

AQUINO Y HAYEK SOBRE LOS LÍMITES DEL DERECHO: UNA CONVERGENCIA DE TRADICIONES ÉTICAS*

David van Drunen **

Seminario teológico de Westminster, California

Los pensamientos éticos y teológicos de Tomás de Aquino y F. A. Hayek emergieron de distintas tradiciones filosóficas. Aquino, siguiendo la tradición aristotélica, enfatizaba el carácter inexacto de la ética y de ello la mutabilidad del derecho debido a circunstancias particulares contingentes. Hayek, basándose en Kant, abogaba por una visión del derecho como normas de conducta universales y generales sin intención de alcanzar metas sociales particulares, sustantivas. A pesar de estas diferencias de orientación filosófica, las teorías sobre el derecho de Aquino y Hayek convergen en su mutuo reconocimiento de los límites del derecho y la legislación. Ambos creían que la habilidad del legislador de encarar y resolver problemas sociales a través de la promulgación de códigos está severamente limitada. A la luz de estos límites, tanto Aquino como Hayek recurrieron a los usos y costumbres como una efectiva fuente del derecho y por tanto una alternativa a la legislación.

Seguramente uno de los avances más notables en la ley anglo-americana del siglo XX fue la aparición de códigos legislativos y regulaciones administrativas y la declinación de la preeminencia del derecho consuetudinario. Los estudiosos del derecho han documentado y evaluado esta historia. Como observadora, Ellen Ash Peters, ha señalado, a principios del siglo pasado, que se han encontrado estatutos “por acá y por allá” y que los casos del derecho consuetudinario constituían la principal, sino la exclusiva fuente del derecho. Peters, escribiendo a principios de 1980, estimaba que un “reducido” diez por ciento de los juicios presentados ante su estrado de la Corte Suprema de Connecticut eran casos de puro derecho consuetudinario y concluye que ha habido una virtual vuelta de 180 grados en la relación entre el derecho consuetudinario y los códigos durante el siglo¹. Cuando uno considera la confianza en el veredicto de Sir William Blackstone apenas dos siglos antes, que el derecho consuetudinario era

* Artículo publicado en *Markets and Morality*, (Fall 2002) Vol. 5, Number 2. La dirección agradece al Acton Institute y a Stephen J. Grabill los premisos para traducción y publicación. Traductor: Carlos Cid, miembro ad hoc del Departamento de Investigaciones de Eseade; revisión técnica a cargo de Constanza Mazzina, miembro junior part time del Departamento de Investigaciones de Eseade.

** David Van Drunen es profesor asistente de Teología sistemática y Ética cristiana en el Westminster Theological Seminary en California. El obtuvo su J. D. en Northwestern University y su Ph. D. en filosofía en la Loyola University en Chicago.

¹ Ellen Ash Peters, “Common Law Judging in a Statutory World,” 995-98. Ver confirmación de la tesis de Peters en M. Stuart. Madden, “The Vital Common Law: Its Role in a Statutory Age,” 555, 556; y Guido Calabresi, A. Common Law for the Age of Statutes (Cambridge: Harvard University Press, 1982), 1.

el “primer fundamento y la principal piedra angular de las leyes de Inglaterra”², especialmente a la luz de la influencia de Blackstone sobre el entrenamiento de abogados durante el siglo diecinueve, este desarrollo en el siglo pasado es por demás sorprendente. Para estar seguros, un número de estudiosos en años recientes ha reconocido que una significativa mutación ha ocurrido en el derecho anglo-americano. Algunos han confrontado el efecto negativo de la nueva predominancia de los códigos y buscaron en un aspecto u otro del derecho consuetudinario una forma de ver a través de nuevos desafíos y sostener la integridad del sistema legal.³ No obstante, desde otro punto ventajoso, la reacción a los desarrollos del siglo veinte ha sido bastante silenciosa. Los códigos son generalmente asumidos como la nueva “piedra angular” de nuestro derecho y cualquier interés en otras formas de ordenamiento tiende a ser confinado a los espacios residuales o marginales. Las principales preguntas giran generalmente sobre el contenido de las leyes a crearse y no si el emprendimiento en que nos hemos embarcado -la producción masiva de leyes escritas- es el rumbo acertado.

En este artículo, llamo la atención sobre dos perspectivas relevantes del curso del derecho moderno, las de Tomás de Aquino y F. A. Hayek.⁴ A pesar de que ambos pensadores ofrecen razones para cuestionar la prevaleciente confianza en el “hacer” la ley (*law-making*), hay numerosas razones para ser escéptico sobre las posibilidades del intento de agrupar los pensamientos de Aquino y Hayek, especialmente en el tema del derecho. Muchas de las diferencias entre el monje del siglo XIII y el economista ganador del premio Nobel del siglo XX son obvias y giran precisamente alrededor de la amplia variedad de sus contextos culturales e intelectuales. Uno pensaba en las bases metafísicas y teológicas del derecho; el otro defendía una versión de liberalismo clásico, un credo destinado a florecer entre adherentes a múltiples credos. Como moralista filosófico del derecho, Aquino sin ninguna duda tenía su mayor deuda con Aristóteles y Hayek apelaba a muchos de los principales discernimientos de Emmanuel Kant. No sólo hay divergencia entre las tradiciones éticas de Aristóteles y Kant, como considero más adelante, sino que la versión aristotélica de Aquino es una versión cristianizada de la filosofía del pagano mientras que el kantianismo de Hayek es una versión agnóstica del pensamiento del filósofo luterano. Por cierto, que en muchas formas, Aquino y Hayek vivieron en diferentes mundos. Los estudiosos han capitalizado sus diferencias para introducir una cuña entre sus teorías jurisprudenciales⁵ y, de alguna manera, esto no puede promover un debate.

² Sir William Blackstone, *Commentary of the Laws of England*, vol. 1 (1765; re-impreso, Chicago: University of Chicago Press, 1979), 73.

³ Ver Calabresi, *Common Law*, Guido Calabresi, “The Non-Primacy of Statutes Act: A Comment,” *Vermont Law Review* 4 (1979): 247-55; Madden, “The Vital Common Law,” 555-611; Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1988); y Daniel A. Farber y Phillip P. Frickey, “In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law,” *Michigan Law Review* 89 (1991): 875-906

⁴ Tomás de Aquino vivió desde 1224 o 1225 hasta 1274. Un reciente y exhaustivo relato de la vida de Aquino se halla en Jean-Pierre Torrell, O.P., *Saint Thomas Aquinas*, vol.1, *The Person and His Work*, trad. Robert Royal (Washington, D.C. Catholic University of America Press, 1996). Friedrich A Hayek vivió desde 1899 hasta 1992. Una nueva biografía de Hayek ha aparecido recientemente: Alan Ebenstein, *Friedrich Hayek: A Biography* (New York: Palgrave, 2001)

⁵ Aunque él compara a Hayek y Aristóteles, ésta es la implicancia de Eugene F. Miller, “Prudence and the Rule of Law”, *American Journal of Jurisprudence* 24 (1979): 181, 181-206. Miller argumenta que el concepto de Hayek de la vigencia del derecho deja poco espacio para el uso de la prudencia en el desarrollo y la aplicación del derecho, en contraposición con la estrecha relación existente entre el derecho y la prudencia en Aristóteles.

Sin embargo, el pensamiento legal de Aquino y Hayek, en realidad converge en forma significativa en el punto sobre los límites del derecho y la legislación. Ambos, desde sus respectivos puntos de vista, llaman la atención sobre lo que la legislación no puede conseguir y qué otras formas de origen de la ley, particularmente el libre desarrollo de la costumbre, puede haber. En el desarrollo de esta quizás sorprendente convergencia del pensamiento de Aquino y Hayek, uno también encuentra, yo creo, una interesante y también precisa convergencia de las tradiciones éticas aristotélica y kantiana por el interés del desarrollo de un sistema moral y judicial racional. En este artículo intento rastrear esta divergencia y convergencia entre las tradiciones éticas de Aquino y Hayek así como sugerir su relevancia para el estado actual del derecho americano.

