

Richard A. Posner*

Hayek, ley y cognición^(**)

121

Friedrich Hayek estudió en la universidad tanto derecho como economía¹ –de hecho su primer grado universitario fue en derecho²- y, en la parte final de su larga carrera, él escribió extensamente sobre esta rama, incluida la trilogía titulada *Derecho, Legislación y Libertad*. Mi propósito en este artículo es describir y evaluar su teoría del derecho y relacionarla con su teoría de la cognición, que proporciona las bases del entrelazado entre su teoría legal y económica.

Hayek es famoso por dos ideas. La primera, la cual elaboró sobre el trabajo inicial del economista austriaco Ludwig Von Mises, es que el socialismo (en el sentido de propiedad pública de los medios de producción) es impracticable porque requiere más información sobre la economía que la que es posible obtener y procesar por una forma de planificación central.³ La información necesaria para el funcionamiento de la economía está dispersa entre la multitud de personas que se dedican a la actividad económica. Cada uno tiene una pequeña cantidad de información relevante y el precio del mercado es la única forma factible en que la información pueda ser combinada y trasladada en un esquema eficiente de resultados económicos. (Un ejem-

* Juez estadounidense de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito; Senior Lecturer de la Universidad de Chicago.

^(**) La traducción del presente artículo del inglés al español, con autorización expresa del autor, ha sido realizada por Yuri Montesinos Alvarez, miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil Foro Académico. La revisión de la traducción ha estado a cargo del Dr. Miguel Ángel León Untiveros, a quien agradecemos su inestimable colaboración.

La Parte I del artículo ha sido tomada del Capítulo 7 del libro: “Derecho, pragmatismo y democracia” (2003) y la parte II ha sido tomada de la Conferencia que el autor ofreció en el Tercer Simposio Anual en la Foundations of Behavioral Sciences, auspiciada por el Consejo de Investigaciones del Comportamiento del Instituto Americano de Investigaciones Económicas celebrada el 18 de Julio de 2003.

Nota del traductor: Se conservan en el idioma y bajo el formato original las citas bibliográficas del artículo.

1 KRESGE, Stephen y Leif Wenar (eds.). FRIEDRICH A. HAYEK, Hayek on Hayek: an autobiographical dialogue. 1994. pp. 62-63.

2 EBENSTEIN, Alan. FRIEDRICH Hayek: a biography. 2001. p. 28.

3 Ver, por ejemplo: FRIEDRICH A. HAYEK, Economics and Knowledge. En: 4 *Economica* 33 (1937); FRIEDRICH A. HAYEK, The Use of Knowledge in Society. En: 35 *Am. Econ. Rev.* 519 (1945); FRIEDRICH A. HAYEK, Two Pages of Fiction: The Impossibility of Socialist Calculation. En: The essence of Hayek 53 (NISHIYAMA, Chiaki & LEUBE, Kurt R. eds., 1984); Shervin Rosen, Austrian and Neoclassical Economics: Any Gains from Trade?. En: 11 *J. Econ. Persp.* 139 (1997); Steven Horwitz, From Smith to Menger to Hayek: Liberalism in the Spontaneous-Order Tradition. En: 6 *Indep. Rev.* 81 (2001); Louis Makowski & Joseph M. Ostroy, Perfect Competition and the Creativity of the Market. En: 39 *J. Econ. Literature* 479, 487–89 (2001).

plo actual de descentralización de la información común es el Internet, con sus literalmente millones de “bloggers” quienes de modo descoordinado pero rápido y de largo alcance han hecho de la blógsfera un formidable rival de las organizaciones de medios de comunicación).

Hayek⁴ presintió esta idea desde los inicios de la década de 1930, cuando la mayoría de economistas consideraba al socialismo como eminentemente factible y muchos lo consideraban como superior al capitalismo, que en la década de la depresión parecía conducir de manera ineficiente la organización de las actividades económicas. Su segunda famosa idea, que la desarrolla en *The Road to Serfdom* (1944), era que el socialismo, incluso en la forma limitada defendida por el Partido Laborista Británico, parecería conducir inexorablemente al totalitarismo.⁵ Esta segunda idea ha resultado ser falsa. El socialismo ya sea en su forma limitada defendida por los partidos social, demócratas o en la extrema defendida por los países comunistas conduce, a través del primer punto de Hayek –la impracticabilidad del socialismo- al capitalismo. La Unión Soviética fue totalitaria, pero no porque fuera socialista. La Alemania nazi fue totalitaria pero, contrario a lo que Hayek y a pesar del nombre del partido de Hitler (Partido Nacional-socialista Obrero Alemán), no era socialista. Tampoco es correcto decir que el pensamiento socialista allanó el camino de los Nazis para asistir a la creación de una economía planeada para Alemania durante la Primera Guerra Mundial,⁶ pensar así dio ideas para que Lenin organizará la economía en Rusia.⁷

He mencionado las dos famosas ideas de Hayek por su influencia en su teoría legal.⁸ La teoría puede resumirse como sigue.⁹ Hay dos formas de establecer normas que guíen el comportamiento humano. La primera, que Hayek llama el “racionalismo constructivista”,¹⁰ parte de que ellas son prescritas desde arriba por una legislación, una burocracia o una judicatura -en otras palabras por expertos quienes reúnen la información necesaria para formular el método más razonable para colocar la norma-. Po-

demos imaginar la aversión de Hayek a este enfoque como parte de su rechazo al planeamiento central, el cual Hayek rechaza por requerir mucha información. Adicionalmente, pone en peligro la libertad por ampliar los poderes de la administración y, como consecuencia, debilita el estado de derecho –la tesis de *The Road of Serfdom*–.¹¹

El método alternativo de creación de normas se basa en la costumbre, que según Hayek tiene una virtud superior que Hayek llama “orden espontáneo”. La palabra “espontáneo”, que connota la idea de frecuente, no es un término feliz por lo que uno tiene en mente. “No planeado” o “no diseñado” podrían ser mejores y más aun “evolucionado”, que ofrece una analogía con la idea de selección natural. El mundo natural es un extraordinario y complejo sistema sorprendentemente “bien diseñado”, aunque desde la teoría darviniana no puede ser diseñado. Los mercados, en el sentido que Hayek plantea, son un ejemplo de orden espontáneo. Ellos emergen en miles de años; ellos no son inventados ni designados; y sus operaciones no están envueltas en el planeamiento central. Consideremos, por ejemplo, un sistema como el de New York en el cual se suministra un bien perecedero como la leche. No es un Zar de la leche quien determina la cantidad de este producto que se necesita, o el cuando o el para quien. No es tampoco él quien obtiene los insumos necesarios, que incluyen granjas lecheras, agricultores, plantas de suministro, camiones refrigeradores de lácteos, equipos de envasado, materiales de contabilidad y otras actividades de apoyo; así como la programación y disposición de su entrega a los minoristas. Y, sin embargo, es a través de las interacciones de millones de consumidores y decenas de miles de proveedores de insumos que se determina una organización ordenada de la oferta; es decir, cuándo y por qué se necesita leche. No hay un coordinador, excepto el precio. Y se encontrará un mayor orden espontáneo si coordinamos el mercado de New York con los mercados de otras regiones, con los demás productos del mercado y, en definitiva, con el ámbito nacional y mundial.

4 Más tarde elaborado en una literatura técnica que fue ilustrada por Grossman, Sanford J. An Introduction to the Theory of Rational Expectations Under Asymmetric Information. En: 48 Rev. Econ. Stud. 1981. p. 541.

5 HAYEK, Friedrich. *The road to serfdom*. 1944 (reimpresión 1996). pp. 199–220 (1944). Para ser justos con HAYEK, el programa defendido por el Partido Laborista era más radical que el implementado cuando tomó el poder en 1945. Sin embargo, en fecha tan tardía como 1972, en un prólogo a una edición del libro, reafirma sus principales conclusiones.

6 Ibid. 183–98. El libro tiene poco que decir sobre el comunismo porque, como reconocería HAYEK, había sido reacio a criticar a la Unión Soviética, aliado de Gran Bretaña durante la guerra. HAYEK, Preface to the 1976 Edition, in *THE ROAD TO SERFDOM*, p. xxiv.

7 Ver: 2 Edward Hallett Carr, A History of soviet Russia: The Bolshevik revolution 1917–1923, 1917–1923, p. 363 (1952); G.D.H. Cole, The Bolshevik Revolution, 4 SOVIET STUD. 139, 150 (1952).

