

EL APORTE DE BRUNO LEONI A LA FILOSOFÍA JURÍDICA

*Ricardo Manuel Rojas**

Resumen

Bruno Leoni ha sido considerado como el exponente más importante de las ideas de la Escuela Austríaca de Economía vinculadas al Derecho en el siglo XX. Su obra más conocida, *La Libertad y la Ley*, se ha convertido en un clásico de una manera de ver la relación entre la economía y el derecho.

Su sólida formación jurídica y su extensa experiencia académica le permitieron tener una visión multidisciplinaria del derecho, que vinculó con otras áreas como la economía, la política y la sociología.

Este trabajo presenta las principales ideas que nutrieron el pensamiento y la propuesta de Leoni en el campo de la filosofía del derecho, su visión del reclamo como el inicio de la discusión jurídica, sus críticas a la legislación como fuente casi excluyente del derecho, y su concepción del orden jurídico como orden espontáneo, que resultan un complemento indispensable a los aportes de la Escuela Austríaca en el ámbito económico.

Palabras clave: Bruno Leoni, Filosofía Jurídica, Derecho y Economía, Liberalismo.

Abstract

*Ricardo Manuel Rojas. Abogado, Doctor en Historia Económica (ESEADE), profesor de análisis económico del derecho penal en el programa Master en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, autor de 22 libros y múltiples ensayos. Ex juez de Cámara en lo Criminal y Correccional Nacional en Buenos Aires, ex secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente es Director del Centro Bruno Leoni de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. Ricardo.Rojas@ufm.edu

Bruno Leoni has been considered the most important exponent of the Austrian School of Economics' ideas related to law in the 20th century. His best-known work, *Freedom and the Law*, has become a classic of the relationship between economics and law.

His solid legal training and extensive academic experience allowed him to develop a multidisciplinary view of law, which he linked with other areas such as economics, politics, and sociology.

This work presents the main ideas that informed Leoni's thinking and proposals in the field of legal philosophy, his view of the claim as the beginning of legal discussion, his criticisms of legislation as an almost exclusive source of law, and his conception of the legal order as a spontaneous order, which are an indispensable complement to the contributions of the Austrian School in the economic field.

Keywords: Bruno Leoni, Legal Philosophy, Law & Economics, Liberalism

JEL: K10, K11, K12, B25, A11

I. Introducción.

Bruno Leoni fue un abogado, politólogo y filósofo italiano, cuya visión del derecho, desde la búsqueda del respeto por la libertad individual, probablemente no ha podido ser superada por la de ningún otro jurista del siglo XX.

Su sólida formación jurídica, sus labores académicas en el ámbito de las ciencias políticas, y el contacto permanente con economistas liberales de la época como Ludwig von Mises, Friedrich A. von Hayek, James Buchanan o Henry Hazlitt, fueron moldeando una visión multidisciplinaria que puede advertirse en sus escritos, y en especial, en su concepción del derecho que, como veremos, puede considerarse a contracorriente del pensamiento de su época.

II. Algunos datos biográficos y del contexto en que vivió.

Si bien su vida se truncó prematuramente a causa de un hecho policial trágico (nació en Ancona, Italia, en 1913 y murió en Turín en 1967), a lo largo de esos 54 años desarrolló una labor prolífica, como profesor de derecho, director del departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Pavía, director de *Il Politico*¹ –publicación de dicha universidad que presentó al mundo académico de la época trabajos de los más representativos pensadores liberales– y miembro de la *Mont Pelerin Society*, de la cual llegó a ser presidente en 1967, poco antes de morir. Paralelamente, ejerció la profesión como abogado en Turín².

Su actividad intelectual y profesional coincidió con la instalación del fascismo en Italia, la explosión de la Segunda Guerra Mundial, y una ola filosófica estatista que vino con

¹ Sobre la gran labor desarrollada por Leoni en la dirección de *Il Politico*, puede consultarse el completo trabajo de Antonio Masala: “Hayek, Leoni and ‘Il Politico’”, publicado en *Il Politico*, University of Pavia, Italy, LXXXVII, 2002, n. 2, pp. 5-22.

² Según refiere Jesús Huerta de Soto en el prólogo a la edición castellana de *La Libertad y la Ley*, Leoni tenía una personalidad multifacética: además de sus actividades académicas y profesionales vinculadas al derecho y las ciencias sociales y políticas, “fue empresario, arquitecto *amateur*, músico, gran amante del arte y lingüista (hablaba a la perfección, aparte del italiano, el inglés, el francés y el alemán)” (del prólogo de Huerta de Soto a la edición de *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011, p. 10).

la posguerra. Según cuenta Huerta de Soto en el prólogo ya mencionado, Leoni tuvo una intervención muy significativa durante dicha guerra, ayudando a salvar a una multitud de soldados aliados en la Italia ocupada por los alemanes.

Esa época signada en lo intelectual y en lo político por el autoritarismo, generó una fuerte reacción entre los pensadores liberales nacidos entre finales del siglo XIX y los primeros años del siglo XX. La penetración de las ideas marxistas en la intelectualidad de los Estados Unidos e Inglaterra, fue puesta de manifiesto por autores como George Orwell, Ayn Rand y el propio Hayek, al explicar los problemas que tuvieron para lograr que se publicaran, en la década de los años 30 y 40, algunos de sus libros que criticaban abiertamente el régimen soviético.

Una de las iniciativas tendientes a retomar las raíces del liberalismo clásico fue encarnada por Friedrich A. von Hayek, quien, tras señalar los problemas del autoritarismo reinante y la falacia de la planificación estatal en su obra *The Road of Serfdom* –publicada en 1944, antes de finalizada la guerra–, convocó en 1947 a 39 pensadores e intelectuales liberales a una reunión que tuvo lugar entre el 1 y el 10 de abril de 1947 en el pequeño pueblo de Mont Pelerin, en Suiza. Entre los invitados que participaron en la reunión fundacional de la Sociedad, se encontraban Ludwig von Mises, Milton Friedman, George Stigler, Michael Polanyi, Karl Popper, Wilhelm Röpke y Lionel Robbins. Así nació la *Mont Pelerin Society*.

Si bien Bruno Leoni no integró ese grupo inicial, se incorporó poco después, y organizó una reunión de la Sociedad en 1954 en Turín. Fue designado presidente de la institución en 1967, poco antes de morir.

La interacción con estos intelectuales, y el estímulo que todos tenían para evitar la reedición de sistemas como el fascista o el nacionalsocialista, así como el avance del comunismo en el mundo, lo llevaron a defender las ideas de la libertad con gran impulso. Sobre todo, la vinculación de sus profundos estudios sobre la historia del derecho y los principios de economía y sociología que desarrolló gracias a su contacto con grandes intelectuales liberales, generaron en Leoni un fuerte rechazo a la legislación como fuente prácticamente exclusiva del orden jurídico, y a las ideas positivistas que fundamentaban esta tendencia en el mundo.

La idea del “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat*) en Europa continental, desarrollada como un límite al poder estatal y protección de la libertad individual en el siglo XIX, fue considerada como el principal objetivo del movimiento liberal del siglo XX, junto con la idea del constitucionalismo que se había impulsado a partir del modelo norteamericano y su expansión por el mundo³. Pero la tradición continental del derecho escrito y codificado llevó a una proliferación legislativa que, lejos de ponerle límites al poder estatal sobre los derechos individuales, provocó una suerte de inflación legislativa que se convirtió en una nueva forma de autoritarismo. Contra esta modalidad, que tuvo múltiples fuentes filosóficas, y que muchas veces se invocaba en nombre de la libertad y la democracia, se alzó Leoni con argumentos sólidos y contundentes.

La influencia de la Escuela Austríaca de Economía, en especial los fundamentos praxeológicos desarrollados por Ludwig von Mises, puede advertirse claramente en la visión de Leoni sobre el origen del derecho. Como un corolario de la acción humana, veremos que Leoni afirmaba que el derecho nace con el reclamo (*pretesa*), es un aspecto de la interacción social que se encarga de resolver las disputas originadas en reclamos concretos.

III. Sobre la obra intelectual de Leoni.

Leoni ha tenido una prolífica actividad académica, tanto en la producción escrita como en la enseñanza, la difusión de ideas y la organización de eventos académicos de alto nivel.

Entre tales eventos, por la trascendencia posterior que tuvo y su importancia intelectual, cabe mencionar una mesa redonda que Leoni organizó el 2 de mayo de 1966 en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Pavia, para discutir sobre la actualidad del positivismo jurídico⁴.

³ Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006, p. 273 y ss.

⁴ Orozco Ancieri, Carlos Andrés, “El positivismo jurídico en los primeros escritos de Alessandro Baratta. De la defensa frente a la supuesta responsabilidad en los totalitarismos a la crítica del modelo restringido de ciencia jurídica”, Universidad de Barranquilla, *Revista de Derecho*, n° 38, julio-diciembre de 2012.

