

RESEÑA DEL LIBRO
LA LIBERTAD Y LA LEY
DE BRUNO LEONI
(Unión Editorial, Madrid 2010,
278 páginas)

CRISTÓBAL MATARÁN

Escrito originariamente en inglés y publicado en 1961 bajo el título *Freedom and the Law*, el presente ensayo de Bruno Leoni (1913-1967) fue la transcripción de unas conferencias pronunciadas en la Universidad de California en el verano de 1958 organizadas por Arthur Kemp. Los tres ponentes invitados fueron Milton Friedman, F.A. Hayek y el propio Leoni. De aquel intercambio de ideas surgieron tres obras básicas sobre la moral en el sistema de libre mercado: *Capitalismo y libertad*, de Friedman, *Los fundamentos de la libertad*, de Hayek, y el presente volumen *La libertad y la ley*, de Leoni.

La principal aportación de Leoni en el presente ensayo consiste en su fundamentación del derecho y la tradición moral de un pueblo como un producto evolutivo, sujeto a normas consuetudinarias que la población, normalmente sin ser consciente de ello, cambia a lo largo de un proceso muy dilatado de tiempo y como consecuencia de su adaptación a las necesidades de los ciudadanos. La concepción kelseniana del derecho, es decir, aquella que confunde *legislación* y *derecho* como si se tratara del mismo concepto, ocupa la principal crítica dentro de la obra. Para Leoni, las influencias culturales, históricas e incluso lingüísticas son las que determinan la formación de la moral y de las normas por las que se rige una sociedad. La inflación legislativa, consecuencia de la no internacionalización del coste de producir una nueva ley para los legisladores, supone un peligroso ataque a la libertad, particularmente en las sociedades occidentales, allá donde la producción legislativa alcanza niveles desconcertantes. Porque Leoni, ante todo, fue un autor multidisciplinar, un verdadero hombre del Renacimiento (hablaba perfectamente italiano, inglés, francés y alemán), editor

de una revista, decano de su facultad y erudito escritor y tratadista sobre ciencia política y derecho.

Leoni siguió la tradición liberal iniciada por Ludwig von Mises, en el sentido de establecer que no es posible la organización de la sociedad vía mandatos coactivos por la ausencia de un mercado que determine los precios a los cuales los actores económicos deban atenerse. Siguiendo esta línea, Leoni aplicó el mismo principio al derecho: no puede pretenderse que el legislador conozca todas las posibles consecuencias o factores que determinan su producción legislativa. No llega a negar totalmente la producción de leyes mediante el parlamento, sino que más bien los códigos deben ser descriptivos, como los diccionarios, es decir, contar aquello que ya existe.

Entrando ya en materia, Leoni comienza su ensayo preguntándose por el concepto que las palabras adquieren en el acervo popular. Las palabras que definen cosas, como casa, árbol o perro, son sencillas de explicar y traducir a otros idiomas. Explica, por ejemplo, que los nativos americanos señalaban las cosas y se las explicaban a los españoles. Sin embargo, los conceptos que se refieren a ideas no cuentan con esa simplicidad. Si debatimos el concepto de *libertad* entre personas de distintos países, nos encontramos con acepciones bien distintas. Así, el concepto de libertad, gracias particularmente a los filósofos alemanes y socialistas del s.XVIII, ha adquirido unas connotaciones muy distintas de lo que comenzó significando en la Grecia Clásica. La libertad o la democracia se han concebido como un poder infinitivo cuando, históricamente, han significado, según Leoni, la posibilidad de que el sujeto conociese de antemano, en la medida de lo posible, las consecuencias de sus acciones. La perversión del lenguaje, que incluso ha llegado al ámbito legislativo, ha supuesto una verdadera rémora para el avance evolutivo de estos conceptos, sobre todo a partir del Código Napoleónico en la Europa continental.

El estudio del significado léxico e histórico de libertad podría ser un buen comienzo. A partir de los socialistas del Círculo de Viena, los filósofos comunistas, dentro de su idea de modificar la sociedad en base a lo que consideren correcto, han comenzado una cruzada en pro de hacer que las palabras, en lugar de describir hechos concretos y formados a través del tiempo, pasen a signifi-

car acepciones determinadas por los propios filósofos. En otras palabras, el socialismo aplicado al lenguaje. Leoni ofrece varios ejemplos, aunque se centra en la diferencia entre *libertad* y *coacción*. Siendo ambas palabras antagónicas, la situación actual de manipulación ha llevado a que libertad llegue a ser concebido como la posibilidad de ejercer coacción. Sin ir más lejos, la teoría marxista basa sus conclusiones en la premisa de que los patronos «coaccionan» a los trabajadores para recibir salarios bajos. Leoni se pregunta cómo es posible que un acuerdo libre, tomando esta libertad es su acepción literal, pueda dar lugar a coacción.