Las tradiciones ético-legales de Aristóteles y Kant

Primero, llamo la atención sobre las diferencias existentes entre las tradiciones aristotélicas y kantianas sobre ética y derecho. Estas diferencias no son sutiles y dado que Aristóteles y Kant son indudablemente dos de los más influyentes pensadores morales en la historia occidental, muchas de estas observaciones han sido discutidas por otros estudiosos. El tratamiento del presente trabajo no es, por supuesto, muy vasto. Se enfoca principalmente en las divergentes perspectivas de Aristóteles y Kant sobre el alcance por el cual el derecho y la moral son universales y necesarios, el rol de las consideraciones empíricas en el razonamiento ético y legal, y el rol de la experiencia en las iniciativas morales y legales. Cada uno de estos puntos está íntimamente relacionado con la naturaleza contingente (o no contingente) de la ética y el derecho.

Para comenzar con Aristóteles, uno inmediatamente nota su aproximación característica al comienzo de su más conocido tratamiento de la vida moral, *Ética a Nicómaco*. Desde el principio él define el estudio de la ética como una ciencia inexacta. Él explica que uno debe contrastar sus expectativas sobre los resultados de sus estudios en relación con el tema estudiado. Dada la naturaleza del estudio de la moral y la justicia uno debe conformarse con un “tosco bosquejo” de la verdad y “amplias conclusiones”⁶. Sobre los detalles, uno no puede ser preciso⁷. Más aún, Aristóteles afirma que la inexactitud de la materia de estudio implica que el conocimiento ético no se obtiene de una única vez, sino que lleva tiempo desarrollar un cuadro completo de lo que está bien o mal⁸. Las consecuencias de esto para el derecho son significativas: uno no debe ver las leyes particulares como si fuesen universales o necesarias sino como contingentes y modificables. Aristóteles, aunque reconoce la existencia de un derecho natural (y por ende universal), previene que las reglas bajo las cuales la justicia es administrada en este mundo son constantemente cambiadas, por tanto se torna muy dificultoso determinar cuáles reglas de derecho son naturales y cuáles son legales o convencionales.⁹ Las leyes, dice Aristóteles, no pueden hacer más que generalizar. Es verdad, sin embargo, que muchos casos

⁶ Aristóteles, *Ethics* (de aquí en adelante, NE), trad. J. A. K. Thomson (New York: Penguin, 1971), 1.3

⁷ NE, 2.2

⁸ NE, 5.7

⁹ NE, 5.7.

judiciales no pueden ser resueltos simplemente recurriendo a enunciados generales y por ello surge la necesidad de excepciones a las reglas. Estas situaciones llaman a la aplicación de “equidad”, lo cual asegura el restablecimiento del balance de justicia cuando ésta es distorsionada por la estricta aplicación de la ley.¹⁰

Estrechamente vinculada con la inexactitud de la ética y la consecuente generalidad e imprecisión del derecho es la perspectiva de Aristóteles sobre la importancia de las consideraciones empíricas cuando se emiten juicios morales y legales. Para Aristóteles, la ética no puede ser proyectada anticipadamente sobre la base de principios abstractos. En vez de ello, Aristóteles compara al moralista con el trabajo de médicos y navegantes. Tal como los médicos y los navegantes deben continuamente ajustar sus acciones profesionales para atender las circunstancias que los confrontan en vez de seguir un determinado curso de acción, así también los pensadores morales deberían pensar que es lo mejor para cada situación ética particular que enfrentan.¹¹ Para Aristóteles, uno podría decir que la ética es más un arte que una ciencia. Esto se manifiesta en las discusiones sobre la prudencia, una virtud moral básica que uno debe poseer para conducirse apropiadamente. Aristóteles trata la prudencia como mucho más que un conocimiento de principios generales; más bien la prudencia demanda familiaridad con casos concretos para realizar acuerdos no sobre generalidades sino sobre circunstancias concretas.¹² Una vez más, esto tiene grandes implicancias para el derecho. Como explica Aristóteles en su *Política*, los escritores políticos deben reflexionar no sólo sobre cuál es la mejor forma absoluta de gobierno, sino también sobre la mejor forma posible dadas determinadas circunstancias sociales. Las leyes entonces, deben estar encuadradas para servir a la forma de gobierno y no viceversa.¹³ Cuáles son las leyes apropiadas depende de la situación.

Como puede preverse, dadas estas ideas, Aristóteles creía en la necesidad de la experiencia para aquellos deseosos de involucrarse en empresas éticas, políticas o legales. Porque el estudio de la ética no puede reducirse a una serie de reglas generales sino que depende principalmente de circunstancias particulares; y también porque las virtudes morales necesarias para actuar bien no son innatas sino adquiridas, entonces la experiencia resulta ser preponderante. Aristóteles sostuvo que la felicidad, que es el fin último de nuestra conducta moral, se adquiere por medio de la virtud, el estudio y la práctica.¹⁴ Las virtudes en sí mismas son obtenidas con tiempo y experiencia, lo que significa que deben ser ejercitadas si es que van a desarrollarse convenientemente.¹⁵ Por ello, para convertirse en justo, uno debe actuar con justicia y para ser mesurado uno debe actuar con mesura.¹⁶ Aristóteles interpretaba que la opinión pública es escéptica respecto que los jóvenes –aún cuando pueden ser muy hábiles en el manejo de las matemáticas– puedan ser prudentes, dado que la prudencia demanda una clase de conocimientos que proviene sólo de la experiencia práctica.¹⁷ *No hay un atajo hacia la madurez moral.* Esto es verdad también en el campo político y legal. Si uno desea aprender a legislar, por ejemplo, es

¹⁰ NE, 5-10

¹¹ NE, 2.2

¹² NE, 6.7

¹³ Aristóteles, *Politics*, trans. Hippocrates G. Apostle y Lloyd P. Gerson (Grinnel, Ia.: Peripatetic, 1986), 4.1.

¹⁴ NE, 1.9

¹⁵ NE, 2.1

¹⁶ NE, 2.4

¹⁷ NE, 6.8

mejor ser enseñado por legisladores que por teóricos, porque son los primeros los que realmente han ejercido el arte de legislar. Y aquellos que desean comprender la teoría política deben tener experiencia práctica de la vida política.¹⁸

Kant incorpora en su pensamiento mucho de lo que explica Aristóteles. Donde Aristóteles promueve una visión de la ética y el derecho atravesados por lo contingente y lo temporal, Kant responde con una filosofía moral y del derecho que enfatiza la universalidad y la necesidad, y evita las consideraciones empíricas. En el prefacio de su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Kant argumenta que si la ley moral va a ser considerada válida como base de obligaciones, debe ser absolutamente necesaria. Uno no puede encontrar el sustento para la obligación en la naturaleza humana ni en las circunstancias particulares en que uno puede encontrarse sino sólo en conceptos *a priori* de la razón pura. Los preceptos –aún aquellos que se acercan a la universalidad– que están fundados en la experiencia no pueden ser llamados leyes morales sino más bien reglas prácticas. Investigaciones empíricas, basadas en circunstancias particulares, son necesariamente contingentes. La razón práctica debe funcionar de acuerdo con la ley y por ende, debe buscar una moralidad pura despojada de consideraciones empíricas. Cuando uno adhiere a este principio, identifica genuinas leyes morales que necesariamente se aplican a todos los seres racionales.¹⁹ La diferencia en la orientación de Kant comparada con la de Aristóteles sobre la cuestión de la universalidad, contingencia y el lugar de lo empírico y lo particular es inmediatamente obvio.

