ese sentido es de fundamental importancia.²²⁴

²²³ Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 157.

²²⁴ Es bueno recordar aquí, como ya se dijo, que la *lex mercatoria*, que creó un sistema legal espontáneo en los puertos comerciales del Mediterráneo y otras partes de Europa durante los finales de la Edad Media, nació como un mecanismo de resolución de conflictos entre comerciantes que venían de distintas regiones y culturas, aplicando procedimientos y soluciones emanadas de las prácticas y costumbres comerciales. Esos tribunales estaban integrados por comerciantes,

Cierto tipo de negocios que impliquen conocimiento o experiencia específica, podrán justificar que determinadas asociaciones vinculadas con ese tipo de negocio ofrezcan mediadores y árbitros, así como formas especiales de procedimiento y criterios de solución del conflicto, a los que las partes puedan recurrir, ya sea a través de contratos previos donde se comprometen a resolver sus eventuales conflictos por esa vía, o mediante acuerdos posteriores, una vez que el conflicto se produjo.

No debe olvidarse que incluso en un mundo regido por legislaciones coactivas y estados monopólicos, determinados negocios y contratos complejos nunca son discutidos en los tribunales estatales, sino que las partes acuerdan llevarlos a árbitros especializados que conocen las particularidades de dichos negocios mejor que los jueces comunes, y pueden darle más rápida y adecuada solución.

Todo nuevo coste de transacción que aparezca podrá ser minimizado a partir de nuevas soluciones institucionales desarrolladas por empresas. Por ejemplo, hoy se considera una función del Estado dar certeza y legalidad a determinados documentos, por ejemplo las escrituras de transmisión de propiedad inmueble que se inscriban en registro públicos. Si estos registros públicos no existieran, nada impediría que aparezcan instituciones privadas que certifiquen varios elementos de un negocio particular (por ejemplo la fecha, la firma de las partes, el contenido del acuerdo al ser incluido en un registro especial, etc.).

no eran el producto de la imposición de ninguna autoridad pública, y su implementación fue de enorme utilidad para disminuir costes de transacción, definir derechos de propiedad, y permitir un fluido intercambio comercial entre personas que provenían de todos los confines de la tierra conocida.

Puede considerarse a estos tribunales y sus reglas como un ejemplo muy valioso de instituciones surgidas de modo espontáneo para disminuir costes de transacción y definir derechos de propiedad.

Estos registros voluntarios y privados podrían ahorrar costes de transacción a las partes en caso de producirse disputas que se vinculen con la prueba de la titularidad, de la celebración del contrato, de la fecha en que fue celebrado, etc. Por otra parte, en varios portales de venta o prestación de servicios entre particulares a través de internet, se ofrece la alternativa de puntuar y efectuar observaciones tanto respecto de los compradores como de los vendedores, lo que establece un record vinculado con la fama o confiabilidad de esa persona, que será de gran utilidad para futuros contratantes.

Un elemento esencial en la contratación es la confianza sobre quien se contrata, y a nivel comercial esta se exterioriza en la fama o reputación del comerciante. En un pueblo pequeño donde todos se conocen, esa reputación es fácil de averiguar. En una comunidad grande, ello se dificulta, aunque sigue siendo importante como elemento de la contratación.

Por tal motivo, ciertas empresas proveen el servicio de registrar aquellos elementos de dominio público que pueden brindar información sobre la reputación de un comerciante o empresa: deudas impagadas, condenas judiciales, embargos, valoración en compañías de seguro, etc.

4. *Instituciones nacidas en reglas que evitan o resuelven reclamos*

Muchas instituciones no son más que reglas para resolver conflictos o evitarlos. Por ejemplo, unas reglas claras sobre el procedimiento de disolución de una empresa que quiebra, la forma de distribuir sus activos entre los acreedores, la preservación del valor de los bienes hasta el momento de su liquidación, o las alternativas de venta o salvataje de la empresa. Todo ello supone disminuir costes de transacción, tanto para el dueño como para los acreedores y empleados.

Del mismo modo, buenas reglas sobre liquidación de empresas permiten liberar capital inhibido por la quiebra y volverlo a invertir lo más rápidamente posible en actividad productiva. Ello tiene un alto valor económico no solo para los involucrados que reciben más rápidamente su parte, sino también para la comunidad en general, en tanto ese capital remanente será más rápidamente invertido en otros negocios productivos.

También la fijación de reglas previamente publicitadas por los dueños de lugares dejados al uso público (como centros comerciales, parques privados, teatros, restaurantes, etc.), resultan de importancia para disminuir costes de transacción en el caso en que se produzcan daños u otro tipo de conflictos en su interior.

Resulta de particular importancia estudiar la evolución de sistemas complejos que se producen a partir de la generalizada aceptación de ciertos procesos. Ello es bastante ostensible en el desarrollo de la tecnología informática. Por ejemplo, la ubicación de las letras en un teclado de computadora —o máquina de escribir— no ha sido impuesta de manera obligatoria por ninguna autoridad; ha sido una propuesta que intentó agrupar las letras del modo más razonable para la escritura, y ello fue finalmente aceptado y adoptado por todos. Sería muy costoso para cualquiera que intente reemplazar esa disposición, pues las personas en general ya la han adoptado y no la abandonarían de no existir motivos muy atendibles.

El ejemplo de las letras del teclado puede extenderse a numerosas formas estandarizadas de orden, procedimientos o métodos que no han sido impuestos por nadie, sino que fueron aceptados voluntariamente, por el uso generalizado. Un caso por demás significativo de este proceso es el propio lenguaje.

II. IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES EN EL DESARROLLO SOCIAL

El estudio de las instituciones resulta esencial, toda vez que las decisiones, acciones y acuerdos que realizan las personas, no se producen en un «vacío institucional», sino que el entorno de reglas y mecanismos de intercambio vigente crea incentivos para que se adopten determinados cursos de acción.

Cuando las instituciones son impuestas por una autoridad de manera general y uniforme, tal vez sean eficientes para ciertas personas en determinadas circunstancias, y seguramente serán ineficientes y costosas para el resto. Por ello, «malas» instituciones pueden promover malas decisiones y una ineficiente inversión de los recursos escasos de cada persona.²²⁵

De este modo, como explica North, edificar una teoría de las instituciones sobre el fundamento de las elecciones individuales, es un paso hacia la reconciliación de diferencias entre la ciencia económica y las otras ciencias sociales, en especial el derecho.

Las instituciones son una creación humana. Evolucionan y son alteradas por humanos; por consiguiente, nuestra teoría debe empezar con el individuo.²²⁶

Existe una relación muy estrecha entre el desarrollo individual de la moralidad, productora de normas consuetudinarias, y las instituciones que se forman en consecuencia. Cuando un conjunto de individuos adoptan simultáneamente ciertas reglas, se produce una influencia de dos vías entre las reglas consensuadas y las normas consuetudinarias que se crean. Ambas

²²⁵ Rojas, Ricardo Manuel, Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 57.

²²⁶ North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, op. cit., p. 16.

se determinan recíprocamente.²²⁷ En tal sentido se ha dicho, por ejemplo, que las instituciones son una configuración de reglas interconectadas.²²⁸

Vistas de tal manera, las instituciones serán —recordando la famosa frase de Adam Ferguson— producto de la acción humana, pero no del designio de persona alguna. Esto es, en buena medida tales instituciones no serán desde el inicio el fruto de un acuerdo deliberado con ese propósito, sino el producto de acciones que, con objetivos distintos, contribuyeron a su formación.

Karl Popper explicó con claridad la importancia del estudio de las relaciones sociales vinculadas al surgimiento de las instituciones, especialmente a través de las consecuencias no deseadas o previstas de las acciones deliberadas:

Es misión de la teoría social explicar cómo surgen las consecuencias inesperadas de nuestras intenciones y acciones, y qué tipo de consecuencias producen si la gente actúa de tal o cual manera en determinada situación social. Y es, en especial, tarea de las ciencias sociales analizar de esta manera la existencia y el funcionamiento de las instituciones... El teórico de la conspiración creerá que es posible comprender totalmente las instituciones como el resultado de designios conscientes, y en cuanto a los colectivos, habitualmente les asignará un tipo de personalidad de grupo y los considera como agentes conspirativos, como si fueran personas. En contraste con esta concepción, el teórico social debe reconocer que la persistencia de instituciones y entes colectivos crea un problema que debe ser resuelto mediante un análisis de las acciones sociales individuales y sus consecuencias

²²⁷ Benson, Bruce L., «Las instituciones y la evolución espontánea de la moralidad», en *Libertas* n.º 24, Mayo de 1996, p. 4.

²²⁸ Vanberg, Viktor J. y Kerber, Wolfgang, «Competition among institutions: Evolution within Constraints», *Constitutional Political Economy* 5 (Primavera-verano de 1994), pp. 193-219.

sociales inesperadas (y a menudo no deseadas), tanto como de las intencionales.²²⁹

Si se considerase al derecho como el estudio de los reclamos, veremos fácilmente que las instituciones serán mecanismos a través de los cuales se intentará evitar situaciones que generen reclamos, minimizar las consecuencias de dichos reclamos u ofrecer procedimientos para solucionarlos. En cada una de estas etapas, las instituciones permitirán disminuir los costes en tiempo, dinero y certidumbre que produce la interacción humana. Ello deberá ser objeto de atento estudio por su contribución esencial para una teoría del derecho basada en reclamos.

En general, estas reglas comienzan siendo espontáneas e informales, y en la medida en que resultan eficientes para lograr su fin de disminuir costes de transacción entre las personas, se generalizan. En los sistemas jurídicos basados en normas coercitivas impuestas por la autoridad, esta formalización de instituciones se produce cuando son reguladas legislativamente. En un sistema de derecho basado en el reconocimiento de la acción humana, la formalización se logrará, entre las partes, al suscribir contratos, y en la sociedad en general, cuando adquiere la calidad de costumbre creadora de reglas.

Buena parte de los modelos de contratos, de los esquemas de responsabilidad por daños, de los procedimientos judiciales, formas societarias, moneda etc., han sido producto de prácticas privadas libres y voluntarias que, al demostrar su eficiencia, perduraron y se convirtieron en instituciones formales.

Las instituciones ofrecen soluciones eficientes para hacer efectivas las decisiones plasmadas en contratos, y para imple-

²²⁹ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1991, pp. 161-162.

mentar las conductas esperadas según las reglas que emanan de las costumbres. Del mismo modo, la manera en que las personas ordenan sus preferencias en los contratos, tiene una influencia muy marcada sobre el desarrollo de tales instituciones.

Por lo tanto, un desarrollo teórico de las instituciones desde la acción individual, será esencial para elaborar una teoría del derecho, toda vez que las instituciones, junto con los contratos y las normas, son tres elementos básicos alrededor de los cuales giran las conductas humanas tendientes a fortalecer acuerdos cooperativos y evitar y solucionar conflictos. Los tres elementos interactúan estrechamente y se influyen unos a otros, para orientar la conducta individual.

7. Teoría de la resolución de conflictos

Un reclamo exterioriza un conflicto. Por eso, considerado el derecho como el estudio de los reclamos, un aspecto esencial de la teoría del derecho debería centrarse en los mecanismos de resolución de los conflictos originados en tales reclamos.

Los conflictos, así como los medios empleados para resolverlos, producen costes tanto para los involucrados directamente como para el resto. Mecanismos eficientes y confiables para resolverlos pueden disminuir notablemente los costes de transacción y fomentar acuerdos eficientes que de otro modo no se celebrarían.²³⁰

Si se excluyen los mandatos compulsivos que establezcan los criterios y procedimientos para canalizar los reclamos, tales procedimientos deberán ser consensuados a partir de contratos, instituciones y normas consuetudinarias.

En los sistemas jurídicos vigentes, la tarea de resolver los conflictos se encuentra virtualmente monopolizada por el Estado a través de los organismos judiciales estatales, los que

²³⁰ La relación que existe entre el coste de no tener un mecanismo eficiente para resolver conflictos y la posibilidad de llevar a cabo acuerdos eficientes, se puede graficar con un sencillo ejemplo: imagine que se encuentra en una comunidad donde no existen mecanismos de solución de conflictos, y quiere contratar un constructor para que edifique su casa. En esas condiciones, los peligros en términos de costes de transacción que implica el incumplimiento por alguna de las partes, hará que usted le diga al constructor que una vez que construya su casa, le pagará el precio acordado; y el constructor le dirá que primero le pague el precio total, y luego él construirá la casa. En estas condiciones, el acuerdo sería imposible (ver Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, op. cit., p. 42).

se guían por procedimientos establecidos legislativamente, y donde se llega a soluciones impuestas por la autoridad judicial.