8 Esta teoría es lúcidamente resumida en CHARLES COVELL, The defence of natural law 126–39 (1992).

9 El libro “Derecho, legislación y Libertad” contiene una declaración completa de su teoría legal. Ver 2 FRIEDRICH A. HAYEK, law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy: rules and order (1973) [en adelante “HAYEK, rules and order”] (exponiendo y defendiendo la teoría legal de Hayek). La discusión legal acerca de esta misma consideración se encuentra en la segunda parte de su libro temprano “The Constitution of Liberty”. Ver: HAYEK, FRIEDRICH A. The Constitution of liberty. 1960. Una muy similar teoría del derecho es propuesta en LEONI, Bruno. Freedom and the law. 1991. (3ra edición). Leoni, un abogado italiano que fue amigo de HAYEK, publicó la primera edición de su libro en 1961, un año después de que The Constitution of Liberty fuera publicada.

10 Ver nota supra 9: HAYEK, rules and order, pp. 95, 117.

11 “Una dirección de la economía debe arrancar de las líneas menos dictatoriales... Quien controla la actividad económica controla el significado de todas nuestros fines y, en consecuencia, decide quien se da por satisfecho y quien no.” HAYEK, The road to serfdom, Nota supra 5, pp. 97, 101.

En el ámbito normativo el orden espontáneo que corresponde al mercado es la costumbre; de hecho el propio mercado es producto de la costumbre. A veces la aversión que Hayek le tiene a la planificación es tan fuerte que le hace negar cualquier tipo de beneficio a las legislaturas (como reglamentación del comportamiento privado). La reglamentación, desde su perspectiva, es una tarea de la costumbre. Hayek no es un anarquista. Él no quiere eliminar al gobierno. Pero él considera que prácticamente la única actividad de un legislador es dirigir y controlar el gobierno, por ejemplo, a través de la recaudación de impuestos que son necesarios para sufragar los gastos del gobierno y de la designación y la vigilancia de los funcionarios gubernamentales.¹² Señala que, históricamente, esa fue la función principal del Parlamento británico y no el establecimiento de normas de conducta para los ciudadanos. La mayoría de esas normas fueron establecidas por los jueces del Rey. Esas son las reglas y doctrinas del *common law*. Incluso los crímenes fueron declarados y definidos por los jueces, (la visión moderna por lo menos en el sistema federal de los Estados Unidos es que no hay delitos de *common law*; la declaración de una conducta criminal es una prerrogativa legislativa). Sin embargo, los jueces tradicionales parecían tener una aversión a ser creativos, a tal punto que los llevaba a decir que al resolver casos de *common law* no elaboraban nuevas reglas o normas de conducta sino que se limitaban a hacer cumplir la costumbre inmemorial. Hayek tomó literalmente esta afirmación. En su opinión (y él cree en el pensamiento del juez de *common law*) la única cuestión sobre la que un juez tiene derecho a decidir es “si la conducta objeto de disputa se ajustaba a las normas reconocidas”, es decir, a “la costumbre establecida que [las partes] debieran haber conocido”.¹³ En forma equivalente, el deber de los jueces es hacer cumplir las expectativas creadas por la costumbre.¹⁴ Los jueces que salen fuera de este límite están -y aquí podemos observar la influencia de la segunda idea de trabajo de Hayek- en una pendiente resbaladiza al totalitarismo: “un juez socialista sería realmente una contradicción en términos.”¹⁵

Tenemos entonces, según la lógica que usa Hayek, que un juez debe ser capitalista. La contradicción

que identifica a Hayek no tiene nada que ver con el contenido político de los puntos de vista del juez. Se encuentra más bien en que el juez permita que esas opiniones influyan en sus decisiones. Hayek reconoce que hay lagunas en las normas jurídicas y, lo que equivale a lo mismo, que “constantemente surgen nuevas situaciones en las que las normas establecidas no son suficientes”, y que se requiere la “formulación de nuevas normas” de los magistrados.¹⁶ Pero estas lagunas se van a llenar con la costumbre. Su papel sigue siendo pasivo. Se les prohíbe participar en un “equilibrio de los intereses particulares afectados [por las normas] en función de su importancia” o que les conciernen “a los efectos de la aplicación [de las normas] en casos particulares”.¹⁷ De hecho, “ni los jueces ni las partes involucradas necesitan saber nada sobre la naturaleza del orden global resultante”, o sobre cualquier interés de la sociedad a la “que prestan servicios”.¹⁸ El “orden general” al que los jueces deben servir es el mercado,¹⁹ pero ellos no necesitan saber siempre cuando. El juez de Hayek “está obligado a pensar sólo sobre la lógica interna de la ley.”²⁰

Hayek no cree que todas las costumbres deban ser exigibles imponiendo sanciones legales -sólo debieran serlas aquellas que son de carácter general o, en el término que prefiere, “abstractas”-.²¹ La regulación del contrato es el paradigma. Proporciona un mero marco para la acción privada, dejando la identidad, el precio y otros términos del contrato a la determinación del privado. Es decir, la abstracción del derecho contractual permite que se incrementen las interacciones de la voluntad de las personas y se maximice al máximo su libertad, su “espontaneidad”.

Hayek no explica quien decide que las costumbres tendrán el respaldo de la ley. Pero presumiblemente son los jueces, quienes están facultados para dotarles de “retoques parciales... para hacer del conjunto [el cuerpo de la ley] más coherente a nivel interno, así como con los hechos a los cuales se aplica la normativa.”²² El alcance de esta dispensa resulta claro, pero, sin embargo, puede ser bastante estrecho, pues unas pocas páginas más adelante Hayek dice que “una justicia imparcial... no está relacionada con los efectos de su aplicación [es decir, la aplica-

12 HAYEK, Rules and Order, nota supra 9, pp. 125–31. Sin embargo, en otros lugares, como veremos, se permite un alcance mayor a la legislación.

13 Id. P. 87. Al igual que su colega, el conservador austriaco Joseph Schumpeter, Hayek fue un gran admirador del sistema político británico -y en ambos casos de las limitaciones a la democracia que hacen particularmente atractivo a este sistema.

14 Id. pp. 97, 119.

15 Id. p. 121.

16 Id. p. 119.

17 Id. p. 121.

18 Id. p. 119.

19 Id. p. 115.

20 Ludwig Van den Hauwe, FRIEDRICH August von Hayek (1899–1992), in The Elgar Companion to law and economics 339, 344 (Jürgen G. Backhaus ed., 1999).

21 Ver por ejemplo: HAYEK, The Constitution of Liberty, supra note 9, pp.151–54.

22 HAYEK, Rules and Order, nota supra 9, p.118.

ción de un ‘fin independiente de las normas’].”²³ Y “el juez no desempeña su función en caso defraude las expectativas razonables creada por decisiones anteriores.”²⁴ Hayek desaprueba una ley fundada en el “racionalismo constructivista” a tal nivel que la costumbre entra en una considerable tensión con su gran admiración por la Constitución de los Estados Unidos.²⁵

Cuando Hayek estuvo escribiendo nuevamente sobre la dación de leyes por los legisladores y jueces, cualquier percepción de la existencia de externalidades o de fallas del mercado era ocluida. Sin embargo, él es conciente de que el orden espontáneo no ha optimizado la ausencia de contaminación o prevenido la aparición de carteles. El control de la contaminación o de los monopolios requiere que el gobierno intervenga en el mercado.²⁶ Hayek pensaba que la salida a la intervención pública debería estar bastante limitada, pero reconoció su necesidad. Él no es un doctrinario adherente a la idea de que la única función del gobierno es la seguridad interna y externa, la función de “vigilante nocturno” del Estado. *The Constitution of Liberty*²⁷ (“La constitución de la libertad”) contiene algunas sorprendentes desviaciones del *laissez-faire*, aunque Hayek es escéptico de lo que los economistas puedan aportar al diseño de la regulación pública de la economía.²⁸

Pero él es insuficientemente crítico de las limitaciones de la costumbre como fuente normativa.²⁹ Él pone mucho peso en la evolución, descuidando el hecho de que al carecer de una teleología, la evolución no puede conllevar resultados normativos atractivos. Dos limitaciones a la costumbre como fuente de normas sociales requieren de particular énfasis. La primera surge del hecho de que, como sucede con la contaminación y los monopolios, a menudo las actividades de cooperación son perjudiciales para la sociedad en su conjunto. Las empresas competidoras podrían evolucionar a una costumbre según la cual el precio de corte no sea ético; en este caso la costumbre, que fomenta un grado de cooperación nada saludable, evidentemente no puede ser la base de la legislación de defensa de la competencia -de hecho la actitud descrita tendría que ser prohibida por ley-. Del mismo modo, las manufactureras podrían desarrollar una costumbre que haga caso omiso de

la contaminación que producen; en este supuesto la costumbre tampoco puede ser la base de la legislación ambiental. O considerar, lo que es analíticamente similar, los accidentes a “extraños” en el sentido de las personas con las que el responsable no tiene real o potencial relación contractual. El habitual nivel de seguridad del responsable de la industria no puede ser socialmente óptimo, ya que, a menos que se viera obligado por la ley o si lo hace -aunque improbablemente- por altruista, el responsable no toma en cuenta los costos del accidente en las víctimas (en función de cuán seguramente conducen éstas su actividad). Los tribunales, por lo tanto, rechazan esta costumbre de la industria y se niegan a defender la irresponsabilidad por negligencia -un ejemplo de unos jueces económicamente racionales al amparo del imperio de la ley y no basado en la costumbre.³⁰ En este caso la concepción de la eficiencia económica de Hayek es coherente, pues toma al rechazo de la costumbre como una defensa a la responsabilidad; sin embargo, es incompatible con la función que asigna a los jueces. Ellos no deberían perturbar las costumbres.