Las buenas acciones, continúa Kant, no sólo son hechas de acuerdo con la ley moral sino también por amor a la moral, como una obligación. En la primera sección de la *Fundamentación*, Kant afirma que la buena voluntad –es decir la habilidad de una determinación racional– es el único bien verdadero, porque nada más que lo que afirmamos es incondicionalmente bueno²⁰. Esto revela otro punto en el cual la ética de Kant discrepa con aquella de Aristóteles. Mientras que Aristóteles parte desde el bien y desarrolla su ética desde esa base, Kant rehúsa condicionar la ley moral a cosa alguna. Kant, por lo tanto, rechaza el esquema ético basado en el consecuencialismo y la prudencia, y por ello se opone a la insistencia de Aristóteles en reconocer a la felicidad como el fin y en hacer de la ética una disciplina tan flexible. Esta orientación de Kant es evidente en la distinción entre imperativos hipotéticos y categóricos que realiza en la segunda sección de la *Fundamentación*. Los primeros están subjetivamente cimentados, definiendo el bien en términos de un propósito subjetivo de la voluntad. Los últimos, por otra parte, ordenan cierta conducta sin estar condicionados por ningún propósito exterior. Solamente los imperativos categóricos, como incondicionales y verdaderamente objetivos, son universalmente válidos y, por tanto, pueden ser considerados leyes²¹. Entonces una de las formas en que Kant establece el imperativo categórico es en términos del criterio de universalidad: ¿Puede una voluntad conseguir que una máxima particular se convierta en ley universal?²² Con esto, Kant no encaminó a sus lectores a examinar las consecuencias de un comportamiento particular si se comprometiesen con aquel, sino a

¹⁸ NE, 10. 9.

¹⁹ Immanuel Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals*, 3d ed., trad. James W. Ellington (Indianapolis: Hackett, 1993), 1-3.

²⁰ Id., 7-17

²¹ Id., 25-27

²² Id., 30.

preguntar si una máxima puede resultar en una contradicción de la razón si esta fuera universalizada.

La sistemática presentación de Kant de su filosofía del derecho es descripta en la primera sección de su *Metafísica de las Costumbres*. En la introducción de *Metafísica de las Costumbres*, en su conjunto, Kant establece algunos fundamentos que es importante hacer notar para nuestro propósito. Primero, él distingue dos clases de leyes morales, o leyes de libertad (en contraposición con las leyes de la naturaleza). Estas son leyes “jurídicas”, que están dirigidas meramente a acciones externas y leyes “éticas”, que requieren que las mismas leyes determinen el modo de actuar. Esos dos tipos de leyes están consideradas en su filosofía del derecho (o “doctrina del derecho”). Se refieren a la libertad sólo en el uso *externo* de la facultad de elección.²³ La mera conformidad de una acción con el derecho, independientemente del incentivo, es lo que Kant rotula como su “legalidad”. Obligaciones desde la legalidad (Vg. jurídica) legislativa sólo pueden ser obligaciones externas dado que la legislación no requiere que el acatamiento sea el incentivo. Lo que distingue la doctrina del derecho de la doctrina de la virtud no son tanto sus diferencias sobre las obligaciones como sus diferencias en la forma legislativa.²⁴

En la introducción de la Doctrina del Derecho, Kant define que la Doctrina del Derecho es: “la suma de aquellas leyes para las cuales un legislador externo es posible”.²⁵ Kant sostiene que es fácil para un estudioso del derecho, por medios empíricos, describir cuáles leyes positivas realmente son de aplicación en una jurisdicción dada, pero si uno quisiera avanzar mas allá de una mera descripción y determinar si dichas leyes son justas o injustas, los estudios empíricos deben ser dejados de lado y sólo la razón debe dar la respuesta. La razón es, entonces, proceder ponderando las relaciones externas de una persona con otra, ya que ellas están mutuamente influidas por sus acciones. Debe considerarse la elección de uno con la *elección* de otro (no su *deseo*), y específicamente la *forma* de elección (no la *materia*). Consecuentemente, la razón no averigua cómo uno puede beneficiarse con una transacción. Kant concluye: “derecho es por lo tanto la suma de las condiciones bajo las cuales la elección de uno puede ser relacionada con la elección de otro de acuerdo con una ley universal de libertad”²⁶.

¿Cuál es el resultado de esto? “Cualquier acción es *buena* si puede coexistir con la libertad de todos de acuerdo con una ley universal, o si en su máximo, la libertad de elección de cada uno puede coexistir con la libertad de todos de acuerdo con una ley universal”. Una persona está errada si está impidiendo que se desarrolle una acción que puede así coexistir con la libertad de todos los demás.²⁷ La perspectiva de Kant, entonces, es manifiestamente diferente de aquella de Aristóteles. La flexibilidad, practicidad, posibilidad de corrección y finalidad del derecho encontrado en Aristóteles retrocede en Kant a categorías de justicia universal, *a priori* para determinar la conformidad de las leyes independientemente de sus consecuencias particulares.

²³ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, trans. y ed. Mary Gregor (Cambridge University Press, 1996), 14.

²⁴ Id., 20-21

²⁵ Id., 23

²⁶ Id., 23-24

²⁷ Id., 24

La apropiación de Aristóteles y Kant por Aquino y Hayek

Las divergentes perspectivas sobre el derecho y la ética fueron incorporadas de varias formas por Tomás de Aquino y F. A. Hayek. Aquino, siguiendo a Aristóteles, trató a la ética como una ciencia inexacta e igualmente consideró a las leyes como reglas mutables altamente dependientes para su utilidad de circunstancias particulares. Hayek, siguiendo a Kant, argumentó que las leyes no deberían versar sobre consecuencias particulares y concretas, sino sobre reglas generales que establezcan un marco para la interacción de la gente libre, mientras ellos mismos delimitan las consecuencias de sus mutuas transacciones. Inicialmente, las posibilidades de enrolar las filosofías del derecho de Aquino y Hayek en una causa común se ven complejas.

Al considerar a Aquino más específicamente, uno inmediatamente queda impresionado por el sabor aristotélico de sus reflexiones morales y legales. El comentario de Aquino sobre la *Ética a Nicómaco* es particularmente revelador de esta orientación básica²⁸, que se manifiesta en todas partes en sus escritos morales, especialmente en la *Secunda Pars* de su *Summa Theologiae*. En esta sección, me concentro particularmente en el carácter aristotélico de la teología del derecho, dado que su pensamiento jurídico es el interés particular de este artículo.

Un ejemplo, bastante prominente, de cómo el carácter inexacto de la ética modela la visión de Aquino sobre el derecho es la conexión entre derecho y utilidad. Para Aquino, la forma exacta que tomará el derecho humano no es inmediatamente obvia. En vez de ello, el legislador debe testear y sopesar la utilidad de posibles reglas para determinar cuál es la más adecuada para convertirse en ley. En otras palabras, Aquino considera la utilidad como un parámetro importante para la justicia de las reglas legales -y francamente, Aquino quiere saber qué es lo que funciona. En realidad, él explícitamente propone que la utilidad (*utilis*) es uno de los criterios para establecer la validez de la ley, siguiendo las enseñanzas de Isidoro de Sevilla.²⁹ Un ejemplo de la aplicación de esta idea emerge de la defensa que hace Aquino en su afirmación respecto que la ley humana no puede evitar todos los males. Aquino razona que las leyes que tienden a expulsar todos los males, también inevitablemente exterminan muchas cosas buenas de la sociedad. De cara a las estas diversas consecuencias, aún de las leyes mejor intencionadas, el parámetro que Aquino implícitamente establece para determinar cuáles leyes deberían ser promulgadas es “el progreso del bienestar general (*utilitas boni communis*)”³⁰ En el mismo sentido, Aquino señala a sus lectores las consideraciones de utilidad como un parámetro para saber cuándo el derecho necesita ser modificado: él escribe sobre legisladores rehaciendo las instituciones sociales que podrían “resultar en deficiencias menos frecuentes con respecto al bien común (*communi utilitate*)”³¹. Él agrega que la ley está correctamente modificada “en tanto y en

²⁸ Ver, por ejemplo los comentarios de Aquino sobre *Ética a Nicómaco* en sus *Comentarios a Ética a Nicómaco de Aristóteles* (de ahora en adelante CNE), trad. C. I. Litzinder, O.P. (Chicago: Regnery, 1964; reimpresso Notre Dame, Ind.: Dumb Ox Books, 1993), 1.3, 2.2, 5.10.

²⁹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* (de aquí en adelante, ST), 1a 2ae 95.3 obj. 1. Las traducciones inglesas son tomadas de *Summa Theologica*, trad. Fathers of the English Dominican Province, rev. ed., vols. 2-3 (Allen, Tex.: Christian Classics, 1981); citas del latín están tomadas de la *Summa Theologiae*, vols. 1-2 (Rome: Marietti, 1950).