En buena medida, la base filosófica de los sistemas judiciales estatales consiste en considerar al orden jurídico como un conjunto de normas que regulan la coexistencia de las personas e imponen conductas. Dichas normas son producidas por el mismo órgano político, de modo que el objetivo principal que persigue la aplicación de esas normas a los casos concretos no es tanto la de servir a las personas para resolver sus conflictos o proteger sus derechos, sino el de hacer cumplir la ley.²³¹

Incluso cuando resuelve conflictos particulares en aquellos ámbitos que son considerados como de «derecho privado», la tarea primordial del órgano judicial es velar por el mantenimiento del «orden público». Esta invocación ha sido el ariete que permitió el avance cada vez más marcado de la legislación en estas áreas reservadas históricamente a la autonomía de la voluntad. Fue la fuente principal del activismo judicial, que le reconoció a los jueces facultades que jamás debieron tener.

²³¹ Incluso en un área jurídica sensible como es el derecho penal, en el que el común de las personas piensa que el sistema legal está organizado para proteger a los ciudadanos de los criminales, resulta claro que no es esa la función del orden jurídico. La Corte Suprema de Estados Unidos ya resolvió, desde el siglo XIX, que los oficiales públicos tienen un deber general de hacer cumplir las leyes, no de proteger a personas particulares (*«South v Maryland»*, 1856). Y mucho más recientemente, en un caso en el que tres mujeres fueron asaltadas en su casa y violadas salvajemente por los ladrones sin que la policía hiciera caso a su pedido de auxilio, se señaló: «...No hay un derecho constitucional a ser protegido por el Estado contra ser asesinado por criminales o malhechores. Es monstruoso si el Estado falla en proteger a sus residentes contra tales predadores, pero no viola la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV o ninguna otra provisión de la Constitución. La Constitución es un catálogo de libertades negativas: le dice al Estado que deje a la gente sola, no requiere al gobierno federal o estatal que provea servicios, aun tan elementales servicios como mantener la ley y el orden» (*«Bowers vs De Vito»*, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, 686 F. 2d 616, 1982; Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., p. 55).

No obstante este virtual monopolio estatal de la judicatura, desde siempre, y en especial en las áreas del derecho privado, la teoría jurídica ha estudiado los métodos alternativos a la intervención estatal para solucionar conflictos. Desde soluciones contractuales para proceder en ciertos conflictos, hasta instituciones tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, existe abundante desarrollo teórico y experiencia práctica al respecto.

Sin embargo, buena parte de dicho desarrollo se ha generado a la sombra de mandatos legislativos obligatorios. En efecto, en qué casos, según cuáles procedimientos y con qué alcances se podrá recurrir a la mediación o el arbitraje, son asuntos meticulosamente regulados en muchas legislaciones del mundo. También se incluyen habitualmente los procedimientos a través de los cuales dichas decisiones privadas podrán ser revisadas o impugnadas ante la justicia estatal. La idea es que esas decisiones nunca son totalmente privadas, pues siempre existirá una chance de que los jueces del Estado las puedan revisar.

De este modo, el Estado ha expropiado uno de los aspectos más importantes de la interacción humana, como es la de resolver los conflictos que ella origina; y las soluciones estatales responden a objetivos estatales, no necesariamente a lo que cada persona desea lograr con sus reclamos.

Los costes de transacción que genera el monopolio judicial se incrementan en la medida en que este impone criterios jurídicos con carácter general, normas procesales que impiden agilizar los procesos o que generan incentivos para entorpecerlos. A ello se suma la falta de conocimientos específicos sobre determinadas áreas complejas.

Frente a ello, las partes buscan el modo de sustraerse de este coste de transacción elevado. En algunos casos pueden pactar la jurisdicción, ya sea en determinados tribunales o en la jurisdicción de determinados países. También tratan de

evitar que el pleito llegue a los tribunales, pactando soluciones arbitrales a través de organizaciones especializadas en el tipo de relación jurídica involucrada para que sean ellos los que resuelvan las discrepancias, por fuera de la intervención estatal.

Todo ello lo hacen siguiendo uno de los principios básicos del análisis económico del derecho vinculado con estas cuestiones, que es precisamente que *cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias*.

Esto significa que jamás habrá dos conflictos exactamente iguales, por mayores similitudes objetivas que tengan, en tanto involucren personas distintas, con valores distintos, y en situaciones de preferencias temporales diferentes. Por ello, cuando se piensa que el monopolio estatal de la solución a los conflictos es útil y beneficioso para las personas, se está cometiendo un grave error, al evitar que el propio mercado de contratos, instituciones y costumbres genere mejores soluciones para cada conflicto.

En este punto es importante no confundir: una cosa es la existencia de cláusulas contractuales, soluciones institucionales o normas consuetudinarias que determinen las condiciones de lo exigible a cada persona, y otra es el criterio de solución de un conflicto a partir del incumplimiento del contrato o la producción de un daño. No siempre la solución jurídica del caso es la más conveniente o eficiente para solucionar el conflicto, y por ello, con independencia de la respuesta legal formal, las personas siempre podrán negociar soluciones diferentes.

I. LOS ASPECTOS CENTRALES DE UNA TEORÍA DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS BASADA EN ACUERDOS

En una sociedad sin normas coactivas impuestas, en la cual el derecho tenga por finalidad resolver reclamos, resurgirá como

actividad esencial de los abogados la de asistir a sus clientes en la búsqueda de soluciones negociadas, que minimicen costes de transacción. El derecho como producto de la acción humana individual permite pensar en un amplio abanico de opciones al momento de establecer los mecanismos de solución de los reclamos.

Ello llevaría a que instituciones tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, adquieran mayor flexibilidad de formas y objetivos, de acuerdo con los requerimientos de cada conflicto y la voluntad de las partes.

En consecuencia, una teoría de la resolución de reclamos debería abordar varias cuestiones:

1. *Las formas contractuales e institucionales que permitan establecer los mecanismos de discusión para evitar que los conflictos se produzcan*

Existen varios momentos en los cuáles la teoría de la resolución de los conflictos debe estar presente. Ello se advierte con mayor claridad en las relaciones que nacen de contratos, donde se pueden prever más fácilmente eventuales complicaciones que den lugar a reclamos.

Lo más claro se advierte en las relaciones que nacen de contratos, donde se pueden prever con mayor facilidad las alternativas futuras que los contratantes pudieran enfrentar, y que dieran lugar a litigios. En este sentido, una de las tareas más importantes de los asesores jurídicos deberá enfocarse en cómo evitar, minimizar o resolver los conflictos que pudieran generar el cumplimiento de las promesas recíprocas:

- a. En el mismo momento inicial de la discusión de acuerdos y formulación de los contratos, una tarea esencial es la de prever posibles puntos de conflicto futuros y solucionarlos

de manera clara y simple, de modo tal de evitar una discusión y eventual reclamo.

Tal sería el caso de cláusulas que prevean formas alternativas de cumplimiento del contrato cuando la prestación original se vuelve imposible por motivos específicos, por ejemplo, porque el bien que se debería entregar dejó de fabricarse.

- b. Los contratos también pueden disponer que se recurra al asesoramiento o información que puedan brindar, para resolver la discrepancia, determinadas instituciones o asociaciones especializadas en el tipo de transacción de que se trate.

Por ejemplo, para establecer el precio de un producto o servicio, o sobre su calidad, en una fecha específica, se podrá remitir a la información brindada por una asociación profesional, instituto especializado o consultores del área con buena reputación.

- c. Asimismo, los contratos pueden especificar los mecanismos a través de los cuales se busque solución a los conflictos que surjan de su interpretación o cumplimiento.

Las partes pueden pactar la intervención de determinado mediador, o el sometimiento del litigio a cierto árbitro individualizado en el contrato.

- d. También el contrato podrá establecer el procedimiento que el mediador o el árbitro deban seguir, lo que puede incluir los temas a discutir, los criterios para el análisis del caso y los alcances de la decisión.
- e. Finalmente, también se podrá estipular el mecanismo para hacer efectiva la decisión del litigio, sea a través de la entrega de bienes del derrotado, el depósito de un fondo de garantía, etc.

También, en el caso de sociedades o empresas, sus estatutos podrán contener los procedimientos para llevar a cabo

su propia disolución en caso de quiebra, y los criterios para hacerse cargo de las deudas y repartir activos remanentes.

De tal modo, como se vio en el capítulo respectivo, existe una estrecha relación entre la teoría de los contratos y la previsión de potenciales conflictos que pueden evitarse a través de ellos.

Con respecto a los conflictos que no se originan en contratos, sino que se producen como consecuencia de daños o crímenes, probablemente a partir de normas consuetudinarias se desarrollarán instituciones que tengan por objeto resolverlos. Desde los mecanismos ofrecidos por las empresas de seguro, tanto en sus acuerdos con sus clientes como en sus relaciones entre ellas para resolver los conflictos entre clientes de empresas distintas; pasando por servicios de protección jurídica que pueden incluir el servicio de negociación de acuerdos sobre el método de solucionar conflictos, las personas encontrarán formas para ponerse de acuerdo por medios no violentos.

Cámaras arbitrales de ciertas actividades, asociaciones de árbitros o mediadores, profesores expertos de universidades prestigiosas y muchas otras organizaciones que seguramente el proceso de mercado desarrollaría, podrían ser los canales institucionales cuya intervención acuerden las partes, mediante pactos previos o posteriores al conflicto.

También en estos casos se irán solidificando los criterios para establecer las condiciones bajo las cuales la compañía de seguro responderá, para determinar los montos de las reparaciones, etc. Esas cláusulas libremente aceptadas por sus clientes serían aplicadas directamente por la propia compañía en los casos de reclamos entre sus asociados, y serían objeto de discusión con otras compañías de seguro, estableciendo una suerte de reaseguro consensuado entre las distintas empresas.

2. Procesos de solución de conflictos ya producidos cuando no existen acuerdos previos

Uno de los cuestionamientos más frecuentes que se formulan cuando se habla de un orden jurídico sin normas coactivas estatales, es el de cómo se resolverían los casos de reclamos por daños o crímenes, si no existieran criterios objetivos previamente establecidos de manera obligatoria por la legislación y tribunales con jurisdicción e *imperium* para aplicarlas.

Lo primero que hay que advertir, como se dijo antes, es que la circunstancia de que no existan normas coactivas establecidas por una legislatura, no obsta a que dichas normas de todos modos se formen sobre la base del intercambio de valoraciones individuales aceptadas o al menos respetadas por las personas. Los conflictos producen malestar, no solo para los involucrados sino también para muchas otras personas de manera directa o indirecta. Ese rechazo genera la búsqueda de soluciones en la medida en que las personas actúan para mejorar su situación. Mantener abierto un reclamo puede ser más gravoso que buscarle una solución, aunque esa solución signifique tener que resarcir a la otra parte.

Sobre la base de reglas consuetudinarias, se buscará resolver los conflictos pendientes siguiendo principios que se aceptan generalmente como razonables. Esta es la forma en que se hizo en el mundo antes de la irrupción del racionalismo constructivista en el siglo XVIII.

La existencia de reclamos no resueltos no es un buen precedente para alguien que necesita mantener intercambios cooperativos. La reputación de aquel con quien se negocia ha sido a lo largo de la historia un punto muy importante a ser tenido en cuenta al momento de contratar. Por ello, mantener conflictos abiertos resulta inconveniente por muchas razones.

De este modo, aun cuando no existiesen procedimientos obligatorios, los involucrados en un conflicto tendrán fuertes

incentivos para encontrar mecanismos consensuados para buscar la solución. El principio de reciprocidad que se admite para el acatamiento de normas consuetudinarias, probablemente sea aplicable a la idea de buscar y aceptar formas de resolver incluso aquellos conflictos nacidos en daños o crímenes.

3. El mecanismo para la búsqueda de la solución

De acuerdo con la naturaleza del conflicto, la relación entre las partes y la intensidad o grado de la discrepancia, habrá distintas alternativas que las partes puedan escoger. Ellas van desde la intervención de abogados como componedores o facilitadores de una conciliación; o la elección de mediadores que con procedimientos especiales intenten acercar a las partes hacia un acuerdo o al menos minimizar la entidad del conflicto; o la elección de árbitros, que tendrán como objetivo resolver el conflicto o alguna de sus partes, según lo que se haya acordado previamente.

Dentro de cada una de estas alternativas, además, existen variantes según las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso. Posiblemente un cambio de paradigma que conduzca hacia la solución privada del conflicto, producirá un desarrollo institucional importante en lo que hace a las empresas que podrían brindar el servicio, lo que incluiría la oferta de especialistas en negociación de cada área del conflicto.

4. Los alcances de lo que deberá resolverse

Las partes deberán decidir no solo cuál será el mecanismo para encaminarse hacia la solución del conflicto, sino también podrán establecer los límites de lo que debe ser resuelto por ese procedimiento.

En el caso de la intervención de componedores o mediadores, las partes podrán solicitar a los profesionales que contribuyan a delimitar los puntos en disputa, con el propósito de disminuir la entidad del conflicto. También podrán solicitarles a dichos mediadores que pongan a disposición de las partes algunas soluciones alternativas para su evaluación.

