

*Cuadernos
liberales*

A decorative flourish consisting of a horizontal line with ornate, symmetrical scrollwork at both ends and a central scroll-like element.

Sobre la necesaria separación
del derecho y el Estado

Ricardo Manuel Rojas

SOBRE LA
NECESARIA
SEPARACIÓN
DEL DERECHO
Y EL ESTADO



Unión Editorial
2025

© 2024 Ricardo Manuel Rojas
© 2025 UNIÓN EDITORIAL, S.A.
c/ Hilarión Eslava 21 – local • 28015 Madrid
Tel.: 91 350 02 28
Correo: editorial@unioneditorial.net
www.unioneditorial.es

ISBN: 978-84-7209-915-9
Depósito legal: M. 6.704-2025

Compuesto e impreso por EL BUEY LIBERAL, S.L.
Impreso en España • *Printed in Spain*

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por las leyes que establecen penas de prisión y multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran total o parcialmente el contenido de este libro por cualquier procedimiento electrónico o mecánico, incluso fotocopia, grabación magnética, óptica o informática, o cualquier sistema de almacenamiento de información o sistema de recuperación, sin permiso escrito del *copyright*.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
I. EL DERECHO COMO ASPECTO DEL ESTUDIO DE LA SOCIEDAD	13
II. LA ESTATIZACIÓN DEL DERECHO	41
III. LA NECESARIA SEPARACIÓN DEL DERECHO Y EL ESTADO	69

INTRODUCCIÓN¹

«La simple idea de que el Derecho pudiera no ser idéntico a la legislación, resulta extraña tanto a los estudiantes de leyes como a los legos».

«El proceso jurídico, en último término, se remonta siempre a la reclamación individual. Los individuos crean el derecho en tanto y en cuanto efectúan reclamaciones que prosperan».

«El derecho es un mundo de reclamaciones».

BRUNO LEONI.

Tras el avance del positivismo y la politización que se intensificó en los últimos dos siglos, se ha vuelto habitual pensar que el derecho es una creación del Estado, ya sea a través de la legislación del Congreso, los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan a esas leyes, o las sentencias de los jueces que las aplican. La penetración de la política en las ciencias sociales, que convirtió a la cataláctica en economía política, al lenguaje en idioma nacional, a la moral en culto oficial, ha identificado al derecho con la creación estatal de normas.

Pero no obstante esa creencia contemporánea, es posible afirmar que el derecho nació y se desarrolló a partir de la necesidad de afianzar acuerdos cooperativos y resolver

¹ Una versión inicial de este trabajo resultó ganadora del primer premio en el concurso de ensayos de la *Fundación Caminos de la Libertad* de México, 2024, e integra el libro: *Free City. Orden cooperativo y competencia de reglas jurídicas* (Unión Editorial, Madrid, 2025). El trabajo incluye además conceptos que fueron desarrollados en dos libros previos: *Análisis económico e institucional del orden jurídico* (Abaco, Buenos Aires, 2004) y *Fundamentos praxeológicos del derecho* (Unión Editorial, Madrid, 2018).

reclamos, lo que permitió formar un conjunto de principios que se convirtieron en normas por su uso generalizado. La formación de esas normas fue un proceso que creció desde lo particular hacia lo general, es decir, desde los acuerdos y conflictos individuales hacia los principios elaborados a partir de la solución de tales conflictos.

La intromisión estatal ha torcido el sentido del orden jurídico, que por obra de las distintas vertientes de positivismo se convirtió en un instrumento coactivo de regulación de la libertad. El sometimiento del derecho a la política no sólo ha desvirtuado, sino que lo convirtió en algo muy peligroso: un arma en manos del gobernante.

Frente al monopolio estatal de la ley se erige la idea opuesta, la de la ley policéntrica, es decir, el rompimiento de ese monopolio y la admisión de un proceso competitivo originado en decisiones voluntarias, tanto para establecer las reglas como para resolver los reclamos¹. El punto culminante de este policentrismo se alcanza cuando se ubica la fuente del derecho en cada persona, lo que, como veremos, permite considerar a la sociedad como un conjunto de acuerdos contractuales y soluciones arbitrales sustentadas en múltiples reglas y criterios a disposición de las personas. Lejos de lo que intuitivamente se tiende a pensar y se le inculca a los estudiantes en las «escuelas de leyes», la creación y desarrollo del derecho no es obra de las autoridades estatales, sino de las personas que interactúan.

En otros ámbitos de estudio de la sociedad, se habla de ciencias o disciplinas. La lingüística estudia el desarrollo del lenguaje, la antropología la formación de culturas antiguas. No se piensa que la lingüística sea el «lenguaje», ni la antropología la «cultura antigua». Sin embargo, al derecho, por obra del

¹ Un buen avance en este sentido es el trabajo de Bruce L. Benson, en especial su libro: *The Enterprise of Law: justice without State*, Pacific Research Institute, 1990 [Trad. esp.: *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2000].

positivismo, no se lo suele considerar como la ciencia que estudia el orden jurídico, sino que el derecho «es» el orden jurídico, y se lo termina asimilando con la decisión voluntarista de ciertos grupos que imponen mandatos al resto. El propósito de este ensayo es mostrar el error de esa visión.

Para abordar el tema, dividiré la presentación en tres partes: en la primera explicaré al derecho como un orden espontáneo basado en decisiones individuales voluntarias que emanan de la cooperación; en la segunda, veré cómo se produjo el proceso de estatización del derecho; y finalmente, intentaré mostrar por qué considero necesario revertir la dirección que ha venido teniendo la teoría jurídica, y volver a separar el derecho del Estado.

CAPÍTULO I

EL DERECHO COMO ASPECTO DEL ESTUDIO DE LA SOCIEDAD

1. La sociedad como proceso de intercambio

Existen dos hitos históricos que han contribuido decididamente a la comprensión de los fenómenos que ocurren por la interacción humana. El primero fue el interés en los tipos de orden por parte de los filósofos griegos. El segundo, la discusión del orden social durante el siglo XVIII por los autores morales escoceses.

Los griegos distinguieron dos formas de orden: el espontáneo, natural, endógeno, autogenerado por la interacción de los elementos involucrados sin una búsqueda deliberada del resultado final, al que se referían como «*Cosmos*»; y el artificial, deliberado, exógeno, producto de la intervención de alguna fuerza o autoridad que lo impone, a que denominaban «*Taxis*»¹.

Hayek explicó que en aquellas discusiones sobre los órdenes se produjo una confusión terminológica, que recién pudo ser zanjada en el siglo XVIII. En efecto, los vocablos griegos originales, introducidos aproximadamente en el siglo V a.C., eran: *physei*, es decir «por naturaleza»; y frente a él, se utilizaron dos términos: o bien *nomô*, que podría traducirse

¹ Hayek, Friedrich A., *Nuevos Estudios de Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Unión Editorial, Madrid, 2007, pp. 99 y ss.