La supremacía de la ley ha contado con una gran controversia a partir de la segunda mitad del s.XX. Mientras que autores como Hayek y Leoni opinaban que mientras los tribunales fueran independientes y no aplican leyes arbitrarias, la igualdad ante la ley estaba garantizada, otros autores como Dicey sostenían que los mismos tribunales debían juzgar a todas las personas. Esto es, la discrecionalidad administrativa debe estar sujeta a tribunales independientes, punto esencial de la cuestión. Esto da pie a la entrada de una cuestión de gran importancia y actualidad en los sistemas jurídicos modernos: la hiperregulación. En efecto, la no internalización de los costes de producción de una ley por parte de los legislativos actuales supone una masificación en la producción de leyes. Así, leyes promulgadas pueden ser abolidas o modificadas por una posterior con una facilidad pasmosa. De esta forma, los ciudadanos se ven impedidos a retener una verdadera *certeza de la ley*, es decir, no pueden conocer las consecuencias jurídicas de sus actos y, así, prevenir el coste legal de sus acciones. Esto, sin ir más lejos, supone un recorte de libertades. Porque libertad no significa *poder hacer* todo en cualquier momento, sino ser plenamente consciente de las consecuencias de la acción y, si se procede de esa forma, internalizar las consecuencias de dicha acción.

Ya en el capítulo V, Leoni trata la relación entre libertad y legislación, particularmente en los países democráticos. En primer lugar, expone algunos ejemplos de cómo los funcionarios cuentan con cada vez más poder discrecional para interpretar las leyes a su arbitrio, hasta el punto de asumir funciones manifiestamente superiores a las que las leyes les compelen. Bien es cierto que la mayoría de estas veces los burócratas creen hacer lo mejor para la so-

ciudad, aunque este argumento no es óbice para que su conducta sea igualmente reprochable. Una buena legislación, en el sentido de clara y fácilmente interpretable, evitaría muchos de estos problemas. Pero lo que realmente preocupa a Leoni es cómo la libertad individual se ha ido reduciendo en los países occidentales como consecuencia de la ingente producción legislativa que permite a los funciones comportarse de una forma que, bajo pasadas leyes, no hubiera sido aceptada. Esto tiene su base en la sociedad en la creencia de que, en última instancia, al elegir el pueblo a los administradores de la cosa común y éstos, a su vez, al ordenar las tareas de los funcionarios, prevalecerá en último término la voluntad del pueblo. Sin embargo, la gente olvida que el proceso legislativo se basa en el frío cálculo de la mayoría, por lo que la libertad individual se ve incompatible en numerosos casos. Entonces, ningún sistema de libre mercado podrá asentarse en una sociedad en la que las leyes cuenten con una inseguridad tal que no les haga poder prever, con razonable seguridad, las consecuencias de sus planes. De otra parte, los sistemas socialistas, obviamente, necesitarán esta producción legislativa que dé a los funcionarios cada vez más poder de manera acuciante. Por tanto, las diferencias entre el sistema legislativo y el proceso de mercado se hallan en la diferencia, sin más contemplaciones, que la existente entre la posibilidad de imponer, o no, al resto la propia decisión. Mientras que las decisiones en el mercado son soberanas y cada uno asume sus consecuencias sin imponer nada al resto, las decisiones en el ámbito político se fundamentan en que, si una persona se encuentra en la mayoría vencedora, se llevará, por así decirlo, todo el premio de la decisión, mientras que el se halle en el otro bando verá cómo se le impone la decisión de la mayoría. Además, el votante tendría que prever de manera omnisciente el resultado de la votación para poder situarse en el banco vencedor. El mercado por su parte, es un proceso de secesión continuo en el que nadie impone nada a los demás y en el que cada unidad monetaria empleada funciona, como dijo Mises, como un voto. Pero no un voto en el sentido político, ya que un voto en la elección de una legislatura, por ejemplo, si no se encuentra entre la mayoría ganadora, es como si no existiera. En conclusión, las decisiones de grupo siempre conllevarán cierto grado de coacción.