En el caso de los árbitros, se les podrá indicar expresamente que deberán circunscribir su decisión a alguno o algunos aspectos del conflicto exclusivamente, o que deberán resolverlo en su totalidad, incluyendo puntos que no hayan sido advertidos por las partes pero que deriven directamente de él.

5. Los procedimientos a seguir

También podrán las partes dar instrucciones al árbitro sobre el procedimiento a seguir en la solución del conflicto, las posibilidades de intervención de las partes, de aportar pruebas, la posibilidad de proponer expertos a modo de peritos, los criterios de valoración de la prueba e interpretación de cuestiones jurídicas, etc.

Podrán dejar esos puntos a la discreción de los árbitros, podrán darle opciones entre varias alternativas o instrucciones directas. También podrán consensuar reuniones preliminares para la discusión de esos puntos. Probablemente será tarea de los abogados consejeros de cada parte la de instruir a sus clientes sobre las mejores alternativas en la materia.

Asimismo podrá preverse la alternativa de empresas de arbitraje, especialmente en temas específicos, que ofrezcan un procedimiento estándar al cual las partes deberán allanarse, con escasas alternativas de modificación. Toda opción será posible, y estará disponible para que las personas decidan el modo en que prefieren resolver sus conflictos.

En esta área se ha desarrollado mucha teoría, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales, en materias jurídicas tales como el derecho procesal, constitucional procesal, el estudio de los métodos alternativos de solución de conflictos, y en áreas extra-judiciales tales como la negociación, argumentación, teoría de juegos y economía.

Todo este conocimiento contribuirá al desarrollo de un amplio abanico de alternativas a disposición de las partes y de los gerenciadores de una solución al conflicto.

6. Los criterios de solución del conflicto

Parte de las cuestiones a consensuar, serán los criterios a seguir por los árbitros al momento de decidir el conflicto. Dichos criterios podrán quedar librados a la discrecionalidad del árbitro, o bien podrán las partes disponer pautas específicas o principios generales.

Es importante tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las decisiones judiciales de los tribunales estatales, los árbitros no necesariamente elaboran jurisprudencia que deba aplicarse como la base de futuras decisiones, sino que su tarea principal es la de solucionar un caso específico en las condiciones preferidas y acordadas por las partes. Esas condiciones podrán variar de caso en caso, de modo que la primera obligación del árbitro es resolver de acuerdo con las instrucciones particulares que reciba y no según sus propios precedentes.

En tal contexto, las personas podrán escoger alguna de estas alternativas, una combinación de ellas, u otras que se les ocurran discutir:

1. Podrían establecer contractual o institucionalmente cierto estándar objetivo de reglas de interpretación y solución a

ser aplicadas en eventuales conflictos futuros, e incluso los principios que usará el árbitro para escoger esos criterios en situaciones no previstas. Por ejemplo, se podría disponer que como complemento a las reglas generales se utilice ciertas prácticas o precedentes desarrollados por la misma institución arbitral que esté actuando, o alguna formación externa que sirva como estándar de jurisprudencia.

En este sentido, es probable que todo el desarrollo teórico sobre el derecho vinculado con las obligaciones civiles y comerciales, sea de utilidad al momento de establecer estos criterios que se ofrezcan a los clientes para resolver sus conflictos.

Se podrá indicar al árbitro que lo que las partes prefieren es una solución que minimice el coste para ambos (es decir la decisión económicamente más eficiente en términos de coste social); o que prefieren que se prioricen ciertos estándares valorativos al momento de determinar quién tiene razón y quién está equivocado; podrán decidir que al momento de establecer el monto de la sanción o resarcimiento se tengan en cuenta fundamentalmente aspectos objetivos vinculados con el perjuicio concreto y sus derivados, o que por el contrario se puedan evaluar para modificar esa cifra aspectos subjetivos vinculados con el mayor o menor grado de culpabilidad del demandado, etc.

2. Para establecer esos criterios, las partes también podrán recurrir a un procedimiento de entendimiento y mediación previa, donde un mediador o el propio árbitro les exponga determinadas opciones para su elección. De este modo, las partes podrán acotar el asunto vinculado con el modo de resolver el conflicto, a la discusión sobre un puñado de opciones ofrecidas a su consideración.
3. También podrán dar completa libertad al árbitro para que decida sobre la base de lo que considere más adecuado en el litigio concreto.

En este caso, el reclamo y la respuesta fijarán los límites del conflicto, y a partir de allí, el árbitro deberá buscar una solución eficiente a partir de los criterios que considere más razonables de acuerdo con la naturaleza del litigio y su propia experiencia y conocimientos.

Es decir, toda combinación entre reglas preestablecidas elegidas por las partes, normas de origen consuetudinario ya aplicadas por distintas instituciones dedicadas a resolver conflictos, criterios puntuales de eficiencia, ámbitos previos de mediación, etc. Todo ello podría estar incluido dentro de las alternativas a disposición de las partes. Cada una de ellas, además de contar con la preferencia de las partes, probablemente tenga mayores ventajas en cuanto a la eficiente resolución del conflicto.

7. Los mecanismos para hacer cumplir la decisión por la cual se resolvió el reclamo

Entre lo que las partes pueden acordar, estará disponer que la decisión del árbitro sea meramente declarativa, sin que ello suponga un título para ejecutarla en contra de la voluntad de quien resulte obligado a través de un mecanismo que involucre la fuerza. También pueden disponer que, por el contrario, esa decisión pueda hacerse operativa aún ante la oposición de quien haya perdido, a través de algún mecanismo que también será consensuado y aceptado previamente por las partes.

Es posible que se pacte efectuar depósitos en garantía de futura responsabilidad, sea en bienes específicos o sumas de dinero, de las cuales el árbitro pueda disponer luego de su decisión, entregando lo que corresponda a cada parte.

En su relación con sus clientes, cada compañía establecería su propia oferta de criterios de solución, que los potencia-

les clientes ponderarían antes de decidir la suscripción del contrato.

Es importante tener en cuenta que la vida de relación en la comunidad es un juego repetido. Las personas no viven en el vacío, están permanentemente interactuando unas con otras en procura de alcanzar sus metas, y el no pago de las deudas puede acarrear muchos más perjuicios que beneficios. Probablemente en la medida en que desaparezcan los mecanismos compulsivos estatales para asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, surgirán instituciones que desarrollarán novedosas formas de lograr que las decisiones arbitrales se cumplan, o que los morosos sufran consecuencias económicas y sociales graves por su falta de cumplimiento. Este es un tema respecto del cual es crucial desarrollar criterios y evaluaciones teóricas.

II. LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS Y LA JURISPRUDENCIA

En los sistemas jurídicos de derecho estatal, la jurisprudencia de los tribunales tiene gran importancia para la formación de criterios jurídicos y la interpretación de los hechos. Ello se advierte especialmente en aquellos de creación judicial de derecho, como el antiguo derecho romano o el *common law*, tal como vimos.

En los países de derecho judicial, la jurisprudencia se convierte en un cuerpo normativo que crece a partir de la reiteración y generalización de reglas abstractas emanadas de decisiones de casos particulares. Por su parte, en los países de derecho legislativo, la jurisprudencia determinará el modo en que, la norma general y previa, se aplicará en cada caso concreto.

Conocer cuáles serán los criterios de decisión de los jueces es muy útil al momento de discutir un contrato, o de ne-

gociar una solución alternativa. Pero en el caso de los árbitros, elegidos expresamente por las partes de manera consensuada o contractual, antes o después de la producción de un conflicto, esa función de otorgar previa certeza jurídica ya deja de tener aquella relevancia, y si adquieren gran importancia las instrucciones que los propios contendientes puedan darle a quien debe resolverlo. Ello es así, tanto en lo relativo a los criterios de decisión como al procedimiento mismo.

En un sistema de derecho estatal monopólico, la jurisprudencia opera de un modo similar a los precios en el mercado, como un tablero de señales que les permite a las personas adecuar su conducta y resolver sus conflictos sin necesidad de recurrir a los tribunales, y en ese sentido constituyen un elemento esencial en la formación y estabilidad del orden jurídico.²³²

Para las partes del juicio, la sentencia define derechos hasta ese momento inciertos o paralizados como consecuencia del pleito. La claridad, fundamento y rapidez con que se lleve a esa decisión incide sobre la eficiencia económica en tanto permitirá establecer quiénes y con qué alcances podrán ejercer esos derechos. Pero esta definición de derechos, a su vez, tendrá consecuencias para otras personas no vinculadas con el litigio.²³³

²³² Rojas, Ricardo Manuel, «Los alcances de la decisión judicial», en *15 Años del Centro de Formación Judicial*, op. cit., p. 336.

²³³ Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo; *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 185-186. «Es posible enunciar una cantidad de destinatarios de las resoluciones del juez, algunos que reciben el impacto en forma directa, otros en forma indirecta, algunos en forma inmediata, otros a mediano o largo plazo. Hay quienes están a la expectativa de esa decisión y sus consecuencias, mientras que otros ni siquiera la esperan. Pero para todos ellos, que el juez decida, cuándo y en qué términos lo haga, tendrá consecuencias de algún tipo» (Rojas, Ricardo Manuel, «Para quién escriben los jueces? Algunas reflexiones sobre el lenguaje judicial y sus consecuencias», *Revista de Análisis Institucional*, Fundación Friedrich A. von Hayek, n.º 2, marzo de 2008, p. 190).

Como forma de resolver un conflicto concreto, la mayor virtud de una sentencia consiste en ser clara, sin ambigüedades, suficientemente fundada, que se haga cargo de todos los agravios llevados ante el juez y sin dejar puntos oscuros ni vacíos. Si logra ese objetivo luego de un proceso sustanciado en un plazo razonable, esta tarea judicial habrá brindando un servicio fundamental para definir concretamente los derechos y generar una situación de certeza jurídica con un coste de transacción bajo.

Pero al mismo tiempo que resuelve el conflicto puntual, la sentencia elabora una norma abstracta que en su relación con el resto de las normas emanadas de otras sentencias conforman la jurisprudencia, que como señalé antes, constituye una fuente inestimable de derecho para solucionar futuros conflictos y orientar los acuerdos privados.²³⁴

La ventaja de este derecho de elaboración judicial radica en que al permitir un testeo directo con el caso concreto, le permite a los jueces establecer y modificar doctrinas judiciales respetando dos valores esenciales: 1) la necesidad de brindar seguridad jurídica, al mantener la estabilidad de los precedentes; 2) la necesidad de permitir la evolución del orden jurídico, en busca de soluciones mejores y más eficientes, lo que autoriza a dejar de lado criterios anteriores y establecer otros nuevos, en situaciones excepcionales y mediante decisiones fundadas.²³⁵

Se puede advertir esta preocupación por brindar seguridad jurídica y enviar señales que contribuyan a la resolución de casos, en el criterio de selección de decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos. De los miles de recursos presentados anualmente para su decisión, la Corte solo escoge un

²³⁴ Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo; *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 186.

²³⁵ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, op. cit., pp. 188 y ss.

puñado, utilizando para ello criterios que tienen que ver con la importancia de establecer una doctrina que sea seguida en el futuro y fomente acuerdos extrajudiciales. También escoge casos de trascendencia pública e importancia institucional.

Frente a estas características que pueden advertirse en los sistemas judiciales estatales, las ventajas de las alternativas privadas como la mediación o el arbitraje no se vinculan con su contribución a la certeza jurídica, sino que su mayor valor está dado, precisamente, por la posibilidad de eludir precedentes formales y utilizar otros criterios para la búsqueda de mejores soluciones.

Es que a diferencia del juez estatal, el árbitro o mediador no son impuestos por leyes de jurisdicción, sino elegidos por los propios contendientes, muchas veces con posterioridad al conflicto. No rigen su actuación por criterios legales vinculados con la igualdad ante la ley o las garantías del debido proceso. En cambio, su tarea radica en buscar la solución más adecuada de un caso, respetando las expectativas e instrucciones de las partes; y así como cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias, lo que cada uno busque en un conflicto diferirá aun en litigios que objetivamente parezcan similares.

Puede verse incluso en sistemas de derecho monopólico estatal, que en ciertas áreas de actividades comerciales complejas y que involucran inversiones muy altas, las partes prefieren someter sus conflictos de manera voluntaria a árbitros especializados, que siguen reglas propias y deciden sobre la base de su experiencia en esa área contractual. Para ello, muchas veces sustraen sus conflictos de los tribunales del país y aceptan soluciones arbitrales que no tienen la misma fuerza ejecutoria que una sentencia estatal.

Sin embargo, ello no impide que, entre las distintas alternativas posibles de arbitraje, exista una en la cual los árbitros respeten sus propios precedentes o los de su empresa de ar-

bitraje, al momento de resolver las disputas. Ello permitiría que, aún en un sistema sin monopolio de las decisiones, se pueda desarrollar una jurisprudencia que ofrezca las ventajas ya señaladas vinculadas con su predictibilidad que contribuyan a una mayor certeza jurídica en las personas vinculadas al conflicto.