En segundo lugar, Hayek hace caso omiso de los problemas que surgen del hecho de que la costumbre, una vez aceptada (no hay “un dador de costumbres” análogo a lo que sucede en las legislaturas donde encontramos al legislador) tiende a cambiar muy lentamente. Si las prácticas económicas u otras prácticas sociales cambian rápidamente, a menudo no sucede lo mismo con la costumbre, que incluso podría llegar a convertirse en una traba para el progreso. Debe considerarse, además, de que hay muchas costumbres disfuncionales; el no reconocimiento de este hecho terminaría siendo una parodia del conservadurismo de Burkean. Hayek rechazó la etiqueta de conservador para sí mismo, pero no está claro de qué manera su veneración por la costumbre puede ser compatible con ese rechazo.

Limitar la discrecionalidad judicial como Hayek pretendía podría ser defendido por el argumento de que las legislaturas tienen una competencia superior a los jueces cuando se trata de la prescripción de normas de conducta. Pero el argumento más cercano que hubiera utilizado Hayek (lo que habría requerido un reconocimiento franco de las limitaciones de la costumbre como fuente del derecho, algo que él no

23 Id. p. 121.

24 Id. en 88; see COVELL, nota supra 8, p. 133.

25 Ver: HAYEK, *The Constitution of Liberty*. Nota supra 9, pp. 177-78.

26 Ver, por ejemplo, 3 FRIEDRICH A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: The political order of a free people* 42-43, 86-87 (1979); Ebenstein, nota supra 2, p. 225.

27 HAYEK, *The Constitution of Liberty*, nota supra 9, pp. 224-31.

28 Id. 229-30.

29 Se encuentran enfatizadas en Francesco Parisi: *Spontaneous Emergence of Law: Customary Law*. En: 5 *Encyclopedia of Law and Economics: The Economics of crime and litigation* 603, 611-18 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000), and in Richard A. POSNER & Eric B. Rasmusen, *Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions*, 19 *INTL. J. L. & ECON.* 369 (1999).

30 Ver WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *The economic structure of tort law* 131-39 (1987). Resulta poco, sin embargo, cuando se aplica a los accidentes que surgen de una relación contractual entre víctima y responsable.

estaba dispuesto a hacer) haría hincapié en que las normas cambian sólo a futuro, que es el método de la legislación, a fin de proteger expectativas razonables.³¹ Esta no puede ser una teoría completa de las competencias de las legislaturas y los tribunales, especialmente teniendo en cuenta que Hayek es tan desconfiado de las legislaturas.

Válida o no, la posición de Hayek es que la única tarea del juez es velar por el cumplimiento de la costumbre, sin tener en cuenta las consecuencias de su decisión (porque la costumbre es la única fuente legítima de la ley y, por tanto, una sentencia judicial que no establece su fundamento en ella ciertamente no sería de derecho).³² Así, se extingue cualquier papel para la economía o las ciencias sociales en el análisis del fallo. Paradójicamente, el economista Hayek le cierra el espacio de determinación al análisis económico.

Se podría argumentar, sin embargo, que Hayek no rechaza el análisis económico del derecho en estricto sino, simplemente, rechaza un análisis económico que utilicen los jueces al momento de decidir sus casos. En el caso de que Hayek base este rechazo en consideraciones económicas se trataría de que fue un rival de lo que ofrece la teoría económica de la ley a la norma.³³ Y en la medida que utilice como base de su rechazo la utilización de análisis económicos para guiar la determinación de los casos por motivos económicos concretamente sustentaría la superioridad de lo espontáneo debido a los costos de la información.

Pero uno no puede leer a Hayek pensando que su única motivación es no querer que los jueces se entrometan con la economía. Existe también su creencia en el Estado de Derecho, en el “imperio de la ley”, la idea de que las leyes deben ser generales, prospectivas, razonablemente claras, administradas racionalmente y con imparcialidad; aplicables a los funcionarios y no sólo a los ciudadanos; en otras palabras, la idea de que nadie está por encima de la ley. El imperio de la ley es un concepto normativo de lo que toda ley tiene en común, no una descripción, aunque engañosamente lo parezca. Se da a entender que una sociedad sin Estado de derecho es ilegal, que aquella sociedad que carece del imperio de la ley no es más que una sociedad no liberal. Hayek cae en la trampa verbal de utilizar la expresión “ley verdadera” para referirse a las doctrinas jurídicas, a los procedimien-

tos, etc., que se ajusten a la norma legal.³⁴ Se trata de un uso engañoso, porque lo contrario a “derecho verdadero” en el sentido que él utiliza no es una ley falsa o la ausencia de la ley sino una ley mala. Para equiparar el derecho a la ley³⁵ es necesario incorporar una ley natural a la concepción del derecho; la ley no es ley si se carece de ciertas características civilizadas. En Hayek la concepción del imperio de la ley -y, por ende, del propio derecho, habida cuenta de su ecuación de los términos- excluye un papel para la economía en la adjudicación porque, en su opinión, cualquier juez cuyas aspiraciones estén por encima de la aplicación de la costumbre es un juez sin ley.

Los abogados naturalistas son aquellos que siempre están en la búsqueda de principios de cómo proceder, que guíen los criterios del derecho en todo tiempo y lugar. Pero todo se encuentra en constante cambio. Los principios universales de derecho son demasiados vagos y abstractos para resolver problemas concretos. Invariablemente, por lo tanto, la ley natural forma parte de las teorías parroquiales, ya que no tendría acogida de otro modo. Los católicos defienden una versión del derecho natural basado en la teología católica libre del mercado, al igual que Hayek defiende una versión del derecho natural basado en las necesidades del libre mercado tal como él las percibe. De esta forma, cuestiones como las planteadas por los católicos sobre si tienen razón en que el aborto es un asesinato o la planteada por Hayek sobre si los derechos de propiedad deberían ser sacrosantos no son, desde sus perspectivas, susceptibles de responderse por ser preguntas sobre la ley natural.

¿Qué podría hacer Hayek? Se ha argumentado que el derecho común establece un marco más adecuado para el desarrollo económico que la ley civil porque los jueces en los países de derecho común tienden a tener una mayor independencia de las ramas políticas de gobierno y, por lo tanto, son más fiables. Incluso hay pruebas que apoyen esta mirada.³⁶ Pero Hayek montó un caballo diferente o, más propiamente, formó parte de un equipo diferente. Su teoría de la ley es una peculiar mezcla de lo pragmático y lo dogmático. En su orientación fundamental Hayek es pragmático, partiendo de una sentencia fundada en Darwin de que el concepto de “orden espontáneo”

31 HAYEK, Rules and Order, Nota supra 9, pp. 88–89.

32 Esta es una semblanza, una aprobación de Hayek a su obra, The road to serfdom, nota supra 5, pp. 22, 74, 152–53, a la “escuela histórica” de jurisprudencia fundada por FRIEDRICH Carl Von Savigny, que pensaba que la única ley legítima era la ley del derecho consuetudinario. El derecho de Savigny tiene en mente el derecho romano. Ver: Richard A. POSNER, Frontiers of Legal Theory 195 (2001). Debe notarse que existe dificultad para determinar qué se entiende como costumbre, pero Hayek no llegó a discutir sobre esta dificultad; Leoni, por su parte, escribe con admiración sobre el derecho romano. Ver, por ejemplo, Leoni, nota supra 9, pp. 9–10, 82–86.

33 Ver, por ejemplo, Richard A. POSNER, Economic Analysis of Law (6th ed. 2003), especialmente la segunda parte de este trabajo.

