

EL CARÁCTER COMPETITIVO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Enrique Gherzi*

Desde que Savigny propuso la metáfora de las “fuentes del derecho” para explicar el origen de las normas, esta se ha convertido en una de las ideas más difundidas de las ciencias jurídicas. No hay sin embargo una teoría general de ellas. Este artículo sostiene que el derecho se crea competitivamente mediante procedimientos espontáneos de ensayo y error que ocurren en la sociedad como consecuencia no intencional de la cooperación entre diversos proveedores de normas. Se plantea así que el origen de las normas jurídicas es praxeológico porque proviene de la acción humana y es consecuencia de procesos catalácticos, en los que la competencia permite reunir una mayor cantidad de información y conocimiento de la que estaría disponible individualmente para cada miembro de la sociedad.

A la memoria de Alberto Di Mare, padrino y maestro.
Amigos como él les deseo.

El concepto “fuentes del derecho” es tal vez uno de los más difundidos y populares de las ciencias jurídicas contemporáneas. Sin embargo, es de reciente data.

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 28 (primavera de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Profesor de Derecho y Economía en la Universidad de Lima. Profesor visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Profesor honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil). Académico Adjunto del Cato Institute (Washington). Miembro de Mont Pelerin Society. Coautor de *El otro sendero* con Hernando de Soto y Mario Ghibellini. Ex diputado por Lima.

Se considera que el creador del término fue el ilustre jurista alemán Karl von Savigny, quien lo utilizó por primera vez a mediados del siglo XIX¹. Savigny fue tal vez uno de los juristas más integrales de todos los tiempos. La historia del derecho le reconoce múltiples contribuciones, además de una erudición y un apasionamiento en la defensa de sus ideas que fueron a la par los unos de los otros.

Savigny acuñó la metáfora hidráulica de que el derecho se origina en una fuente, para proponer que el espíritu del pueblo era el que le daba legitimidad a la ciencia jurídica. Para él, la “fuente del derecho” era el espíritu del pueblo (*Volksgeist*). Así lo recogió en su abundante obra jurídica. Para Savigny:

“El derecho tiene el carácter esencialmente popular, nacional, humano. El derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo. Afirmó la importancia de la costumbre como fuente del derecho positivo, acentuó la necesidad de estudiar la historia íntima de los pueblos, como medio de penetrar en su espíritu y de comprender así como en él se elabora el derecho, su derecho; por último, determinó que el papel del legislador no debe ser crear el derecho, inventarlo, sino, más bien, depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos”².

Esta idea savignista de que el derecho tenía un origen determinable rápidamente se tornó popular en la ciencia jurídica. Así, el concepto se difundió enormemente, al extremo de hacerse tremendamente popular entre los juristas. Podría decirse que el término “fuentes del derecho” es una metáfora afortunada, porque sugiere la idea de que el derecho tiene un solo origen, que lo dirige completamente como en una especie de curso de aguas. Es ciertamente una sugestión simple, fácil, comprensible rápidamente y que permite una exposición y una presentación bastante ágil de un concepto; de ahí su gran difusión y amplia fortuna.

Sin tener la antigüedad de otros conceptos como “posesión” ni mucho menos la prosapia de, por ejemplo la “acción pauliana”, el de “fuentes del derecho” es uno de los más rápidamente difundidos de la historia de la ciencia jurídica, al punto de que podríamos decir, de una manera u otra, que en la enseñanza del derecho contemporáneo prácticamente no existe ningún curso que no sea presentado inicialmente por el profesor correspondiente a partir de la explicación de sus fuentes.

Se dice que el derecho le debe a Gaio la división de sus materias en personas, reales, contratos y sucesiones. A no dudarlo le debe también a Savigny la idea de las fuentes³.

A pesar de su difusión, sin embargo, el concepto “fuentes del derecho” no tiene una dogmática ni una teoría general. Se trata de un concepto afortunado, pero, pese a su gran utilización, no podemos decir que haya sido elaborado sistemáticamente.

En la ciencia jurídica no hay algo así como una teoría general de las “fuentes del derecho”⁴. Lo que hay son clasificaciones más o menos caprichosas, casi tantas como profesores de derecho existen y como autores han escrito tratados de ciencia jurídica. Empero, no podemos desconocer contribuciones como las de Léon Duguit⁵ o Alf Ross, en mi concepto este último, realista escandinavo, tal vez el único que trató, ciertamente desde un punto de vista particular, de elaborar una dogmática de las fuentes⁶.

