

METODOLOGÍA Y DERECHO COMPARADO EN EL PENSAMIENTO DE BRUNO LEONI*

*Pablo A. Iannello***

Resumen: El autor busca actualizar algunos de los conceptos de Bruno Leoni y de las fuentes que inspiraron su filosofía del derecho, para entender su contribución al derecho comparado y otorgarle una faceta contemporánea y de constante utilidad. El trabajo posee un carácter eminentemente descriptivo, aunque en ocasiones se formulan algunas disquisiciones normativas vinculadas a la idea de “las mejores prácticas para el caso concreto”.

Abstract: The author seeks to update some of the concepts of Bruno Leoni and the sources that inspired his philosophy of law, in order to understand his contribution to comparative law and to give it a contemporary reading. The article is essentially descriptive, but it also offers a few normative disquisitions linked to the idea of “best practices for the specific case”.

Introducción

Parece razonable que cualquier discusión sobre una aproximación posible al Derecho comparado deba iniciarse con una descripción a las condiciones básicas de comparación y las metodologías principales sobre la citada

* Versión revisada del trabajo presentado en la Jornadas de Filosofía de Derecho (UFM), noviembre de 2013. El autor agradece especialmente la colaboración de Julieta Ares, estudiante de Derecho de la Universidad Argentina de la Empresa, en la revisión del presente artículo y los aportes bibliográficos.

** Director del Departamento de Economía y Ciencias Sociales (ESEADE). Investigador Principal (ESEADE). Profesor de Derecho Comparado (Universidad Argentina de la Empresa; Universidad Francisco Marroquín). Profesor Visitante (University of Dayton). Becario del Instituto UNIDROIT. Email: iannello@eseade.edu.ar

empresa. Toda práctica necesariamente deriva de una teoría sobre la concepción de la porción del mundo sobre la que se intenta actuar, así se vuelve relevante plantear algunas discusiones epistemológicas sobre el análisis de similitudes y diferencias en diferentes tradiciones legales. En particular, el presente trabajo busca vincular las recientes y no tan recientes discusiones sobre la metodología en el Derecho comparado con la concepción jurídica de Bruno Leoni como pensador liberal. Leoni, en cuanto teórico del derecho, posee un importante conjunto de herramientas del derecho que permiten realizar una interpretación fenomenológica del concepto de comparación al buscar el significado de la intención de comparar (Lottieri, 2006).

Es en esta perspectiva que vale la pena actualizar algunos de los conceptos de Leoni y de las fuentes que inspiraron su filosofía del derecho para entender la contribución que el autor puede realizar al Derecho comparado y por lo tanto vincular a la misma a una faceta contemporánea y de constante utilidad. Busco apartarme así de los estudios clásicos del pensamiento del autor, que suelen abordarlo en términos de su teoría del derecho como concepto teórico, o en vinculación a su teoría del Estado.

Estas líneas poseen un carácter eminentemente descriptivo, aunque en ocasiones se formulan algunas disquisiciones normativas en atención a lo que considero “las mejores prácticas para el caso concreto”. Con ello me refiero a construcciones teóricas que parecieran tener un mayor poder explicativo sobre las prácticas que actualmente acontecen y que sirven mejor a los efectos de comparar de acuerdo a la finalidad que se le ha otorgado al Derecho comparado en las últimas décadas. Por supuesto que ello no implica afirmar la inmutabilidad de las explicaciones vigentes en la actualidad.

Creo que la adopción de una posición realista del fenómeno legal y la utilización de métodos empíricos aportados por diferentes ciencias sociales resultan una herramienta vital para desarrollar un conjunto teórico con mayor fuerza explicativa de procesos contemporáneos como los trasplantes legales generados luego del colapso de la Unión Soviética, el proceso de convergencia del derecho privado en la Unión Europea, o el proceso de americanización que tiene lugar en América Latina, a través de la utilización de los Tratados de Libre Comercio (TLC), o bien a través de transfe-

rencias sociales (por ejemplo, la realización de estudios de postgrado en los Estados Unidos que luego derivan en la utilización de técnicas propias del sistema americano en la práctica legal latina).

En este sentido, la idea de Leoni del derecho como fenómeno evolutivo (eminentemente hayekiana), sumada a la original contribución de una convergencia de pretensiones individuales articuladas en una sociedad determinada, marcan un fenómeno real evolutivo que sólo puede verse comprenderse desde la perspectiva de la interacción individual, pero sin perder de vista la evolución histórica que de una u otra manera modela el conocimiento social como fenómeno complejo.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: En la primera sección justifico la importancia de la elaboración de una teoría del Derecho comparado y su vinculación con el pensamiento de Bruno Leoni. Seguidamente se presentan las influencias más relevantes que la escuela histórica del derecho ha generado en el autor y que permiten canalizar su teoría como un aporte al Derecho comparado. Luego se mencionan algunas críticas formuladas por Leoni al proyecto ilustrado como parte de su construcción teórica; a partir de allí se analizan las tendencias actuales en el análisis del Derecho comparado, y finalmente se muestra la contribución que la teoría del derecho del autor italiano puede ofrecer a los estudios comparados actuales.

La importancia de la visión teórica en el Derecho comparado

Es claro que la elaboración de una teoría del derecho requiere, entre otros aspectos, establecer el modo en que surge la normatividad de las conductas, los mecanismos de reconocimiento de los actos normativos, así como la manera en la cual las normas deben aplicarse e interpretarse.

Aun cuando los escritos de Leoni desarrollan muchos de los puntos mencionados en el párrafo precedente, no se pretende abordarlos en este trabajo. Antes bien se pretende extraer aquellos elementos de la teoría que serán de importancia en el desarrollo de los argumentos aquí presentados.