34 Ver por ejemplo: HAYEK, The Constitution of Liberty, nota supra 9, pp. 208–09.

35 Justo como lo hizo Lon Fuller a través de su concepto de “moral interna” de la ley. Ver: Lon L. FULLER, The morality of law (1964). Y para una crítica incisiva, ver también Lloyd L. Weinreb, Natural Law and Justice 102–04, 295 n.6 (1987).

36 Ver MAHONEY, Paul G., The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, 30 J. LEGAL STUD. 503 (2001); Simeon Djankov et al., Legal Structure and Judicial Efficiency: The Lex Mundi Project (World Bank, Oct. 2001), en http://www.worldbank.org/research/pdf/lexmundi_paper.pdf; Edward Glaeser & Andrei Shleifer, Legal Origins, Q. J. OF Econ. (a publicarse próximamente).

es pragmático; además, su teoría del conocimiento hace eco (como estamos a punto de ver) del concepto epistémico de democracia de John Dewey. Asimismo, su apasionado compromiso con el imperio de la ley está basado, en última instancia, en la creencia de que incluso pequeñas desviaciones en el camino nos conducirían hacia la ruina. La última creencia es errónea, sin embargo, Hayek da las orientaciones de la reglamentación doctrinaria propuesta.

Su posición pone de relieve la tensión entre el liberalismo y la democracia. Como uno de sus comentaristas simpatizantes señala “Hayek no se opone a la democracia como tal”.³⁷ Pero en la práctica ve a la democracia como una vía que podría allanar el camino al socialismo. Estimando que la tiranía de Hitler “fue el resultado natural de la sustitución del tradicional imperio de la ley, los valores liberales democráticos de la legislación y los reglamentos administrativos sobre la base de la legislación.”³⁸ Se rodeó a la democracia de tantas restricciones que todos los ciudadanos debían seguir a los oficiales y todos los oficiales debían conducir el gobierno; cuando ellos no debieron establecer normas de comportamiento de los privados.

El Camino a la servidumbre dibuja una línea recta entre la legislación social de Bismarck y Hitler³⁹ –y la línea pasa por Hans Kelsen, un distinguido pensador legal cuya teoría legal, Hayek argumentó en un libro posterior:

*“marcó el eclipse definitivo de todas las tradiciones de gobierno limitado... No hay límites posibles al poder del legislador.... Todos y cada uno de los postulados de la concepción tradicional del Estado de derecho son representados como una superstición metafísica.... Las posibilidades de este estado de opinión creado por una dictadura ilimitada pueden observarse claramente en el momento en que Hitler estaba tratando de alcanzar el poder.... Pero era demasiado tarde. Las fuerzas anti liberales habían aprendido demasiado bien la doctrina positivista según la cual el Estado no debe estar atado a la ley”.*⁴⁰

Hayek tiene razón en que Kelsen enseña que los gobiernos despóticos, incluidas las “dictaduras ilimitadas”, tienen ley. Pero Kelsen nunca dijo que ellos

tuvieran una buena ley o un Estado de derecho. La sugerencia de que podría haberse evitado el alcance del poder de Hitler si solo las leyes despóticas se les hubieran negado la etiqueta de “leyes verdaderas”⁴¹, muestra la exagerada creencia de Hayek en la influencia de la filosofía en la sociedad.

II

Yo mencioné a John Dewey. Él y Hayek, a pesar de sus diferencias en especialidad, nacionalidad, generación y creencias políticas tienen un número importante de cosas en común. Entre ellas una comprensión amplia de lo social, de lo político y de la teoría económica a partir de una teoría sobre la estructura y funcionamiento del cerebro humano, que yo llamo “teoría cognitiva”⁴². En el caso de Dewey, un filósofo, uno estaría inclinado a sustituir “epistemología” por “teoría cognitiva”, y en el caso de Hayek, quien se interesaba en la biología, podría sustituirse por “ciencia cognitiva”. No obstante, las similitudes son considerables y por ello la elección de un solo término para ambos es justificada. Mi interés en esta parte será la teoría cognitiva de Hayek y su relación con algunos de las cuestiones legales y de política que yo discutí en la parte I. Sin embargo, Dewey será un acompañante de cabalgata acertado para este capítulo.

Cuando Dewey inicia sus inquisiciones filosóficas en la última parte del siglo XIX, la tradición de la filosofía del conocimiento, desde Platón, enfatizaba la búsqueda individual de la verdad. En contra de esto, Dewey argumentó que los avances científicos debían orientarse a una adquisición cooperativa de conocimiento útil, a través de herramientas que estén al alcance de la mano, incluidas la imaginación, el sentido común, el know-how y la intuición. “Decimos que una premisa puede ser verificada si sirve como guía útil para una futura conducta”.⁴³ Entonces, el conocimiento incluye tanto al conocimiento tácito (el “cómo”), como al conocimiento articulado a partir del razonamiento formal y los métodos empíricos sistemáticos; siendo ambos tipos de conocimiento útiles.

Dewey rechazó lo que él llamó “la totalizadora visión de la verdad característica de los absolutistas”⁴⁴, por el cual él hacía referencia a Platón y sus seguidores. “Será una gran victoria para la epistemología y

37 Dietze, Gottfried. Hayek on the Rule of Law, en *Essays on Hayek* 107, 130 (Fritz Machlup ed., 1976) (énfasis agregado).

38 Id. p. 133.

39 HAYEK, *The road to serfdom*, nota supra 5, p. 191–98.

40 HAYEK, *The constitution of liberty*, nota supra 9, pp. 238–39 (pies de página omitidos); ver también Dietze, nota supra 37, pp. 131–33.

41 HAYEK, *The constitution of liberty*, nota supra 9, p. 238.

42 El pensamiento de DEWEY es a veces descrito como teoría cognitiva. Ver, por ejemplo, Richard S. Pravat, *Cognitive Theory at the Crossroads: Head Fitting, Head Splitting, or Somewhere in Between?* 42 *Human Development* 59 (1999). Un trabajo muy completo de la teoría cognitiva de DEWEY puede ser encontrado en John DEWEY, *Logic: The Theory of Inquiry*, in 12 *The later works, 1925–1953*, p. 1 (Jo Ann Boydston ed., 1986). A pesar del título, la lógica es mejor descrita como un trabajo de un “psicólogo descriptivo” antes que de un “lógico”. Ver: Ernest Nagel, *Introduction to DEWEY*, supra pp. ix, xiii.

43 MACGILVRAY, Eric A. *Experience as Experiment: Some Consequences of Pragmatism for Democratic Theory*. *Er: Am. J. Pol. Sci.* 542, 545 (1999).

44 John DEWEY, *The Experimental Theory of Knowledge*, 15 *MIND* (n.s.) 293, 305 n.1 (1906) (énfasis en el original).

la lógica, si logramos que el sustantivo ‘verdad’ se condiga de nuevo con el adjetivo ‘verdadero’, y éste con el adverbio ‘realmente’”, y que “verdad signifique verdades, esto es, específicas verificaciones”.⁴⁵ No hay forma de conocer cuando uno ha aprehendido “la verdad”, pues uno no puede dar un paso fuera del universo y observar (o estimar) la correspondencia entre éste y su descripción. Todas las personas, o al menos la mayoría, son capaces de o están interesadas en conseguir un mejor control de su ambiente, alargando sus horizontes, enriqueciendo y mejorando sus vidas. El conocimiento requiere esfuerzos colectivos. Es un producto del esfuerzo cooperativo de diversos elementos –la inteligencia se distribuye en toda la comunidad, no se concentra en una élite –. Asimismo, el conocimiento es validado por el juicio de utilidad de la comunidad.

Podríamos llamar a esta teoría del conocimiento “democracia epistémica”. Ninguna élite tiene el monopolio de la verdad. De hecho, la verdad es siempre algo fuera del alcance, es un modo de regulación, una orientación, un ideal. Para Dewey, la propuesta desarrollada por Platón en la República de una élite poseedora de “una comprensión racional de la realidad y la verdad eterna, nutrida de una vigorosa y extendida enseñanza de todas las ciencias matemáticas desde aritmética hasta astronomía”, era quijotesca.⁴⁶

Dewey denomina su enfoque “experimentalismo” y la palabra expresa convenientemente el tenor de su pensamiento. Él elogia el temperamento que, impaciente con la convención y las acostumbradas formas de hacer las cosas –los sedimentos de los hábitos–, insiste ahora en tratar los medios de una forma más creativa para alcanzar mejores significados. La búsqueda de rendimientos como un subproducto, como mejores fines. Como Dewey explicó bajo la denominación de “interaccionismo”, nuestras creencias son producto no de un pensamiento sino de la interacción de pensamiento y acción. Cuando (tomando un ejemplo posterior a Dewey) las aerolíneas fueron desreguladas, los consumidores no “sabían” que tipo de aerolínea querían. Ellos aprendieron a partir de los nuevos servicios que las aerolíneas, libres de la mano muerta de la regulación, ofrecían. Un planificador central no hubiera estructurado una configuración óptima de la desregulación de la industria de aerolíneas. La información esencial que concernía a las demandas de los consumidores simplemente no existía antes que la desregulación de los servicios se ofreciera; del mismo modo que la persona que asu-

mió el ballet para mejorar su postura de antemano no podía saber que el placer de la danza se convertiría en un fin en sí mismo.