Dicha actividad se desarrolló para discutir dos libros publicados el año anterior: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, de Norberto Bobbio, y *Cosè il positivismo giuridico*, de Umberto Scarpelli⁵. En ella participaron, además del profesor Leoni (Università di Pavia), Norberto Bobbio (Università di Torino), Angelo Ermanno Cammarata (Università di Roma), Uberto Scarpelli (Università di Perugia), Giovanni Tarello (Università di Genova), el profesor Bagolini (Università di Bologna), Alessandro Baratta (Università di Camerino), entre otros⁶.

Si bien buena parte de su obra en italiano no fue traducida, se espera que el *Istituto Bruno Leoni* de Turín y Milán pueda concentrarla en sus *Obras Completas* en idioma inglés en un futuro cercano⁷.

III. Sus lecciones de Filosofía del Derecho.

Entre las obras que mayor trascendencia han tenido, se encuentran sus *Lecciones de Filosofía del Derecho*, que recogen sus enseñanzas en el curso de Filosofía del Derecho que dictó en las aulas de la Universidad de Pavía, entre 1945 hasta su muerte en 1967.

⁵ Ambos libros fueron publicados por la editorial *Comunità*, como primer y segundo volumen de la colección *Diritto e cultura moderna*, dirigida por Renato Traves y Uberto Scarpelli.

⁶ Tal como afirma Ruiz Miguel, esta mesa redonda puede considerarse el momento de declaración de la crisis del positivismo jurídico en Italia, aunque en principio se organizara solamente con el objetivo de discutir las distintas posiciones que Bobbio y Scarpelli habían mantenido en sus recientes libros (Ruiz Miguel, A., *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 213).

⁷ Se pueden mencionar, entre las obras de Leoni: *Il problema della scienza giuridica*, Turin, Giappichelli, pp. 195 (“Memorie dell’Istituto giuridico dell’Università di Torino,” memoria XLV, 1940); *Per una teoria dell’irrazionale nel diritto*, Turin, Giappichelli, p. 210 (“Memorie dell’Istituto giuridico dell’Università di Torino,” memoria LI, 1942); *Lezioni di filosofia del diritto: vol. I, Il pensiero antico*, Pavia, Viscontea, 1949; *Il pensiero politico e sociale nell’Ottocento e Novecento*, in *Questioni di storia contemporanea*, edited by E. Rota, vol. II, Milan, Marzorati, 1953; *Possibilità di applicazione delle matematiche alle discipline economiche* (with Eugenio Frola), in “Il Politico,” n. 2, pp. 190–210, 1955; *The Meaning of “Political” in Political Decisions*, “Political Studies,” n. 3, pp. 225–239, 1957; *Lezioni di dottrina dello Stato*, raccolte da F. Boschis e G. Spagna, Pavia, Viscontea, 1957; *Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte da M. Bagni, Pavia, Viscontea, 1959; *Political Decisions and Majority Rule*, in “Il Politico,” n. 4, pp. 724–733, 1960; *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand Company, 1961; *Some Reflections on the “Relativistic” Meaning of Wertfreiheit in the Study of Man, in Relativism and the Study of Man*, ed. by H. Schoeck, J.W. Wiggins, Princeton, van Nostrand Company Inc., pp. 158–174, 1961; *The Economic Approach to the Politics*, in “Il Politico,” n. 3 pp. 491–502, 1961; *A “Neo-Jeffersonian” Theory of the Province of the Judiciary in a Democratic Society*, in “UCLA Law Review,” n. 4, pp. 965–984, 1963; *Are Rational Economic Policies Feasible in Western Democratic Countries?*, in “Il Politico,” n. 3, pp. 698–701, 1964; *The Law as Claim of the Individual*, in “Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie,” pp. 45–58, 1964; *Les hommes libres et le futur de l’économie de marché*, in “Il Politico,” n. 4, pp. 852–856, 1965; *Two Views of Liberty, Occidental and Oriental (?)*, in “Il Politico,” n. 4, pp. 638–651, 1965, entre muchos otros. Así como las publicaciones póstumas de colecciones de sus trabajos y de obras inéditas.

Tales lecciones fueron recogidas inicialmente de los apuntes de clase de una alumna, Maria Luigia Bagni, y publicadas por la editorial Viscontea de Pavía-Milan en 1959.

Teniendo en cuenta la contemporaneidad de estas *Lecciones* con su obra más conocida: *Freedom and the Law*, se ha dicho que este curso de filosofía del derecho representa en cierto modo la “trastienda” de su libro posterior, y proporciona una ayuda fundamental para comprender el origen y las motivaciones más auténticas de ese texto y, más en general, de la reflexión leoniana sobre el derecho⁸.

Leoni iniciaba sus *Lecciones* con una crítica al positivismo reinante en la época, que despreciaba tanto los criterios de justicia como la utilidad de las normas para reconocerles validez.

Criticó los argumentos del racionalismo constructivista que pretendió desarrollar un conocimiento “cierto” aun en el ámbito del derecho. Proponía en cambio introducir elementos de índole humana y social en la discusión sobre el derecho, para lo cual empleaba elementos de la praxeología, ciencia desarrollada por Ludwig von Mises y que hasta entonces sólo se utilizaba en el estudio de la economía.

A continuación, desarrolló su tesis principal, según la cual el fundamento del derecho es la reclamación individual (*pretesa*). Las personas formulan sus intercambios y reclamaciones, a partir de expectativas de comportamiento recíproco, y lo hacen en función de sus propios fines. De este modo, desplaza el foco del estudio del derecho, de las normas impuestas por alguna autoridad, a la interacción social espontánea, donde las reclamaciones compatibles entre individuos generan pautas de conducta estables.

El derecho, así, no surge de mandatos estatales sino del *intercambio de reclamaciones entre individuos*, que generan expectativas de conducta. El mundo del derecho es un mundo de reclamaciones⁹. Desarrolló una teoría probabilística del comportamiento jurídico y distinguió entre *reclamaciones legítimas e ilegítimas*, según su mayor o menor probabilidad de ser satisfechas en un contexto social dado.

⁸ Lottieri, Carlo, del Prefacio de: Leoni, Bruno, *Lecciones de filosofía del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2003, p. 17.

⁹ Leoni, Bruno *Lecciones de filosofía del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2003, p. 67.

Se refiere Leoni a la relación entre el poder y el derecho, desvinculando a este último de la acción estatal. Argumenta que el poder coercitivo estatal es innecesario para el funcionamiento del derecho, ya que *las reclamaciones pueden coordinarse espontáneamente sin una autoridad central*. La obligatoriedad jurídica no reside en la sanción, sino en la previsibilidad social de determinadas respuestas. En este punto se aleja aun más de Kelsen. En lugar de la idea de que el derecho necesita de un poder soberano que imponga sanciones, Leoni propone una visión *libertaria del derecho* en la que los actores sociales autogeneran normas a través del reconocimiento mutuo de expectativas legítimas.

El poder aparece de manera remanente, cuando las reclamaciones no pueden ser satisfechas según las interacciones de las partes. Por tal motivo rechazaba la identificación de los conceptos de *norma* y *obligación*, en tanto el derecho puede desarrollarse prescindiendo del aparato compulsivo del Estado.

Critica la visión positivista y holista de la sociedad como un “sujeto” colectivo. Por el contrario, concibe a la estructura social como un conjunto de expectativas compatibles entre individuos, siguiendo fundamentalmente a Mises, Hayek y otros pensadores liberales. Jurídicamente, la sociedad se forma a través del entrelazamiento de expectativas normativas individuales. Esta idea será fundamental para comprender cómo se elabora el derecho en la concepción leoniana, y lo alejada que está de cualquier pretensión de normativismo impuesto. Rechaza las explicaciones basadas en “la voluntad general” o “el bien común”, defendiendo una *teoría de la sociedad como red dinámica de intercambios voluntarios*.

En esta forma de concebir la sociedad como una interacción de individuos, resulta fundamental comprender que los individuos actúan persiguiendo fines determinados, y su conducta intencional es fundamental para comprender el rol que juega el derecho en el estudio del fenómeno jurídico. Siguiendo una tradición que en tiempos más modernos comenzó con los autores morales escoceses, Leoni lleva este análisis teleológico de la conducta individual al desarrollo de las instituciones jurídicas, y al concepto de persona jurídica. En este aspecto, sigue una visión analítica y realista del derecho, enfatizando la

importancia de las reclamaciones y expectativas individuales como elementos estructurales del sistema normativo.