En general, podemos afirmar que no existe una teoría general de las “fuentes del derecho” en el derecho civil. Lo que hay es una suerte de taxonomía de las fuentes: clasificaciones más o menos arbitrarias y más o menos complejas, que son presentadas las unas y las otras por diferentes obras jurídicas y que son materia de argumentación y refutación por parte de los profesores de Derecho.

No exageramos, por ende, si sostenemos que la discusión por las fuentes corresponde a lo que los romanistas llamaban el derecho de los juristas, por oposición con el derecho realmente vigente⁷.

Esta dimensión del problema nos sugiere que, en realidad, la ciencia jurídica se ha servido con propósitos didácticos del concepto “fuentes del derecho”, pero que no ha elaborado, por lo menos a satisfacción, ni discutido a cabalidad, más allá de este conjunto de variadas clasificaciones más o menos arbitrarias, en qué consiste el funcionamiento de las fuentes mismas.

Ciertamente no es este el lugar para agotar la discusión, ni para examinar exhaustivamente entre las más importantes obras de la ciencia jurídica las distintas clasificaciones o variantes, de lo que hemos denominado la taxonomía de las fuentes del derecho, que son presentadas a lo largo del pensamiento jurídico contemporáneo, pero si tuviéramos que hacer una presentación sintética, sugeriríamos que el derecho civil tradicional divide a las “fuentes del derecho” en dos pares de fuentes, de alguna forma opuestas. Por un lado, en la literatura jurídica se habla de la existencia de fuentes formales como opuestas a las fuentes mate-

riales y, por otro lado, se habla de la existencia de fuentes principales como opuestas a las fuentes secundarias⁸.

Podríamos estar exagerando al sostener que prácticamente la inmensa mayoría de las propuestas de “fuentes del derecho” que presentan por los diferentes tratadistas pueden ser de una forma u otra agrupadas alrededor de este conjunto de pares ordenados de conceptos. Así, muchos juristas hablan de la existencia de fuentes formales principales, formales secundarias, materiales principales, materiales secundarias y de un conjunto de combinaciones más o menos complejas que van de un extremo a otro de esta agrupación de conceptos, pero en realidad lamentablemente el derecho civil no va mucho más allá. El derecho civil se agota deliberadamente en este extremo.

Resulta curioso comprobar que en este menester el debate tradicional no es más que una pura disputa terminológica, salvando por cierto las particulares excepciones de Duguit y Ross que –como hemos dicho– hicieron importantes esfuerzos por analizar críticamente el problema.

No obstante esta insuficiencia de desarrollo analítico creo que puede también ensayarse una apreciación adicional. Existe en la noción “fuentes del derecho” una suposición adicional común. A saber, en la literatura jurídica que menciona el concepto se supone que las “fuentes del derecho” se encuentran coordinadas de una cierta manera racional, en la cual hay una subordinación e inclusive una alternatividad entre unas y otras. La idea de jerarquía y exclusión entre fuentes es inherente al propio concepto y en el pensamiento civilista predominante.

Según sea la corriente doctrinaria, la posición filosófica, el gusto y hasta la pura opinión personal, los distintos tratadistas sugieren, en algunos casos implícitamente debido a la ausencia –como he sostenido anteriormente– de una dogmática general que examine a cabalidad el problema, la existencia implícita de una suerte de orden y subordinación de las “fuentes del derecho”, según la cual, una fuente es superior o inferior a otra y a la vez alternativa o excluyente.

Así, el derecho tradicional sugiere la existencia de una jerarquía excluyente entre las “fuentes del derecho”, que responde a una conceptualización racional de una posición filosófica determinada. Así, por ejemplo, para el jusnaturalismo, todo el orden jurídico debe estar sujeto bien a la ley divina –si es de origen religioso– o bien a la ciencia –si es de origen racionalista–, a base del principio de no contradicción y a una cierta jerarquía de normas.

Igualmente, para el positivismo las “fuentes del derecho” estarán ordenadas lógicamente y racionalmente de una cierta manera. En el caso del positivismo kelseniano, por ejemplo, se llegará, inclusive, al extremo de suponerse que no existe una pluralidad de “fuentes de derecho”, ya que solo la ley es capaz de tener tal condición⁹. No es compatible, pues, con la visión positivista, más radical, sugerir que existen varias “fuentes del derecho”, sino tan solo una, y las demás supuestas “fuentes del derecho” solo lo son en tanto y en cuanto son compatibles con la ley. En la medida en que no lo son, dejan de ser “fuentes del derecho”.