Si los expertos no tienen la exclusividad del conocimiento, como Platón pensaba que ostentaban, la base epistémica para el régimen autoritario de los filósofos (o los teólogos, o marxistas, o cualquier otro pensador social) es removida. De forma similar, cualquier base para la censura moral y de ideas políticas, bajo el argumento de que son falsas, desaparece; así como cualquier argumento legitimador de una jerarquía política fija y duradera.

Como resultado:

*La democracia para Dewey es una buena forma de organización política porque es el modelo apropiado de la forma más general de interacción humana, la cual tiene al mismo tiempo ventajas epistemológicas y de valoración, y que encuentra su mejor realización en un comunidad científica libre dedicada a la investigación experimental. Del mismo modo que la comunidad científica intenta encontrar teorías que nos permitan hacer frente a nuestro medio ambiente de forma satisfactoria, entonces un buen fin de la sociedad humana será descubrir a través de la comunidad científica la forma de satisfacer los distintos modos de vida.*⁴⁷

Sin embargo, del hecho que Platón se equivocara en pensar que el gobierno de los filósofos era lo deseable, no se sigue que la democracia sea la mejor forma de gobierno; puesto que no se trata de la única forma de gobierno de los filósofos. Hay un inadmisibles salto en la reclamación de Dewey según el cual “la inteligencia está presente de forma distintiva no en la vida contemplativa de la elite sino en el trabajo práctico diario de las masas”⁴⁸. La “leisured elite” puede carecer del tipo de inteligencia necesaria para una buena política, pero de ello no se desprende que el tipo de inteligencia que la gente ordinaria posee para conducir sus vidas personales y profesionales sea la misma que utilizan para gobernar o tomar juicios políticos. La democracia política tiene que ser defendida en base a sus propios méritos y no en consideración a su concordancia con la teoría cognitiva. Nosotros observaremos que a partir de las premisas psicológicas de Dewey, Hayek pensó no que el pueblo debía gobernar pero sí que el ámbito gubernamental –el dominio de la democracia– debía ser contratado.

45 Id. pp. 305–06 (énfasis en el original).

46 Malcolm Schofield, *Approaching the Republic*, in *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought* 190, 224 (Christopher Rowe & Malcolm Schofield eds., 2000).

47 RAYMOND GEUSS, *History and Illusion in Politics* 124–25 (2001).

48 MACGILVRAY. *Nota Supra* 43, p. 551.

La teoría cognitiva de Dewey era darwiniana. Se derivaba de una reflexión sobre el tipo de operaciones mentales que se deberían adoptar en el ambiente primigenio del hombre. Como Richard Rorty explica hablando de los pragmáticos como Dewey:

Los pragmatistas se han comprometido seriamente en seguir a Darwin. Ellos consideran que los seres humanos son los únicos en el reino animal en tener lenguaje, pero instan en que el lenguaje debe entenderse como una herramienta antes que como una representación. El desarrollo gradual del lenguaje en las especies como se explican en términos darwinianos es un desarrollo gradual, tal como ocurrió con las lanzas y macetas, pero es más difícil explicar como una especie pudo haber adquirido la habilidad de representar el universo –especialmente el universo como es en realidad (en oposición a como se describe utilitariamente; es decir, en relación a una particular necesidad de la especie).⁴⁹

El lenguaje y las operaciones mentales son, de forma general, herramientas para hacer frente al entorno antes que para establecer un fuerte sentido de la verdad (“un universo como es realmente”) que Platón pensaba como alcanzable a los filósofos.

128

Desde una perspectiva superficial, la teoría cognitiva de Hayek, a la que me referiré ahora, consta de dos proposiciones y ambas son de orden empírico (inductivas o de observación) antes que teóricas. La primera, sobre la cual se basa su ataque a la planificación central, es que el conocimiento humano es tan ampliamente distribuido en toda la población humana que no sería posible que una sola persona u organización pueda tener la cantidad suficiente para asignar los recursos de manera eficiente. Esto es el resultado de la división del trabajo, que se ha llevado al extremo en la sociedad moderna, aumentándose la eficiencia al permitir la especialización, pero que ha dado lugar, como un inevitable subproducto, a un estrechamiento (al mismo tiempo que una profundización) de lo que puede conocer un solo individuo.

Resulta, entonces, que tenemos una convergencia entre Dewey y Hayek, en tanto ambos enfatizan la radical dispersión de los conocimientos de las personas a través de las condiciones de la modernidad. Pero ellos divergen rápidamente. Hayek se diferencia de Dewey (que no era un economista) cuando se da cuenta de que el sistema de precios es un método de sistematización de conocimientos dispersos probablemente mejor y más certero que el planeamiento

central. Una persona puede darse cuenta de que un insumo que necesita puede volverse escaso, entonces compra una gran cantidad y la almacena. Las acciones de este individuo alcanzan el precio de entrada, el precio más alto induce a otros usuarios a economizar y a ajustar sus propios precios, sin que tenga en cuenta las condiciones económicas que se encuentran detrás de la necesidad de estos ajustes. El precio funciona por lo tanto como un método de información privada que es difundido en todo el mercado.⁵⁰

La segunda propuesta de la teoría cognitiva de Hayek es que la información local o privada –el tipo de información no sistematizada poseída por un individuo e ilustrada en el párrafo precedente, a diferencia de la información codificada en principios generales enunciados en libros o artículos y, por tanto, de fácil acceso– es aprehendida en las normas tanto como en los precios.⁵¹ Una empresa adopta una nueva práctica, por ejemplo un método para compensar a sus empleados. La empresa podría tener éxito en la nueva práctica por una corazonada o por accidente antes, incluso, que por un análisis costo beneficio explícito o algún otro tipo de reflexión consciente sobre la mejor manera de asignar los recursos. Supongamos que la práctica, independientemente de las características que tenga, termina en menores costos y mayores ganancias para la empresa. Esta es información importante para que la empresa responda a la codificación de la práctica como una norma. La diferencia entre una regla y un estándar que requiere análisis en cada caso (por ejemplo “la maximización de beneficios”) es que la regla se singulariza en un pequeño número de hechos que deben determinar el resultado. La persona que aplica la regla no tiene que conocer el propósito o los beneficios de su aplicación en un caso particular; todo lo que tiene que saber es si el hecho que desencadena la aplicación de la norma está presente o no. Eventualmente la razón de la regla puede ser olvidada (y puede que no haya razón, o al menos una razón articulada), pero esto no es problema; la adherencia continuada a la regla será una forma de explotación de la información aprehendida en la regla sin necesidad de pensar si las condiciones para la aplicación de la regla son satisfechas. El cumplimiento de una regla, como respuesta a un cambio en el precio, puede ser un método de utilizar el conocimiento sin tener su posesión. Esta es una inercia racional.

Indiqué que la práctica podría ser “golpeada” por accidente o por corazonada. La primera posibilidad sería la prueba de ensayo y error, la segunda se en-

49 CRAIG, Edward (ed.), Richard Rorty, Pragmatism, en 7 Routledge Encyclopedia of philosophy 633, 636 (1998) (énfasis en el original).

50 La más clara explicación de la teoría de precios de Hayek se encuentra en The Use of Knowledge in Society. Supra nota 3.

51 Ver, por ejemplo, FRIEDRICH A. HAYEK, New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas 3, 7, 10 (1978) [en adelante, HAYEK, New Studies]; FRIEDRICH A. HAYEK, Rules, Perception, and Intelligibility. En: 48 Proceedings of the British Academy 321 (1962).

contraría en el dominio del “conocimiento tácito”.⁵² Las personas saben hacer muchas cosas que no saben explicar. Una persona que sabe como manejar una bicicleta no puede transferir en palabras este conocimiento a otra (esto es, permitir a la otra persona que aprenda a manejar una bicicleta) en la forma en que, por ejemplo, la persona que conoce como preparar un pastel puede comunicar este conocimiento a otra a través de una receta detallada. Hayek percibió que una gran cantidad de conocimientos, incluida una gran cantidad de conocimientos utilizados en los negocios, son tácitos, inarticulados y, por tanto, incommunicables. Él creía esto en parte porque un sistema complejo debería ser entendido solo por un sistema más complejo y, por tanto, la mente no podría comprenderse a sí misma. Yo no sé si esto tenga sentido. Sea cual sea el origen de esta idea en su pensamiento, su creencia en la importancia del conocimiento tácito fue correcta y fortaleció el desafío a la viabilidad de la planificación central.