A continuación, Leoni lleva a cabo una de sus más contundentes críticas a la teoría jurídica de Hans Kelsen. Muestra las limitaciones de su enfoque, que define al derecho como un sistema cerrado de normas jerárquicas. Cuestiona la noción de norma básica, la separación entre validez y eficacia, y la reducción del derecho a sanciones. Además, señala la pobreza de este sistema que se concentra en el monopolio de la legislación como fuente del derecho, abandonando otras muy ricas fuentes como son la jurisprudencia o las costumbres. Señala finalmente que este monopolio normativo que justifica la concentración del poder, contradice los ideales básicos en los que se asienta una sociedad libre.

Discute a continuación las ideas de Max Weber, concentrándose en su noción de *Verstehen*, como método para comprender al derecho desde la acción individual, a la que elogia, aunque subraya sus límites y peligros. Reconociendo el valor de la sociología en la formación del derecho, propone un estudio coordinado de la sociología, la praxeología y la filosofía del derecho.

Finalmente, Leoni propone una teoría íntegramente liberal basada en el reconocimiento del derecho como orden espontáneo. A lo largo de su obra hecha mano a argumentos de la tradición aristotélico-tomista, el derecho judicial del *common law* y la economía austríaca, remitiéndose a la praxeología de Mises, el subjetivismo metodológico, el derecho consuetudinario y el iusnaturalismo clásico.

Rechazó firmemente la identificación del derecho y la legislación, proponiendo en cambio un modelo donde el derecho emana de la interacción social y no de normas impuestas por la voluntad del Estado.

IV. Sobre *La Libertad y la Ley*.

A pesar de que Bruno Leoni ha tenido una extensa obra, en libros y ensayos, posiblemente su trabajo más conocido haya sido su libro: *La Libertad y la Ley*.

Este trabajo tuvo su origen en una conferencia que el autor dio en el *Claremont College*, en California, en junio de 1958, en un ciclo organizado por Arthur Kemp en el que también participaron Friedrich A. von Hayek y Milton Friedman¹⁰.

Sobre la base de aquella conferencia se publicó *Freedom and the Law*, en los Estados Unidos (Van Nostrand, Princeton, 1961), *La Libertad y la Ley* (Unión Editorial, Madrid, 1974) y *La libertà e la legge* (Liberlibri, Macerata, 1955).

No obstante esa inicial publicación en inglés en 1961, existe una previa que involucra una interesante anécdota ocurrida en Argentina. Luego de aquella conferencia en California en 1958, una copia de la ponencia de Leoni llegó a Buenos Aires, a las manos de Alberto Benegas Lynch, quien dirigía en aquel entonces el Centro de Estudios sobre la Libertad. La claridad y contundencia del escrito de Leoni provocó que fuera invitado a Buenos Aires al año siguiente, circunstancia en la que dio algunas conferencias. El Centro le propuso entonces al autor italiano traducir aquel trabajo al castellano y publicarlo como libro en Buenos Aires, a lo que accedió, le agregó una introducción y unas conclusiones, y fue así como en 1960 apareció en Argentina la primera edición del libro, con el título de *La Libertad y la Ley*.

Leoni continuó trabajando en el texto, y al año siguiente fue publicada la edición inglesa, ya extendida con algunos conceptos novedosos, como su crítica a las Cortes Supremas que establecen jurisprudencia obligatoria.

La Libertad y la Ley tuvo como objetivo central la preocupación de Leoni por buscar una forma de compatibilizar la libertad individual con la autoridad estatal de imponer normas.

Por ello, al igual que lo hizo Hayek contemporáneamente en su obra *The Constitution of Liberty* (Routledge y Chicago University Press, 1960), comenzó con la muy difícil tarea de definir la libertad en el contexto social, y convenir en que la mejor manera de hacerlo, aunque no exenta de dificultades, era por la negativa, como ausencia de coacción.

¹⁰ Debe reconocerse la importancia de este evento, si se tiene en cuenta que luego de él estos autores publicaron obras claramente relevantes: Hayek, publicó *Los Fundamentos de la Libertad* en 1960; Leoni, *La Libertad y la Ley* en 1961, y Friedman, *Capitalismo y Libertad* en 1962.

Este punto de partida, en la tarea de compatibilizar autonomía individual con regulación estatal, generaba un problema no menor, pues es de la esencia de la acción del Estado ejercer coacción a través de normas jurídicas sobre la libertad de acción de los individuos.

Pero de todos modos, el esfuerzo de Leoni estaba concentrado en buscar esa compatibilidad, o al menos minimizar el daño de la interferencia estatal en los individuos. Lo decía expresamente en la Introducción a esta obra:

No pretendo que se descarte enteramente la legislación [...] Lo que sugiero seriamente es que aquellos que valoran la libertad individual reafirmen el lugar del individuo dentro del sistema legal global¹¹.

Y más adelante, tras señalar los peligros que entraña un orden jurídico basado casi exclusivamente en legislación escrita y codificada, aclara:

Todo esto no significa, por supuesto, que la legislación no sea útil [...] en casos donde pueda existir un interés generalizado en poseer algunas normas definidas de conducta, aun cuando las personas afectadas no hayan llegado aún a una conclusión sobre el contenido de esas normas. Es bien sabido que la gente, a veces, prefiere tener alguna norma que no tener ninguna¹².

A partir de esta premisa, sin embargo, sus críticas tanto a la legislación como forma casi exclusiva de crear derecho, como a los distintos argumentos que a lo largo del tiempo justificaron ese poder en el Estado, dejan al final de su lectura una sensación de que, en realidad, poco le queda de justificativo al poder legisferante del Estado, a no ser para organizar el trabajo interno de sus propios funcionarios¹³.

En las conclusiones de este libro, Leoni señala algunos límites que necesariamente debería contener la legislación en caso de existir. En primer lugar sostiene que la legislación sólo puede tener un contenido negativo, ya que su función no es organizar la

¹¹ Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011, p. 27.

¹² Op. cit., p. 41.

¹³ Los contundentes argumentos de Leoni contra el avance de la legislación, llevaron incluso a Hayek a considerarlo como un autor que prescindía absolutamente de esa fuente del derecho. Así, en *Derecho, Legislación y Libertad*, sostenía lo siguiente en una nota a pie de página: “Las razones por las cuales, incluso hoy en día, se sigue confiando el desarrollo del derecho al gradual proceso del precedente judicial y a la interpretación doctrinal han sido expuestas de manera muy convincente por Bruno Leoni, *Liberty and the Law* (Princeton, 1961). Pero, aunque sus argumentos constituyen un eficaz antídoto contra la ortodoxia vigente, que estima que las leyes sólo pueden o deben cambiarse a través de la legislación, no ha logrado convencerme de que podamos prescindir totalmente de ésta ni siquiera en el campo del derecho privado, del que principalmente se ocupa” (Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006, p. 116, n. 35).

sociedad, sino evitar, en lo posible, la supresión de la libertad individual en las sociedades organizadas. A continuación establece dos casos en que se debería rechazar siempre la legislación: a) cuando se utilice meramente como un medio de someter minorías, tratándolas como perdedores; b) cuando sea posible que los individuos alcancen sus propios objetivos sin depender de la decisión de un grupo y sin coartar realmente a ninguna otra persona para que haga lo que nunca haría sin esa coacción. Concluye finalmente en que todo aquello para lo que no se pueda probar positivamente que la legislación vaya a ser útil debería ser abandonado al área del derecho consuetudinario¹⁴.

Se apresura en la propia introducción Leoni a comparar el orden jurídico con el económico, algo que sus raíces praxeológicas no sólo le permiten hacer, sino que parece una consecuencia casi inevitable. Derecho y economía, partiendo del individualismo metodológico, deben concebirse como aspectos de un único fenómeno social y por lo tanto deberían seguir las mismas reglas metodológicas de estudio¹⁵.

Entonces, refiriéndose al derecho que es producto de la evolución espontánea de jueces resolviendo reclamos, frente al producido por la acción deliberada y constructivista de órganos políticos estableciendo reglas compulsivas de cumplimiento obligatorio, sostuvo:

En este sentido, un sistema jurídico centrado en la legislación se parece a su vez –como ya lo hemos notado– a una economía centralizada en la que todas las decisiones relevantes las toma un puñado de directores, cuyo conocimiento de la situación global es necesariamente limitado y cuyo respeto, si existe, por los deseos del pueblo está sujeto a esa limitación.

[...] Si no me equivoco, hay más que una simple analogía entre la economía de mercado y un sistema jurídico basado en los jueces y abogados, de la misma manera que hay mucho más que una analogía entre una economía planificada y la legislación. Si se tiene en cuenta que la economía de mercado tuvo su mayor éxito, tanto en Roma como en los países anglosajones, en el marco de un derecho de jurisprudencia y de un derecho judicial, respectivamente, parece lógico deducir que ello no fue una simple coincidencia¹⁶.