La teoría de Leoni esboza claramente el surgimiento del fenómeno jurídico como un producto del actuar del ser humano, es decir un resultado de una acción del hombre. Como tal, su desarrollo teórico se encuentra en las antípodas del formalismo jurídico propio del positivismo imperante en su tiempo. En este esquema el derecho será entendido como resultado del interactuar individual.

En esta línea de pensamiento se encuentra enclavada la noción central del esquema teórico del autor bajo análisis: el concepto de reclamación, reclamo (ambas palabras serán utilizadas de manera indistinta), o *pretesa*. Este concepto toma como punto de partida la consideración de sí como un acto de voluntad y que por tanto no puede ser interpretado exclusivamente como una cuestión teórica (Leoni, 2007:67).

Se ha resaltado, con acierto creo yo, que el aspecto más interesante de la visión de la reclamación radica en el proceso de formación de la misma, en cuanto fluir espontáneo de la cotidianeidad, sobre la noción – antes mencionada– de la acción individual de los agentes (Masala, 2004). Se estructura así una idea de orden jurídico, derivándolo de lo que el autor denomina “orden social puro” y que se entiende como “el intercambio de las conductas y de las reclamaciones compatibles manifestado a través de reglas” (Leoni, 2007:165,168). Si bien excede el marco de análisis, es necesario poner de relieve que el reclamo, como objeto definitorio de la posible existencia de normatividad, sólo aparece en la obra madura de Leoni. El punto de partida para delinear el concepto de reclamación, resulta no sólo de la visión de la conducta humana como elemento verificable –de la que se hizo mención– sino además del componente de la probabilidad, entendida –esta última–, como evento azaroso de lograr la realización eficaz de nuestras pretensiones para pasar luego al concepto de esperanza de adecuación de conducta ajena (Camilliery, 2007).¹ Se sigue de lo dicho, que en la idea de reclamo existe una base fuertemente empírica y el resultado de lo jurídico sólo puede ser entendido a partir de la experiencia, o sea a la luz de los comportamientos individuales; y que por tanto el orden jurídico no puede derivarse de ningún tipo de voluntad superior.

Resulta entonces clara la crítica efectuada a los sistemas de representación modernos como generadores de normas jurídicas, crítica en donde se vislumbra una fuerte oposición a la visión kelseniana del derecho. Bajo este argumento se entiende la argumentación que el profesor Lottieri hace respecto del naturalismo de Leoni, en tanto busca retomar la visión pluralista de los conceptos jurídicos que primó en la Edad Media, en clara y abierta oposición al positivismo jurídico imperante desde el siglo XIX y consolidado definitivamente en el transcurso del XX. La crítica a la visión kelseniana en conjunto con el planteamiento de un proyecto independiente de corte esencialmente individualista resulta ser el eje de la propuesta contenida en su obra *La libertad y la ley* (Menocci, 2013). Desde esta postura, resulta mucho más simple entender las constantes asociaciones y analogías realizadas entre los sistemas jurídicos y los sistemas de libre mercado. Ello por cuanto el positivismo jurídico plantea una visión estática y determinada del fenómeno legal, a la vez que intenta analizarlo en forma analítica partiendo de una noción de lenguaje cerrado y definido. La figura del legislador y la estructura de validez kelseniana se erige como la de un monopolista con la potestad de determinar lo que posee carácter de derecho y lo que no. En cambio, para la posición de Leoni un proceso espontáneo de creación del derecho asegura que lo jurídico ha sido seleccionado a partir un proceso de competencia entre otras reclamaciones, garantizando su correlación con conductas individuales (Liggio y Palmer, 1988: 274).

La escuela histórica: influencias y limitaciones en el pensamiento de Leoni

Ya hemos mencionado anteriormente que según la visión de Leoni no es necesario que los órdenes jurídicos se basen en la obligatoriedad de las conductas de los individuos frente al poder o a las normas producidas por la legislación; sino antes bien que es posible enmarcarlos en el intercambio de reclamaciones individuales subjetivas (Lottieri, 2006:21). Con este fundamento se consolida un entramado institucional que dará lugar a una

serie de comportamientos recíprocos que generarán previsiones estables en los comportamientos de las personas.

Ahora bien, la interpretación de las instituciones jurídicas ocupa un lugar esencial en el pensamiento del autor italiano; sólo ella permitirá entender verdaderamente el funcionamiento de las reclamaciones jurídicas en el marco social. Esta sociedad no es independiente de su tiempo, no es a-histórica, sino que existe una comunidad en el tiempo con una dimensión temporal y una perspectiva histórica.

La propuesta de Leoni parece tener un denominador común con la noción interpretativa desarrollada por la escuela histórica del derecho, respecto del estudio del derecho romano en tanto esta escuela también parte del concepto de relación jurídica para el estudio del derecho. Savigny –máximo exponente de dicha corriente del derecho– expresó que “toda relación jurídica está subordinada a un instituto jurídico...”.

Para comprender el significado de la frase no hay que perder de vista que el movimiento histórico también se embarcó en algún punto en una visión naturalista, pues no consideraba al derecho como producto del arbitrio, resultando la tarea de los operadores jurídicos de cada momento descubrir el entramado de relaciones sociales que constituyen la realidad jurídica (Bretone, 74). En igual sentido Leoni, partiendo de su visión empírica, pone el acento en la comprensión de la conducta del individuo como parte del desafío que enfrenta el científico del Derecho. Los intérpretes de la ley desempeñan una tarea mayormente pasiva: la de reflejar los usos y costumbres de la gente describiéndolos con su propio lenguaje.