Si mucho del conocimiento disperso entre millones de personas económicamente activas de la sociedad es tácito, entonces no importa cuan grande sea la capacidad intelectual del planificador central, él (o, si hablamos de forma más realista, una agencia antes que un individuo) no podría obtener toda la información necesaria porque mucha de ella no resulta comunicable –excepto por fijación de precios-. El sistema de precios es la alternativa a la planificación central y, en la medida que el conocimiento es tácito, sería una alternativa superior incluso ante un planificador central que tenga una capacidad ilimitada para absorber y analizar datos.

Hayek –esta es su más importante contribución a la economía y viene directamente de su teoría cognitiva- ofrece una nueva racionalidad al sistema de precios (al mercado). La antigua racionalidad, la racionalidad asociada con la economía clásica o neoclásica (distinta de la economía “austriaca”, la economía de Hayek, sus predecesores Carl Menger y Ludwig von Mises y sus sucesores) fue que el sistema de precios era un método de superación del propio interés, capaz de tonar el vicio privado en virtud pública, conduciendo el egoísmo individual a través de una mano invisible al servicio del interés público. Las personas desde esta perspectiva son racionales no sólo en el sentido de que cumplen racionalmente

los medios para alcanzar su objetivo sino también en el sentido de tener una clara percepción del fin y los costos y beneficios de los medios alternativos para ese fin. Pero las personas son demasiado egoístas, demasiado carentes de altruismo, para que puedan confiar su conocimiento para fines sociales. El truco sería inducirlos a través del sistema de precios a comportarse de una manera que maximicen el bienestar social en su conjunto. Hayek no pensaba que el principal problema que debía resolver el sistema de precios era el egoísmo y la consiguiente escasez de altruismo; él pensaba que las personas necesitaban al sistema de precios con el fin de superar el déficit en sus conocimientos.

El segundo principio cognitivo de Hayek –la importancia de las reglas como un método para hacer frente al déficit de conocimientos que da lugar la defensa del sistema de precios- completa sus teorías política y jurídica. Con los conocimientos dispersos y gran parte de él tácito no hay manera de que exista una autoridad central, como un legislador o un tribunal que pueda obtener e integrar los conocimientos necesarios para tomar decisiones sensatas sobre cuestiones de derecho o política. La dispersión y el conocimiento tácito, sin embargo, se encuentran presentes en las reglas que se desenvuelven fuera de las prácticas de la comunidad relevante, en otras palabras, en las costumbres. Dado que los conocimientos se encuentran en las costumbres, la función propia de las legislaturas y los tribunales se encuentra en su determinación y aplicación. Hayek, como sabemos, reconoce que los legisladores tienen que regular los impuestos y otras leyes vinculadas con el funcionamiento del gobierno y que los tribunales de vez en cuando tienen que ordenar las reglas que deben cumplirse. Pero en su mayor parte, el derecho y la política mantienen una concepción de un estado bien ordenado producto de un sistema descentralizado de agregaciones y aprehensiones de información, semejante al sistema de precios, con la diferencia de que la información es aprehendida por reglas y no por precios. Los votantes, a su juicio, tienden a ser irremediabilmente ignorantes acerca de cuestiones políticas, porque esas cuestiones no están dentro de los alcances del conocimiento local del votante. De ello se deduce que el gobierno debe ser lo más descentralizado posible

“En el ámbito normativo el orden espontáneo que corresponde al mercado es la costumbre; de hecho el propio mercado es producto de la costumbre”.

52 El filósofo moderno que más énfasis hace en la importancia del conocimiento tácito es Michael Polanyi. Ver, p.e., Michael POLANYI, The Logic of Tacit Inference, in Knowing And Being: ESSAYS 138 (Marjorie Grene ed., 1969). La importancia del conocimiento tácito en la teoría cognitiva de Hayek es enfatizada por (entre otros) Richard N. Langlois & Müfit M. Sabooglu, Knowledge and Meliorism in the Evolutionary Theory of FRIEDRICH A. HAYEK, En: Evolutionary Economics: Program and Scope 231 (Kurt Dopfer ed., 2001). Ver también: FLEETWOOD, Steve, Hayek’s Political Economy: The Socioeconomics of order (1995), particularmente el capítulo 7, para una buena discusión de la teoría del conocimiento de Hayek.

porque las personas son más conocedores de lo local que de lo regional o nacional.

Hasta ahora he descrito la teoría cognitiva de Hayek como un asunto meramente de observaciones sobre el lugar (disperso) y carácter (a menudo tácito y, por tanto, no comunicable) de los conocimientos. Pero hay más. Hay una teoría de la mente según la cual las percepciones son producto de la interacción de las impresiones sensoriales –el impacto del mundo externo en sentidos como la vista y el oído- y un aparato de clasificación en el cerebro.⁵³ Se trata de una visión kantiana. En la epistemología de Kant, las impresiones sensoriales se hacen inteligibles una vez que son sometidas a categorías mentales como la causalidad y el tiempo. Las categorías de Hayek difieren en dos formas: el aparato clasificatorio individual es producto de factores idiosincrásicos de la personalidad y la cultura y no sólo de las interconexiones del cerebro (presumiblemente la capacidad de percibir dos eventos como causa y efecto sea difícil de conectar) y, por tanto, difiere entre los individuos; y el aparato no es construido pero sí alterado por la experiencia. En otras palabras, la gente ve (literal y figurativamente) las cosas de manera diferente, y la forma en que ven las cosas responde a los cambios en su medio ambiente. El primer punto pone de manifiesto la dispersión de los conocimientos como resultado de diferencias en perspectiva y no sólo en diferencias de información - ¿cómo el planificador central corregiría las posibles distorsiones en su propia perspectiva? El segundo punto hace hincapié en la mutabilidad de los conocimientos, otro obstáculo para el planificador central, quien se ve atado al encontrar un gran retraso entre la recopilación de información y la actuación sobre ella.

Hayek hace un análisis de la cognición humana, enfatiza la dispersión y el carácter tácito del conocimiento, relaciona estos elementos con la mente, con la transformación de las impresiones que ésta recibe del mundo exterior, elabora un impresionante esquema teórico, ahora ampliamente confirmado por la experiencia, en contra de la planificación central cuando se limita a la economía o a ampliar la gama de los asuntos públicos en una sociedad. La limitación de su aproximación, sin embargo, es que ahora con la planificación central y otras formas de ingeniería social utópicas tan desacreditadas no resulta

claro qué elementos de su teoría cognitiva y de su teoría político-económica deben conservarse. Este problema es central para el fracaso de los economistas post-hayekianos en su intento de ingresar en la corriente principal del pensamiento económico, político y jurídico.

Hayek fue explícito cuando comparó el sistema de precios de una economía que utiliza a todo nivel la planificación central y una que utiliza el orden espontáneo creado por la costumbre como un todo (*un totalitarismo*), un sistema político judicial que impone sus propias ideas sin que los ciudadanos sean consultados.⁵⁴ Él no evaluó un sistema mixto, en el cual haya un grado personal de libertad pero también un grado de imposición de orden. Un sistema mixto es lo que nosotros y otras naciones tienen, lo que llegó a ofrecer el pensamiento de Hayek sobre algunos puntos de este sistema es poco claro.

Consideremos a un economista que comparte el escepticismo de Hayek por los conceptos de economía neoclásica sobre maximización y equilibrio. Hayek es escéptico porque ambos conceptos implican la existencia de una posición, alcanzada por la empresa o la participación individual en sus mercados respectivos, desde donde cualquier cambio reducirá el bienestar; y proporcionaría información incompleta y constantes cambios de condiciones, no solo en una posición o en el mercado, sino en todas las posiciones. Los mercados nunca están en equilibrio -incluso con información completamente actualizada, pero no prevista, el tiempo necesario para traducir la información reciente en un nuevo conjunto de precios impedirá el logro de equilibrio- y el bienestar nunca está maximizado.