¹⁴ Op. cit., p. 203.

¹⁵ Rojas, Ricardo Manuel, *Individuo y Sociedad. Seis ensayos desde el individualismo metodológico*, Unión Editorial, Madrid, 2021, pp. 46 y ss.

¹⁶ Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, op. cit., pp. 40-41.

Examinó Leoni el concepto de *rule of law* en la tradición anglosajona, señalando las confusiones que generaron, por una parte, las afirmaciones de Montesquieu respecto de la división de poderes (que según Leoni nunca ocurrió en Inglaterra), y por otra las de Dicey sobre las influencias del derecho administrativo en Inglaterra (explica Leoni que el *droit administratif* francés, el *diritto amministrativo* italiano o el *Verwaltungsrecht* alemán, no tenían verdaderamente nada que ver con el *administrative law* anglosajón)¹⁷. Al respecto, según señala Leoni apoyándose en las conclusiones similares de Carleton Kemp Allen y Friedrich Hayek, la confusión introducida por Dicey fue la de pretender que el derecho administrativo en la Europa Continental, y fundamentalmente en Francia, era un orden normativo arbitrario, impuesto sin límites por la autoridad. Sin embargo, ello es errado, como explicó muy bien Hayek en *Los Fundamentos de la Libertad*¹⁸. En todo caso, las verdaderas diferencias entre ambas tradiciones jurídicas fueron otras, nacidas en el proceso de la creación de normas.

Tales confusiones sobre la evolución del *rule of law* en el mundo anglosajón, llevaron a asimilar este concepto con los del *Rechtsstaat* alemán, el *état de droit* francés o el *stato de diritto* italiano. Ello ha conducido en muchos casos a identificar bajo la expresión “estado de derecho”, a distintas tradiciones jurídicas que no tienen relación entre sí, y sobre todo, a incluir en ese concepto a la supremacía de la legislación como modo de ordenar la sociedad, en la medida en que esté sujeta a ciertas limitaciones contenidas en el mismo concepto de “estado de derecho”.

Trata a continuación Leoni el concepto de “certeza de la ley”, un tema al que me referiré más extensamente al reseñar los conceptos fundamentales del autor. Pero es importante como primer punto recordar que las tradiciones jurídicas distintas que se desarrollaron en el mundo anglosajón y en la Europa continental, tuvieron como una de sus primeras consecuencias una diferencia en la noción de “certidumbre jurídica”.

En el derecho continental, eminentemente escrito, elaborado por asambleas legislativas e impuesto compulsivamente, según Leoni:

¹⁷ Op. cit., pp. 78-79

¹⁸ Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, op. cit., pp. 264 y ss.

La certeza de la ley equivalía al concepto de una fórmula escrita expuesta con toda precisión. Esta idea de la certeza conlleva ampliamente el sentido de precisión¹⁹.

Veremos luego, como dije, los argumentos que Leoni ha esbozado para oponerse a esta pretensión de precisión y certidumbre de la ley escrita de origen legislativo. Por lo pronto, sólo quiero remarcar que Leoni contrapuso a la ley escrita, en términos de “certidumbre”, la diaria labor de los jueces que van resolviendo casos concretos y al mismo tiempo generan principios abstractos acotados, que nutren a un conjunto de principios y reglas (la jurisprudencia), que termina siendo mucho más certera y confiable que la norma escrita.

Considera que la noción de “certeza de la ley” ocupa un lugar indiscutible dentro de la definición del *rule of law*. Concibe Leoni a la certidumbre como la posibilidad de una planificación a largo plazo, por parte de los individuos, en cuanto a su conducta en la vida privada y en los negocios²⁰. De modo que cuando el sistema legal, bajo la pretensión de certidumbre impuesta por normas escritas, genera el efecto contrario, atenta contra las bases mismas del *rule of law*.

En este sentido, señala Leoni que existe una propensión a pensar que los funcionarios ejecutivos son particularmente perniciosos y abusivos, pero por lo general, tales abusos son posibles porque los legisladores sancionan las leyes que los autorizan a cometerlos:

Estoy completamente de acuerdo con algunos autores contemporáneos, como el profesor Hayek, que desconfían de los funcionarios ejecutivos, pero piensan que las personas que preconizan la libertad individual deberían desconfiar aún más de los legisladores, ya que precisamente es a través de la legislación como se ha conseguido, y aún sigue consiguiéndose, el aumento de los poderes (incluso los “poderes absolutos”) de los funcionarios²¹.

La cuestión de la legitimación de las asambleas legislativas fue otro tema tocado en este libro, en especial, la referencia a la democracia como poder legitimante. Señaló como punto de partida de este asunto:

¹⁹ Op. cit., p. 93.

²⁰ Op. cit., p. 115.

²¹ Op. cit., p. 119.

Continúa siendo una de las creencias políticas más hondamente radicadas en nuestro tiempo que, dado que la legislación la aprueban los parlamentos, y puesto que a los parlamentos los elige el pueblo, dicho pueblo es el origen del proceso legislativo²².

El problema es que el “pueblo” es una abstracción ficticia. La democracia es, a lo sumo, la expresión de una mayoría de votantes, lo que de ninguna manera incluye a todos. Recuerda Leoni que las ideas del contractualismo, sea el de Hobbes, Locke o Rousseau, o el de otros autores previos y posteriores, supuso que dicho contrato social o pacto constitucional era el producto de un consentimiento unánime de los habitantes. Pero esta ficción dista mucho de coincidir con la realidad. En consecuencia, una primera observación respecto de la legitimación democrática, es que para que se pueda hablar de ello, se debería dejar a salvo la voluntad de quienes votaron en contra:

Si esta unanimidad no constituye una mera ficción de los filósofos políticos, sino que pretende tener un verdadero significado en la vida política, hemos de admitir que siempre que una decisión tomada por la mayoría no sea aceptada libremente, sino sólo soportada, por una minoría, de la misma manera que los individuos aislados pueden sufrir actos coactivos para evitar cosas peores por parte de otras personas, tales como ladrones o chantajistas, la libertad individual en el sentido de ausencia de coacción ejercida por otras personas no será compatible con la democracia, concebida como el poder hegemónico de los números.

Si consideramos el hecho de que ningún proceso legislativo tiene lugar en una sociedad democrática sin estar basado en el poder de los números, debemos concluir que este proceso probablemente será incompatible con la libertad individual en muchos casos²³.

Pero hay más. Leoni pone en crisis el concepto de representación en el que se ha basado el reconocimiento del poder estatal. La democracia es una forma de elegir funcionarios, pero la legitimación de esos funcionarios no es automática: sólo se la puede invocar si se admite que los elegidos responden directamente a las órdenes de los electores:

Según el concepto clásico de “democracia”, tal y como se formuló al final del siglo XVIII en Inglaterra, el proceso democrático se suponía que permitiría al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones, a través de representantes elegidos para el parlamento. Esto parecía ofrecer un sustituto eficaz de la decisión directa sobre cuestiones generales por parte del pueblo [...]. Los representantes se concebían como mandatarios del pueblo, cuya tarea consistía en formular y realizar la voluntad del pueblo²⁴.

Señala Leoni que sería un error pensar que hacia el final del siglo XVIII los miembros del parlamento se constituían en los defensores de la voluntad de sus conciudadanos. Sin embargo, se admite generalmente que, según la teoría clásica de la democracia, el

²² Op. cit., p. 120.

²³ Op. cit., p. 121.

²⁴ Op. cit., p. 133.

parlamento se concebía como un comité cuyas funciones “serían dar voz, reflejar o representar la voluntad del electorado”²⁵.

Pero ya en 1624, “representación” significaba “la sustitución de una cosa o persona por otra”, especialmente con un derecho o autoridad para actuar por cuenta de otro, y en 1649 la palabra “representante” se aplicaba a la asamblea del parlamento, en el decreto que abolía la institución de la realeza después de la ejecución de Carlos I. El decreto menciona a los “representantes” de la “nación” como aquellos por los que el pueblo es gobernado y a quienes el pueblo elige y da su confianza para ello, de acuerdo con sus “justos y antiguos derechos”²⁶.

Concluye en este sentido:

Las decisiones políticas implican siempre un elemento que no es compatible con la libertad individual, y que, por tanto, no es compatible con una verdadera representación de la voluntad de aquellas personas cuya elección quizá haya sido rechazada en la decisión adoptada²⁷.

El propio Leoni, al cuestionar las ideas de mandato, representación y democracia, sostuvo:

Me parece evidente, desde un punto de vista individualista, que nadie es más competente para conocer cuál es su propia voluntad que uno mismo. Por tanto, la verdadera representación de esa voluntad debe ser resultado de una elección del individual [...] ²⁸.