En la visión de Savigny, el derecho es producto primeramente del comportamiento de las personas y de las interrelaciones de éstas, por eso le reconoce un papel preponderante a la costumbre en la formación de las normas jurídicas; así, el proyecto ilustrado del positivismo francés aparece como el producto de una tecnocracia que necesariamente deriva en los actos arbitrarios del legislador. De igual manera, la empresa de Leoni construye el concepto de reclamación esencialmente sobre la base de comportamientos intersubjetivos que parten de un entramado complejo de relaciones sociales preestablecidas y mutables, las cuales evolucionarán

conforme a la mutación del entramado social producto de la adecuación de las diferentes subjetividades individuales.

Semejanzas en las críticas al proyecto positivista ilustrado ilustrado

La crítica de Savigny al iluminismo francés, puede sintetizarse en dos puntos centrales:

1. el enfoque no histórico que este movimiento imponía sobre el fenómeno del derecho, lo cual necesariamente conducía a una pérdida de sensibilidad respecto de las diferentes épocas en las que se había desarrollado el proceso;
2. el proyecto iluminista racionalista redundó necesariamente en la codificación, la cual según este filósofo e historiador alemán, resultaba arbitraria en tanto no reflejaba las costumbres y tradiciones propias de la realidad jurídica de un pueblo.

Como mencionamos al explicar las características del proyecto de Savigny, el fenómeno jurídico resultaba ser un producto del carácter, el lenguaje, las interrelaciones y la cultura de un pueblo. En consecuencia, según su parecer, el derecho no puede ser desarrollado por un arbitrio de la autoridad, fundamento en posición antagónica con la visión del “legislador omnipotente”, propio del paradigma de la Ilustración.

Estos cuestionamientos así formulados constituyen otro punto de encuentro entre la visión histórica y la visión del derecho en Leoni, puesto que la crítica al proyecto positivista resulta ser el pretexto para el desarrollo de su teoría. Ambos autores enfatizan la idea según cual las ansias intelectuales y tecnológicas del positivismo sacrifican la perspectiva histórica del ser humano, resultando necesario un esquema teórico que permita volver a vincular la teoría jurídica con la praxis jurídica (Maclean, 1982).

Un análisis más amplio de la teoría historicista nos permite encontrar que no sólo Savigny tiene una posición de encuentro con el jurista italiano sino la escuela histórica en su conjunto, por caso Droysen –claro referente en la historiografía alemana–, quien estableció una línea de análisis basada

en la tradición moral de la historia contra la tecnocracia del positivismo. La crítica de este autor al positivismo debe entenderse no el común sentido historicista, sino que más bien ha de basarse en los efectos políticos del positivismo, el cual al evitar el recurso de la historia, no hace otra cosa que forzar al ser humano a prescindir de su voluntad. De esta manera el positivismo sólo podría desencadenar en una dictadura producto del centralismo, tal como fue el caso francés, que constituyó la culminación de la vinculación entre el derecho y el poder, en clara oposición con la propuesta de Leoni. En esta línea de pensamiento podemos leer al autor bajo estudio que expresa: “si el derecho es reclamación y si la reclamación es independiente de un poder concentrado en una determinada sociedad que en la que se ejerza esa reclamación, evidentemente el poder no se identifica con el derecho” (Leoni, 2007:84).

El movimiento histórico alemán se expandió a otros países que desarrollaron ideas que poseían como denominador común el estudio del derecho en base. En Francia, pese a las ideas poco liberales que abundaron luego de la Revolución Francesa, existieron grupos de juristas que constituyeron una verdadera comunidad de interpretación –en los términos de Apel–, respecto de la aplicación del derecho romano en su comunidad (Kelly, 1987). Entre ellos podemos citar el caso de Godefroy, quien afirmaba que para encontrar el verdadero “espíritu” del derecho debía estudiarse las costumbres y que la ley escrita sólo era un resultado de clarificación de aquellas costumbres que constituían derecho (en Kelly, 1987).

Parece claro entonces que la reivindicación del recurso de la historia y concretamente el derecho romano en la perspectiva de la historia –entendido como un producto de la adaptación de los institutos clásicos al devenir de los tiempos–, ponen en el mismo camino tanto a la teoría de Leoni como a la visión histórica, pues estos argumentos sirven para rebatir aquellos que prescinden del devenir de la conducta del hombre. Sin que ello implique negar el carácter jurídico del fenómeno que se denominará derecho, pero que sólo resulta a partir de las pretensiones individuales.

En la tradición de Leoni, la búsqueda clara por una oposición a la tradición neo-kantiana de corte constructivista da lugar al joven jurista italiano para posicionarse entre aquellas teorías reaccionarias al positivismo jurídico.

El problema en la determinación del objeto de comparación

En un artículo ya clásico, Ciuro Caldani exponía respecto del objeto de la comparación que:

La comparación es un método general, que trasciende su aplicación jurídica y se utiliza también en economía, política, etc. Para hablar de comparación en plenitud, hay que diferenciarla del mero estudio paralelo de diversos enfoques de un tema. La comparación relaciona, no es mera información, ni se desarrolla por yuxtaposición; es más profunda cuando tiene referencias más significativas. No obstante los rótulos de “comparación” que suelen ponerse a informaciones diversas, por ejemplo, acerca de derechos extranjeros, en realidad comparar es relacionar desde una perspectiva cuya profundidad debe tenerse presente, para reconocer la importancia de la tarea que se efectúa (Caldani, 1989).

Entre quienes denominaron a los problemas de la teoría general del derecho comparado cuestiones sobre epistemología del derecho comparado, para G. Samuel debemos preguntarnos ¿conociendo los derechos, cómo podemos compararlos? (Samuel, 2004:37).