Consecuentemente, la relación entre libertad y representación también ha sido sustancialmente pervertida. Se asume que los diputados son, en el sentido literal del término, los representantes de los ciudadanos, elegidos democráticamente. Sin embargo, ya hemos visto cómo a la postre la fría mayoría es la que decide las cuestiones legales, lo mismo que las representativas en este caso. Por tanto, el principio representativo se enfrenta a tres problemas, a saber: cómo el número de ciudadanos puede elegir sus representantes, buscar candidatos que sean acordes a la estructura real de la población y determinar un sistema de elección justo. Para Leoni, ninguno de estos tres problemas ha sido totalmente superado. Por último, debemos tomar en consideración una idea fundamental que Leoni señala se ha extendido entre aquellos que malinterpretan el concepto de democracia. En nuestras sociedades actuales, la *democratización* se ha entendido como la necesidad de llevar a votación en una asamblea todo lo relativo a la vida diaria. Sin embargo, Leoni señala que debemos separar claramente las decisiones individuales de las colectivas. En aquellas que atañen a la libertad individual, las personas al realizar su elección no imponen sus preferencias a los demás. El hecho de que yo adquiera tal o cual producto no importa al resto. Sin embargo, si estas decisiones pasan a debatirse en entornos colectivos, la libertad individual se verá comprometida, si no directamente negada. Imaginemos una asamblea que ha de decidir las características de un producto. La votación será que mis preferencias se impondrán a las del resto o no, a todo o nada, mientras que individualizando esta decisión el mercado proveerá productos con las características que los distintos grupos de consumidores deseen. Leoni lo fundamenta del siguiente modo:

«Los defensores de las decisiones de grupo (por ejemplo, de la legislación) están inclinados siempre a pensar que en este o aquel caso las elecciones individuales son mutuamente incompatibles, que los asuntos en cuestión son necesariamente del tipo todo o nada y que la única manera de llegar a una elección final es adoptar un procedimiento coactivo como el de la regla de la mayoría. Estas personas pretenden ser campeones de la democracia. Pero deberíamos recordar siempre que, cuando se sustituye innecesaria-

riamente la elección individual por la regla de la mayoría, la democracia entra en conflicto con la libertad individual. En este tipo particular de democracia el que debería mantenerse a un nivel mínimo, para preservar el máximo de democracia compatible con la libertad individual».

A este respecto, podríamos criticar que Leoni mantiene esta perversión de la democracia *como si* siguiera siendo democracia, aunque esto es más que discutible.

Leoni pasa a cuestionarse, a continuación, si existe la posibilidad de libertad individual en aquello que los legisladores y politólogos modernos han venido a denominar *voluntad común*. Las ideas esgrimidas en este capítulo pueden resumirse de la siguiente forma. La llamada voluntad común puede fácilmente pisotear la voluntad individual cuando se transforma en la coacción de mayorías hacia minorías cuando se les obliga a aceptar decisiones que esas mismas personas que forman la mayoría no aceptarían por sí mismas. Una sentencia condenatoria por robo, por ejemplo, no sería imponer la voluntad común hacia la minoría, en este caso la persona o personas que perpetraron el robo, ya que esas mismas personas que dictan el veredicto no llevarían a cabo aquello que persiguen. Leoni llega a decir que incluso los ladrones, si fueran ellos las víctimas de otro robo, querrían que un tribunal actuase como se actúa contra ellos. Esto es, la voluntad común es compatible con la libertad individual cuando no se hace a los demás lo que no se desea que se haga contra uno mismo (regla de oro). Aplicado a la legislación, las modernas legislaturas occidentales cada vez más se dedican a legislar en contra de la formación de la ley en sentido consuetudinario, es decir, cada vez más (y Leoni escribió esto en los años 60) la formación de leyes pisotea la libertad individual haciendo que una minoría organizada, no una mayoría como lo llama Leoni, imponga a una mayoría desorganizada, no una minoría como lo llama Leoni, sus reglamentos. Unos reglamentos que, por supuesto, individualmente no cumplen.

Cuando Leoni pasa a analizar las posibles dificultades que podrían darse en una sociedad liberal, cae en las mismas falacias que los defensores de los monopolios públicos o los bienes públicos. Bien es cierto que critica con dureza a aquellos que creen que la

intervención gubernamental es más provechosa que la de aquellos empresarios que persiguen el beneficio. Nos explica, en un adelanto de la *Public Choice* de Buchanam, que el estado no se comporta como los amantes de la planificación pretenden. A continuación, Leoni pasa a criticar el positivismo de Milton Friedman. Estando en esencia de acuerdo con su crítica, en mi opinión, no llegar a tener claro el dualismo metodológico que separa insalvablemente las ciencias sociales de las ciencias naturales. La contaminación de la economía por parte de la física es la gran asignatura pendiente en las facultades de economía de todo el mundo, donde se sigue enseñando el método de la matematizada Escuela de Chicago. Pero donde no se puede estar de acuerdo con Leoni es en su teoría de monopolios públicos o bienes públicos, al más puro estilo mainstream. Leoni olvida totalmente la función del empresario cuando afirma:

«Desde luego, alguno de los viejos argumentos en favor de la nacionalización aún siguen siendo válidos. Tal es el caso de las industrias de servicios cuyo coste total no puede ser pagado por los consumidores, debido a las dificultades que implica el reconocerlos individualmente (por ejemplo, en el caso de los faros), o por las complicaciones que resultan de la recaudación de las cargas (como en el caso de las carreteras de mucho tráfico, puentes, etc.)»