El economista en el que estoy pensando es Ronald Coase. Hayek comparte su escepticismo acerca de la maximización y el equilibrio.⁵⁵ Coase es famoso (entre otras cosas) por su teoría de la empresa, que propone que la actividad económica se da a través de una empresa en lugar de realizarse por contratos cuando el costo de dirigir la actividad económica por “ordenes” (un empleador dispone que harán sus empleados y les paga un salario en lugar de comprar su producción) es inferior al costo de la contratación -esto es, de utilizar el mercado-.⁵⁶ En otras palabras, a veces el sistema de precios es la manera más eficiente de organizar la producción y, a veces, el man-

53 Una completa exposición de la teoría de la mente de Hayek está en FRIEDRICH A. HAYEK, *The Sensory Order: an inquiry into the foundations of theoretical psychology* (1952). Este es un trabajo difícil. Para un provechoso resumen ver G.R. Steele, *Hayek's Sensory Order*, 12 *Theory & Psychology* 387 (2002). El más completo esfuerzo que he encontrado por tratar de explicar la teoría cognitiva de Hayek y su incidencia en sus teorías política y económica está en Steven Horwitz, *From The Sensory Order to The Liberal Order: Hayek's Non-Rationalist Liberalism*, 13 *REV. AUSTRIAN ECON.* 23 (2000). El artículo de Horwitz contiene un lúcido resumen de la teoría de Hayek. Otro trabajo de mucha ayuda es de CALDWELL, Bruce. *HAYEK, The Sensory Order, and Psychology* (manuscrito en el archivo del autor, no publicado).

54 Ver, por ejemplo: HAYEK, *The Use of Knowledge in Society*. Nota supra 3, p. 520.

55 Ver, por ejemplo: HAYEK, *The Use of Knowledge in Society*. Nota supra 3, p. 520; HAYEK, *New Studies*, nota supra 51, pp. 19–20. 55. Ver, por ejemplo, R.H. COASE, *The firm, The market, and the law: essays on the institutional structure of production* 4 (1988); RICHARD A. POSNER, *Overcoming law* 412, 419 (1995).

56 Ver: COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. En: 4 *Economica* 386 (1937); Ver también KHALIL, Elias K. *Information, Knowledge and the Close of FRIEDRICH Hayek's System*. En: 28 *E. Econ. J.* 319, 331 (2002) (elaborado en el carácter anti hayekiano de la teoría de la firma de COASE).

do y el método de control de la producción dentro de una empresa son más eficientes. Pero el mando y el método de control de la dirección de producción no es más que la planificación central en pequeño. Una empresa que debe decidir si comprar una entrada o hacer él mismo (que significa la producción por ordenes dentro de una organización, más que por las transacciones de mercado) no siempre se equivoca cuando opta por este último curso de acción, así como las familias no se equivocan cuando no utilizan los precios para dirigir las actividades doméstica de sus miembros. A veces -de hecho, muy frecuentemente- es más eficiente agregar información a través de las personas que la poseen en forma de comunicación de palabras dentro de una organización centralizada que en lugar de un sistema de precios. El papel predominante de la empresa en las economías modernas muestra que el sistema de precios no es siempre el más eficaz método de sistematización de la información relevante en algunos procesos productivos.

Por supuesto, el mando y el método de control no siempre son más eficientes que el sistema de precios, ya que si lo fueran entonces la planificación central sería factible para el conjunto de la sociedad, pero Hayek demostró que no es así. Sin embargo, a veces son más eficientes y la pregunta importante en este caso es cuando son más eficientes; sobre esta cuestión el análisis de Hayek no arroja luces. Y del mismo modo con la costumbre. A veces tiene sentido para el derecho el seguir la costumbre porque a través de ella se puede aprehender información importante. Así, el conjunto de costumbres conocidas como “acuerdos mercantiles” facilitaron la fundación del moderno derecho contractual Anglo-Americano. Pero a menudo no tiene ningún sentido basar el derecho en la costumbre porque una costumbre puede reflejar condiciones que han cambiado -que carecen de dirección central, la costumbre se encuentra a la zaga de los cambios económicos y sociales- o puede ser el producto de los incentivos que divergen de lo socialmente deseable, como en los ejemplos dados anteriormente de una costumbre de no indemnizar a las víctimas de una industria, o una costumbre del no costo de la contaminación negligente, o una costumbre de abstenerse de la competencia de precios. La costumbre puede ser un vestigio corto y disfuncional. Y de nuevo, sobre la cuestión crucial de si el derecho debiera rechazar la costumbre Hayek no arroja luces.

Hayek debe entenderse como un hombre de su tiempo, luchando contra sus enemigos contemporáneos -el socialismo en sus diversas formas- con aptitudes

y poderosas armas, derrotándolo a fondo y, en consecuencia, tiene ganado un lugar honrado en la historia política y económica del pensamiento. Pero no así sus enunciados, principios o métodos que no deberían utilizarse para resolver los problemas de la siguiente etapa de derechos económicos y políticos (la etapa post socialista). Hayek tenía un agudo sentido de cómo los individuos coordinan sus actividades a través de contratos, así como a través de la costumbre, pero es como si él nunca hubiera oído hablar de las organizaciones.

Quiero por último, tener en cuenta la importancia de la teoría cognitiva de Hayek en tres movimientos actuales de las ciencias sociales: la economía austriaca, el movimiento de derecho y economía (al que ya he aludido) y la economía del comportamiento. La economía austriaca es en parte un intento, considerado por la mayoría de los economistas modernos como marginal⁵⁷ de llevar las implicancias de la teoría cognitiva de Hayek y su crítica a la planificación central a cuestiones políticas y económicas modernas. Eso, sin embargo, no es todo lo que desarrolla la economía austriaca; hay teorías sobre el ciclo económico, el sistema monetario, la formación del capital, pero que no resultan pertinentes dentro de las preocupaciones de este ensayo. El esfuerzo de los sucesores de Hayek que me preocupa ha fracasado en su intento de ampliar su enfoque a problemas que no sea el problema de la planificación central. Con la planificación central fuera de la agenda política de cualquier nación, el centro de atención de los economistas austriacos que siguen los pasos de Hayek se ha convertido la crítica de la economía neoclásica, considerada como la base intelectual de la planificación central. (No considero como distintivo, salvo en vocabulario, los esfuerzos para ampliar la crítica austriaca de la planificación central a la regulación gubernamental en general -el “intervencionismo” como lo denomina Ikeda en un interesante libro al estilo austriaco-;⁵⁸ una extensión que en gran medida se fusiona con la crítica Hayekiana a la teoría neoclásica del *public-choice*.) Anima esta preocupación la creencia en que la planificación central tiene su fuente en los economistas neoclásicos, en el concepto del hombre como un maximizador racional. Un concepto que implicaría que el planificador central tenga conocimiento de todos los costos y beneficios de los métodos alternativos que se usarían para satisfacer las necesidades humanas. Hubo un tiempo que muchos economistas neoclásicos creían esto. El apogeo de la creencia fue la década de 1930, por lo que no es de extrañar que Hayek y Coase tengan asociados los conceptos básicos de economía neoclásica, como la maximización

57 Para una adecuada valoración por parte de un buen economista, ver Sherwin Rosen, *Austrian and Neoclassical Economics: Any Gains from Trade?*, J. ECON. PERSP., Autumn 1997, p. 139. Como él dice: “la economía austriaca ha sido importante para el desarrollo de la economía moderna, pero su papel en la práctica actual es mucho menor.” Id. p.139.

58 SANFORD IKEDA, *Dynamics of the mixed economy: Toward a Theory of Interventionism*, pp. 31-54 (1997).

y equilibrio, con la planificación central, que ambos detestaban.

Pero la creencia en la planificación central no era orgánica con la economía neoclásica y no es orgánica con el modelo de comportamiento de elección racional, lo que amplifica el enfoque neoclásico. La crítica austriaca pasa por alto la diferencia entre un modelo y una descripción. Para algunos propósitos la drástica simplificación de la realidad que se encuentra en un modelo de competencia perfecta (una suposición de tener información completa) es inofensiva, tiene un efecto benéfico, genera parsimonia; su no realismo, permite que el modelo pueda ser usado por ejemplo para generar predicciones exactas del efecto del precio en un impuesto. Los aspectos fenomenológicos, psicológicos no necesitan invalidar las conclusiones de las simplificaciones empleadas en los modelos de las ciencias físicas. Incluso modelos no mentalistas son fructíferos en el análisis económico, como lo demuestra la explicación no racionalista de Gary Becker sobre la Ley de la demanda (el principio de que la demanda son curvas en pendiente descendente, esto es, el precio y la cantidad son inversas)⁵⁹ o modelos económicos del comportamiento animal.⁶⁰ Conceptos tales como el equilibrio y la maximización son de enorme valor analítico a pesar de que, realísticamente, describen tendencias o aproximaciones en lugar de lograrse los objetivos del sistema económico.