La discusión sobre si el objeto de la comparación son similitudes o diferencias pone de relieve la sensibilidad sobre la falta de definiciones claras en el objeto que se presenta como ente de comparación. Si bien el uso pragmático que tradicionalmente se le ha dado al Derecho comparado en algunas ocasiones ha opacado la discusión epistemológica, sin embargo en los últimos años se ha presenciado un renovado debate que busca vincular la relevancia teórica del objeto de comparación con sus aspectos prácticos (Jansen, 2006: 307).

La relevancia de la forma de conocer el fenómeno jurídico en la rama denominada derecho comparado resulta de la inexistencia de un cuerpo teórico consistente y diversidad de metodologías que existen para abordar lo que algunos autores han llamado Derecho comparado, es por eso que el análisis de cómo se conoce el derecho en el proceso de comparación debe

encontrar una respuesta fuera de aquello que suele denominarse “derecho” (Legrand, 1995:263).

La afirmación previa puede parecer extraña si se tiene en cuenta la considerable cantidad de literatura existente en filosofía del derecho en lo referido a la naturaleza del derecho. Sin embargo, no falta quien sostiene que dicha producción científica aporta una luz tenue sobre el fenómeno de la comparación, dado que gran parte de la *ius* filosofía se ha basado en la noción de reglas y normas y en la elaboración de una teoría de las fuentes del derecho. De modo tal que no podrá explicarse el fenómeno de cómo se conoce aquello que se compara hasta que la tesis del derecho basado en reglas no sea abandonada. O en otras palabras, hasta que pueda encontrarse una meta-teoría que explique en qué podemos basar la comparación de reglas o normas que no tienen elementos o estructuras similares (Samuel, 1998: 817).

Es por ello que en los últimos años los estudios en Derecho comparado tienden a ser cada vez más interdisciplinarios, tanto en los métodos de comparación como en la interpretación del *tertium comparationis* (Legrand). Incluso aquellos que sostienen una posición más internalista y que entienden que el objeto de comparación debería ser, por ejemplo, las decisiones judiciales y los hechos que dan lugar a estas decisiones, dan margen para preguntar cuál podría ser el marco conceptual de conocimiento que permite categorizar a un suceso como un hecho relevante en un sistema jurídico. Es decir el *ius* comparativista debe preguntarse hasta qué punto las entidades que está comparando tienen una realidad independiente de la forma en que se las compara.

La idea de considerar el marco en el cual las entidades se conocen, ha hecho que algunos autores se replanteen el lugar que el método funcional (que como se verá en el presente capítulo) pueda ser considerado el método más apropiado para la *ius* comparación, o al menos que pueda serlo sin tomar las consideraciones y los reparos metodológicos necesarios.

R. Zwiegert y H. Kötz se plantean en el desarrollo de su método funcional la necesidad de investigar los hechos detrás del derecho como una condición básica para poder comparar el funcionamiento de los sistemas

jurídicos (Zweigert y Kötz, 1998:34). Una de las dificultades planteadas sería entonces cómo determinar qué son “los hechos”. La relación entre la ciencia y la realidad, y por tanto la observación, ha sido un largo debate en epistemología. El problema de la funcionalidad debería asumir algún tipo de meta-regla sobre la delimitación de la legalidad y no legalidad (Samuel, 2004).

Una propuesta de superación del tema que proviene de la utilización de elementos de la epistemología utilizando el concepto de “hechos virtuales, en donde la noción de objeto no es la realidad en sí misma sino en una construcción abstracta y limitada de dicha realidad” (Samuel, 2004:48). La delimitación de las relaciones que permitan la concreción del objeto ganará correspondencia si guarda con la percepción de la realidad que uno percibe o bien de la coherencia interna de dichas relaciones; o finalmente también a través del consenso que una percepción pueda lograr en la comunidad científica en un momento determinado (*Ibid.*).

Es posible afirmar entonces que la utilización de los hechos virtuales en Derecho comparado no es un cuestionamiento a la investigación sobre las estructuras institucionales que devienen en la generación de normas y que por tanto permiten investigar en forma comparada las causas. Antes bien, es un llamado de atención que invita a pensar cuáles son los límites de la comparación y considerarlos para poder obtener un conocimiento adecuado del funcionamiento de otros sistemas jurídicos.

Debe notarse que la discusión del tema previamente indicado está lejos de ser exclusivamente teórica, si se pasa, como usualmente ocurre, de la discusión teórica a las proposiciones de tipo normativo. El Derecho comparado ha resurgido con una visión muy pragmática y el interés por el mismo radica en los proyectos de unificación a nivel regional y transnacional y en las recomendaciones para adoptar los “mejores institutos” en dichos procesos. La falta de sustento teórico para justificar entonces las posiciones normativas parece un camino peligroso.

Un ejemplo concreto son los objetivos que se han delineado para el Derecho comparado en el siglo XXI a raíz del Congreso celebrado en el año 2002 donde se mencionan: a) La elaboración de un sistema jurídico

transnacional de origen doctrinario; b) El estudio de la unificación de los derechos dentro del contexto de la globalización; c) Los estudios de derechos extranjeros, y d) La asistencia en la solución de litigios frente a los tribunales (Vanderlinden, 2006).

Es claramente una tarea ambiciosa que requiere una discusión del concepto sobre las posibilidades y los métodos de comparación.

Quizás esto nos pone en la posición que en algún momento mostró Radbruch, y que presentara una cierta contradicción, sosteniendo que el derecho comparado nos puede mostrar nuevos horizontes legales que estudiar, más no las herramientas necesarias para su análisis (Fontane, 1973).