Decimos que Leoni olvida la función empresarial en base a que existen unos individuos que desean un servicio concreto, como una carretera o un faro. Así, los empresarios cuentan con un gran incentivo para buscar la forma de que esos potenciales usuarios paguen por el bien. Además, la historia nos ofrece múltiples ejemplos de cómo los faros o las carreteras pueden ser privados, sin mayor dificultad¹. Además, en contra de su afirmación, las nuevas

¹ Con este fin, el economista norteamericano Ronald Coase estudió en 1974 los faros británicos, llegando a la sorprendente (ya que ningún teórico de los bienes públicos se había preocupado en comprobar sus afirmaciones) de que los faros son privados. Para su financiación, las cofradías de pescadores cargaban una cuota a los barcos por atracar en sus puertos y, de esta forma, financiar los faros. En caso de que un pescador se negara a pagar, se le excluía de la cofradía y era condenado al ostracismo.

En cuanto a las carreteras, el caso es inclusive más sangrante. Múltiples ejemplos han sido recogido por, entre otros, Bruce Benson, quien explica cómo la colonización

tecnologías facilitan la posibilidad de discriminar quién debe pagar por un servicio, sin hacer que el contribuyente cargue con él.

En la Conclusión, Leoni responde a algunas dudas sobre su sistema que le fueron planteadas al explicar su sistema en diversas conferencias. Lo más destacable es el proceso según el cual podría desbaratarse todo el sistema de legislación exacerbada que nos acontece. La posibilidad de recurrir a árbitros privados para dirimir dispuestas ya es intuita por Leoni². La distinción entre los poderes de un legislativo a la hora de hacer la ley frente a las del juez a la hora de descubrir la ley merece una especial atención. La diseminación de este poder en infinitos tribunales de justicia llevará una competencia en la formación de las leyes. Por supuesto que estos jueces podrán equivocarse, pero las consecuencias de sus errores serán más limitadas si las comparamos con aquellas derivadas de un cuerpo legislativo regulando aspectos sobre los que sus miembros no han sido formados. Esto es la base de un orden social policéntrico frente a la concepción monocéntrica de los legislativos modernos.

La obra finaliza con una serie de conferencias impartidas por Leoni en Estados Unidos en diciembre del 63 y publicadas en el 64. La primera de ellas fue titulada *El derecho como reclamación individual*. En ella, Leoni expone que la creación de leyes se fundamenta en las reclamaciones individuales de los ciudadanos. «Los individuos crean el derecho en tanto en cuanto efectúan reclamaciones que prosperan». Por tanto, las profesiones del derecho, pero sobre todo los legisladores, se encuentran en posición de influir sobre la formación de la norma jurídica. La segunda conferencia lleva por título *La elaboración del derecho y de la economía* y trata sobre las tres formas distintas de producción de ley: 1) A través de su descubrimiento por medio de jurisconsultos. 2) Producción de ley por parte del juez. 3) Proceso legislativo. La tercera opción es la que copa las sociedades occidentales actuales, siendo inclusive de difícil visualización para los ciudadanos corriente otro tipo de producción de leyes. Leoni explica las características de las tres, pero sobre todo

del Oeste americano supuso que las personas se movían más rápido que el gobierno, creando las infraestructuras necesarias, tales como carreteras o tribunales de justicia.

² Benson, L.: *Justicia sin estado*. Unión Editorial. Madrid. 2006.

se centra en la que, a su juicio, es la más sensata, a saber, el descubrimiento de una ley ya existente a través de jurisprudencias. Para ello, realiza un viaje histórico desde el Antiguo Imperio Romano hasta la actualidad, observando los distintos cambios que se han producido. En cuanto a la tercera conferencia, bajo el título de *El enfoque económico de lo político*, Leoni se pregunta por qué en el momento de la redacción de este pequeño ensayo (1962) apenas existían estudios o eruditos sobre el estudio de la economía bajo la perspectiva jurídica. Hoy en día tenemos la suerte, gracias a la Escuela Austriaca, de contar con varios avances en dicho campo, aunque se encuentran totalmente silenciados en las aulas universitarias bajo la dictadura del neoclasicismo. La adopción de un sistema que trate a los seres humanos tal y como es se contrapone a la visión de tratarlo como un mero maximizador de funciones. Finalmente, en *Voto frente a mercado*, Leoni explica por qué las decisiones democráticas son a todo o nada. Si se está en el bando vencedor, todo el botín será a repartir entre el 51% que sustentó dicha opción. Bien es cierto que Leoni ensalza el mercado frente a esta concepción, pero aún le queda dar el último paso en cuestiones que bien podrían convertirse de acuerdos colectivos a decisiones individualizadas. Aunque, para ello, habría que esperar a autores posteriores como Murray Rothbard, Joseph Salerno, Stephan Kinsella o Walter Block.