³⁰ ST, 1a2ae 91.4

³¹ ST, 1a2ae 97.1

cuanto dicho cambio sea conducente al bien común (*communi utilitate providetur*)³². Estos ejemplos podrían ser multiplicados³³.

El énfasis en determinar la utilidad de las leyes va de la mano con la convicción de Aquino que el derecho es mutable. Para Aquino, la ley no es algo para ser impuesto de una vez y para siempre, ni todas las leyes particulares son igualmente apropiadas para cualquier comunidad. Aquino insistía en que la ley debía ser “adaptada al tiempo y lugar” y “puede ser legítimamente modificada teniendo en cuenta las cambiantes condiciones del hombre”³⁴. Uno de los requisitos de Aquino para la ley justa era que promoviera el bienestar general y él aconsejaba que las reglas del derecho fueran diversificadas para comunidades de distinto carácter.³⁵ A pesar de ser la justicia en sí misma una meta universal de la ley humana, la sustancia de la justicia depende de las circunstancias particulares en que resulta aplicada.³⁶ Por ello, él define la justicia de un régimen como el gobierno de cada cosa conforme a su propio modo de ser³⁷. En sus comentarios sobre Aristóteles, él remarca que la vida civil y la administración del Estado varían de lugar en lugar, y prescribe que las leyes deben estar encuadradas de acuerdo con la extensión que resulte necesaria a los fines del Estado.³⁸ Lo que es potencialmente justo, entonces es un amplio concepto³⁹, y los detalles de las circunstancias hacen toda la diferencia.

Así como la filosofía del derecho de Aquino sigue a la de Aristóteles, así Hayek sigue conscientemente a Kant en un significativo número de puntos. Un aspecto particularmente importante de este hecho es que Hayek, como Kant, asocia la idea del derecho con la idea de libertad. Hayek entiende que “libertad” es utilizada en un sinnúmero de sentidos y por lo tanto define cuidadosamente su uso del término *libertad*. Se refiere a la libertad como el “estado en que un hombre no está sujeto a coerción por la voluntad arbitraria de otro u otros”⁴⁰, un sentimiento que refleja la discusión de Kant sobre libertad en términos de la ausencia de coerción. Esta definición puede dar la impresión que el derecho se alza enfrentando a la libertad, ya que el derecho es indudablemente, de una forma u otra, un instrumento de coerción. Sin embargo, Hayek asume el punto de vista opuesto. La ausencia del derecho no significaría la eliminación de la coerción sino la multiplicación de ella, porque habría, entonces, poca restricción al uso personal de la fuerza de uno contra otro. La ley, como uso gubernamental centralizado de la coerción, está dirigida a maximizar el grado de libertad que cada persona puede disfrutar sin afectar la libertad de otros. Esto debe ocurrir, insiste Hayek, a través de reglas generales que sean conocidas y aplicables a todos⁴¹.

³² *ST*, 1a2ae 97.2

³³ Para ejemplo, ver el Latin en *ST*, 1a2ae 96.6 y 1a2ae 100.8.

³⁴ *ST*, 1a2ae 95.3; 1a2ae 97.1

³⁵ *ST* 1a2ae 90.2; 1a2ae 100.2

³⁶ *ST* 1a2ae 104.3 ad.1

³⁷ Tomás de Aquino, *Summa contra Gentiles*, trad. Vernon J. Bourke, vol. 3 (Garden City, N.Y.: Hanover House, 1956; re-impreso, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1975), 3.71.4.

³⁸ *CNE*, 5.7

³⁹ Para ejemplo, ver *ST*, 2a2ae 57.2 ad.2.

⁴⁰ Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), 11.

⁴¹ Ver id. 21.

Esto significa que la ley no se establece para obtener resultados particulares. El derecho, dice Hayek, no es una cuestión de “asignar directamente cosas particulares a personas particulares”, una posición que él considera establecida por Kant, así como por David Hume antes que él⁴². La justicia del derecho, en este sentido, no descansa en consideraciones empíricas. En cambio, estableciendo reglas generales y universales, la ley provee un marco dentro del cual la gente puede planear su propio futuro y tratar de alcanzar sus propios fines⁴³. En otras palabras, la ley no es para prescribir que determinada persona o grupo de personas van a recibir una parte de los recursos de la sociedad, pero es, en realidad, para establecer reglas por las cuales las personas deben interactuar unas con otras y determinar sus propios destinos. Distinguiéndose, entonces, de Aquino, para quien la ley debe ajustarse en orden a obtener lo que es útil y para lograr el fin por el cual el Estado existe, Hayek afirma que el derecho no tiene otro propósito que proveer una suerte de campo de juego equilibrado para permitir que la gente utilice cualquier conocimiento o habilidades que posean para adquirir sus propios propósitos. Hayek tenía confianza en la habilidad de la gente para prosperar cuando se la provee de semejante marco legal. Él creía que las reglas generales y universales establecen una estabilidad y carácter predictivo que la gente necesita si ha de planificar racional y efectivamente su futuro. Dadas la estabilidad y predictibilidad, entonces, Hayek esperaba que los poderes creativos de la sociedad se destrabarían totalmente.⁴⁴

Hayek no esperaba que tal maximización de la libertad, minimización de la coerción del marco legal pudiera ser implementado inmediatamente, *de novo*. En realidad, él advierte que tal legislación nunca se conseguirá perfectamente. En vez de ello, aconseja una aproximación por medio de la cual los sistemas existentes de legislación sean gradualmente emparejados para así eliminar aquellas leyes que sean inconsistentes con el criterio que él ha establecido⁴⁵. Al enunciar esto, Hayek sigue lo que considera que es el conocimiento y progreso del derecho según Kant. De acuerdo con Hayek, Kant no buscaba usar su criterio del derecho justo para construir un sistema de legislación desde cero, sino, mas bien, recortar, reducir, sistemas legales que ya existieran⁴⁶. Hayek, por lo tanto, buscó tratar las imperfecciones de la ley, no afrontando la mutabilidad de la justicia aplicada a varias circunstancias sino por el ajuste continuo de las reglas generales para mejorarlas más y más.⁴⁷

La convergencia de las tradiciones

Hasta este punto, el presente estudio ha enfatizado las diferencias en las aproximaciones al derecho expuestas por Aristóteles y Kant, y en Aquino y Hayek, sus discípulos en el género. El punto más conspicuo en las diferencias hasta aquí destacadas es el concerniente al rol de las circunstancias empíricas y el interés en los resultados prácticos del derecho. Sin embargo, esta

⁴² Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, vol.2, *The Mirage of Social Justice* (Chicago: University of Chicago press, 1976), 37.

⁴³ Ver Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1 *Rules and Order* (Chicago: University of Chicago Press, 1973), 55.

⁴⁴ Por eso el título del Capítulo 2 de *Constitution of Liberty*: “The Creative Powers of a Free Civilization,” 22-38.

⁴⁵ *Constitution of Liberty*, 11-12.

⁴⁶ *Mirage of Social Justice*, 43, 166-67.

⁴⁷ *Rules and Order*, 57.

diferente perspectiva no debería enmascarar el modo en que estas dos tradiciones legales convergen en materias importantes. Más significativo aún en el presente contexto, es que tanto Aquino como Hayek reconocen límites cruciales a lo que la legislación puede alcanzar. Ellos manifiestan ciertas reservas sobre la legislación que necesariamente constriñe su ejercicio y las expectativas vinculadas a ella.

Como tema inicial, Aquino reconoce los límites del derecho en la generación de ciudadanos virtuosos. Aquino sostiene que la promoción de la virtud en los ciudadanos es uno de los propósitos fundamentales de la legislación y, sin embargo, resalta que la ley no debería comandar directamente el ejercicio de cada virtud ni directamente prohibir el ejercicio de todos los vicios. Al hacer esto, la ley crearía nuevos problemas sociales y en última instancia dañaría el bien común más que impulsarlo.⁴⁸ Otro tema en el cual Aquino reconoce los límites de la legislación, y que fue discutido anteriormente, concierne a su creencia de que la legislación siempre debe ser justa y que lo que es justo depende de las circunstancias. La implicancia obvia, que Aquino mismo delinea, es lo inalcanzable que resultan reglas del derecho universalmente aplicables. Ningún legislador, por sabio que sea, es capaz de anticipar cada circunstancia particular a la que la legislación será aplicada. Por lo tanto, es imposible diseñar leyes cuyas palabras expresen cada aplicación específica a la vez que sean conducentes a la meta de la legislación. En realidad, Aquino insiste que aún si la gente fuera capaz de incorporar cada caso futuro en una parte de la legislación, no debería hacerlo, a fin de no crear confusión. En vez de ello, las reglas del derecho deben ser establecidas genéricamente, capturando lo que es justo en los casos que ocurren con mayor frecuencia⁴⁹.