¿Qué significa comparar? En busca del *tertium comparationis*

La comparación puede entenderse en algún sentido como la construcción de relación de similitud y no similitud entre sucesos y hechos, de allí la importancia de contar con una base epistémica que permita conceptualizar adecuadamente la noción de suceso y hecho, discutida previamente (Jansen, 2006:311).

Esta conceptualización permite la determinación del denominado *tertium comparationis*, que puede entenderse como la relación de similitud o disimilitud entre dos objetos, (S/D) [relación de similitud/disimilitud en T] que comparten los objetos a – b. Es decir: (S ab T) o bien (D ab T). Otra posibilidad al comparar es la búsqueda de analogías entre los elementos de una clase; entonces $aT \wedge bT$, en este caso a y b son T. Sin embargo, la comparación en estos términos de similitud y disimilitud poco dicen sobre el verdadero alcance del concepto de similitud puesto que carece un análisis de intensidad. Es decir: $S ab T = aT \wedge bT$, pero $P It (a) \neq P It (b)$.

Veamos un ejemplo simple, donde:

T= Uso de los precedentes de los tribunales como fuente del derecho.

a= Sistema Romano Germánico.

b= Sistema de *Common Law*.

Es correcto afirmar *S* respecto *T* en (a) y en (b). Sin embargo, la intensidad del uso del derecho es diferente. La noción de intensidad es clave en el trabajo de comparación, puesto que muchas instituciones son compartidas pero eso no nos permite afirmar la similitud de la institución como así tampoco la disimilitud puesto que existen propiedades compartidas. Así las cosas, la verdadera “similiaridad” dependerá de encontrar igual intensidad de “similiaridad”, lo cual representa una definición completamente insatisfactoria. El objeto mínimo de comparación debe ser reportado entonces respecto de juicios subjetivos irreducibles por el observador (Jansen, 2006:313).

Nuevamente estamos en el punto de partida, al afirmar que las condiciones mínimas de observación dependerán del marco epistemológico del observador. De allí que sea difícil escapar a una dimensión subjetiva de la comparación, y en muchos casos, dada la naturaleza del trabajo *ius comparativo*, un proyecto político (Chodosh, 1994:1027).

Aquí resulta útil la discusión epistemológica previa, porque si bien no parece posible eliminar la subjetividad del observador, sí parece posible enmarcarla conociendo sus determinantes epistémicos y se obtendrá un campo delimitado dentro de la subjetividad.

Sin embargo, ello parece no ser suficiente para dar un marco de objetividad a la comparación como pretende cierta literatura (Jansen, 2006:315)

Sólo es posible consensuar ciertos conceptos quizás a partir de la armonización de niveles de lenguaje, pero ello parece estar lejos de poder arrojar una posición objetiva sobre las nociones de similitud.

La idea de comparación actual usualmente implica la utilización de más de un *tertium comparationis*; entonces las nociones de similitud y disimilitud se deben encadenar a un conjunto de similitudes que constituyan un vector complejo de elaboración. Este argumento es consistente con la posición de Wittgenstein del parecido de familia, y si el derecho puede explicarse en términos de parecido de familia, en el cual los conceptos deben entenderse con una serie de criterios que se solapan entre sí (Khatchadourian, 1958).

Esto implicaría en gran parte dejar de lado el enfoque esencialista de Joseph Raz y aceptar la posibilidad de explicación del derecho en términos

de parecido de familia, lo cual no parece descabellado en la tendencia actual que ha adoptado del derecho comparado.

Por otro lado la teoría *ius comparatista* tampoco parece aceptar abandonar la idea de tipos de comparación. Y esta idea no es en lo absoluto descabellada, puesto que sino estaría frente a los problemas típicos del pluralismo jurídico en cuanto a la delimitación del campo legal. Por tipos de comparación podría aceptarse que la comparación es un ejercicio práctico que pone al descubierto de manera clara las estructuras políticas subyacentes a la práctica legal.

Para evitar estos problemas suele recurrirse al concepto weberiano de “tipos ideales” o prototipos que carecen de constatación empírica y que devienen en una simple aproximación a la realidad. Estas construcciones permiten la creación de ciertas estructuras que posibilitan la comprensión de un fenómeno en base a un cierto modelo abstracto.

En esta posición parece encontrarse la siguiente opinión de Ciuro Caldani:

La comparación debe hacerse a través de denominadores comunes y particulares de los elementos relacionados y en un equilibrio entre la consideración de las partes y los conjuntos. Para llevar a cabo la comparación hay que encontrar las líneas de relación más significativas y señalar, con la mayor precisión posible, en qué se asemejan y en qué difieren los elementos comparados, sin desconocer que a medida que se profundiza suelen hacerse más notorios los rasgos comunes que presenta el fenómeno “humano”. El despliegue correcto de la relación significa además constituir el universo comparativo, teniendo en cuenta que las partes y el todo se esclarecen recíprocamente. Si se abusa de la particularización o de la generalización y de la parcialización o la totalización se extravía la senda de la comparación, sea por destrozamiento o difusión. El derecho comparado exige abarcar el espíritu de cada derecho relacionado, que es a la vez “específico” y “humano”; el “espíritu” de un derecho supera las parcialidades, pero sólo puede conocerse a través de ellas” (Caldani, p. 1083).

Ciertos autores han criticado abiertamente la posibilidad de detectar similitudes entre los sistemas y que ellas tengan la posibilidad permitir la armonización de los sistemas legislativos. Esta cuestión ha sido largamente debatida en Europa en donde se han realizado diferentes intentos por la unificación del derecho contractual. Quienes sostienen esta posición se basan principalmente en diferencial a un nivel ontológico de los conceptos que poseen similitudes entre familias jurídicas similares (Legrand, 1997:48).