Por otra parte, es posible vislumbrar un proceso de retroalimentación entre estos criterios jurisprudenciales desarrollados por los árbitros, y las normas consuetudinarias. Así como las normas consuetudinarias han sido fuente de la jurisprudencia en sistemas como el *common law* inglés, también puede decirse que ese cuerpo de decisiones de casos concretos repetidas en el tiempo, contribuyen a formar costumbres de contenido jurídico.

Ambos se potencian; y probablemente en la medida en que las costumbres puedan mutar lentamente como consecuencia de nuevas preferencias en las relaciones humanas, ello llevaría a que la jurisprudencia de los árbitros también se adapte a esos cambios; y viceversa, los cambios en los criterios de interpretación y aplicación de las costumbres al resolver las disputas, podrán producir con el tiempo cambios en las propias costumbres jurídicas.

III. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO BASADO EN RECLAMOS

El estudio de los mecanismos y procedimientos para canalizar reclamos y resolver conflictos resulta de particular importancia, porque está directamente relacionado con otros aspectos del derecho.

En efecto, los avances teóricos en materia de normas, contratos e instituciones se verán influidos por el estudio de la

solución de los conflictos, que se convertirá en el punto culminante del desarrollo de la teoría del derecho. Dentro de cada una de esas áreas, habrá espacio para la ponderación de las cláusulas contractuales, las soluciones institucionales y las normas consuetudinarias que tiendan a evitar la producción de conflictos o buscar su solución.

Como vimos en el punto anterior, el orden jurídico estará integrado por una interrelacionada amalgama de formas contractuales, principios de resolución de reclamos por daños y crímenes, normas consuetudinarias e instituciones. Todas se influyen recíprocamente y así fortalecen el orden resultante.

Pero el punto culminante donde todo ello confluye en forma ostensible, es cuando se producen reclamos concretos que deban ser solucionados recurriendo a dicho orden jurídico. Entonces, la teoría sobre los métodos de resolución de conflictos deberá estar en consonancia con el resto de los elementos de la teoría del derecho.

Por eso, existe una relación de dos vías en estos aspectos del orden jurídico: el desarrollo de la teoría de los contratos, las normas, los daños y las instituciones debe ponderar especialmente el momento en que todo ello pueda desembocar en un conflicto a ser resuelto; y la teoría de los medios de solución de conflictos deberá tener en cuenta que tal es producto de acciones e interacciones que se traducen en contratos, instituciones y normas consuetudinarias.

8. La solución de los reclamos y el problema del «enforcement»

Tradicionalmente se ha entendido que uno de los elementos fundamentales del orden jurídico es su poder para hacer cumplir las normas, contratos y decisiones judiciales que determinan responsabilidades y derechos. Por ese motivo se identifica al derecho como una elaboración necesariamente estatal, al menos en alguno de sus aspectos más relevantes.

Pero entendido en sentido estricto, el derecho remite al estudio de la prevención y solución de conflictos, y no al mecanismo por el cual esas soluciones se hacen efectivas. La circunstancia de que el derecho haya sido mayormente vinculado con la potestad estatal de imponer reglas de comportamiento, ha hecho pensar que esta actividad incluye lo relativo a los medios para tal imposición. Incluso una rápida mirada a las leyes que se sancionan habitualmente, permitirá comprobar que la mayoría de ellas disponen sanciones para su incumplimiento y crean organismos de aplicación con facultades para ejercer la coacción.

Sin embargo, el derecho se encarga de estudiar los modos de relación contractual y de responsabilidad extracontractual, las instituciones a las cuáles los interesados recurren para hacer valer sus reclamaciones y defensas, y las soluciones (judiciales o extrajudiciales) que se den a los conflictos.

El uso del poder coercitivo del Estado para hacer cumplir la decisión que pone fin al conflicto, en principio no parece vincularse con un tema estrictamente jurídico, sino más

bien político, con el poder coactivo del Estado para ejecutar sus decisiones. Esto adquiere mayor relevancia en la medida en que se recuerde aquella jurisprudencia mencionada antes en la cual se deja claro que las instituciones judiciales y policiales estatales no tienen por finalidad primordial proteger a las personas, sino hacer cumplir la ley. Tal intromisión legislativa no solo incluye la imposición de soluciones a conflictos individuales, sino la ejecución coactiva de tales decisiones.

Hay quienes sostienen que la única función que cabría al gobierno en su vinculación con el derecho es la de hacer cumplir, aún por la fuerza, las decisiones que solucionen los conflictos, del mismo modo que la única función que corresponde al gobierno en su vinculación con el proceso económico es la de evitar el uso de la coacción para forzar conductas no deseadas o impedir las escogidas por los actores en el mercado. Sin embargo, en ninguno de ambos casos la intervención estatal se vincula estrictamente ni con la ciencia jurídica ni con la ciencia económica.

La idea de que las normas deben imponer conductas y garantizar su cumplimiento aún por la fuerza tiene una aceptación intuitiva, en tanto la gente tiende a pensar que sin esa imposición por un gobierno que ejerza el monopolio de la legalidad, sería imposible que los acuerdos se cumplan o evitar los daños y crímenes. Por ello es que uno de los puntos más complicados en el desarrollo del derecho, es el de cómo ejecutar las decisiones que resuelven los reclamos. Con muy poca oposición se ha aceptado entonces que las decisiones finales de los jueces deben ejecutarse mediante el uso de la fuerza, y que para evitar abusos en tal sentido, el *enforcement* debe ser aplicado por una autoridad objetiva e imparcial. Esa autoridad es el Estado.

Sin embargo, ese ideal de crear un poder monopólico sostenido con recursos quitados por la fuerza, con la finalidad

de limitar el uso de la fuerza en la sociedad a la función de evitar y resolver conflictos entre particulares, no solo no ha sido alcanzado con éxito, sino que por el contrario, el poder estatal y la intromisión legislativa en la vida de las personas, así como la sustitución de la voluntad de un funcionario por sobre la de quienes en teoría son sus mandantes, es algo que viene creciendo sin pausa en todas partes. Lo único que ha cambiado es la fuente del poder: en lugar de ser la arbitaria decisión de un príncipe o dictador, es la arbitaria decisión de una asamblea legislativa, elegida democráticamente.²³⁶

Un cambio de paradigma en los fundamentos del derecho permitiría sustituir los vanos esfuerzos por limitar el poder estatal, por la elaboración de teoría jurídica que sustente un orden espontáneo de normas consuetudinarias, instituciones y acuerdos voluntarios en la cual se alcance esa *última ratio* de manera mucho más eficiente y menos peligrosa. En consecuencia, ese poder político de *imperium*, debería sustituirse por soluciones institucionales privadas que establezcan los mecanismos para la ejecución de las decisiones que resuelven los conflictos.

I. ¿POR QUÉ LA GENTE ACATARÍA LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS SI NO EXISTIERA EL MONOPOLIO ESTATAL DE LA FUERZA?

Esta pregunta es uno de los nudos centrales de quienes sostienen que la existencia de un Estado con el monopolio de la fuerza es inevitable. Más allá del hecho ya señalado de que la noción de Estado surgió en el mundo cuando las sociedades

²³⁶ Esta cuestión está más vinculada con la política que con el derecho, y por lo tanto no me voy a extender aquí. Respecto de los peligros de la mala interpretación de la democracia y los gobiernos democráticos, remito a otro trabajo: *Resistencia no violenta a regímenes autoritarios de base democrática*, Unión Editorial, Madrid, 2015.

ya eran complejas y estaban bien organizadas —demostrando que el Estado no fue necesario para su formación—, es importante detenerse un poco en este punto, que me parece central para develar la cuestión de cómo enecutar las decisiones de los árbitros.

Supongamos por un momento que no existe Estado ni autoridad alguna con el poder de usar la fuerza para obligar a realizar ciertas conductas. Para sobrevivir, las personas tendrían dos alternativas: 1) realizar acuerdos cooperativos, respetando contratos, normas consuetudinarias, instituciones, árbitros, lo que incluiría el respeto por las decisiones de los árbitros aunque sean adversas; o 2) volver al estado de naturaleza, a la jungla *hobbesiana*, sustituir la cooperación voluntaria y la resolución pacífica de las disputas por violencia.

De modo que, sin Estado, siempre la alternativa a las conductas cooperativas será la violencia. Este es un primer punto a ser tenido en cuenta al evaluar cómo se harán cumplir las decisiones de los árbitros: la alternativa de no cumplirlas, es volver a la violencia, y ello no solo influye sobre quien debe cumplir una resolución arbitral, sino sobre toda la comunidad. De allí el surgimiento del principio consuetudinario de que los contratos y las decisiones de los árbitros deben ser cumplidas.

En este punto, entiendo que el desarrollo argumental por el cual Buchanan intentó demostrar teóricamente la unanimidad de origen del contrato constitucional, si bien según pienso no resulta suficiente para justificar la existencia del gobierno, sí es muy interesante como argumento para evaluar la decisión individual de respetar las decisiones arbitrales.

A diferencia de Locke, Buchanan partía de la idea de que en el estado de naturaleza la situación es tan mala, que un acuerdo es la mejor solución para todos, aun para aquellos que queden en peores condiciones individuales. Pero el punto de partida no es un acuerdo, sino lo que Buchanan deno-

mina «distribución natural»,²³⁷ que es un equilibrio conceptual alcanzado el cual ni a unos les interesa matar o robar una unidad añadida del bien que se disputa, ni a los demás les interesa defender una unidad más de dicho bien. En este punto deja de ser rentable una guerra de todos contra todos, y se puede lograr una asignación de derechos que deje a todos satisfechos. Alcanzado este punto, a todos les interesará la paz, es decir, salir del estado de naturaleza.²³⁸

Sobre esta base, construía Buchanan su teoría sobre la unanimidad original del contrato constitucional, aunque en la medida en que fuera un contrato voluntario, una vez aceptado existirían incentivos para intentar salirse de él mientras los demás lo respetaran, para obtener ventajas adicionales. Esta circunstancia, y el hecho de que a partir del contrato constitucional, las decisiones del gobierno en una sociedad democrática se adoptan por mayoría, debilitan el punto de Buchanan respecto de la legitimidad del gobierno. A partir de entonces, solo podrá mantenerse en la medida en que las personas renuncien en su favor a parte de sus derechos y estén dispuestas a tolerar que use la fuerza para sostener sus decisiones.

El problema con el argumento de Buchanan, según entiendo, es que intenta aplicar el criterio por el cual es posible pensar —aun teóricamente— en un punto de equilibrio donde la violencia ya no sea una herramienta eficiente para nadie, a la justificación de un gobierno que, a partir de dicho equilibrio, adoptará decisiones basadas en la regla de la mayoría, y se las impondrá a personas que no tuvieron eso en miras al aceptar su existencia.

²³⁷ Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, 1975, p. 24.

²³⁸ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e institucional del orden jurídico*, op. cit., pp. 227-231.

Si las partes individuales de un contrato inicial reconocen mutuamente la presencia de incentivos para que cada uno no cumpla, y por tanto reconocen la falta de viabilidad de cualquier esquema que dependa del cumplimiento voluntario, entonces, en el momento del contrato, adoptarán algún tipo de acuerdo coercitivo.²³⁹

A partir de allí, el Estado se ve legitimado a usar la fuerza otorgada por las personas, y como el propio Buchanan reconoce, no hay ningún medio obvio y efectivo por el que la institución o agente coercitivo pueda ser refrenada en su propia conducta; los individuos que contratan los servicios de instituciones coercitivas necesariamente tienen que rendir su propia independencia.²⁴⁰ Esa pérdida de libertad no se atempera por el hecho de que las decisiones sean tomadas por la mayoría: «En conjunto, 51% de la población votante no parece ser muy preferible al 49%».²⁴¹

El problema entonces es que aquel supuesto consentimiento inicial unánime para constituir un Estado, desaparece inmediatamente después de que ese Estado comienza a tomar decisiones que alteran la situación de los habitantes, siguiendo ya no la regla de la unanimidad sino de la mayoría. Ello genera incentivos para salirse del sistema y convertirse en *free rider*, y cuanto menos, debilita sensiblemente el argumento de Buchanan.

Sin embargo, este argumento resulta más interesante en su vinculación con la decisión individual de acatar las decisiones de los árbitros. Si partimos de la misma premisa de Buchanan

²³⁹ Buchanan, James, *The Limits of Liberty; Between Anarchy and Leviathan*, op. cit., p. 66.

²⁴⁰ Buchanan, James, *The Limits of Liberty; Between Anarchy and Leviathan*, op. cit., p. 67.

²⁴¹ Buchanan, James, *The Calculus of Consent*, University of Michigan, 1965, p. 81.

sobre la distribución inicial a partir de la cual cada persona busca progresar a través de acuerdos voluntarios, esa comparación entre el estado de naturaleza y la asociación cooperativa es testeada permanentemente por cada individuo con respecto a su propia situación.