Por supuesto, en el caso de muchos fenómenos económicos, las explicaciones requieren de modelos más complejos que el de competencia perfecta. Por ejemplo, desde la competencia perfecta el precio de un producto es siempre el mismo si el costo es siempre el mismo, el modelo de competencia perfecta no explica la dispersión de los precios originada por costos de búsqueda. El galón de gasolina por el que yo pago es de \$ 1,75, pero puede ser vendida a \$ 1.50 a una cuadra de distancia, en tanto yo y otros consumidores no lo sepamos, la disparidad en los precios persistirá. La existencia de costos de búsqueda y otros costos de información es ahora una característica de la economía de elección racional y es inmune a las críticas de los Hayekianos a la economía neoclásica. Decir que los economistas neoclásicos creen que los actores económicos “no puede errar”⁶¹ entiende mal la economía neoclásica practicada hoy. Los economistas austriacos atacan una versión “*direccionista*” de la economía neoclásica que desapareció hace mucho tiempo.

El modelo de elección racional es el que predomina en el análisis económico del derecho por razones ajenas a la no sensibilidad de los costos de información. Los economistas austriacos entienden mal esto y como resultado critican el análisis económico del derecho para descansar en un concepto poco realista de la conducta humana y que constituye de hecho una forma de planificación central.⁶² La paradójica razón de que el análisis económico del derecho enfatice la elección racional es que gran parte del comportamiento se trata de “no económico” en el sentido de que no se está produciendo en mercados explícitos. Los robos, asesinatos, accidentes, litigios, matrimonio, divorcio, legados, la censura, la contaminación, la discriminación y otros productos básicos de la regulación jurídica no son actividades del mercado en el sentido de no tener explícitamente un precio. Pero en la medida en que los participantes en estas actividades son racionales, no en el sentido de estar plenamente informados, sino en el sentido de responder a los incentivos, los modelos económicos pueden explicar gran parte de su comportamiento y proporcionar una orientación para la mejora de su regulación. La mayoría de estos ámbitos no pueden dejarse a la gestión de los asuntos públicos de costumbre, no hay alternativa para el uso de la reflexión consciente en el diseño de las normas jurídicas.

Hayek nunca alegó que todo conocimiento sea tácito, que no hay algo así como un fructífero empleo del razonamiento instrumental, pero los ejemplos que ofrece son escasos (su principal ejemplo es la ingeniería). Y, paradójicamente, a fin de comprender al hombre, encontramos un tono anti-intelectual en su extremo escepticismo sobre la utilidad consciente de la razón como una herramienta de entendimiento social y de mejoría.⁶³ Ni él ni sus sucesores han ofrecido razones convincentes para creer que el razonamiento instrumental guiado por modelos económicos no puede mejorar la regulación gubernamental, por ejemplo por acciones seleccionadas de desregulación y la privatización que los Hayekianos, como los opositores de los grandes gobiernos, deberían aplaudir. Tampoco son capaces de distinguir adecuadamente entre el gobierno y las burocracias empresariales,⁶⁴ a fin de que la lógica de su crítica sea que la sociedad debe aspirar a restaurar la estructura atomística de la economía de la pre-revolución Industrial.

He anticipado que el verdadero desacuerdo entre los austriacos y los neo clásicos es la teoría subjetiva del

59 Ver: BECKER, Gary S. *Irrational Behavior and Economic Theory*. En: 70 J. Pol. Econ. (1962). p. 1

60 BECKER, Gary S. A. *Treatise on the family*. pp. 307–23 (enlarged ed. 1991).

61 Horwitz, nota supra 53, p. 29.

62 Ver, por ejemplo, id. p. 36.

63 Ver, por ejemplo, FRIEDRICH A. HAYEK, *The counter-revolution of science: Studies in the abuse of reason* (1952); FRIEDRICH A. HAYEK, *Our Intellectuals and Their Tradition of Reasonable Socialism*. En: 1 *The Collected works of FRIEDRICH A. HAYEK: The Fatal Conceit: The Errors of Socialism* 52 (W. W. Bartley III ed., 1988).

64 Ver, por ejemplo, IKEDA, Nota supra 58, p. 56.

valor, pero pienso que en realidad no hay tal desacuerdo. Las dos escuelas están de acuerdo en que las personas obtienen diferentes grados de utilidad de los mismos bienes y servicios, de lo contrario, de hecho, no habría beneficios derivados de su comercialización. También están de acuerdo en que las evaluaciones son subjetivas y, por tanto, difíciles de medir, lo cual es una de las razones por las que tanto se favorece a los mercados. Uno de los puntos en que se diferencian éstas escuelas es que los neoclásicos tienen mayor fe que los austriacos en la capacidad de los jueces y otros funcionarios gubernamentales a imitar a los mercados (es decir, a lograr la asignación de recursos tal como el mercado lo podría lograr) en situaciones del mercado donde los costos de transacción son tan grandes como para evitar al máximo el valor intercambios.⁶⁵ Los estudiosos neo clásicos del derecho y la economía creen, en otras palabras, que los tribunales pueden hacer un simple análisis de costo-beneficio; el cual indique, por ejemplo, que castigar a los conductores descuidados aumentará el valor social. El desacuerdo entre los austriacos y neoclásicos es sobre el grado en que la regulación gubernamental está condenada al fracaso debido a la imposibilidad de obtener la información necesaria para determinar el valor. No hay nada en la teoría de Hayek que ayude a resolver este desacuerdo.

La economía del comportamiento se refiere a la creciente utilización de la psicología cognitiva para explicar fenómenos económicos y guiar la política económica.⁶⁶ Los conductistas enfatizan las singularidades

en el razonamiento, las cuales previenen que la gente adopte los problemas racionales y sus disposiciones como un sentido de equidad o de venganza. Esto no encaja en el modelo racional de intereses propios de la economía neoclásica. Los conductistas por lo tanto comparten con Hayek y sus sucesores en la economía austriaca un escepticismo sobre el poder del pensamiento racional para guiar el comportamiento. Pero la importancia en las singularidades y disposiciones que ellos enfatizan no desempeñan un rol en las teorías de Hayek y sus sucesores y, por su parte, los conductistas no comparten el interés de Hayek en el conocimiento tácito, con la importante excepción de Gerd Gigerenzer y sus discípulos. Lo que algunos otros conductistas entienden como singularidades que interfieren con el pensamiento racional, Gigerenzer las describe como heurísticas útiles –atajos que son más eficientes que los elaborados métodos de razonamiento que ellos reemplazan, pero también costosos y a veces inexactos y no concluyentes.⁶⁷ Su trabajo se parece al de los psicólogos y filósofos que hacen hincapié en el rol cognitivo de las emociones, como atajos que con frecuencia son más eficientes de articular que los métodos articulados de razonamiento⁶⁸ (Es más eficiente saltar de un automóvil en movimiento sin pensarlo que explicar todo el conjunto de decisiones que demostrarían que saltar es la respuesta óptima). Tal vez los economistas austriacos puedan hacer uso de la literatura psicológica sobre heurística y emociones para enriquecer la teoría cognitiva de Hayek.

65 El extreme pesimismo de los austriacos acerca de la intervención del gobierno en la economía es ilustrada por IKEDA, Nota supra 58.

66 Ver, por ejemplo, Eldar Shafir & Robyn A. LeBoeuf, *Rationality*, 53 *Ann. Rev. Psychol.* 491 (2002); *Behavioral Law and Economics* (Cass R. Sunstein ed., 2000); Richard H. THALER, *Quasi Rational Economics* (1991).

67 Ver por ejemplo: GIGERENZER, Gerd et al. *Simple Heuristics that make us smart* (1999); GIGERENZER, Gerd. *Bounded Rationality: The Study of Smart Heuristics*. En: D. Koehler y N. Harvey (eds., en preparación). *Handbook of judgment and decision making*. La cuestión es menos inconsistente como una diferencia en énfasis. Las peculiaridades cognitivas interfieren con el pensamiento racional, pero es el pensamiento emocional es bueno y usualmente más eficiente.

68 Ver, por ejemplo, NUSSBAUM Martha C., *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions* (2001); POSNER, nota supra 32, pp. 225–51; Jon Elster, *Alchemies of the mind: Rationality and the emotions* 283–331 (1999); John Deigh, *Cognitivism in the Theory of Emotions*, 104 *Ethics* 824 (1994); Keith Oatley, *Best Laid Schemes: The Psychology of emotions* (1992); SOUSA, RONALD DE. *The Rationality of Emotion* (1987); R. B. Zajonc, *Feeling and Thinking: Preferences Need No Inferences*, 35 *AM. Psychologist* 151 (1980).