También deben mencionarse aquellas posiciones a favor de lograr una posible unificación de conceptos jurídicos. Desde una posición pragmática puede decirse que esta visión ha sido la prevaleciente en el resurgimiento del Derecho comparado, siendo consistente con la práctica de unificación que existe en el mundo globalizado.

Vale la pena finalmente dedicar unas líneas al trabajo conceptual que la propia rama del Derecho comparado ha realizado de sí misma y que ha devenido en un enfoque externo y uno interno (Mc Evoy, p. 144). La posición externa viene dada por la comparación de instituciones pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos tanto a nivel horizontal como vertical, si se comparan estructuras jurídicas del mismo o distinto nivel de diferentes sistemas, respectivamente. Un ejemplo de comparación externa horizontal podría ser la comparación del sistema contractual argentino y el francés, mientras que un esquema vertical podría resultar de la comparación entre la jurisprudencia sobre Derechos Humanos de la Corte Europea y las diferentes cortes locales en cada país de la Unión. Por otra parte, la comparación interna es mucho más escasa y la *ius* comparación tradicional ha desarrollado poca atención en la misma; ella supone comparar estructuras legales del mismo sistema jurídico en dos ramas del derecho diferentes. Como ejemplo podría citarse la compensación por daños sufridos en el derecho contractual y en el sistema de responsabilidad civil (Mc Evoy, *Ibid.*).

¿Es relevante este trabajo de conceptualización de los diferentes niveles de comparación? Me inclino por la afirmativa. En tal sentido, ¿qué aspectos son relevantes de la teoría de Leoni para la comprensión de la empresa comparativa?

El aporte de Burno Leoni a la visión del método comparado

Pretender encontrar en la teoría del citado autor una repuesta a la discusión sobre el carácter científico sería forzar en extremo su teoría. Ahora bien, ello no impide encontrar elementos de su *ius* filosofía que permitan contribuir a la metodología de la comparación.

En primer lugar, Leoni entiende que la acción individual no excluye la comprensión de acciones cooperativas. Así, expresa:

No siempre es necesario considerar las acciones de los hombres como competitivas respecto de las acciones de otros individuos y por lo tanto dictada por particulares estrategias. Existen acciones realizadas por varios individuos en el plano cooperativo. El conocimiento de tales acciones nos permite preveer sobre la base de la interpretación racional o teleológica no sólo lo que haría cada individuo considerado aisladamente sino lo que harán todos los individuos considerados en su conjunto (Leoni, 2007:133).

En este punto el trabajo de juventud de Leoni sobre la teoría de la irracionalidad del derecho resulta de gran utilidad. De hecho es importante la distinción que ha realizado sobre la evolución del pensamiento de algunos juristas como Julius Binder, quien en sus primeros escritos mostraba una clara concepción del derecho desde una perspectiva más evolutiva para pasar en un período más maduro a detectar el elemento coactivo como distintivo de la norma (Lottieri, 2006).

En este sentido sobre las notas de comparación, la estructura del pensamiento de Leoni guarda similitud con la teoría de los formatos legales, e incluso podría buscarse algún vínculo entre la formación del sistema jurídico y la evolución de las fuentes que lo nutren. Es así que el derecho a partir del hecho constituye el punto de partida para la construcción de la normatividad en clave fenomenológica.

Leoni afirma claramente que el espíritu humano no puede empadronarse en una serie de nociones que permita simplemente introducir una organización sistemática. De esta forma es correcto afirmar que el objeto de la

ciencia jurídica es el derecho, pero no lo será afirmar que ese objeto es unidimensional como lo ha pretendido la visión formalista. El objeto de la ciencia jurídica aparece indefectiblemente como fenómeno.

Leoni entiende las pretensiones individuales como estructuras que arrojan un constructo denominado derecho. Ello lo acerca de una manera clara al historicismo y a la forma pandectística² en cuanto a concebir el derecho como un resultado que posee objeto permanente, pero cuyo contenido es evolutivo, pues aunque el objeto pueda ser único el concepto no es unívoco (Haferkamp, 2002: 115). Se opone de esta manera a la visión neokantiana alemana y a autores como Stammler, que pretenden buscar una organización real objetivada de lo que se denomina derecho.

La visión del trabajo de Esser posee fuertes características de finalismo en cuanto a la aplicación de soluciones legales respecto de problemas universales, resultando la función de la institución legal en cuestión el *tertium comparationis* (Gordeley, 1984).

Por otro lado es preciso rescatar la influencia de la fenomenología Husserliana en la perspectiva de Leoni. La noción del significado en la visión de Husserl —en cuanto acto dirigido a objetos con una direccionalidad determinada—, entiendo que guarda estrecha relación con el concepto de pretensión. Ahora bien, el concepto de significado no es vacío sino cargado de una realidad provista de significado, entonces puede comprenderse que la realidad social determina una fenomenología genética en donde las estructuras lingüísticas determinarán el concepto del derecho de acuerdo a los significados sociales producto de la evolución histórica de un sistema legal. Entiendo que una visión de la comparación *a la* Leoni requiere comprender la semiótica del lenguaje legal para entender la esencia de las pretensiones de un sistema jurídico (Broekman, 2010:38).

Una traducción a la *ius* comparación moderna de la visión de Leoni puede verse en la aquella tendencia que ve los procesos de convergencia de los sistemas jurídicos como un esquema de emulación legal. Esta propuesta supone considerar al derecho como un producto y por tanto aplicar la teoría económica al mercado de instituciones jurídicas (Chirico y Larouche, 2012:30).

La complejidad de los sistemas legales actuales ha llegado a poner en jaque a las teorías clásicas de las fuentes del derecho; hoy más que nunca se afirma que el derecho es un proceso en gran medida argumentativo. En tal medida el rol de la coherencia en los sistemas legales es fundamental.