De cualquier manera, esto produce situaciones aquí y allá en que una legislación que es apropiada para la mayoría de las circunstancias produce una injusticia si se aplica estrictamente. Aquino rápidamente concede este punto. Sin embargo, no lo induce a modificar su posición respecto que las leyes deben ser encuadradas en un marco general; en vez de ello, delinea su visión sobre cómo la ley debe ser aplicada en los procedimientos judiciales. Él establece que cuando surgieran casos en que la estricta aplicación de la ley pudiera ser dañina al bien común, la letra de la ley deberá ser dejada de lado para que se pueda hacer justicia.⁵⁰ Aquino provee un ejemplo concreto. Supongamos, dice, que una ley ordena que se mantenga cerrada la puerta de la ciudad y que esta ley es general por el bien de la ciudad. Luego, imaginemos que ciertos ciudadanos que son defensores de la ciudad están huyendo de sus enemigos y estarán perdidos si la puerta no es abierta. En tal caso, continua Aquino, la ciudad sufriría un daño si la ley es estrictamente aplicada y, por lo tanto, una excepción debe hacerse.⁵¹ Aquino juzga que este es el poder de la “equidad”, en la cual el juez deja de lado la letra de la ley para obtener un resultado más justo. La equidad, explica, es un aspecto de la justicia y modera la observancia de la ley.⁵²

⁴⁸ ST, 1a2ae 96.2; 1a2ae 96.3; ver también 1a2ae 71.6 ad.4; 1a2ae 100.2; 2a2ae 77.1 ad.1.

⁴⁹ ST, 1a2ae 96.6; 1a2ae 95.6 ad.3

⁵⁰ ST, 1a2ae 96.6

⁵¹ ST, 1a2ae 96.6 ad.3.

⁵² ST, 2a2ae 120.2; 2a2ae 120.2 ad.3. Algunos comentaristas contemporáneos de la visión de Aquino sobre el derecho apuntan a la centralización de su concepto de equidad: ver Anton-Hermann Chroust, “The Philosophy of Law of Saint Thomas Aquinas: His fundamental Ideas and Some of His Historical Precursors,” *American Journal of Jurisprudence* 19 (1975): 1, 34; y E. A. Goerner, “Thomist Natural Right: The Good Man’s View of Thomistic Natural Law,” *Political Theory* 11 (August 1983): 393, 400-415

Es interesante notar que Aquino no visualizaba el ejercicio de la equidad por parte de los jueces como un estorbo a los propósitos del legislador. Por el contrario, razona que los legisladores desean que sus leyes promuevan la causa de la justicia y, por ello, esperan que los jueces modifiquen sus leyes en situaciones en que la justicia así lo demande⁵³.

No debería pasar desapercibido que Aquino afirmaba la necesidad de la ley humana para una vida social ordenada, que abogaba por el establecimiento anticipado de leyes sociales y la correspondiente minimización de la continua discrecionalidad judicial, tanto como fuera posible⁵⁴. A pesar de ello, el punto precedente demuestra que Aquino tenía expectativas bastante modestas sobre lo que podría alcanzar la legislación. La legislación puede conseguir su objetivo principal de generar ciudadanos virtuosos hasta un cierto punto, puede encuadrar reglas para la mayoría de las circunstancias y debe alterarlas (inevitablemente) en situaciones en que la causa de la justicia así lo requiera. Para Aquino, para que la legislación produzca grandes planes sociales debe ser moderada y delimitada por la comprensión que la mejor intencionada y más completa e informada legislación por sí misma sólo en parte puede llevar a la sociedad hacia sus metas.

La filosofía legal de Hayek fue constituida con esta misma básica pero importante convicción. En el primer volumen de *Law, Legislation, and Liberty*, Hayek argumenta que nuestra avanzada sociedad contemporánea no es producto de ningún planeamiento o voluntad humanos, emergió espontáneamente cuando la gente interactuaba y descubrió reglas de conducta que le permitieran sobrevivir y florecer. Un orden espontáneo, o *cosmos*, es esencialmente diferente de una organización (como una sociedad comercial) o *taxis*, esta última es el producto de un deliberado planeamiento humano, mientras que el primero no lo es. Los superiores son capaces de gobernar al *taxis* dando órdenes a los subordinados para el cumplimiento de ciertos propósitos establecidos. Este es el caso porque el *taxis* es una pequeña y contenida organización cuyo funcionamiento interno puede ser más o menos entendido por aquellos que lo administran. Sin embargo, uno no puede gobernar un *cosmos* de la misma manera, es decir, dando órdenes a subordinados para el cumplimiento de determinadas metas. La razón para ello es que resulta imposible obtener un conocimiento comprensivo de un orden espontáneo, de un *cosmos*. En la visión de Hayek, los órdenes espontáneos, tales como la sociedad moderna, no sólo se desarrollaron independientemente de la planificación de alguien sino que también son de una complejidad e inescrutable naturaleza que nadie pudo haberlos planeado ni nadie hoy podría saber lo suficiente como para controlarlos. La cantidad de información requerida para comprender todos los mecanismos del *cosmos* de la sociedad moderna está fuera del alcance de cualquier persona o grupo de personas. Por ello, cualquier intento de producir un particular estado de cosas a través de la legislación está condenado al fracaso: a veces no sólo falla la legislación en adquirir sus enunciadas metas concretas, sino que siempre produce un desconocido e impredecible número de no intencionados efectos sociales laterales. A la luz de la inevitable ignorancia de los legisladores, legislar con la esperanza de obtener sustantivas metas sociales es inherentemente irracional, dice Hayek⁵⁵.

⁵³ ST, 1a2ae 100.8; 2a2ae 60.5 ad.2; CNE, 5.10.

⁵⁴ ST, 1a2ae 95.1.

⁵⁵ Ver especialmente *Rules and Order*, cap.2, "Cosmos and Taxis," 35-54

Es en este punto que el análisis de Hayek de los conceptos de *taxis* y *cosmos* se encuentra con la orientación kantiana del derecho. Su antipatía kantiana hacia leyes que son determinadas por consideraciones empíricas armoniza con su observación de que la legislación no puede producir los resultados empíricos deseados con un alto grado de precisión. Hayek concluye que las leyes que gobiernan un orden espontáneo deben ser nada más que reglas generales de conducta. La mayoría de dichas reglas ya se habrán formado por las costumbres, lejos de la legislación formal, pero pueden ser modificadas por una cuidadosa legislación capaz de calzar en la matriz de las reglas prevalecientes.⁵⁶

Al limitar la ley al establecimiento de reglas generales de conducta y urgiendo a los legisladores a no tratar de lograr resultados sociales específicos que de todas maneras son incapaces de producir, Hayek se reconoce partidario de una posición que la gente no quiere aceptar. Con relación a la ignorancia de los legisladores respecto de toda la información necesaria para la consecución de planes sociales concretos, observa:

Esto puede ser visto al principio como un hecho tan obvio e irrefutable que no merecería ser mencionado, y menos aún requeriría ser probado. Sin embargo, el resultado de no mencionarlo constantemente hace que demasiado pronto se olvide. Esto es así, porque es un hecho muy inconveniente que hace que ambos, nuestros esfuerzos para explicar y nuestros intentos para influenciar inteligentemente los procesos de la sociedad, sean mucho más difíciles, lo cual presenta severos límites sobre lo que podemos decir o hacer sobre ellos. Existe, por lo tanto, una gran tentación, en una primera aproximación, de comenzar con la creencia de que sabemos todo lo que se necesita para la plena explicación o control.⁵⁷

Hayek también anticipa la objeción sobre que es necesario para los legisladores planificar y gerenciar la sociedad moderna debido al incremento constante de su complejidad. En realidad, él anticipa el argumento que ronda en su cabeza. Es la misma gran complejidad de la sociedad la que hace imposible darle forma con moldes particulares. Mientras la sociedad crece en complejidad, la tarea se convierte en más impensable. Por esta razón, Hayek etiqueta como “paradójica” la visión de que “debemos deliberadamente planificar la sociedad moderna porque se ha convertido en algo tan complejo”⁵⁸.