Esta situación ciertamente se ve graficada de una manera extrema en la famosa pirámide kelseniana, que propone una jerarquía de normas a la cual debemos remitirnos para la interpretación y la aplicación de los principios jurídicos. Así, Kelsen sostuvo:

“En el ordenamiento jurídico estatal, concebido como un sistema de normas gradualmente estructurado, el fundamento de validez de una norma lo constituye otra norma jerárquicamente superior. Es decir, toda norma de grado superior funda la validez de una norma de grado inferior derivada de ella. A su vez, todo el ordenamiento así estructurado tiene un último fundamento de validez; es la norma fundamental hipotética, supuesto gnoseológico que confiere unidad al orden jurídico”¹⁰.

La popularidad de la pirámide kelseniana es muy grande en el derecho contemporáneo. En el caso peruano se llega al extremo de que se encuentra, inclusive, considerada como una norma constitucional. Esta visión positivista en la cual el derecho tiene un conjunto de fuentes ordenadas de una determinada manera –en el caso del positivismo extremo, llegando a sostener que solo hay una fuente que es la ley por oposición a lo que es la visión naturalista–, sin embargo comparte con el jusnaturalismo la misma idea de que existe determinada jerarquía ordenada de normas. En el caso de los jusnaturalistas –como hemos sostenido–, las leyes naturales; en el caso de los positivistas, la ley positiva. En este caso, además, la idea geométrica que se inscribe en todas estas alusiones ingenieriles, iniciadas por el maestro Savigny al evocar la metáfora hidráulica de la forma de producir el derecho como una fuente de este, se completa por el pensamiento kelseniano con la idea de que una pirámide expresa el ordenamiento jerárquico de las fuentes del derecho, según la cual se encontrarían afectadas y ordenadas jerárquica, alternativa y excluyentemente las fuentes del

derecho en la sociedad, las unas respecto de las otras. Así, García Maynez sostiene:

“La tesis de Kelsen sobre las fuentes formales descansa en la doctrina de la estructuración escalonada del ordenamiento jurídico, puesto que el problema de la vigencia de las distintas normas se resuelve, refiriéndolas a las que condicionan su fuerza obligatoria, del mismo modo, que la de estas es después referida a otras de grado más alto, hasta que el fin se llega a la suprema, de la cual depende la existencia de todas las restantes”¹¹.

Cualquier resumen de un concepto jurídico es por supuesto arbitrario y somos absolutamente conscientes de que podemos hacer una presentación más compleja, amplia y minuciosa del concepto desde el punto de vista del derecho civil, sin embargo, en líneas generales, ese es el estado actual del concepto “fuentes del derecho”.

Curiosamente, entonces, tanto jusnaturalismo como positivismo comparten la idea de que las fuentes están ordenadas jerárquicamente desde un cierto punto hacia las demás. Los jusnaturalistas lo llaman ley natural¹²; los positivistas, ley positiva¹³. Sea como fuere, en ambos casos se cree que el derecho tiene un origen monopólico y racional. Proviene de un lugar. Se abreva de una fuente.

Frente a esta conceptualización de las “fuentes del derecho”, que está implícita en la literatura jurídica contemporánea, la teoría económica sugiere una perspectiva de aproximación al problema completamente distinta. El derecho civil tradicional piensa que el modo de producir el derecho en la sociedad es monopólico. Esta presunción, en la que incurren por igual los positivistas y los jusnaturalistas, importa un grave error de concepto que se deriva de uno más general.

La teoría tradicional supone que el derecho se origina monopólicamente porque pretende que el orden social es generado exteriormente a la sociedad. Toda esta discusión sobre el concepto de orden tiene como consecuencia entender que si el orden social se genera externamente a la sociedad, si alguien es el que le da el orden a la sociedad como fruto de una inteligencia superior, de la autoridad o de la fuerza, es lógico suponer –sea nuestra filosofía la jusnaturalista o la positivista– que el derecho se origina monopólicamente. Si hemos de sintetizar a sus mínimos fundamentos la teoría civil de las “fuentes del derecho”, nos atreveríamos a sostener que ella se fundamenta en la presunción de que el derecho se origina monopólicamente¹⁴. Aún más, diríamos que ella es una derivación necesaria de esta idea.

A partir de la teoría económica existe la posibilidad de aproximarse al problema de las “fuentes del derecho” desde una perspectiva completamente distinta. A saber, que el origen del derecho no es monopolístico, sino competitivo. Esta presentación del problema de las “fuentes del derecho”, por cierto, se origina en un concepto de orden social divergente. El concepto de orden social implícito condiciona la idea del origen del derecho en la ciencia jurídica tradicional.