Esa idea no resulta compatible con la pretensión de que los mandatarios elegidos por la gente, son sus verdaderos representantes en el sentido de que harán aquello para lo cual se les entregó el mandato. Y cuanto más se pretenda extender el número de votantes, más se deteriora la finalidad del mandato. Y este problema parece irresoluble en el contexto de la búsqueda de un sistema que permita que el gobierno represente la voluntad de los individuos:

De hecho, ningún sistema representativo basado en elecciones puede funcionar bien mientras las elecciones se hagan con objeto de alcanzar decisiones de grupo mediante la

²⁵ Op. cit., p. 135, con cita de R.T. McKenzie, *British Political Parties*, Haineman, London, 1955, p. 588.

²⁶ Op. cit., p. 138.

²⁷ Op. cit., p. 141.

²⁸ Op. cit., p. 142.

regla de la mayoría, o cualquier otra norma cuyo efecto sea coartar al individuo del lado perdedor del electorado²⁹.

Sin embargo, existe una tendencia a aceptar las cosas tal como son [...]. La gente justifica la “democracia” del momento actual, porque parece asegurar al menos una vaga participación del individuo en el proceso legislativo y en la administración del país.

Las debilidades advertidas en el concepto de representación llevaron a Leoni a examinar otro concepto que también puso en crisis: el de la “voluntad común”.

Existen muchos asuntos que en principio no pueden ser resueltos por acuerdos unánimes y requieren algún procedimiento basado en regla de la mayoría, decisiones de grupo u otros. Ello lleva a establecer mayorías *legales*, constituidas de acuerdo con el derecho escrito y las cláusulas constitucionales.

En estos casos, dichas mayorías terminan imponiendo su voluntad y sus intereses a las minorías. Ello lleva a Leoni a recordar la observación de Lawrence Lowell de que tales mayorías se asemejan a los grupos de ladrones. No podría decirse que un grupo de asaltantes no podría ser considerado una “mayoría” con respecto a la víctima del asalto, a la que tampoco se podría tildar como “minoría”³⁰.

El derecho no está necesariamente del lado de aquellas presuntas “mayorías”. Habitualmente, en los procesos democráticos las personas que pertenecen al lado ganador del grupo dicen que están decidiendo en favor del interés común y según la “voluntad común”. Pero ninguna decisión de grupo, si no es unánime, constituye la expresión de la voluntad común a todas las personas que participan en esa decisión en un momento dado.

De este modo, la legislación se convierte en un vehículo para llevar a cabo una puja de intereses y privilegios que reclaman algunos, para ser satisfechos por el resto, lo que lleva a Leoni a recordar la famosa frase de Bastiat en *La Ley: El Estado es la gran ficción mediante la cual todos se esfuerzan por vivir a costa de los demás*³¹.

El autor italiano afirmaba que el derecho no era obra ni de los legisladores ni de los jueces, sino de la gente. En sus distintos roles, los procesos judiciales involucran todo

²⁹ Op. cit., p. 145.

³⁰ Op. cit., p. 155.

³¹ Op. cit., p. 160.

tipo de personas: desde las partes y sus abogados, que plantean sus reclamos y defensas, hasta otros que intervienen como testigos, peritos o expertos que opinan sobre lo que han visto o conocido. Cuando el juez resuelve el reclamo, habitualmente invoca precedentes de otros tribunales, que han resuelto cuestiones similares, también con la participación de una gran cantidad de personas. Finalmente, la decisión del juez es una síntesis de todas esas opiniones, peticiones y principios elaborados por muchísimas personas, y que para la solución concreta del caso terminan teniendo más relevancia que leyes generales o la doctrina de los expertos.

V. Los conceptos remarcables del pensamiento jurídico de Leoni.

1. El derecho como reclamo (“pretesa”) individual.

Uno de los aportes más importantes de Bruno Leoni a la filosofía jurídica, fue su idea de que el derecho comienza con el reclamo individual³². Las personas actúan, contratan, realizan acciones que tienen efectos sobre otras personas, pero recién cuando se produce un conflicto que da lugar a un reclamo, esa interacción tiene significación jurídica.

El derecho estudia un aspecto del proceso social, y la sociedad no es más que personas interactuando³³, por lo que no parece razonable hablar de derecho en ausencia de un acto previo susceptible de provocar un conflicto –actual o potencial– que dé lugar a un reclamo concreto, y por eso, en la mirada de Leoni, la teoría jurídica tiene su origen en la acción humana individual.

Esta visión de Leoni sobre el origen del derecho puede considerarse como una de las más claras explicaciones del orden jurídico desde la perspectiva praxeológica

³² Leoni, Bruno, *Il diritto como pretesa*, Ed. Liberlibri, Macerata, 2004.

³³ Señalaba Hazlitt que “sociedad” no es más que el nombre que le damos a la combinación de los esfuerzos de quienes cooperan con fines determinados (Hazlitt, Henry, *Los fundamentos de la moral*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, p. 39). Para Mises, la sociedad es una sucesión de interacciones individuales (Mises, Ludwig, *Problemas epistemológicos de la economía*, Unión Editorial, Madrid, 2013, p. 176).

desarrollada por Ludwig von Mises y seguida por la Escuela Austríaca de Economía³⁴. Al mismo tiempo coloca al pensamiento de este autor, a mi entender, en la categoría de los pensadores que han estudiado al derecho desde una perspectiva realista.

El reconocimiento de que el hombre actúa, siguiendo un comportamiento deliberado³⁵ en el que despliega su voluntad³⁶ de alcanzar determinados objetivos, es el punto de partida del estudio de la significación jurídica de tales acciones cuando originan reclamos por parte de otras personas.

Por ese motivo, afirmaba Leoni que la reclamación implica un acto de voluntad; de ahí que no sea solo una actitud teórica³⁷. Para él, el fundamento del orden jurídico no son las obligaciones impuestas a través de mandatos elaborados por autoridades políticas, sino de reclamos individuales allí donde las personas consideran que han sido perjudicadas por las acciones de otras.

Este punto de partida cambia diametralmente la concepción del derecho. Desde una mirada basada en el individualismo metodológico, puede sostenerse entonces que el fundamento primario del derecho es la manifestación de voluntad que trasciende la acción individual y que produce externalidades que afectan a otros hasta convertirse en perjuicios que originan reclamos.

Es de hacer notar que la praxeología permitió elaborar una serie de leyes económicas que permitieron dar coherencia a la ciencia jurídica. Pero, como se lamentó Mises, dicha ciencia no fue empleada en el resto de las áreas del estudio de la sociedad³⁸, como el derecho, lo que llevó a que creciera con reglas establecidas a partir de un colectivismo metodológico.

³⁴ Para un desarrollo de la visión del derecho desde las bases metodológicas de la Escuela Austríaca, se puede consultar: Rojas, Ricardo Manuel, *Fundamentos Praxeológicos del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2018; asimismo: *La necesaria separación del derecho y el Estado*, en *Cuadernos Liberales*, Unión Editorial, Madrid, 2025.

³⁵ Rothbard, Murray N., *El Hombre, la Economía y el Estado. Tratado sobre principios de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2010, vol. 1, p. 1.

³⁶ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 67.

³⁷ Leoni, Bruno, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 67.

³⁸ Mises, Ludwig, *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, op. cit., pp. 79 y 164.

La aplicación de los postulados praxeológicos al derecho, permitiría concluir que, si las personas actúan en forma voluntaria, cada una persiguiendo un propósito y siguiendo un curso de acción deliberado, guiadas por su propio interés y persiguiendo aquellos fines que consideran más valiosos para mejorar su condición, entonces una primera conclusión praxeológica aplicada al derecho, debería ser que *cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias y decisiones*³⁹.

La base del derecho, en esta visión, es el conjunto de reglas originadas a partir de las consecuencias de la acción. El contrato, como expresión del ejercicio individual de derechos de propiedad, será un elemento fundamental para el desarrollo del derecho, al igual que la responsabilidad por las consecuencias de las acciones (responsabilidad extracontractual). En base a estos elementos, el peligro de reclamos irá moldeando las conductas individuales hacia la búsqueda de cierto tipo de normas aceptadas voluntariamente, que evitan o al menos minimizan la producción de conflictos jurídicos.

3. El orden jurídico como proceso espontáneo y evolutivo.

Leoni concibió al orden jurídico como un orden espontáneo, a la manera de los demás órdenes que se producen a través de la interacción libre y voluntaria de las personas.

Su idea del reclamo como origen de la discusión jurídica puede encontrarse en la génesis de los principales órdenes jurídicos surgidos en occidente: el conflicto y consecuente reclamo ha sido la base de la labor de los *pretores* en el derecho romano clásico, de los jueces en el *common law* anglosajón y los derechos forales de varias partes de Europa, y de los árbitros comerciantes de la *lex mercatoria* en los puertos del Mediterráneo.