No puede pasarse por alto el rol de la pretensión y su articulación en la práctica del derecho comparado. En Leoni el aspecto jurídico de la reclamación tiene el objetivo de influir en la conducta del otro y a la vez la capacidad de dar un esquema previsorio del comportamiento de los sujetos en sociedad (Leoni, 2007: 175).

De esta manera el análisis de una pretensión en concreto permite comparar iconográficamente el alcance dado y las interrelaciones entre los sujetos alcanzados por esa pretensión. En tanto la pretensión jurídica se construye a partir de una estructura lingüística y es parte de una acción práctica, ambas se vinculan sin perder su carácter diferencial (Roermund, 1993).

En los últimos años, en la búsqueda de su estructura teórica el Derecho comparado ha otorgado particular importancia al análisis lingüístico en las explicaciones brindadas sobre la posibilidad de comparación. Las generaciones posteriores a la Segunda Guerra han planteado la posibilidad en términos lingüísticos de obtener un núcleo común sobre aquello que puede ser objeto de comparación (Grosswald Curran, p. 687).

Como punto final no puede pasarse por alto la importancia que el realismo jurídico ha aportado al Derecho comparado, dado el foco que ha puesto en el derecho como fenómeno social y evolutivo. Roscoe Pound llamó a la fenomenología la variante continental del realismo americano (Pound, 1959:282).

La fenomenología en su aspecto jurídico resulta de obtener a partir de los hechos históricos relevantes lo que el derecho es, lo cual no es posible si no se posee una concepción anterior no empírica del mismo.³

El derecho como cuestión fenomenológica necesariamente debe reconocer una ontología del fenómeno. Creo que al menos en este aspecto Leoni no puede ser entendido como un realista duro, quizás del estilo Hoggerström. La existencia de la pretensión necesaria en la construcción del

pensador italiano demuestra una búsqueda de la ontología legal en la construcción histórica de dicha pretensión, y que justifica la esencia que se esconde detrás del fenómeno del derecho positivo.⁴

La necesidad de encontrar la esencia de aquello que motiva, la estructura normativa estatal, está en el centro de la justificación del Derecho comparado como área del derecho que se ocupa de los fenómenos de convergencia. De allí, que cualquier intento de armonización o trasplante de instituciones legales no puede comenzar sino con una comprensión de la pretensión que subyace a la norma y que es formada por los individuos.

El párrafo anterior de manera alguna pretende afirmar la inexistencia del derecho y subsumirlo exclusivamente en una cuestión cultural. La existencia de una ontología en la que lo legal trasciende el fenómeno social, queda al margen del objeto de estas líneas. Ahora bien, en algún momento el derecho es parte del fenómeno social y son las pretensiones las que dan lugar a las estructuras jurídicas positivas. Es allí donde existe una conexión entre la obra de Leoni y los trabajos de *ius* comparación de los últimos cuarenta años.

Conclusiones

En estas líneas he intentado marcar algunos puntos de contacto entre la teoría del derecho de Bruno Leoni como pensador liberal y su cercanía con las investigaciones que se han dado en el área del Derecho comparado.

En los últimos cuarenta años los estudios sobre *ius* comparación han vuelto su atención sobre el objeto de aquello que es objeto de comparación. Es posible afirmar entonces que la utilización de los hechos virtuales en esta disciplina no es un cuestionamiento a la investigación sobre las estructuras institucionales devienen en la generación de normas y que por tanto permiten investigar en forma comparada las causas. Antes bien, es un llamado de atención que invita a pensar cuáles son los límites de la comparación y considerarlos para poder obtener un conocimiento adecuado del funcionamiento de otros sistemas jurídicos.

La visión de Leoni puede aportar una, entre otras tantas posiciones, sobre aquello que es objeto de comparación. En el caso concreto, serían las pretensiones individuales que se articulan en un orden social. El contenido de la pretensión será el resultado de su significado en el contexto histórico, y de ahí la relevancia del análisis fenomenológico en su estudio.

La noción del significado en la visión de Husserl en cuanto acto dirigido a objetos con una direccionalidad determinada, entiendo guarda estrecha relación con el concepto de pretensión. Ahora bien el concepto de significado no es vacío sino cargado de una realidad provista de significado, entonces puede comprenderse que la realidad social determina una fenomenología genética en donde las estructuras lingüísticas determinarán el concepto del derecho de acuerdo a los significados sociales producto de la evolución histórica de un sistema legal. Entiendo que una visión a la Leoni de la comparación requiere comprender la semiótica del lenguaje legal para entender la esencia de las pretensiones de un sistema jurídico (Broekman, 2010).

Como punto final he de mencionar que el estudio sobre la relación entre fenomenología y el pensamiento de Leoni ha sido abordado sólo tangencialmente y que su estudio más profundo excede los límites del presente trabajo. Por otro lado, los límites de la influencia alemana y las discusiones con autores neo-kantianos de la época tampoco han sido objeto de estudio aquí, y pueden ser un punto de partida para futuras investigaciones. En cuanto al Derecho comparado he partido de una visión funcional del mismo, por ser la actualmente más aceptada entre quienes nos dedicamos a esa disciplina.

NOTAS

- 1 Para una descripción de la evolución del pensamiento de Leoni y su correspondiente comparación con las escuelas realistas, véase Menocci (2013).
- 2 N.E.G.: El enfoque de la pandectística es analizar los textos jurídicos buscando extraer principios y conceptos nuevos mediante la abstracción, a partir de conceptos anteriores.
- 3 Para un desarrollo del tema puede verse Schiff (1982) y Ferraz (2008).
- 4 Para una visión crítica del punto mencionado véase Paul, Frost, Brian (1999).