Entonces, será posible advertir que —con la violencia siempre como alternativa potencial—, resulte para una persona más beneficioso y eficiente admitir las reglas contractuales y normas consuetudinarias, así como las decisiones arbitrales (aun las que le sean adversas), porque la alternativa es una vuelta a la jungla *hobbesiana* individual, compuesta por una serie de acciones en su contra que podrán ir, desde las vías de hecho hasta la condena social y el ostracismo.

La diferencia entre el argumento vinculado con la justificación del Estado y el mismo argumento utilizado respecto del acatamiento individual de decisiones arbitrales o cumplimiento de contratos, radica en la distinta naturaleza del Estado y un orden espontáneo basado en acuerdos voluntarios.

En efecto, como señalaba Hume, cuando se establece un nuevo gobierno, por cualquier medio que sea, la gente está generalmente insatisfecha con él y obedece más por miedo y necesidad que por una idea de lealtad u obligación moral.²⁴² En estas condiciones, cada uno verá al Estado como algo extraño a sí mismo, como alguien a quien se puede obedecer o engañar, a quien se paga tributo no por obligación sino por temor, y cuyas leyes uno estará dispuesto a obedecer en tanto la desobediencia no involucre un riesgo alto de perjuicio.

Por el contrario, en los sistemas basados en la asociación cooperativa, en acuerdos voluntarios y normas consuetudinarias, ya no es la regla impuesta por una autoridad extraña sino el producto de sus propios actos voluntarios lo que estará

²⁴² Hume, David, «On the Original Contract», en *Essays: Moral, Political and Literary*, E.F. Miller, Ed. (1742); Liberty Classic, Indianapolis, 1987, p. 474.

en juego, y ese orden jurídico espontáneo no será visto por las personas como algo extraño y apartado de uno mismo, sino como parte de su propio entorno. Violar ese orden significaría violar contratos suscriptos voluntariamente, reglas establecidas en instituciones a las que ha adherido, o normas consuetudinarias a las cuales consideraría plenamente aplicables si no fuera que en este caso concreto lo perjudican.

Una solución alternativa a la propuesta por Buchanan a partir de la concepción teórica del estado de equilibrio o «distribución natural», es que el orden de la sociedad, la solución de los conflictos e incluso los hechos de violencia producidos por quienes no quieren respetar ese equilibrio, deberían buscarse a través de contratos, instituciones y normas consuetudinarias, y no de un monopolio estatal de la fuerza. Puede decirse que, en ese caso, las consecuencias en condena social por violar dicho orden espontáneo y consensuado, generalmente serán superiores a las de no acatar la legislación establecida por un puñado de políticos y aplicada obligatoriamente de manera inconsulta.

Las instituciones y normas consuetudinarias seguramente irán formando varias de estas soluciones para quien se aparta del respeto de las reglas de cooperación voluntaria e intente no hacerse cargo de sus propios actos; y este conjunto de soluciones espontáneas y consensuadas podrá tener incluso mayor poder preventivo general que un Estado con monopolio de la fuerza.

Esto se advierte con facilidad en comunidades pequeñas, donde la violación o alteración a las promesas o evasión de la responsabilidad por los propios actos, es conocida de inmediato por los vecinos y sancionada moralmente. En las comunidades más complejas y grandes, este aspecto del conocimiento y la reputación puede ser sustituido por algunas formas institucionales que permitan acceder a dicha información. Las consecuencias de esa pérdida de reputación y condena moral

(unida a otras consecuencias de carácter social o económico), podrán tener mayor poder preventivo general que la amenaza del uso estatal de la fuerza.

II. ¿CUÁL ES LA FUENTE DE AUTORIDAD DE LAS DECISIONES QUE RESUELVEN CONFLICTOS?

De lo dicho en el punto anterior se deduce que la mayor autoridad de las normas consuetudinarias sobre aquellas que se imponen coactivamente por un grupo, se basa en que cada sujeto advierte los beneficios de comportarse de acuerdo con lo que los demás esperan de él, siempre que exista reciprocidad en dicho comportamiento. Estas normas, además, están permanentemente condicionadas por otras soluciones que los negociantes puedan acordar, o aquellas que estén decididas por instituciones a las que esas partes se han adherido voluntariamente.

La internalización de estas soluciones nacidas del consenso, disminuyen notoriamente los niveles de agresión, si se la compara con lo que sucede cuando esa agresión está permanentemente presente en forma de amenaza de aplicación de la fuerza por agencias del Estado. Cuando una minoría impone coactivamente normas y soluciones a conflictos, dicha imposición requerirá mucha más coacción de la que se necesita cuando las normas y soluciones se elaboran desde el consenso, por medio de mutua aceptación y respeto.²⁴³

La idea de «reciprocidad en el trato», que subyace en buena parte de las normas voluntariamente aceptadas, operará también como fundamento de la aceptación del principio de que el incumplimiento de la conducta esperada acarrearía algún tipo

²⁴³ Benson, Bruce L., *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2000, p. 22.

de consecuencia o sanción. La antropología nos ha ayudado a observar que aún en las sociedades primitivas donde no existían códigos ni leyes escritas, ni autoridades formales, al menos con la complejidad de las actuales, todos sabían que las acciones generan consecuencias, y que las conductas violentas que producían perjuicios a otros, probablemente tendrían consecuencias graves para el infractor.

Las costumbres establecen reglas informales aceptadas y respetadas con mayor fuerza que el miedo o respeto a una autoridad que impone reglas desde el poder.²⁴⁴ Como señala Benson:

Las costumbres y prácticas dan origen a expectativas, que a su vez guían las acciones de la gente, por lo que esas prácticas que la gente espera observar es lo que, a menudo, se reconoce como ley. La autoridad de (o el apoyo a) un sistema legal, deriva en última instancia de un sentimiento de que es «correcto» debido a que verifica las expectativas. Desde esta perspectiva de la autoridad resulta claro que los acuerdos recíprocos son la fuente básica de reconocimiento del deber de obedecer la ley...²⁴⁵

²⁴⁴ Un buen ejemplo de ello lo trae Douglass North, que en realidad lo tomó de una cita de Axelrod: «La noche previa al día en que iba a sostener un duelo con Aaron Burr, Alexander Hamilton se sentó a escribir todas las razones de por qué no debía aceptar ese reto; una fundamental, por supuesto, era que corría el riesgo de morir. Sin embargo, pese a las abrumadoras bases racionales para no ir al duelo, consideró que su influencia y eficacia en el terreno público se verían severamente disminuidas por tal decisión, porque el duelo era el modo socialmente aceptado de arreglar disputas entre caballeros. Las normas sociales dictaban la elección, no las reglas formales» (North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, op. cit., p. 59; con cita de Axelrod, Robert, «An Evolutionary Approach to Norms», *American Political Science Review*, 80:1095-1111 (1986).

²⁴⁵ Benson, Bruce L., «The Spontaneous Evolution of Commercial Law», *Southern Economic Journal* (January 1989), pp. 446-461; citado por Krause, Martín, «La teoría de juegos y el origen de las instituciones», *Libertas* n.º 31, octubre de 1999, p. 258.

Uno de los ejemplos más claros del valor de estas normas morales consuetudinarias en sociedades más rudimentarias es la institución del ostracismo. En tales comunidades, la violación a las reglas de conducta esperadas de acuerdo a las costumbres, generaba el rechazo del infractor por parte de la comunidad, que se exteriorizaba en la decisión de expulsarlo del grupo.

El aislamiento como sanción moral, consistente en no tener tratos o intercambios con la persona que ha violado una importante norma consuetudinaria, y el ostracismo o extrañamiento, que supone que esa persona deba alejarse de la comunidad en la que cometió su falta, han sido formas de sanción repetidamente aplicadas desde las sociedades primitivas.²⁴⁶ Era una solución eficiente, no insumía costes especiales de implementación, era menos drástica que la muerte y cumplía con el objetivo de quitar de circulación a una persona indeseable en la comunidad. North explica que los modos de cumplimiento de contratos surgidos de manera informal en los códigos de conducta comercial, incluían el ostracismo de quienes violaban dichos acuerdos. Más tarde esas costumbres comerciales se convirtieron en derecho formal.²⁴⁷

El análisis económico del derecho, y en especial la teoría de juegos y de negociación, han explicado con bastante claridad las consecuencias de no cumplir los compromisos.

Como se explicó en el capítulo anterior, las personas no celebran acuerdos aislados, sino que permanentemente están interactuando a veces con los mismos negociantes y a veces

²⁴⁶ La acepción original de la palabra «ostracismo» se refería a una sanción de destierro por diez años que los griegos aplicaban a los potenciales dictadores, y que debe su nombre a la circunstancia de que dicha sanción se aplicaba según el resultado de una votación en la que cada ciudadano emitía su opinión dentro de la caparazón de una ostra (conf. Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1891, p. 1363).

²⁴⁷ North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, op. cit., p. 63.

con otros, pero sus decisiones actuales no son indiferentes respecto de acuerdos futuros. No cumplir un contrato, producir un daño y no resarcirlo, no aceptar una decisión arbitral a la que se ha allanado para resolver el conflicto, son decisiones que pueden tener consecuencias mucho más graves que el monto de la deuda impaga.

Y es bueno no olvidar, como se dijo, que se puede advertir más claramente la presión de la sanción moral en comunidades más pequeñas, donde todos se conocen y los actos injustos son advertidos de inmediato. El coste de no cumplir con las normas consuetudinarias en esas comunidades es mucho más alto que el de no hacerlo en grandes ciudades, donde las posibilidades de anonimato son mayores, aunque también en ellas se pueden desarrollar mecanismos institucionales para establecer dicha presión.²⁴⁸

²⁴⁸ Un buen ejemplo de esto es muy interesante relato que trae Posner sobre el desarrollo en Atenas, en el siglo v a.c., del mito de la polución (*«miasma»*), como un modo de reforzar la prevención general de las normas. Tradicionalmente, la responsabilidad en la Grecia primitiva era colectiva, en el sentido de que respondían los clanes o familias: cualquier integrante del clan podía ser responsable por el crimen cometido por otro miembro, y cualquier integrante del clan, a su vez, podía reclamar por los daños provocados a otro miembro del clan del agresor. Eso funcionó bastante bien en comunidades rurales, con grandes familias, muy bien identificadas y poblaciones poco numerosas. De este modo, los miembros del clan se cuidaban de que los demás miembros no cometieran crímenes, y a su vez se encargaban de reclamar los perjuicios sufridos por los individuos de su clan, garantizando la eficiencia del sistema.

Pero en la medida en que la población creció, y especialmente en la Atenas cosmopolita, la vida ciudadana permitió que las personas gozaran de un anonimato que antes no tenían, de modo que ese mecanismo de control familiar ya no era efectivo. Fue entonces que apareció este mito, que señalaba que si una persona de la ciudad cometía un crimen, cualquier vecino de la misma ciudad, o la ciudad entera podían recibir severos castigos de los dioses, a menos que el crimen fuera impedido o el criminal detenido, desterrado o muerto por sus afines. Este mito revitalizó la idea de que los miembros de la comunidad debían controlarse mutuamente, y deshacerse de los criminales y deshonestos (Posner, Richard A., *The Economics of Justice*, Harvard University

La tecnología y el mercado encuentran soluciones a los problemas cuando estos tienen significación económica, y por ello hoy existen empresas que brindan información pública sobre el estado de cumplimiento de los contratos y producción de daños de las personas, así como cada vez mayor tecnología para detectar y hacer conocidos los hechos que puedan dar lugar a reclamo. Este tipo de registros y mecanismos de obtener información pueden reforzar la importancia de la «fama», que en comunidades más pequeñas acompaña a las personas permanentemente y las disuade de comportamientos reprochables.

III. MECANISMOS PARA HACER CUMPLIR LAS DECISIONES

Existe una estrecha vinculación entre los mecanismos necesarios para evitar y resolver conflictos, y aquellos que tienen por objeto ejecutar las decisiones que los resuelven.

Si la teoría del derecho pudiese desarrollarse en todos los aspectos que han sido mencionados en los puntos anteriores, probablemente los mecanismos para la ejecución de las decisiones en materia de reclamos también encontraría solución en las cláusulas contractuales e instituciones formadas al efecto.

Es probable que dicho proceso de ejecución se encuentre previsto expresamente en contratos. También puede ser establecido por las empresas de seguro e instituciones similares a las que las personas adhieren voluntariamente. Las mismas empresas de mediación o arbitraje pueden disponer entre las condiciones de su intervención, el modo en que se ejecutará la decisión final, a la que las partes adherirán al contratarla.

Press, 1981, pp. 217 y ss.; Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, op. cit., pp. 38 y ss.).

Este punto será el que más complicaciones traerá para su implementación, desde que el *imperium* propio del derecho estatal coactivo no ha permitido el surgimiento de formas de ejecución privada de las decisiones arbitrales. Pero de todos modos, indudablemente estas instituciones podrán desarrollarse, al igual que han surgido en otras áreas en la medida en que se garantizó la libre decisión de las personas.