Jueces, pretores y árbitros actuaban a partir de reclamos concretos, y para resolverlos utilizaban argumentos lógicos, costumbres, antiguas normas, precedentes, opiniones de los doctrinarios, unido al análisis de los argumentos y pruebas aportadas por litigantes, sus abogados, testigos y expertos. Por supuesto que cuando el conflicto se centraba en

³⁹ Rojas, Ricardo Manuel, *Fundamentos praxeológicos del derecho*, op. cit., pp. 104 y ss.

un presunto incumplimiento contractual, la interpretación del contrato y la voluntad de los contratantes era la fuente primordial del análisis jurídico. Las pretensiones de las partes fijaban los límites de lo que el juez debía resolver.

Estas consideraciones llevaron a Leoni a concluir que el derecho no es creación ni de los legisladores ni de los jueces, sino de la gente. En última instancia, los jueces a quienes toca resolver los casos no deciden el derecho aplicable de acuerdo con su voluntad: se basan en lo que las partes acordaron en sus contratos, manifestaron a través de sus acciones, y alegan en sus reclamos y presentaciones. También analizan razonadamente la prueba aportada, incluyendo testigos y peritos que dan sus opiniones y puntos de vista, las opiniones técnicas de los doctrinarios y expertos, y los precedentes elaborados por otros jueces en juicios previos.

La jurisprudencia –que técnicamente es un conjunto de doctrinas emanadas de decisiones judiciales previas– se forma alrededor de múltiples opiniones razonadas y argumentos ofrecidos por todos aquellos que participan con distintos roles en los juicios que concluyen con las sentencias que forman tales doctrinas. Al tener cada una de esas personas intereses y roles distintos, ofrecen puntos de vista variados que alimentan la discusión crítica sobre cada asunto. La intervención de legisladores y jueces acaba siendo un catalizador de esas opiniones y discusiones jurídicas en las que toda la gente participa⁴⁰.

En definitiva, el derecho es producto de una constante deliberación generada alrededor de los reclamos que se formalizan y resuelven permanentemente, lo que facilita un proceso de producción de reglas y normas cuya razonabilidad será puesta a prueba cada vez que se las intente aplicar en casos análogos futuros. De este modo, se produce un sistema de reglas que va evolucionando con el tiempo a través de las distintas confrontaciones que deben soportar en cada discusión judicial.

⁴⁰ Concluía Leoni: “El proceso jurídico, en último término, se remonta siempre a la reclamación individual. Los individuos crean el derecho en tanto efectúan reclamaciones que prosperan. No hacen únicamente previsiones y predicciones, sino que intentan que éstas tengan buen fin mediante su propia intervención en el proceso. Así, los jueces, los jurisconsultos y, sobre todo, los legisladores, no son sino individuos que se encuentran en una situación especial para influir, a través de su propia intervención, en todo el proceso jurídico [...] (L)as posibilidades de esta intervención son limitadas y no deberían ser sobrevaloradas” (Leoni, Bruno, *La libertad y la ley*, op. cit., p. 228).

Esta visión estaba muy alejada de la idea de una legislación impuesta por cuerpos políticos. Lo explicaba Leoni en estos términos:

Tanto los romanos como los ingleses compartieron la idea de que la ley es algo que se debe descubrir más bien que promulgar, y que nadie debe ser tan poderoso en su sociedad como para poder identificar su propia voluntad con la ley del país. La tarea de “descubrir” la ley se confió en esos países a los jurisconsultos y a los jueces, respectivamente⁴¹.

La sanción del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano mató la evolución de ese orden jurídico y produjo una politización del derecho, que a partir de entonces fue un producto de la voluntad de la autoridad política. Lo mismo sucedió algunos siglos más tarde, con el proceso de codificación que se inició en la Europa continental a partir de finales del siglo XVIII. Al respecto, señaló Leoni:

Todos los países europeos adoptaron códigos escritos y constituciones escritas, aceptando la idea de que las fórmulas expuestas con precisión podrían proteger a la gente de los abusos de cualquier clase de tiranos. Los gobiernos y los tribunales aceptaron la interpretación de la idea de la certeza de la ley en el sentido de la precisión de una fórmula escrita promulgada por los cuerpos legisladores. No fue ésta la única razón por la que la Europa continental adoptó códigos y constituciones, pero al menos fue una de las razones principales. En breve, la idea continental de la certeza de la ley equivalía al concepto de una fórmula escrita expuesta con toda precisión. Esta idea de la certeza conlleva ampliamente el sentido de precisión⁴².

3. La superioridad del derecho judicial sobre el legislativo.

Un punto muy importante que explicó Leoni con mucha claridad, fue el de mostrar que el derecho de elaboración judicial termina siendo más certero y confiable que el de creación legislativa.

En efecto, uno de los argumentos que suelen apuntalar la petición de leyes escritas y minuciosas, es el de que este tipo de normas generan certidumbre jurídica en la gente, pues les permite conocer de antemano cuáles son las reglas que deben respetar. Las personas tienden a confiar intuitivamente en las reglas establecidas por medio de normas escritas, emanadas de una autoridad y rodeadas de formalidades.

Sin embargo, Leoni explicó que la certidumbre que se presume en las leyes escritas es en realidad una presunción que no condice con la realidad. Una ley escrita, extensa y

⁴¹ Op. cit., p. 28.

⁴² Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, op. cit., pp. 92-93.

minuciosa, emanada de una asamblea legislativa, puede ser sustituida por otra tan extensa y minuciosa, en sentido contrario, tan sólo por un cambio en la voluntad o la integración de dicha asamblea.

Señala Leoni que aun cuando la concepción griega de la certeza era la de una ley escrita, en sus primeros tiempos también tuvieron un concepto del derecho consuetudinario no escrito⁴³.

Pero los griegos, especialmente los atenienses, comprendían, en la segunda mitad del siglo V y en el siglo IV antes de Cristo, los graves inconvenientes de un proceso legislativo por el cual todas las leyes *eran ciertas* (esto es, formuladas con precisión por escrito), pero *nadie tenía la seguridad de que una ley hoy válida continuaría siéndolo mañana*, sin que otra ley la abrogase o modificase⁴⁴.

Ese mismo origen han tenido los principales órdenes jurídicos europeos que fueron la base del derecho moderno, tales como el derecho romano, el *common law* anglosajón, varios derechos forales regionales o la *lex mercatoria*, desarrollada en los puertos del Mediterráneo.

Esos órdenes se desarrollaron de manera espontánea a partir de reclamos que, al ser resueltos por los pretores, jueces o árbitros, permitían elaborar específicas reglas jurídicas que eran aplicadas más tarde a futuras controversias similares, en la medida en que demostraban su eficiencia.

De este modo, ese derecho judicial se fue fortaleciendo en la medida en que los jueces afianzaban los criterios jurídicos un caso tras otro, y las modificaciones que podían implementar en la jurisprudencia era un proceso lento y sobre cuestiones muy específicas, producido tras profundas discusiones con la participación de los interesados. Mientras que una ley escrita puede regular amplios aspectos de las relaciones humanas, sin participación alguna de quienes deberán cumplirla, y en lo que tiene que ver con este punto, puede ser sustituida de un día para otro por otra ley con un contenido diametralmente opuesto.

Pero a medida que las sociedades se hicieron más complejas, las reglas espontáneas fueron sustituidas por las artificiales, producidas por una autoridad política. Se

⁴³ Op. cit., p. 95.

⁴⁴ Op. cit, p. 97.

popularizó a partir de entonces la afirmación de que sociedades complejas necesitan reguladores centrales para establecer un orden necesario, que desborda a las posibilidades individuales. Sin embargo, y como muy bien explicó Hayek, cuanto mayor complejidad tiene un fenómeno (y los fenómenos sociales son los de mayor complejidad), menores chances existen de regularlos desde una autoridad central⁴⁵.

Leoni explicaba de este modo las bondades del antiguo derecho romano elaborado por pretores y jurisconsultos, criterio que puede ampliarse a los demás órdenes jurídicos que he mencionado unos párrafos más arriba:

[...] los romanos disfrutaban de una ley suficientemente cierta como para permitir a los ciudadanos, de una manera libre y segura, hacer planes para el futuro, y esto sin que fuera en absoluto una ley escrita, esto es, una serie de normas formuladas con toda precisión, comparables a las de un estatuto escrito. El jurista romano era una especie de científico: los objetos de su investigación eran las soluciones de casos que los ciudadanos le sometían a estudio [...]. Por eso, el derecho privado romano era algo que había que describir o descubrir, no promulgar; un mundo de cosas que estaba ahí, formando parte de la herencia común de todos los ciudadanos romanos. Nadie promulgaba esa ley; nadie la podía cambiar porque así le apetecía. Esto no suponía que no hubiera cambios, pero sí que nadie se acostaba por la noche planificando su vida de acuerdo con los dogmas actuales para levantarse a la mañana siguiente y encontrarse con que esas normas habían sido modificadas por una innovación legislativa.