Así como hemos sugerido que el concepto de orden social implícito en el derecho jusnaturalista o en el derecho positivista parte del principio de que el orden social es impuesto exteriormente a la sociedad, queremos proponer en estas líneas la idea de que el orden social existe intrínsecamente en la sociedad, que es espontáneo y es consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana. Si partimos de la presunción de que el orden social se genera espontáneamente, es intrínseco en la sociedad, no es creado deliberadamente por nadie, sino consecuencia descentralizada de la cooperación entre centenares de millones de personas, cada una tratando de buscar su propio y particular interés, la idea de que el derecho se origina monopolícamente, sencillamente resulta insostenible. El derecho, orden social infinitamente disperso, se genera de forma infinitamente dispersa, es decir, si hemos de usar la vieja metáfora savignista, las “fuentes del derecho” están dispersas, no se encuentran racionalmente organizadas en una sociedad, no hay jerarquía entre ellas. Por el contrario, lo que existe es competencia: un carácter competitivo de las “fuentes del derecho”, que es un reflejo de un orden social descentralizado y competitivo.

El que las “fuentes del derecho” no estén racionalmente organizadas significa que no son producto deliberado del diseño de ninguna persona en particular, pero no quiere decir que no tengan una lógica interna. Esa lógica no es racionalista, en el sentido de que no la produce una inteligencia deliberada, sino es fruto de praxis. Von Mises¹⁵ acuñó para describir a este proceso el neologismo “praxeológica”. La acción no deliberada de las personas o praxis se rige por una lógica, más exactamente por una praxeológica que refleje ese comportamiento. No se rige por un plan deliberado por nadie.

Si el orden social es descentralizado y competitivo, y tiene un origen infinitamente disperso, consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana, y es, por consiguiente, praxeológico¹⁶, es muy claro que las “fuentes del derecho” también tienen que conservar esa característica. Luego, el carácter competitivo de las “fuentes del derecho”

es el planteamiento del presente trabajo. Consiguientemente, nuestra hipótesis es la de construir una teoría general de las “fuentes del derecho” que sugiera que el derecho se genera descentralizadamente de una forma competitiva, en la cual no hay un proveedor único de normas en la sociedad.

Si partimos de esta visión de las “fuentes del derecho” por su origen descentralizado, una primera aproximación al problema, así planteado, es que en toda sociedad humana existe un conjunto de proveedores de normas, que son también consecuencia no deliberada de la acción de los seres humanos. Ese conjunto de proveedores de normas, que el derecho tradicional ha querido denominar “fuentes del derecho”, son –como la doctrina tradicional sugiere– instituciones tan variadas que van desde la ley, la legislación, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, etcétera. Tales instituciones han surgido evolutivamente como productos no deliberados de la cooperación voluntaria entre las personas.

El hecho es que si el derecho es consecuencia de la acción humana, de la regularidad en esa acción, de la cooperación voluntaria de las personas, en realidad en toda sociedad hay distintas maneras de producir el derecho. Existen la ley y la costumbre, que podríamos decir que son las fuentes principales sustanciales del derecho, pero hay formas de crear la ley y hay formas de descubrir la costumbre. En un sistema de *common law* ciertamente la preeminencia del derecho consuetudinario será mayor; en cambio, en un sistema de derecho romano-germánico la preeminencia de la ley será mayor. Pero en todo cuerpo normativo, sea cual fuera la tradición o familia jurídica a la que se inscriba, finalmente la presencia de estos elementos es común. Sucede que en la sociedad al existir distintos proveedores de normas, las personas demandan normatividad; demandan derecho. Así, si en la sociedad existe demanda por derecho, los consumidores escogen el derecho en función de los costos y beneficios relativos que tienen las normas producidas por los diferentes proveedores de normatividad.

Las diferentes “fuentes del derecho” –diríamos de manera tradicional– ofrecen en una sociedad sus productos simultáneamente. Dicho en otras palabras, en la sociedad existen la costumbre y la ley, ambas conviven simultáneamente. No hay –como el derecho tradicional creía– una sujeción de una fuente respecto de la otra. O predominaba la costumbre, si se trata del derecho consuetudinario, o predominaba la ley, si era un derecho romano-germánico.

No ocurre nada de ello. Las personas son las que escogen. No los sistemas jurídicos.

Sucede que desde el punto de vista económico el derecho en una sociedad simultáneamente es originado de diferente manera y la gente a nivel microeconómico decide qué norma utilizará, en función del costo y beneficio de cada una de ellas. Así, por ejemplo, puedo utilizar la ley cuando me conviene y puedo servirme de la ley cuando me conviene, cuando el costo de cumplir la ley es menor que su beneficio, o puedo como usuario del derecho desplazarme de una fuente del derecho hacia otra, de un proveedor de normatividad hacia otro y pasar de la ley a la costumbre, por ejemplo, cuando la ley se vuelve muy costosa. Luego cuando no puedo cubrir el costo de la ley, habré de desplazarme hacia la costumbre como una manera de obtener normas que me sirvan de referencia para el desarrollo de mis actividades¹⁷.