Entonces Aquino y Hayek, cada uno de ellos a su manera y desde su propia perspectiva, reconocen los límites del derecho y urgen a la restricción y modestia de los legisladores. Sus motivaciones precisas fueron diferentes. Aquino se dirigió a aquellos que pensaban que legislando buenas normas, determinadas con anticipación, podrían proveer una solución justa para cada conflicto futuro. Hayek peleó contra aquellos que creían que podrían engendrar una sociedad que equiparara sus ideales y visiones a través de la legislación. En muchas formas, sin embargo, el resultado final es el mismo: sea como sean de elevadas nuestras motivaciones y atractivos nuestros sueños, la legislación es insuficiente para obtener una sociedad próspera o

⁵⁶ Ver *Rules and Order*, cap.4, “The Changing Concept of Law,” 72-93.

⁵⁷ *Rules and Order*, 12

⁵⁸ *Id.*, 50-51

para resolver las enfermedades de la sociedad. Para ambos, Aquino y Hayek, la limitada capacidad de la razón humana y la casi ilimitada complejidad del mundo que tratamos de entender y dominar son desproporcionadas.

Los límites del Derecho y la perspectiva de la Costumbre

Como se hizo notar anteriormente, Hayek observa que estas limitaciones del poder de la razón humana; y, por ende, de la legislación, son más bien obvias. Es difícil refutar este punto, y el hecho de que tanto Aquino como Hayek, proviniendo de tradiciones filosóficas bastante distintas, hayan hablado sobre estos límites del derecho como algo que se da por supuesto, ciertamente lo hace persuasivo. Sin embargo Hayek también observa que a la gente debe recordarse constantemente la existencia de estos límites. La incapacidad de legislar un sistema de leyes que claramente resuelva futuras materias de conflicto, es una decepcionante realidad, porque la gente tiende a tener apetitos insaciables al tratar de legislar sobre todos los males sociales. Esta Tentación Legislativa obviamente estaba al acecho en los días de Aquino,⁵⁹ hizo estragos en los días de Hayek,⁶⁰ y sin ninguna duda todavía persiste en los nuestros. Aún si los problemas sociales son asuntos perpetuos tales como la pobreza urbana o la protección ambiental, o candentes problemas actuales tales como la investigación sobre células madre o la crisis energética, cualquier solución novedosa está lejos de los extractos legislativos. Los debates sobre propuestas legislativas suelen ser intensos, pero mayormente estos debates se concentran mucho más sobre el contenido de la legislación que sobre la pregunta de si la legislación de cualquier tipo es el mejor curso de acción para aquellos que verdaderamente desean el mejoramiento de la sociedad. Para aquellos que, aún a regañadientes reconocen la fuerza de las advertencias de Aquino y Hayek sobre la perspectiva de la mejora de los males sociales a través de la legislación, aparece la pregunta por las alternativas. Si uno no puede legislar para que desaparezcan todos los problemas, entonces ¿habrá un curso de acción más

⁵⁹ Aquino pasó la mayor parte de su vida bajo la dominación de dos poderosos monarcas, Federico II del Reino de las Dos Sicilias y Luis IX de Francia. Ambos eran reformistas legales y políticos que utilizaron su poder legislativo para imponer importantes cambios en sus dominios. Ver David Van Drunen, "Natural Law and Common Law: The Relationship of Law and Custom in the Moral Theology of Thomas Aquinas" (Ph. D. diss., Loyola University Chicago, 2001), 87-93. Sobre el reinado de Federico II, ver David Abulafia, *Frederick II: A Medieval Emperor* (New York: Allen Lane, 1988); Thomas Curtis Van Cleve, *The Emperor Frederick II of Hohenstaufen: Immortal Mundi* (Oxford: Clarendon, 1972); y Ernst Kantorowicz, *Frederick the Second: 1194-1250*. Trad. E. O. Lorimer (London: Constable, 1931; reprint, New York: Frederick Ungar, 1957). Respecto de la vida y reinado de Luis IX, ver Jean Richard, *Saint Louis: Crusader King of France*, trad. Jean Birrell (Cambridge: Cambridge University Press, 1992); William Chester Jordan, *Louis IX and the Challenge of the Crusade: A Study in Rulership* (Princeton: Princeton University Press, 1979); y Margaret Wade Labarge, *Saint Louis: Louis IX Most Christian King of France* (Boston: Little, Brown and company, 1968). Para una perspectiva adicional sobre la importancia de los acontecimientos legales y políticos contemporáneos en la comprensión del derecho de Aquino, ver Alastair Macintyre, "Natural Law as Subversive: The Case of Aquinas," *Journal of Medieval and Early Modern Studies* 26 (Winter 1996); 61-83.

⁶⁰ El principal enemigo de Hayek durante la mayor parte de su carrera como estudioso era el socialismo, y durante su vida, por supuesto, debates sobre los méritos del socialismo y su implementación eran muy comunes por todo el mundo occidental. El último trabajo importante de Hayek, publicado poco antes de sus noventa años, era una refutación de los argumentos socialistas: *The Collected Works of F. A. Hayek*, vol.1, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, ed. W.W. Bartley III (Chicago: University of Chicago Press, 1989).

promisorio a disposición de aquellos que no se conforman con estar pasivamente resignados a los problemas que persistentemente rondan sus cabezas?

Aquellos inclinados a prestar atención a la sabiduría de Aquino y Hayek sobre los límites de la legislación, pueden sentirse intrigados al saber que estos pensadores –nuevamente y a pesar de sus orientaciones filosóficas diversas- dan una respuesta similar en la búsqueda de una alternativa. Esta alternativa es el desarrollo de la costumbre y su incorporación en el entramado de la ley. Es una alternativa que, en gran parte, aunque en alguna forma extraña, se ha perdido de vista en la escena legal anglo-americana; sin embargo, es una alternativa que ocupa un lugar prominente en nuestra historia legal. Quizás la consideración de por qué Aquino y Hayek a menudo favorecían el recurso al desarrollo de las costumbres sobre las rápidas soluciones de la legislación, pueda inspirar la reflexión contemporánea sobre las virtudes del renacimiento de la ley basada en las costumbres para nuestro futuro legal.

Yo he tratado en otro lugar el pensamiento de Aquino sobre las costumbres, que es el aspecto central de su amplia teología del derecho, aunque esto no ha sido muy estudiado por la docta literatura.⁶¹ Las funciones legales que Aquino atribuye a las costumbres indican su importancia. Por ejemplo, Aquino asevera que las costumbres pueden crear derecho, abolir derecho e interpretar derecho⁶². Más aún, Aquino trató a las costumbres como una especie de límite constitucional a la creación de nueva legislación; en otras palabras, aconseja que la legislación debería ser consistente con los predominantes usos y costumbres.⁶³ Aquino rápidamente admite que las costumbres pueden ser malas, y concede que la legislación debería reemplazar la costumbre en tales circunstancias. Sin embargo, aún aquí, Aquino advierte respecto de sobrestimar la habilidad de los legisladores para reemplazar la estructura de los usos y costumbres con algo nuevo y mejor. Como hemos tratado con detenimiento anteriormente, Aquino era no era optimista respecto de la capacidad de la legislación para resolver los males sociales, y, por lo tanto, expresó escepticismo en que la legislación siempre traería una mejoría, aún cuando tratara de corregir costumbres dañinas.⁶⁴

Las consideraciones de Aquino sobre las costumbres y el derecho están subestimadas por ricas consideraciones teológicas. El punto central de la racionalidad humana para la teología moral de Aquino se expresaba en este asunto, como he argumentado en otra parte. De acuerdo con Aquino, la racionalidad es un elemento fundamental de la identidad del hombre como imagen de Dios, y es la posesión de esta imagen que lo separa de otras criaturas y lo dota de una dignidad especial. Para Aquino, la creación de la ley humana es una de las más importantes tareas que Dios le ha asignado a aquellos hechos a su imagen y, como tal, debe ser un ejercicio de la razón. Aquino también habló sobre el desarrollo de las costumbres como una expresión de la

⁶¹ La cuestión central de las costumbres en la teología del derecho de Aquino es la cuestión central de mi defensa doctoral, "Nature Law and Common Law," antes citada. Pocos estudiosos se han referido al papel que desempeñan las costumbres en el pensamiento legal de Aquino, aunque sin gran detalle; por ejemplo, ver John Finnis, *Aquinas: Moral, Political, Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 270; Macintyre, "Natural Law as Subversive," 61, 70; y Chroust, "The Philosophy of Law," 1, 33.