Los romanos aceptaron y aplicaron un concepto de la certeza de la ley que podría describirse como la noción de que la ley no debe estar sometida nunca a cambios súbitos e imprevisibles. Además, la ley nunca debería someterse, como norma, a la voluntad arbitraria o al poder arbitrario de una asamblea legislativa, o de cualquier persona [...]⁴⁶.

Señaló también el peligro de que un sistema de derecho basado en la actividad de los jueces pudiera degenerar en algo parecido al derecho impuesto por la legislación. Ello ocurre cuando se otorga a ciertos tribunales superiores la facultad de establecer reglas o doctrinas de aplicación obligatoria, lo que supone la imposibilidad de discutir en el futuro su jurisprudencia por los tribunales inferiores.

Indicó al respecto:

Por otro lado, no se puede negar que la jurisprudencia o el derecho de los juristas pueden tender a adquirir las características de la legislación, incluso su parte indeseable, cuando los juristas o los jueces pueden decidir de una vez y para siempre un caso. Algo así parece

⁴⁵ Rojas, Ricardo M., *Individuo y Sociedad*, op. cit., p. 28. Por ese motivo Hayek sostuvo que el concepto de “ley”, entendido como una regla que vincula un fenómeno con otro según el principio de causalidad, tiene escasa aplicación en la teoría de los fenómenos sociales: “aunque poseamos teorías relativas a estructuras sociales, dudo que conozcamos ‘leyes’ a las que los fenómenos sociales obedezcan” (Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Unión Editorial, Madrid, 2013, p. 84).

⁴⁶ Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, op. cit., pp. 102-103.

haber ocurrido durante el período posclásico del derecho romano, cuando los emperadores confirieron a ciertos jurisconsultos el poder de emitir opiniones legales (*jus respondendi*) que, en último término, llegaron a obligar a los jueces en ciertas circunstancias. En nuestro tiempo, el mecanismo de la administración de justicia, en ciertos países donde existen “cortes supremas”, da por resultado la imposición de las opiniones personales de los miembros de estos tribunales, o de una mayoría de ellos, sobre todas las demás personas afectadas, siempre que se de una gran discrepancia entre las ideas de los primeros y las convicciones de los últimos. [...] esta posibilidad, lejos de estar implicada necesariamente en la naturaleza de la jurisprudencia o del derecho de los juristas, es más bien una desviación de ella y, en cierto modo, en sus más altos niveles, un elemento contradictorio del proceso legislativo, bajo la engañosa etiqueta de jurisprudencia o derecho de los juristas⁴⁷.

[...] Esto tiende a ocurrir, en primer lugar, cuando los tribunales supremos están autorizados para decir la última palabra en la resolución de los casos que ya han sido examinados por tribunales inferiores y cuando, además, las decisiones de los tribunales supremos sientan precedentes de cara a decisiones similares por parte de todos los jueces en el futuro. Siempre que esto ocurre, la posición de los miembros de los tribunales supremos es bastante similar a la de los legisladores, aunque en modo alguno idéntica.

De hecho, el poder de los tribunales supremos resulta habitualmente más importante bajo el sistema de derecho consuetudinario que bajo cualquier otro sistema legal centrado en la legislación. Estos últimos intentan conseguir la “consistencia de la decisión judicial” mediante la fuerza obligatoria de reglas formuladas con precisión [...] ⁴⁸.

Cuando en nombre de la seguridad jurídica se admite que los tribunales superiores impongan sus criterios hacia el futuro a todas las causas que deban resolver los inferiores, de hecho están creando un conjunto de normas con los mismos vicios que la legislación. Ese orden espontáneo que conforma el sistema de normas, que compiten permanentemente entre sí en la búsqueda de la mejor solución, se vería eliminado por la imposición de una regla por la mera voluntad de la autoridad política. La doctrina judicial obligatoria, como es el caso de los fallos plenarios en algunas legislaciones procesales, tiene los mismos efectos para el derecho, que los que para el sistema de precios tiene una ley que impone precios máximos o mínimos.

5. El mercado del derecho.

Siguiendo la idea del orden espontáneo, iniciada probablemente por los presocráticos, pero en tiempos modernos expuesta con claridad por los autores morales escoceses, Leoni veía en el orden jurídico un orden similar al económico.

⁴⁷ Op. cit., pp. 41-42.

⁴⁸ Op. cit., p. 205.

Entre aquellos autores del siglo XVIII, fue muy recordada, entre otros por Hayek, la famosa observación de Adam Ferguson según la cual las personas tropiezan con instituciones que son ciertamente el resultado de la acción humana, pero no la ejecución del diseño humano⁴⁹. Tal afirmación podría aplicarse a cualquier proceso de interacción voluntaria entre personas. En realidad podría decirse que hay un único proceso de interacción, que ofrece múltiples aspectos, cada uno de los cuales ha sido, por obra del racionalismo constructivista, convertido en una disciplina social diferente⁵⁰. Los ejemplos que traía Ferguson eran muy sugestivos: La moneda, la moral, el derecho, el mercado y el lenguaje.

El derecho termina siendo un proceso de producción de soluciones jurídicas eficientes, así como el mercado en general es un proceso eficiente de intercambio de bienes y servicios. Sin embargo, esta asimilación ideal choca con la realidad del modo en que es concebido frecuentemente el derecho, no como un orden espontáneo de normas que reconoce múltiples fuentes, sino como una imposición unilateral y coactiva del Estado.

Leoni señalaba esta diferencia que podía advertirse entre el modo de concebir al mercado económico y al orden jurídico, y lo hacía mencionando los trabajos de James Buchanan:

Buchanan logró probar que existen diferencias sustanciales entre la elección de mercado y la elección de voto, y que la analogía del dicho popular “un dólar, un voto”, es cierta sólo en parte. En la elección de mercado, el individuo es la entidad electora, además de la entidad para la cual se llevan a efecto dichas elecciones, mientras que en la votación (por lo menos en lo que solemos denominar votación política), aunque el individuo es la entidad que actúa o elige, la colectividad de todos los individuos restantes es la entidad para quien se efectúan las elecciones. Más aún: la acción de elegir en el mercado y sus consecuencias mantienen una exacta correspondencia, mientras que el votante nunca puede predecir con certeza cuál de las alternativas presentadas resultará elegida.

Buchanan señaló otras diferencias esenciales entre ambos procesos. El individuo que elige en el mercado “tiende a obrar como si todas las variables sociales estuvieran determinadas al margen de su proceder, mientras que, por el contrario, el individuo en el centro electoral reconoce que su voto resulta influyente para determinar la elección colectiva final” [...]. Una consecuencia importante es que en el mercado el voto del dólar siempre tiene un valor. Como escribe Mises, el individuo nunca se halla en la situación de una minoría disidente: “[...] en el mercado ningún voto es en vano”, por lo menos en lo que respecta a las alternativas existentes o potenciales de dicho mercado. En otras palabras, el voto implica una posible coacción que no se da en el mercado. El votante únicamente elige entre alternativas potenciales: “Puede perder su voto y verse obligado a

⁴⁹ Ferguson, Adam, *An Essay on the History of Civil Society*, Cadell, Kincaid, Creech & Bell, 1767, pp. 189-188.

⁵⁰ Rojas, Ricardo Manuel, *Individuo y Sociedad*, op. cit., pp. 46 y ss.

aceptar [cito nuevamente a Buchanan] un resultado contrario a su preferencia expresada⁵¹.

En definitiva, en el mercado de bienes y servicios, las personas actúan ejerciendo derechos de propiedad individual, entregan y reciben derechos de propiedad y se hacen cargo de las elecciones que toman. Ganan o pierden su propio dinero, en un juego que no es de suma cero. Determinadas operaciones exitosas pueden incrementar la cantidad de riqueza de modo que todos pueden ganar si toman buenas decisiones.

El llamado “mercado político” tiene una primera diferencia: no es un proceso de interacción libre y voluntario. Por lo general las características de este mercado están impuestas por la Constitución y la legislación, y las personas sólo pueden decidir en el contexto en que se les permite, o incluso, en algunos modelos, se lo obliga (por ejemplo, en países como Argentina en el que el voto es obligatorio). Las personas no ponen en juego sus propios derechos de propiedad, y toman decisiones sobre las que tendrán muy poco control futuro y posibilidades de internalización de beneficios. Las decisiones políticas están basadas en la regla de la mayoría, adoptadas por multitud de participantes, por lo que el voto individual tiende a ser irrelevante (el resultado final no variará si una persona decide ir a votar o quedarse en su casa). Es un juego de suma cero, en el sentido de que el votante tiene alternativas limitadas y excluyentes, que por lo general no puede combinar según su voluntad.