Probablemente irán apareciendo también ciertas normas consuetudinarias que establezcan los casos y requisitos exigidos para admitir tal cumplimiento forzado. Ello surgirá espontáneamente a partir de la praxis. Quienes opten por no acatar las decisiones en su contra, se enfrentarán, por una parte, con la posibilidad de represalias violentas a su inicio de la fuerza, tanto por el damnificado por su acción, como por quienes contractualmente se hayan comprometido a defenderlo.

Resulta importante no perder de vista que la idea central es que las personas requieren un estándar de certidumbre que le permita llevar a cabo de modo más eficiente sus acuerdos cooperativos o tomar decisiones. Esta necesidad de certeza llevará, seguramente, a que por vía de contratos, instituciones o normas se logre una aceptación muy alta de los mecanismos para la ejecución forzada de las decisiones de los reclamos. En especial, porque una vez desarrolladas esas soluciones, el no acatamiento de lo decidido por los árbitros tendrá una sanción social y consecuencias económicas contraproducentes posiblemente superiores de las que hoy en día tiene el incumplimiento de una sentencia judicial.

9. *El derecho y el rol del abogado*

La tradición de derecho legislado y codificado moldeó de un modo muy concreto la actuación de los abogados. Normalmente son vistos como expertos en el conocimiento de dicha legislación, de las instituciones jurídicas, de la jurisprudencia de los tribunales, de los procedimientos judiciales. Su formación consiste en gran medida en el estudio teórico de aquellas áreas del derecho que se encuentran codificadas, reglamentadas por la ley y discutidas en los tribunales.

Por ese motivo, suele decirse que la principal virtud de un buen abogado es su memoria, para recordar cientos o miles de normas escritas y doctrinas judiciales, así como su habilidad argumental para tratar de convencer a un juez de que esa montaña de legislación y jurisprudencia están de su lado en un pleito concreto.

Los problemas jurídicos son vistos como conflictos entre partes que confrontan ante un juez para que este les dé la razón. Los abogados suelen buscar sus argumentos dentro de la gran bolsa de leyes, decretos y fallos judiciales, para enfrentar con ellas a la otra parte. Se invoca frecuentemente la búsqueda de la Justicia en este proceso, aunque lo que realmente ocurre es que se busca la solución más beneficiosa para su parte que la legislación coactiva vigente puede permitir. Eso es lo máximo que el abogado puede prometer a su cliente.

Tradicionalmente suele considerarse a los procesos judiciales como ámbitos de contienda, que no dejan casi ningún ámbito posible a la negociación o especulación de las partes

(sobre todo en algunas áreas, como el derecho penal). Incluso suelen emplearse términos o frases tomados del ámbito bélico: las partes esgrimen «defensas», elaboran «estrategias» para enfrentar al contrario, luchan en «igualdad de armas», y deducen recursos o nulidades para «atacar» a las decisiones de los jueces inferiores.²⁴⁹ Ello es consecuente con esta idea de que la labor de los abogados es contender con los abogados de la parte contraria para intentar que el juez les dé la razón y de ese modo «ganar» el pleito.

Si bien existen ámbitos de negociación dentro del proceso judicial estatal (más amplios en materia de derecho privado), lo cierto es que dichas negociaciones en definitiva se realizan bajo la amenaza latente de ir a la justicia en busca de la solución «legal». Cuando esa solución legal beneficia ampliamente a una de las partes, resultará sumamente difícil que se llegue a un acuerdo.

Si se abandona la idea de la búsqueda de la Justicia como norte del derecho (concepto que ha originado ríos de tinta y bastante poca claridad), y se acepta el principio de que cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias, entonces la naturaleza del derecho y la discusión entre las partes adquiere formas completamente diferentes. Pasa de ser una lucha por adecuar ciertas normas coactivas a lo que un árbitro pueda decidir, a ser una discusión entre personas que tienen un conflicto al que quieren solucionar de la manera más eficiente posible para todos.

Cuando ese esquema de normas codificadas y obligatorias es sustituido por el desarrollo espontáneo producido por la acción individual voluntaria ejercida a través de contratos, normas consuetudinarias, instituciones y mecanismos parti-

²⁴⁹ Rojas, Ricardo Manuel, «La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales», en *El uso estratégico del derecho*, VELEA, Caracas, 2010, p. 239.

culares de solución de conflictos, tanto el rol como las aptitudes requeridas para ser un buen abogado, variarán sustancialmente.

I. LA PARTICIPACIÓN DEL ABOGADO EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La visión estática del abogado, como aquel experto en derecho que argumenta teóricamente en beneficio de su cliente en una contienda judicial, mutará hacia la del asesor que, observando las cuestiones relacionadas directa e indirectamente con el caso, y todo aquello que pueda influir, busca una solución al conflicto que proteja del mejor modo posible los intereses de su cliente (para lo cual, frecuentemente, deberá hacerse cargo de satisfacer también los intereses de la contraparte).

Se pueden encontrar varias similitudes entre el proceso de mercado en el que se intercambian bienes y servicios, y el proceso de solución de controversias. En ambos casos, cada parte sabe qué es lo que prefiere, tiene un conocimiento limitado que a su vez es disperso, sabe que si bien están dentro de una competición existen chances para que la cooperación sea beneficiosa para ambos. Se hallan frente a las distintas alternativas, y reconocen que tomar decisiones produce costes de oportunidad.

En el mercado, el empresario es el actor fundamental que se sumerge en ese océano de valoraciones, recursos, ofertas, demandas, precios, conocimiento disperso, avances tecnológicos, y busca descubrir la oportunidad de hacer un buen negocio. Requiere de habilidad para examinar la realidad y perspicacia para descubrir oportunidades.

Como señalé en la primera parte de este trabajo, si bien generalmente se asocia a la idea de proceso de mercado con

la de competencia —entendida como confrontación de intereses—, lo cierto es que el punto de partida de la interacción económica no es la competencia, sino la asociación y la cooperación.²⁵⁰

Las personas tienden a obtener beneficios sin buscar confrontación, a través de la asociación basada en las ventajas comparativas y la división del trabajo. No es habitual que alguien encare un negocio respecto del cual ya hay muchos diferentes, a menos que tenga alguna ventaja que lo haga pensar que puede competir con éxito. De lo contrario, probablemente tratará de llegar a algún acuerdo con los actuales diferentes, tal como proveerles servicios o accesorios. Intentará aprovechar un negocio ya existente en marcha y exitoso, para sumarse a él de tal modo que todos ganen. En definitiva, la persona que actúe intentando descubrir un buen negocio (empresario), lo hará en lo posible evitando una confrontación, a menos que la expectativa de triunfo sea grande, porque las confrontaciones son onerosas e ineficientes.²⁵¹

Dado que los recursos son escasos y las necesidades tienden a ser ilimitadas, todos los bienes compiten entre sí, y los constantes cambios de expectativas y preferencias de las personas producen una tendencia al desequilibrio; y es por ello que se habla de competencia, no ya como una forma de confrontación directa, sino como un proceso de descubrimiento

²⁵⁰ Mises, Ludwig, *La Acción Humana*, op. cit., pp. 173 y ss.

²⁵¹ Sin embargo, hay una tendencia a ver en el proceso de mercado una lucha mortal entre empresarios inescrupulosos que pugnan por destruirse mutuamente. Existen incluso varios intentos por llevar los principios de la guerra a los negocios, como por ejemplo en: *SunTzu's Art of War for traders and investors*, de Dean Lundell (The McGraw-Hill Companies, 1997). En este libro, al igual que en muchos otros similares, se intentan trasvasar las enseñanzas del maestro chino de la guerra al ámbito de los negocios, haciendo ver a los empresarios o inversores como guerreros que deben confrontar constantemente entre sí (Rojas, Ricardo Manuel, «La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales», op. cit., p. 243).

anticipado a los demás.²⁵² En definitiva, por lo que se compite no es por vencer a otra persona que ofrece lo mismo que yo, sino por llegar a tener una posición más ventajosa respecto del uso o disposición de determinado conocimiento o recursos.

El empresario está en condiciones teóricas de descubrir de manera gradual buena parte de ese conocimiento. Su problema es que al competir con otras personas que padecen las mismas limitaciones, el tiempo adquiere un valor fundamental. Esto es, el primero que descubre la solución al problema planteado, es el que triunfa. Por eso es esencial entender que la competencia no opera fundamentalmente sobre productos sino sobre información y conocimiento. De allí el desarrollo de la empresarialidad basado en el descubrimiento que han desarrollado autores como Israel Kirzner, y la enunciación del principio moral según el cual: «quien lo descubre se lo queda».²⁵³

Estos conceptos y herramientas pueden ser aplicables en parte a la tarea del abogado quien, al igual que el empresario, es visto desde la óptica que aquí se plantea, más como un inquieto «buscador de oportunidades» que como un estático cumplidor de reglas formales.²⁵⁴ No debe olvidarse que en un sentido amplio, ejerce una función empresarial cualquier persona que actúa para modificar el presente y conseguir sus objetivos en el futuro.²⁵⁵

²⁵² Hayek, Friedrich, *Nuevos Estudios...* op. cit., pp. 227-240.

²⁵³ Kirzner, Israel M. *Creatividad, capitalismo y justicia distributiva*, Unión Editorial, Madrid, 1995, pp. 153 y ss.

²⁵⁴ Rojas, Ricardo Manuel, «La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales», en *Uso estratégico del derecho*, VELEA, Caracas, 2010, pp. 253-254.

²⁵⁵ Huerta de Soto, Jesús, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 2005, p. 41. Agrega el profesor Huerta de Soto: «Tanto la expresión castellana empresa como las expresiones francesa e inglesa *entrepreneur* proceden etimológicamente del verbo latino *in-prebendo-*

El reclamo supone muchas veces un conflicto de intereses y competencias por la obtención de una solución favorable. Pero ello no descarta la existencia de ámbitos donde la cooperación o el acuerdo sea más favorable a los intereses de todos los involucrados por dicho reclamo. Buscar estas soluciones eficientes requiere cooperación, persuasión, discusión, evaluación de incentivos y convencimiento, mucho más que la fuerza de la argumentación jurídica y el conocimiento de la legislación y la jurisprudencia.

Visto el abogado como empresario enfocado en un proceso de descubrimiento, es posible advertir que la limitación en el conocimiento o información se verifica en dos aspectos: la ignorancia acerca de los sucesos presentes y la incertidumbre sobre lo que ocurrirá en el futuro. En este contexto, no solo es importante advertir que el hombre actúa en un entorno de ignorancia que le impide conocer ciertas cosas, sino que especialmente desconoce lo que no sabe.²⁵⁶

En el proceso de mercado, una de las principales tareas de los empresarios es encontrar oportunidades de comprar barato y vender más caro, acercando de ese modo el precio de mercado al punto óptimo y adecuándolo constantemente a las variaciones y cambios.²⁵⁷ Su tarea es descubrir aquellas

endi-ensum, que significa *descubrir, ver, percibir, darse cuenta de, atrapar*; y la expresión latina *in prehensa* claramente conlleva la idea de acción, significando *tomar, agarrar asir*. En suma, empresa es sinónimo de acción... Ahora bien, el sentido de empresa como acción está necesaria e inexorablemente unido a una actitud *emprendedora*, que consiste en intentar continuamente buscar, descubrir, crear o darse cuenta de nuevos fines y medios. (En sentido similar, ver: Ravier, Leonardo, *Historia Económica de la empresarialidad. Hacia una teoría praxeológica de la firma*, Unión Editorial, 2016, pp. 583 y ss.).

²⁵⁶ Sarjanovic, Ivo, «El mercado como proceso: dos visiones alternativas», *Libertas* n.º 11, Octubre de 1989; Kirzner, Israel M., *Perception, Opportunity and Profit*, The University of Chicago Press, 1979.

²⁵⁷ Kirzner, Israel M., *Competencia y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 1975, pp. 23 y 55.

oportunidades que le permiten lograr acuerdos eficientes. Un abogado, dentro del ámbito de su labor, tiene un desafío similar. Su marco de acción no se limita a los principios del derecho que están en discusión, sino que puede expandir sus conocimientos y su imaginación para buscar la mejor solución, que permita resolver el conflicto en el menor tiempo posible, con los menores costes de transacción y el mejor resultado esperable para su cliente.

II. ¿QUÉ ES UNA SOLUCIÓN EFICIENTE DEL CONFLICTO?

La tarea del abogado es especialmente importante en dos momentos de la acción de su cliente: cuando discute un contrato o su asociación con alguna institución que resuelva cuestiones legales, y cuando se produce un conflicto, sea por incumplimiento contractual o la producción de un daño o crimen.

En estos casos, el asesoramiento del abogado debería enfocarse en brindar a su cliente una serie de alternativas entre las cuales pueda sugerirle cuál es a su criterio la más eficiente, ya sea durante la redacción de las cláusulas contractuales, la adhesión a algún mecanismo institucional, o para negociar el mecanismo de resolución de un conflicto.