REFERENCIAS

- Broekman, Jan, 2010, "Firstness and Phenomenology: Pierce and Husserl on Attitude Change", en Wagner y Broekman (Op. Cit.).
- Caldani, Ciuro, s/f, "Filosofía y Derecho Comparado", LL-1989- C-1080, pp.
- Camillieri, Silvyan, 2007, "Le fondements a priori du droit Civil d'Adolf Reinach: une contribution phenomenologique a la question du sujet de la loi", Les Carnet du Centre de Philosophie du Droit, Universite de Louvain, Num. 129, disponible en <http://sites-final.uclouvain.be/cpdr/docTravail/CamilleriScarnet129.pdf>
- Chirico, F. y P. Larouche, 2012, *National Legal Systems and Globalization*, Springer, Tilburg.
- Chodosh, Hiriam, 1994, "Comparing Comparisons in search of methodology", *Iowa Law Review*, Vol. 84.
- Ferraz, Marcus Sacrini A., 2008, "Perception et culture chez Merleau-Ponty", *Philosophiques*, 35 (2): 297-316.
- Fontane, Theodor, 1973-1976, "Critical Evaluation in Comparative Law", *The Adelaide Law Review*, (343), Vol. 5: 343-357.
- Gordeley, James, 1984, "An Introduction to Legal Reasoning", *California Law Review*, Vol. 72, 2: 138-177.
- Gordley, James, 1995, "Comparative Legal Research: its Function in the Development of Harmonized Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 43.
- Grosswald Curran, Vivian, "Comparative Law and Language", *Oxford Handbook of Comparative Law*.
- Haferkamp, Hans Peter, 2002, "Needs-Pandectis between the norm and reality", en Morigiwa, (Op. Cit.).
- Jansen, Nils, 2006, "Comparative Law and Comparative Knowledge", en Reimann y Zimmerman, (Op. Cit.).
- Kelly Donald, R., 1987, "Ancient verses on New Ideas: Legal Tradition and the French Historical School", *History and Theory*, Vol. 26, 3: 319-338.
- Kelly Donald, R., 1980, "The rise of legal History in the Renaissance", *History and Theory*, N° 9: 174-194.
- Khatchadourian, Haig, 1958, "Common Names and "Family Resemblances", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 18, 3: 341-358.
- Legrand, Pierre, 1997, "Against a European Civil Code", *Modern Law Review*, Vol. 60.

- Legrand, Pierre, 1995, “Comparative Legal Studies and Commitment to Theory”, *Modern Law Review*, Vol. 58.
- Legrand, Pierre, “European Legal Systems are not converging”, *Modern Law Review*.
- Leoni, Bruno, “Il problema de la Scienza Giurídica”, Memoria dell’Insitituto Giuridico Serie II Memoria XLV, Universita di Torini.
- Leoni, Bruno, 2007, *Lecciones de Filosofia del Derecho*, Unión Editorial y Fundación Hayek, Madrid.
- Liggio, Leonard, y Tom Palmer, 1988, “Freedom & the Law: A comment on Professor Aranson’s Article”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 11, 3.
- Lottieri, Carlo, 2006, “Le Ragioni del Diritto”: Libertá Individuale o ordine giuridico nespensidero di Bruno Leoni, s/d.
- Macleay, Michael, 1982, “Johann Gustav Droysen and the development of the historical hermeneutics”. *History and Theory*, Vol. 21, 3: 347–365.
- Masala, Antonio, 2004, “Resencioni di Bruno Leoni, *Il diritto come pretesa*”, en www.brunoleoni.it
- Mc Evoy, Sebastian, “Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law”, en Monatier, (Op. Cit.).
- Menocci, Silvia, 2013, “L’ Antiformalismo di Bruno Leoni nei suoi rapporti con le correnti del realismo giuridico”, en <http://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp44.pdf>
- Monatiere, Pier Giussepe, *Methods of Comparative Law*.
- Morigiwa Y. (comp.), “Interpretation of law in the Age of Enlightenment”, *Law and Philosophy Library*, 95, Springer, Tilberg.
- Paul, Frost, Brian A, 1999, “Critical Introduction to Alexandre Kojève’s *Esquisse d’Une Phénoménologie du Droit*, *The Review of Metaphysics*, Vol. 52, 3: 595-640.
- Pound, Roscoe, 1959, *Jurisprudence*, Vol. 1, West Publishing, Minessota.
- Reimann, Mathias y Reinhard Zimmerman (comp.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Roermund, Bert Van, 1993, “Seeing Places. On Presuppositions in Law”, *International Journals of Semiotics of Law*, Vol. VI, N° 18:249-270.
- Samuel, Geoffry, 1998, “Comparative Law and Jurisprudence”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47.

- Samuel, Geoffry, 2004, "Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences", en Van Hoecke (Op. Cit.).
- Schiff, David, 1982, "Phenomenology and Jurisprudence", *Liverpool Law Review*, Vol. I, 1: 5-18.
- Vanderlinden, Jaques, y Olivier Moreteau, 2006, "La Structure des Systèmes Juridiques ", Convergence of Legal Systems in the 21st Century. General Report delivered at the XVI International Congress of Comparative Law, Bruylant, Bruxelles, pp.167-240.
- Van Hoecke, Mark (comp.), *Epistemology and Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford.
- Wagner, A. y J.M. Broekman (comp.), 2010, *Prospects of Legal Semiotics*, Springer, The Netherlands.
- Zweigert, R. y H. Kötz, 1998, "An Introduction to Comparative Law", 3a. edición, Oxford University Press, Oxford.