⁶² *ST*, 1a2ae 97.3

⁶³ *ST*, 1a2ae 95.3 obj. 1. Aquí Aquino sigue la afirmación del pensador de principios del medioevo, Isidoro de Sevilla.

⁶⁴ *ST*, 1a2ae 97.3 ad.2.

racionalidad humana. Sin embargo, una razón por la que Aquino enfatiza el establecimiento de la ley a través de las costumbres es porque permite la expresión de esta tarea racional, honorable, reflejo de la imagen divina a ser conseguida por todos aquellos hechos a imagen de Dios y no sólo por una selecta minoría.⁶⁵ Aquino también es partidario de la creación de leyes a partir de las costumbres porque valerse de las costumbres provee de los recursos que él considera necesarios para ejecutar la tarea de legislar acertadamente. Como se observa precedentemente, Aquino sigue a Aristóteles al hacer del razonamiento moral y legal un ejercicio inexacto. La ley no debe ser concebida en abstracto o aparte del conocimiento de la concreta situación social. En vez de ello, la buena ley es creada a través del aprendizaje desde la experiencia, desde el pasado, y por detalladas consideraciones de las circunstancias sociales. Para Aquino, las costumbres proveen exactamente éste y otros recursos. Las costumbres reflejan la experiencia de las generaciones presentes y pasadas y manifiestan las particulares circunstancias sociales a las que la legislación se debe dirigir.⁶⁶

Hayek también adhiere al desarrollo del derecho y el ordenamiento social consuetudinarios, aunque él encara la cuestión en forma diferente que Aquino. Los pensamientos de Hayek en la materia están muy íntimamente conectados con sus ideas sobre los límites de la ley, previamente tratados. En su pensamiento lo central a las reales limitaciones de la ley es la dualidad de los hechos relacionados con la complejidad social y la finitud de la mente humana. En otras palabras, el hecho que la sociedad sea tan compleja y que la habilidad para entender y controlar sus mecanismos internos requiere tal masa de información, hace que cualquier intento -llevado a cabo por un solo individuo o por un grupo de individuos- de manipular el orden social a través de la legislación sea fútil y producirá un sinnúmero de efectos desconocidos. Sin embargo, al asegurar que la información necesaria para controlar la sociedad de modo inteligible no está al alcance de cualquier persona o grupo de personas, Hayek no está afirmando que esta información no estaba de alguna manera disponible. Por el contrario, Hayek asevera que el conocimiento de todos los hechos relevantes de acuerdo con los cuales el orden social opera es conocido, pero sólo a todos los miembros de la sociedad en su conjunto. Cada persona y varios grupos de personas poseen información sobre el funcionamiento de la sociedad que no están al alcance de otros. Por lo tanto, para poder establecer formas de tratar unos con otros, además de tomar en cuenta la información relevante, es necesaria la contribución de todos los miembros de la sociedad y no simplemente la de unos pocos.⁶⁷

Hayek no distingue ninguna vía formal o institucional por la cual capturar esta información desde todas las personas, así que considera medidas informales y no-institucionales. En la vida económica, esto significa que los precios necesitan ser determinados por los mecanismos del mercado antes que por el planeamiento central, porque el libre mercado provee a los compradores y vendedores de información sobre oferta y demanda que no puede ser obtenida por ninguna organización burocrática de planeamiento. Para Hayek, las reglas del derecho deben ser desarrolladas siguiendo las mismas líneas. La formación de prácticas consuetudinarias depende de la información con la que contribuyen innumerables miembros de la sociedad en sus complejas relaciones y es modelada por mucha más información de la que cualquier legislación

⁶⁵ Van Drunen, "Natural Law and Common Law," 145-88

⁶⁶ Id., 189-266

⁶⁷ Ver, por ejemplo *Rules and Order*, 11-15

podría obtener. Históricamente hablando, Hayek argumenta que la “gran sociedad” moderna fue moldeada primariamente por acciones no planeadas, espontáneas y acuerdos establecidos por gente que buscaba formas de tratar unos con otros dentro de variadas limitaciones de la vida. Es un orden creado más por las costumbres que por la legislación, y su prosperidad futura depende de una continua apertura al desarrollo de procesos espontáneos que nos han propulsado hasta el punto que hemos alcanzado. La compleja sociedad que sólo se pudo haber formado espontáneamente, en gran parte, a través del desarrollo de las costumbres y nunca por una legislación planeada centralmente, no es apta ahora para ser manipulada y deformada en toda clase de formas por la legislación o la administración burocrática. Hayek señalaba al tradicional derecho consuetudinario del mundo anglo-americano como un excelente -aunque no el único- ejemplo de un sistema legal de costumbres que efectivamente permitía el crecimiento de la sociedad desde lo primitivo a lo complejo.⁶⁸

La apelación de Hayek a la tradición del common law, especialmente por provenir de alguien entrenado no en el derecho consuetudinario sino en el Derecho Romano, se presenta interesante para los estudiosos del derecho que están persuadidos por Aquino y Hayek conjuntamente sobre los límites de la legislación y que buscan recursos alternativos en un mundo inundado de códigos. Para aquellos de países angloparlantes, la tradición del derecho consuetudinario se presenta como un recurso doblemente atractivo dada su base en las costumbres y su larga historia como aspecto central de la herencia legal anglo-americana. Reconocer la naturaleza del derecho consuetudinario, no significa desconocer que en Inglaterra, tan lejos como uno pueda rastrear, hubo leyes estatuidas. Blackstone hace la tradicional categorización cuando asevera que el estatuto municipal de Inglaterra está dividido en dos partes: la no escrita y la escrita - la primera, que él llama “common law” y la segunda, que él llama “ley escrita”. Esta ley consuetudinaria no escrita incluye, según Blackstone, costumbres generales, costumbres particulares (de ciertas partes del reino) y leyes particulares observadas por costumbre sólo en algunos condados y jurisdicciones. La primera de ellas, costumbres generales, es llamada *common law* “propriadamente dicha” porque ellas, a diferencia de los otros dos, por cierto que son comunes a todas las gentes en todo el suelo inglés. Blackstone va mas allá para explicar que la ley no escrita, el derecho consuetudinario, deriva su autoridad no del Parlamento sino de su uso desde tiempos inmemoriales y su universal aceptación.⁶⁹ Es cierto que hay y ha habido leyes escritas, pero Blackstone concluye que la *common law*, que él denomina “costumbre general inmemorial” es “la primera razón y la más importante piedra basal del derecho en Inglaterra.”⁷⁰

El “common law” derecho consuetudinario ha sido generalmente visto como *ley consuetudinaria*⁷¹ Sir Matthew Hale, estudioso del siglo XVIII, hablando en forma similar a la

⁶⁸ Ver nuevamente *Rules and Order*, cap.4, “The changing Concept of Law,” 72-93

⁶⁹ Blackstone, *Commentary*, vol. 1, 63-64.

⁷⁰ *Id.*, 73.