El análisis económico se ha encargado de estudiar la noción de eficiencia. La idea tradicional de eficiencia distributiva de Pareto indica que una decisión es eficiente cuando al menos una persona estará mejor luego de la decisión, y ninguna estará peor. Como consecuencia de ello, un determinado estado de cosas será eficiente, cuando no sea posible mejorar a ninguna persona sin perjudicar a otra.

Estas alternativas eficientes suponen siempre que no existen perdedores, que al menos hay un ganador y el resto puede estar en igualdad de condiciones. Pero esta situación es muy infrecuente, especialmente en negociaciones complejas,

en las que probablemente la solución a los conflictos produzca perdedores.

Por tal motivo se desarrolló lo que se conoce como el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, también denominado «criterio potencial de Pareto», que sostiene que una decisión es eficiente cuando, existiendo ganadores y perdedores, las ganancias de los ganadores permitieran hipotéticamente compensar a las pérdidas de los perdedores, y todavía continuar siendo ganadores.²⁵⁸

En la búsqueda de soluciones de este tipo, muchas veces los principios jurídicos tradicionales son dejados de lado por las partes. Incluso a veces a una persona le conviene indemnizar a otra aunque la ley no lo exija, o no se considere con el deber de hacerlo, porque de ese modo facilita la solución de un conflicto que le genera beneficios superiores a tal indemnización. Esta es la tesis principal del famoso trabajo de Ronald Coase mencionado antes, en el cual el economista inglés concluyó que en definitiva la legalidad tiene un precio, y que no siempre las soluciones legislativas o jurisprudenciales impuestas son las más eficientes para la mejor solución del litigio concreto.²⁵⁹

²⁵⁸ Ver Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., pp. 27 y ss.

²⁵⁹ Imagine la situación en la que en dos viviendas contiguas, en una de ellas una banda de rock está ensayando para su próximo concierto, mientras que en la otra un profesor de matemáticas da clases a cinco alumnos, lo que evidentemente se ve impedido por el ruido producido por los músicos. Una aplicación de principios jurídicos superiores impuestos legalmente, llevaría a la conclusión de que debe aplicarse la regla según la cual el profesor de matemáticas tiene el derecho de impedir que la banda de rock interfiera con su clase.

Sin embargo, esa puede no ser la solución más eficiente del caso, en términos de la mejor satisfacción de los intereses de ambas partes; ello dependerá de las circunstancias, intereses en juego e incentivos de los actores, y de las alternativas que puedan encontrar las partes. Imagine que la banda de rock son los Rolling Stones, preparando su última gira mundial, y el profesor es un estudiante de ingeniería que intenta que cinco mediocres estudiantes secundarios aprendan ecuaciones a 10 dólares la hora.

Para alcanzar un acuerdo eficiente, los abogados echarán mano a una serie de indicadores que les servirán de base para su evaluación: el grado de aversión al riesgo de las partes, los incentivos, las valoraciones subjetivas, los costes de oportunidad de cada posible solución, la valoración del tiempo, si se trata de un negocio circunstancial y aislado o de un negocio habitual, etc.

El abogado buscará resolver el reclamo cierto o eventual, con el menor coste posible para todos, de manera que el proceso de intercambio económico²⁶⁰ se produzca del modo más apreciado por las partes y conveniente para su cliente.

De este modo, la perspicacia («*alertness*») a la que se refería Kirzner, sustituye a la memoria como la mejor cualidad del abogado, la comprensión de la teoría de juegos y la habilidad como negociador reemplaza al estudio teórico de la legislación y la jurisprudencia, y la ciencia del conocimiento sistemático de ese derecho normativo se ve sustituido por el arte de encontrar soluciones eficientes.

El sentido común y la experiencia serán probablemente más útiles en esta tarea que los estudios teóricos en derecho. Estos últimos, le servirán para comprender la naturaleza del problema que enfrenta, y las alternativas de solución. Pero

Imagine, en otra hipótesis, que se trata de una banda formada por cuatro amigos no profesionales, que tocan muy mal y han encontrado, a modo de diversión, un bar donde podrán actuar gratis el siguiente fin de semana, mientras que el profesor de matemáticas es un Premio Nobel de Física que está dando clases a cinco candidatos a doctores en matemática a razón de mil dólares la hora cada uno. En estos supuestos es bastante fácil encontrar el modo en que se podría solucionar el conflicto, muy distinto en cada caso, con independencia de normas legislativas dispuestas de antemano para resolverlo. Esta misma situación podría tener gran cantidad de variantes, cuya solución dependerá de la habilidad de los negociadores para encontrar un acuerdo satisfactorio (Rojas, Ricardo Manuel, *La decisión judicial y la certidumbre jurídica*, op. cit., p. 47).

²⁶⁰ Uso aquí la palabra «económico» en un sentido genérico, no circunscripto a intercambios que sean medibles exclusivamente en términos monetarios.

ante un reclamo al que no se le ha dado un canal institucional o contractual para su solución, la negociación, la lógica y la economía serán auxiliares indispensables para el abogado.

Las habilidades del abogado en este contexto pasarán menos por su capacidad de argumentación (que supone tratar de convencer a un tercero imparcial que tiene el poder de decidir) y más por su capacidad de negociación (que implica encontrar una solución que satisfaga de alguna manera las expectativas de todos, en especial de su cliente).

En este sentido, el abogado deberá saber identificar los intereses e incentivos, tanto los de su cliente como los de aquella persona con la cual mantiene el conflicto, lo que en teoría de la negociación supone «ponerse en los zapatos del otro». Eso implica identificar tanto los intereses objetivos (que son medibles, tangibles, observables y reconocibles), como los subjetivos (que son intangibles, personales y basados en la percepción).²⁶¹

Muchas veces, la solución óptima no será aquella que satisfaga totalmente las pretensiones de su cliente, sino aquella en la que todas las partes alcancen una misma proporción de satisfacción, o que satisfaga alguno de los criterios que la teoría económica ha desarrollado para determinar el nivel de eficiencia de una decisión. De las opciones que se presenten para resolver el conflicto, el mejor resultado será aquel que con el menor coste y en el menor tiempo permita conseguir el objetivo común.

Normalmente ante la aparición de un conflicto, los abogados serán la primera línea de contención para tratar de resolverlo. No necesariamente será la última, pero hay un gran beneficio común en la solución rápida y menos costosa. De hecho, no alcanzar un acuerdo satisfactorio en los primeros

²⁶¹ Sierralta Ríos, Aníbal, *Negociaciones y Teoría de los Juegos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 11-12.

contactos entre las partes, será visto como una forma de fracaso inicial para el abogado.

El acuerdo es el destino final que se pretende con la negociación, pero el no-acuerdo es otra de las opciones, que en caso de producirse es bueno que ocurra lo más rápido posible para permitir la búsqueda de otras alternativas de solución. En ocasiones, la alternativa del no-acuerdo permite trasladar el conflicto a otro nivel de discusión, con al menos algún set de cuestiones ya resueltas o consensuadas entre las partes.

La negociación es un proceso de descubrimiento, similar al proceso de intercambio en el mercado, donde nuevamente la raíz empresarial es esencial en la labor del abogado. Al actuar guiados por ciertas técnicas o artes, con mayor objetividad y capacidad operativa, los abogados brindan un servicio esencial para superar aquella indecisión, desorganización y obcecación que pueden mostrar las partes en conflicto.²⁶²

Lo primero que el abogado deberá reconocer es si existe verdaderamente un conflicto, o simplemente hay una situación de insatisfacción, a veces provocada por información defectuosa o errónea, que puede ser resuelta rápidamente por otros medios. Deberá evaluar la relación existente entre el conflicto y el reclamo que lo origina.

En el desarrollo de la estrategia para establecer cláusulas eficientes en los contratos o para buscar una solución satisfactoria a un conflicto, el abogado deberá tener en cuenta la distinción que ha hecho la teoría económica entre valor, coste y precio. Trasladados esos conceptos al análisis de los conflictos y búsqueda de solución, no es lo mismo el valor que su cliente da al objeto del conflicto, el coste real que podría tener superarlo y lo que su cliente está dispuesto a ofrecer o recibir

²⁶² Ello ha sido puesto de relieve desde el siglo XVI, cuando Sir Francis Bacon escribió su ensayo *Of Negotiating* (Bacon, Francis, «On Negotiating», en *Essays on Counsels, Civil and Moral*, 3.^a edición, 1625, Oxford University Press, 1985).

para lograrlo. Solo cuando esta última variable se yuxtapone con la de su oponente, se alcanzará un acuerdo (precio).

En general existe una mayor propensión a una conducta cooperativa cuando los individuos interactúan repetidamente, cuando tienen mucha información recíproca y cuando el grupo tiene pocos integrantes.²⁶³ Ello se debe a que en esos casos existen mayores incentivos individuales en obtener beneficios a futuro en esos intercambios, lo que justifica aceptar condiciones menos atractivas para superar el conflicto actual.

Cuando alguien negocia por única vez con un desconocido, trata de sacarle a esa negociación el mayor provecho posible. Pero cuando negocia repetidamente con la misma persona a lo largo del tiempo, tiene información que puede ser importante para generar futuros negocios, y su negociación repercute en un grupo pequeño de personas muy relacionadas entre sí, es más probable que esté dispuesto a ceder en sus pretensiones de máxima, a cambio de mantener buenas relaciones a futuro con la contraparte.

III. NEGOCIACIÓN Y DISPERSIÓN DEL CONOCIMIENTO

El abogado y su cliente comparten niveles de conocimiento e información distintos. Probablemente el cliente conoce mejor las circunstancias que rodean al pleito que necesita resolver, pero desconoce cuál es la mejor manera de hacerlo. El abogado, es un especialista en resolver pleitos, aunque sabe muy poco sobre este en particular.

A pesar de que están «del mismo lado», sus incentivos, ópticas y preferencias particulares no necesariamente coinciden. El cliente quiere solucionar su pleito, el abogado quiere

²⁶³ North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, op. cit., p. 24.

re ejercer su actividad profesional y cobrar un honorario por ello. El cliente se ve tenido por la subjetividad de considerarse injustamente perjudicado; el abogado observa el conflicto de manera más desapasionada y objetiva.

Incluso existen visiones distintas de lo que para el cliente es «resolver el pleito». Puede simplemente querer que determinada situación de hecho cese y la otra parte le reconozca que tiene razón, o puede querer una reparación económica de determinada entidad. Puede mantener un ensañamiento personal con la contraparte, o encarar la disputa con la intención de superar el conflicto de manera calmada. Finalmente, puede tener mayor o menor aversión al riesgo.

El abogado, por su parte, de acuerdo con su formación, su experiencia, y su análisis objetivo de los hechos, podrá evaluar las alternativas razonables a la solución del caso. Cuando las partes realizan un diagnóstico similar respecto de quién ganará el pleito y en qué términos, ambas partes tendrán mayores incentivos para llegar a un acuerdo que para litigar, lo que redundará en ahorro de recursos y tiempo para todos.²⁶⁴

Las valoraciones subjetivas de las partes y la cantidad de información disponible juegan aquí un rol muy importante. Un demandante adverso al riesgo o pesimista respecto de su derecho será más proclive a aceptar un acuerdo por un monto menor. Si ambas partes se guían por un optimismo exacerbado, las probabilidades de encontrar un punto de contacto entre las pretensiones de ambas para llegar a un acuerdo tenderán a decrecer.²⁶⁵

Por lo tanto, una de las tareas esenciales del abogado es despejar la información objetiva de la nacida en meras expec-

²⁶⁴ Polinsky, Mitchell A., *An Introduction to Law and Economics*, Little Brown, Boston, 1989, p. 109.

²⁶⁵ Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo; Stordeur (h), Eduardo, *Notiones de Análisis Económico del Derecho Privado*, op. cit., p. 179

tativas, identificar el orden de las preferencias de su cliente, y brindarle un panorama realista de la situación. Solo a partir de entonces ambos estarán en condiciones óptimas de aprovechar el conocimiento que cada uno posee para emplearlo en la búsqueda de la solución eficiente.

IV. EL VALOR DEL TRABAJO DEL ABOGADO Y SU RECONOCIMIENTO ECONÓMICO

Para la gente común, la necesidad de contratar un abogado para que lo represente en un pleito es un coste adicional que generalmente no paga de buena gana; y al momento de hacerlo, casi nadie puede evitar el ejercicio mental de calcular cuánto tiempo de trabajo le demandó al abogado defender su caso y dividirlo por el dinero que habrá de cobrar.

La visión de valor-trabajo (ya fuertemente cuestionada por la teoría económica a partir de los marginalistas en la segunda mitad del siglo XIX y rebatida definitivamente por la Escuela Austriaca), de todos modos continúa siendo la base para valorar el desempeño del abogado, incluso es uno de los parámetros más importantes contemplados en las legislaciones sobre regulación de honorarios.