Un rasgo característico del juego político es que, en las sociedades políticas contemporáneas, el sistema de concesiones mutuas o intercambio de favores se pone en marcha antes que en las Cámaras de los representantes. En realidad surge cuando los electores aceptan algunos puntos desventajosos (para ellos) de un programa político, a fin de obtener cierto beneficio de otros puntos que les resultan ventajosos⁵².

Creo que Buchanan y Tullock demuestran de un modo irrefutable que si una minoría se halla bien organizada y está determinada a sobornar a tantos votantes como sea preciso para contar con una mayoría dispuesta a aprobar una determinada decisión, la regla mayoritaria obra mucho más a favor de tales minorías de lo que comúnmente se piensa⁵³.

Si a estas observaciones sobre el modo en que opera el proceso político, le sumamos las críticas de Leoni a la ficticia presunción de que existe un mandato o representación que hace que los gobernantes cumplan con las órdenes de los mandantes o votantes, cae

⁵¹ Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, op. cit., pp. 248-249.

⁵² Op. cit., p. 267.

⁵³ Op. cit., p. 265.

fuertemente la confianza en las decisiones del gobierno. Y si ello se combina con la idea de que el orden jurídico es un orden de legislación monopólica y coactiva impuesta por esos supuestos “representantes del pueblo”, las dudas y temores sobre la viabilidad de ese sistema crecen considerablemente.

Leoni, al igual que otros pensadores liberales, entendía que la función del orden jurídico en el proceso de mercado es la de permitir que los derechos de propiedad de cada persona puedan ser ejercidos libremente para aquello que cada uno decida hacer con ellos, en un ámbito donde el uso de la fuerza, la intimidación y el engaño no puedan ser ejercidos por unos sobre otros. Esa función se cumple de manera mucho más eficiente y menos peligrosa, a través de reglas jurídicas que forman un orden espontáneo a partir de contratos y reclamos, y las consecuentes decisiones de los jueces, que por medio de legislación general y coactiva.

VI. Conclusiones

Bruno Leoni fue un intelectual multidisciplinario, cultor e investigador de las raíces intelectuales del pensamiento liberal, que a pesar de su prematura muerte ocurrida en el momento cumbre de su producción académica, dejó sólidos argumentos para desarrollar una teoría del derecho concordante con los principios de la libertad que se desarrollaron en la economía y otros aspectos de los fenómenos sociales.

Su estudio del derecho giró alrededor de la búsqueda de una forma de compatibilizar la libertad y autonomía individual, el derecho de cada persona para hacerse cargo de las decisiones vinculadas a su vida y perseguir sus propios fines, con la idea de un orden jurídico que no sólo no altere esa libertad, sino que la respete y la promueva.

En ese camino advirtió los peligros de la legislación establecida por asambleas políticas, que imponían normas de conducta obligatorias, y que con el transcurso del tiempo fueron perdiendo los límites que inicialmente se le reconocieron. Una de sus primeras observaciones, en ese sentido, fue la de desenmascarar el mito de que, en sociedades organizadas a través de gobiernos democráticos, esas asambleas representan la voluntad de las personas que las eligen, es decir, de sus supuestos mandantes.

Su acercamiento a los principios de la economía, y en especial a los cultores de la Escuela Austríaca como Friedrich A. von Hayek y Ludwig von Mises, le permitieron advertir en la legislación centralista o coercitiva, la raíz de los males del derecho. Su buceo por la historia lo ayudó a comprender que la evolución del orden jurídico a lo largo de la historia había sido muy distinta. En aquellas regiones de Europa donde el derecho había tenido su máximo esplendor, el orden jurídico se formó de manera espontánea y evolutiva alrededor de las decisiones de árbitros, pretores o jueces que resolvían los reclamos entre las personas, y al hacerlo promovían la discusión sobre principios, que luego competían entre sí para formar parte de un orden normativo (la jurisprudencia), que era el producto de multitud de fuentes (contratos, lógica, costumbres, precedentes).

El derecho había nacido y crecido independientemente de las autoridades políticas, y precisamente fue su politización (sea en el *Corpus Juris Civilis* del Emperador Justiniano en el siglo VI, o en el proceso de codificación iniciado hacia finales del siglo XVIII), lo que convirtió al orden jurídico en una herramienta de poder en manos del Estado, al tiempo que perdía su aptitud y su eficiencia como mecanismo para resolver reclamos entre las personas.

De este modo, la legislación sustituyó al orden jurídico estable y previsible creado por la jurisprudencia, por un incierto conjunto de mandatos coactivos impuestos por la voluntad del legislador. Ello, inevitablemente, ha conducido a abusos, al *rent seeking* para buscar del político la ley conveniente para los propios intereses, y a la corrupción o arbitrariedad de quien tiene el poder de establecer las reglas.

Una de las consecuencias de este fenómeno fue el surgimiento de una suerte de “inflación legislativa”, que como la monetaria genera el deterioro de su valor en la medida en que se incrementa la cantidad.

Leoni buscaba los fundamentos de un sistema jurídico que permitiera a cada persona tomar decisiones a partir de un ámbito de predictibilidad de las reglas de cara al futuro. En este sentido, consideraba que la libertad no era, solamente, la ausencia de coacción. Comprendía dentro del concepto a la “posibilidad de prever las acciones ajenas”, esto es, poder tomar decisiones en un mundo regido por reglas relativamente previsibles.

Ello se lograba, y se logró a lo largo de la historia, mucho mejor a través de normas formadas en discusiones judiciales que respetaran los contratos, la lógica, las costumbres y los precedentes, que por legislación de naturaleza política, reflejo de la autoridad y de la voluntad del legislador.

La seguridad jurídica es un bien apreciado y necesario para la coexistencia pacífica, pero tal seguridad jurídica no se logra, como mostró Leoni, a través de la sanción de reglas escritas, minuciosas, e impuestas por la autoridad por fuera de todo conflicto concreto.

Se ha intentado encasillar la obra de Leoni, en especial *La Libertad y la Ley*, en alguna de las tantas categorías de liberalismo que se desarrollaron en el mundo en los últimos tiempos. Desde el liberalismo clásico hasta el anarco-capitalismo, pasando por una gran variedad de opciones entre medio. Pero especialmente, se ha indagado respecto de si las ideas de Bruno Leoni estaban más orientadas hacia la existencia de un gobierno muy limitado, o si podrían concebirse como una base para pensar en una comunidad organizada sin un gobierno central.

Leoni no se involucró personalmente en dicha discusión, y su muerte se produjo algunos años antes de que se publicaran libros tales como *For a New Liberty. The libertarian Manifesto*, de Murray N. Rothbard (Macmillan, 1973), o *Anarchy, State and Utopia*, de Robert Nozick (Basic Books, New York, 1974), que dieron gran impulso al debate. Su posición no desconocía la existencia de un gobierno, ni siquiera de la legislación, dentro de ciertos límites. Pero el desarrollo de su posición ha dado muchos argumentos a quienes han intentado teorizar sobre la posibilidad de organizar una comunidad que no esté sometida al monopolio de la fuerza, de la legalidad y el cobro de impuestos que define al Estado⁵⁴.

En todo caso, el pensamiento jurídico de Leoni ha sido, durante mucho tiempo, una suerte de ancla para quienes se han negado a navegar necesariamente entre los postulados del positivismo jurídico que supone que el orden jurídico es una estructura

⁵⁴ Sobre esta discusión puede consultarse: Rojas, Ricardo Manuel, *Free City. Orden cooperativo y competencia de reglas jurídicas*, Unión Editorial, Madrid, 2025.

lógica impuesta a partir de una decisión política, y un jusnaturalismo difícil de conceptualizar, y mucho menos de justificar.

Pueden emparentarse algunos de sus postulados con los intentos del realismo jurídico por reconocer el rol del derecho en la interacción humana, y desde ese lugar Leoni ha aportado sólidos argumentos en la búsqueda de una vinculación del derecho y la economía desde la acción humana individual.

La importancia de la obra de Leoni en los debates contemporáneos sobre filosofía del derecho puede advertirse –como señaló Carlo Lottieri en su *Prefacio* a la edición en español de las *Lecciones de Filosofía del Derecho*–, en el hecho de que “todos cuantos, después de Leoni, han desarrollado una teoría del derecho de orientación liberal, han encontrado en el análisis del estudioso turinés notables motivos y elementos de esencial importancia para fundamentar un orden jurídico capaz de minimizar la violencia”⁵⁵.

⁵⁵ Lottieri, Carlo, del Prefacio de: Leoni, Bruno, *Lecciones de filosofía del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2003, p. 9.