⁷¹ La sola noción de una ley consensuada ha sido desafiada. Para ejemplo ver J.P.B. de Josselin de Jong, “Customary Law: A Confusing Fiction,” en *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of the Lex Non Scripta*, ed. Alison Dundes Rentin and Alan Dundes, vol.1 (Madison: University of Wisconsin Press, 1994), 111-17; originalmente publicado en *Koninklijke Vereeniging Indisch Instituut* (Amsterdam: Het Indisch Instituut, 1948), 3-8. Más frecuentemente, los estudiosos han defendido la validez de la idea de la ley consensuada. Ver el reciente y exhaustivo estudio sobre ley consensuada de Leon Sheleff, *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law, and Legal Pluralism* (Portland, Ore.: Frank Cass, 2000).

de Blackstone, escribe que las leyes no escritas han alcanzado su poder de obligar por su largo e inmemorial uso y por la fuerza de la costumbre.⁷² Escritores más recientes están de acuerdo con el carácter consuetudinario del antiguo *common law*. John Hudson, por ejemplo, trata al derecho y las costumbres como “íntimamente relacionados” en el desarrollo de la vida legal inglesa en la post-conquista. Él explica que las costumbres “no son sólo afirmaciones neutrales sobre lo que generalmente ocurre; son, más bien, prescripciones sobre acciones establecidas y correctas, prescripciones que conllevan autoridad.”⁷³ Él sugiere la siguiente definición de *costumbre*: “una norma, a la que preguntada sobre el tema esbozaría una respuesta del tipo: bueno, así es como hacemos las cosas aquí.”⁷⁴ Hace un siglo, Frederic William Maitland aseveraba que no era otra cosa que la costumbre de la corte del rey lo que se convirtió en derecho consuetudinario.⁷⁵ Reflexionando sobre la historia antigua y reciente de Inglaterra, Maitland notó que mucho de lo que quedaba de las costumbres sociales en su tiempo había sido regulado por la legislación y controlado por las cortes de justicia.⁷⁶ Aún en la actualidad, sin embargo, la costumbre es todavía reconocida como extremadamente importante por lo que queda del derecho consuetudinario. Por ejemplo, M. Stuart Madden señala que tanto las costumbres de la sociedad y las profesionales juegan un papel reconocible en el desarrollo de las doctrinas del derecho consuetudinario.⁷⁷ De manera similar, estudiosos como A. W. B. Simpson y Melvin Eisenberg son críticos al entendimiento positivista del derecho consuetudinario, que tiende a verlo simplemente como una serie de reglas “impuestas” por jueces. Ambos escritores señalan que la naturaleza consuetudinaria del *common law* del explica más efectivamente su dinamismo característico.⁷⁸

¿Tiene el consuetudinario *common law* un futuro en un mundo que parece más interesado en las rápidas respuestas de las leyes escritas? Algunos estudiosos del derecho se han molestado en hacer esta pregunta y a contestar por la afirmativa, aunque ciertamente difieren en las especificaciones formales de sus propuestas. Por ejemplo, Madden aboga por una continua relación entre derecho consuetudinario y los códigos, dado que percibe limitaciones en ambas formas. Él aprecia lo que llama “iluminado gradualismo” y “justicia policéntrica” del derecho consuetudinario que han efectivamente perseguido objetivos del derecho tales como la justicia correctiva, la autonomía individual y la eficiencia.⁷⁹ Guido Calabresi también aboga por el desarrollo de un derecho consuetudinario que suplemente los códigos. La preocupación de

⁷² Sir Matthew Hale, *The History of the Common Law of England*, ed. Charles M. Gray (1713; reprint, Chicago: University of Chicago Press, 1971), 17.

⁷³ John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta* (London: Longman, 1996), 6-8.

⁷⁴ *Id.*, 6, n.25

⁷⁵ Sir Frederik Pollock y Frederic William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2d.ed., vol. 1(Cambridge: Cambridge University Press, 1923), 184.

⁷⁶ *Id.*, xxiv. Maitland frecuentemente expresaba juicios sugiriendo que la ley consensuada es más primitiva y la ley escrita más avanzada, un punto también notado por John Hudson en “Maitland and Anglo-Normand Law” en *The History of English Law: Centenary Essays on “Pollock and Maitland,”* ed. John Hudson (Oxford: Oxford University Press, 1996), 28. Las observaciones de Maitland sobre el carácter escrito del derecho en su propio tiempo debería ser leído teniendo esto en mente.

⁷⁷ “The Vital Common Law,” 573-74.

⁷⁸ A.W.B. Simpson, “The Common Law and Legal Theory,” en *Folk Law*, ed. Rentein and Dundes, vol. 1. 119-39; Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, 146-51.

⁷⁹ Madden, “The Vital Common Law,” 555-611

Calabresi es la petrificación de los códigos; en otras palabras, la tendencia de estos a volverse obsoletos a medida que pasa el tiempo. Consciente que las legislaturas tienen dificultades en mantener los códigos actualizados, Calabresi admira la tradicional habilidad del derecho consuetudinario para balancear las necesidades de continuidad y cambio en el derecho. Él argumenta que la jurisprudencia, cuando interpreta los códigos, debería ser tratada tal como el derecho consuetudinario tradicionalmente hizo con los precedentes: con una combinación de respeto y flexibilidad. Esto podría, en efecto, crear un nuevo derecho consuetudinario codificado.⁸⁰ Una tercera propuesta para continuar el uso del derecho consuetudinario en un mundo de códigos se encuentra en el trabajo de Daniel Farber y Phillip Frickey. Estos estudiosos suponen que los jueces poseen el rol de hacedores de leyes, no obstante secundario respecto a los legisladores. Farber y Frickey advierten sobre la necesidad del derecho consuetudinario cuando la existencia de un código afecta la capacidad legislativa de los jueces más allá del dominio del propio código. Para apoyar este tipo de sistema, ellos recomiendan el uso de varias perspectivas generadas por recientes adeptos al republicanismo y la teoría de la elección social.⁸¹

Todos estos estudiosos, estamos seguros, han argumentado por la potencial importancia de la continuidad del *common law* dentro de un mundo dominado por códigos. Sus ideas sobre el futuro del derecho consuetudinario son ciertamente más matizadas que Hayek y, parece, que Aquino. Sin embargo su reconocimiento sobre los límites de los códigos y del hábito contemporáneo de crear derecho desde arriba hacia abajo añade más peso a las reivindicaciones de Aquino y Hayek. Cualquiera sea el cuerpo legislativo, no puede hacerlo todo. No puede establecer un sistema de derecho que será justo y efectivo en todo tiempo; su predominio hace que las sucesivas modificaciones de la ley sean tormentosas y esporádicas, y aunque sea instrumento de muchos de nuestros sueños sociales, inevitablemente crea otro tipo de escenarios que uno nunca podría anticipar.

Las diferencias en filosofía del derecho cuentan, Aquino y Hayek ciertamente defendían filosofías del derecho diferentes en muchas formas. Un área donde emerge una muy práctica e importante diferencia entre Aquino y Hayek concierne al grado de flexibilidad que los jueces y otros oficiales del gobierno debieran tener para aplicar las reglas del derecho a los casos particulares. Aquino definitivamente dejó lugar a una mayor flexibilidad y ejercicio de la prudencia que Hayek.⁸² Aunque la convergencia del pensamiento de los dos representantes de

⁸⁰ Calabresi, *Common Law*; ver también las reflexiones sobre el tema en Calabresi, "The Non-Primacy of Statutes Act," 247-55

⁸¹ Farber y Frickey, "In the Shadow of the Legislature," 888-906.

⁸² Este es uno de los puntos en que Miller encuentra el mayor desacuerdo entre las teorías legales de Aristóteles y Hayek: "Prudence and the Rule of Law," 204-5. No debería olvidarse que Aquino hizo un fuerte caso para el establecimiento de reglas conocidas del derecho por medio de las cuales futuras controversias judiciales pudieran ser resueltas (por ejemplo, ver *ST*, 1a2ae 95.1 ad.2, pero dejó considerable espacio para que los jueces aflojaran las reglas cuando su aplicación estricta resultase en una injusticia, como ya se discutió con mayor detalle. Hayek advirtió que la libertad de la sociedad sería erosionada a tal punto que reglas y principios establecidos serían dejados de lado en el interés de la ventaja personal. (ver *Rules and Order*, 56-59).

estas diferentes tradiciones éticas y legales indican que han tropezado con una verdad que es importante recordar en el medio de las luchas para diseñar una ley justa que gobernará sociedades en continuo crecimiento de su complejidad: la legislación no puede lograrlo todo, y cuanto menos frecuentemente ignoremos esta obcecada verdad, *mejor será*.