Los propios abogados muchas veces contribuyen a ello, sabiendo que ya sea sus clientes al negociar sus honorarios o los tribunales al momento de regularlos en sus sentencias, tendrán en cuenta la cantidad de tiempo demandado y el trabajo efectivo desarrollado por el profesional, con la misma o mayor importancia que el resultado al que se llegó gracias o a pesar de sus gestiones.²⁶⁶

²⁶⁶ Existe un viejo y muy conocido chiste de abogados que ilustra el punto: el hijo de un famoso abogado se gradúa, y su padre, para iniciarla en la profesión, le entrega el caso de una importante sucesión, que ya lleva diez años

Sin embargo, el reconocimiento de este nuevo rol del abogado como el facilitador de acuerdos y soluciones eficientes, debería llevar a replantear el valor de su trabajo. Su valor depende fundamentalmente del resultado obtenido y cómo contribuyó a él, y no tanto en el trabajo necesario para alcanzarlo.²⁶⁷

de trámite, de muchísimo dinero con gran cantidad de herederos y muchos bienes. El hijo muy entusiasmado toma el caso y se pone a trabajar. Dos meses después habla con su padre y orgulloso de sí mismo le dice: «Mira papá, he estudiado detenidamente los bienes que constituyen la herencia, hice cálculos y divisiones, y junté a todos los herederos ofreciéndoles una forma de partición que todos aceptaron. La presenté al juez y la aprobó, así que se ha acabado el expediente y todos recibieron su parte». El padre lo miró azorado y le dijo: «¿Qué hiciste, hijo? Durante diez años cobramos muchísimo dinero mensualmente por llevar adelante ese proceso, y tú lo terminas en dos meses».

Puede parecer algo exagerado, pero no se aparta mucho de la realidad de lo que se evalúa y discute al momento de calcular los honorarios de los abogados.

²⁶⁷ Recuerdo cierto proceso penal que debí juzgar hace tiempo. Era una gran maniobra que involucraba cientos de estafas, más de 30 imputados en distintos niveles, algunos funcionarios de alto rango de la ciudad, otros empresarios, muchísimos querellantes agrupados en varias querellas, alrededor de 1.300 testigos pedidos para el juicio. Parecía un debate imposible de realizar, ya desde el espacio físico para albergar a tantas partes y abogados. Finalmente el juicio se llevó a cabo de manera rápida y eficiente porque el Tribunal admitió la posibilidad de celebrar acuerdos parciales con la fiscalía de reconocimiento de responsabilidad y fijación de pena, lo que achicó considerablemente la cantidad de personas que fueron a juicio. El debate duró unos seis meses, al que asistieron solo las partes que no acordaron con los acusadores. Luego se dictó una única sentencia que incluyó tanto a los que acordaron antes como a los que fueron a debate. Por supuesto, los primeros estuvieron durante seis meses asistiendo a las audiencias, interrogando a los testigos, alegando, su trabajo y la inversión de tiempo, en ese sentido, fue considerablemente mayor a la de los abogados que propiciaron acuerdos con la fiscalía.

Pero al momento de regular los honorarios profesionales de unos y otros abogados, el Tribunal sostuvo: «*La circunstancia de haber intervenido durante el extenso debate ha sido una pauta de especial atención a la hora de fijar los honorarios, y ha determinado mayor valuación de la tarea de quienes actuaron en las jornadas que insumió el juicio, por sobre la de quienes optaron*

Es más, debería ser evaluado de manera negativa la producción de gastos o gestiones innecesarias que incrementan los costes para los clientes en forma de peritajes, asesoramientos, gastos administrativos, y fundamentalmente tiempo, que generalmente es el activo más valioso vinculado con las transacciones.²⁶⁸

Conclusión

La teoría económica, especialmente desde su asociación con la Praxeología en los trabajos de Ludwig von Mises, mostró el camino para el desarrollo científico del estudio de las ciencias sociales a partir de la acción humana.

Sin embargo, el desarrollo que en este sentido tuvo la Economía no fue seguido por otras de las llamadas «ciencias sociales», en especial por el Derecho. Las distintas visiones del derecho, a lo largo de la historia, partieron en mayor o menor medida de criterios epistemológicos basados en el colectivismo metodológico. Especialmente a partir del siglo XVIII, el orden jurídico fue concebido como un conjunto de normas que han sido creadas, o al menos reconocidas y aplicadas, por una autoridad superior a los individuos involucrados.

En atención a ello, el propósito de este trabajo ha sido mostrar un camino para comenzar el desarrollo de teoría jurídica elaborada a partir de la acción humana individual, con independencia de cualquier acto de coacción sobre los individuos, y que al mismo tiempo permita cumplir con dos objetivos que suelen exigirse al orden jurídico: certidumbre sobre las reglas de coexistencia pacífica, y mecanismos para hacer cumplir las decisiones que resuelven controversias.

Con ese propósito, de lo dicho en las páginas anteriores pueden extraerse algunas conclusiones:

1. El derecho y la economía son aspectos del estudio de los fenómenos vinculados con la acción humana y el intercambio. Concretamente el derecho se vincula con el modo

por la alternativa del juicio abreviado. Esto último no implica demérito alguno para ese grupo de profesionales, pues el Tribunal ha ponderado positivamente el ejercicio de una opción que contribuyó a simplificar la planificación y desarrollo del debate, y al mismo tiempo fijar una limitación a la pena aplicable que fue ventajosa para sus asistidos» (causa 842-858-903: «Pico, José Manuel y otros», del Tribunal Oral en lo Criminal n.º 24, sentencia del 5 de diciembre de 2002).

Sobre esta base, se tuvo en cuenta el resultado y cómo la gestión de los abogados contribuyó a que se hiciera un proceso rápido y eficiente, motivo por el cual la diferencia en la regulación de los honorarios de unos y otros no fue tan amplia como hubiese sido si se siguieran los criterios objetivos habituales.

²⁶⁸ De los muchos ejemplos de esto que se pueden encontrar, se me ocurre que uno muy significativo fue el acuerdo entre los Estados norteamericanos y las empresas tabacaleras, al que se arribó en 1998 y evitó posiblemente décadas de procesos que insumirían enormes cantidades de dinero, y resolvió rápidamente un pleito muy complejo.

Los abogados que gestionaron ese acuerdo cobraron una fortuna en honorarios, por unos pocos meses de trabajo, y sin pisar los tribunales. Probablemente fueron honorarios mucho más merecidos que si hubiesen debido litigar durante décadas a un enorme coste para todas las partes.

en que se formalizan las transacciones y se canalizan los reclamos. Por lo tanto, los principios de la praxeología aplicados a la economía, son igualmente aplicables al derecho.

2. En ese contexto, el estudio del derecho debería centrarse fundamentalmente en la teoría de los contratos, de las normas consuetudinarias nacidas de la convivencia y la cooperación, y de las instituciones formadas con el propósito de disminuir costes de transacción y definir derechos de propiedad. Todo ello supone un desarrollo espontáneo, evolutivo e individual, que se produce dentro del propio proceso de mercado.
3. El derecho no tiene vinculación alguna con el poder estatal. Tanto las normas de convivencia y cooperación, como los procedimientos para canalizar los reclamos, son producto de decisiones individuales y normas surgidas a partir de una evolución espontánea. La legislación que normalmente sustituye a este proceso, resulta un elemento pernicioso y extraño al derecho.
4. El mismo mecanismo que permite establecer reglas y efectuar reclamos, alienta el desarrollo de instituciones que tengan por objeto hacer cumplir las decisiones que resuelven los reclamos. La intervención estatal para imponer ese cumplimiento es también ajena al derecho en su concepción estricta, y en todo caso, una manifestación de poder político.

Así como la praxeología permitió elaborar teoría económica que permitió fundamentar la separación de la economía y el Estado, del mismo modo deberá contribuir a elaborar teoría jurídica que permita separar el derecho del Estado.

Reconozco la dificultad para admitir la posibilidad de una teoría del derecho que prescinda completamente de imposiciones normativas por la autoridad política. A diferencia de lo sucedido con la economía, en el campo del derecho prácticamente no ha podido desarrollarse un ejercicio práctico de

la interacción humana con total prescindencia de dicha autoridad. Consecuentemente, no pudieron surgir en el derecho —salvo en áreas muy acotadas— instituciones espontáneas al modo en que se manifestaron en el campo de la economía.

Así como al economista no le resultaría muy complicado explicar la formación de precios o el funcionamiento de la moneda y la tasa de interés, gracias a que este tipo de interacciones llevan detrás de sí siglos de praxis producida con independencia del Estado, no le ocurre lo propio al jurista, quien al menos durante los últimos tres siglos ha visto que todas las instituciones del derecho se han desarrollado desde la legislación o la jurisprudencia estatales.

Se invoca en tal sentido que si no existieran estas soluciones escritas, seguras y previas a la acción, establecidas a través de legislación compulsiva suficientemente conocida, la falta de certidumbre y la imprevisión elevarían los costes de transacción de un modo insostenible. Entiendo que a esta objeción la economía ha dado respuestas que el derecho deberá replicar.

En este sentido, seguramente se habrá advertido que me referí recurrentemente a lo largo de este libro a la estrecha vinculación de tres elementos, en la tarea de elaborar una teoría del derecho cuyo punto de partida sea la praxeología: contratos, instituciones y normas consuetudinarias; y cómo ellos contribuyen a establecer criterios certeros vinculados con la responsabilidad por daños y crímenes, y para organizar mecanismos para evitar o resolver los reclamos.

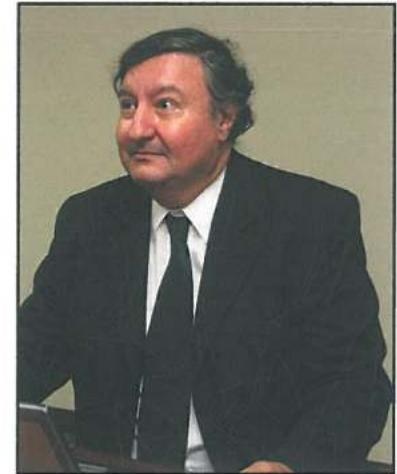
La reiteración de esta afirmación tuvo por objeto remarcar la relación estrecha entre todos ellos. Una teoría del derecho debería nacer a partir del desarrollo teórico de cada uno de estos elementos, y esencialmente del modo en que se vinculan y fortalecen entre sí. Solo un abordaje integral de estos elementos combinados permitirá sustituir al actual derecho estatal por mecanismos coordinados y consensuados de interacción y solución de conflictos.

Seguramente la propuesta de eliminar toda imposición estatal a la forma de relacionamiento y solución de conflictos entre las personas, disparará múltiples objeciones o preguntas respecto de cómo se solucionarían entonces tales o cuales problemas. En este punto, me parece importante no perder de vista que una concepción jurídica desde la praxeología constituye un cambio completo de paradigma respecto de la ciencia jurídica admitida. Por ello, no resulta válido discutir problemas que podrían producirse en un contexto teórico completamente novedoso, a partir del empleo de las categorías científicas actuales.

Esos cuestionamientos y planteos son válidos y enormemente útiles, pero deberán ser abordados dentro del desarrollo de una nueva visión del derecho. Como en todo desarrollo teórico, en especial vinculado con las ciencias sociales, seguramente los problemas o cuestionamientos podrán plantearse siguiendo un orden lógico: algunos de ellos deberán ser resueltos primero, para poder encarar los más complejos.

Por ello, una de las conclusiones más importantes de este libro, es que para alcanzar algún día un contexto en el cual, al igual que la economía, el derecho sea desarrollado con independencia del Estado, hará falta mucho estudio y desarrollo científico teórico a partir de los postulados de la praxeología.

Este libro simplemente tiene por objeto señalar la posibilidad de ese camino, que hoy se encuentra muy poco explorado.



RICARDO MANUEL ROJAS (Buenos Aires, 1958) en abogado, Doctor en Historia Económica en ESEADE, Juez del Tribunal en lo Criminal n.º 18 de Buenos Aires. Profesor de Análisis Económico del Derecho Penal en la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires. Profesor visitante en varias Universidades, así como autor de libros y ensayos académicos, además de tres novelas (*El Amanecer*, *El señor Robinson* y *El Consorcio*). Entre sus libros se destacan: *Las contradicciones del derecho penal* (Ad-Hoc, 2000), *Ánalisis Económico e Institucional del Orden Jurídico* (Ábaco, 2004), *Elementos de teoría constitucional. Una propuesta para Cuba* (Fundación Hayek, 2008), *Realidad, Razón y Egoísmo: el pensamiento de Ayn Rand* (Unión Editorial, 2011), *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado* (UFM, 2012), *Resistencia no violenta a regímenes autoritarios de base democrática* (Unión Editorial, 2015), y *La decisión judicial y la certidumbre jurídica* (Unión Editorial, 2018).

Para más información,
véase nuestra página web
www.unioneditorial.es

UNIÓN EDITORIAL, S.A.
c/ Nicaragua, 17, local - 28016 Madrid
Tel.: 91 350 02 28
Correo: editorial@unioneditorial.net
www.unioneditorial.es