De manera que lo que sucede en la práctica es que las personas se desplazan de una “fuente del derecho” hacia otra, en función de los costos y beneficios relativos que cada una de las “fuentes del derecho” tiene. Así cuando vemos, por ejemplo, una sociedad en la cual se cumplen generalmente de una manera socialmente difundida las normas legales, lo que está ocurriendo es que la ley como “fuente del derecho” es eficiente, porque tiene beneficios mayores que los costos, y las personas se están sirviendo de la ley mayoritariamente como proveedor de normatividad socialmente afectable. Pero cuando vemos que en una sociedad la gente empieza a desobedecer la ley de manera masiva y empieza a recurrir a formaciones consuetudinarias, en realidad lo que ha ocurrido, en términos de “fuentes del derecho”, es que el usuario del derecho se ha desplazado de una fuente a otra: de la ley a la costumbre, en función de los costos y beneficios relativos de cada una de las “fuentes del derecho”. Lo que ha sucedido en la práctica no es que hemos caído en anarquía, si no, sencillamente, que cuando la ley se encarece, la sociedad usa otra “fuente del derecho”.

Ello para resaltar un hecho absolutamente central, que es el carácter competitivo de las “fuentes del derecho”. Las personas en la estructura institucional de una sociedad se sirven de estos procesos cooperativos espontáneos, a los cuales cada sociedad es capaz de adaptarse como consecuencia de la cooperación voluntaria de un *set* de normas aplicables al problema. Cuando sencillamente no les convienen, las personas recurren a otro proveedor de normatividad.

Ciertamente desde un punto de vista puramente teórico hay “fuentes del derecho” que pueden ser más eficientes que otras, y podemos servirnos de los criterios tradicionales para definir la eficiencia, pero lo que no podemos desconocer es este hecho absolutamente central. A saber, que a diferencia de lo que supone el derecho tradicional, lo que ocurre en la sociedad humana es que las personas se desplazan de una “fuente del derecho” hacia otra, en función de sus propios intereses. Las personas cumplen la ley cuando les conviene; cuando no les conviene, no la cumplen. Las personas cumplen las costumbres cuando les conviene. Cuando no les conviene, no las cumplen. En esa búsqueda eterna de la mejor norma, la más justa, la más simple, aplicable a nuestra vida, pasamos y nos desplazamos explícitamente e implícitamente, consciente o inconscientemente de una “fuente del derecho” hacia otra.

Luego, si tuviéramos que utilizar alguna figura geométrica, no podríamos hablar de una pirámide –como quiso Kelsen–, sino que, en todo caso, las “fuentes del derecho” se encontrarían graficadas en una esfera en la cual todas las “fuentes del derecho” coexisten descentralizadamente en una sociedad: hay diferentes proveedores de normas, que conviven permanentemente y los usuarios del derecho, los ciudadanos, las personas se sirven de un proveedor de normatividad de una “fuente del derecho”, según sus propias conveniencias y se desplazan de una fuente hacia otra en función de cuál satisface mejor sus propias y particulares preferencias.

Para el derecho civil tradicional, el orden social es exterior a la sociedad. Por tanto, es un orden impuesto. Hay alguien que le da orden a la sociedad. Ese alguien es un sistema jurídico que ordena el caos. El presunto poder demiúrgico del derecho se encontraría implícito en los principios y las filosofías tradicionales que se nos enseña

sobre el derecho¹⁸. Esto nos hace sugerir que, para el derecho civil, la forma de producir el derecho en la sociedad es monopólica; en la teoría general, si existe ella, la visión de las “fuentes del derecho” tradicional supone que el derecho se produce monopólicamente en la sociedad.

Para los jusnaturalistas, el derecho es consecuencia, reflejo de la ley natural. Para los positivistas, es consecuencia de la ley positiva, escrita. De hecho, para Kelsen solo había una “fuente del derecho”, las demás eran fuentes del derecho en tanto y en cuanto no se contradecían con la ley escrita. Pero los jusnaturalistas y positivistas comparten la idea de que el derecho se produce monopólicamente¹⁹.

La teoría económica sugiere una visión totalmente distinta: el derecho se produce competitivamente, descentralizadamente. No hay tal cosa como una pirámide normativa. En la sociedad conviven simultánea y competitivamente diferentes proveedores de normas, diferentes “fuentes del derecho”.

Si en la sociedad conviven diferentes “fuentes del derecho” que compiten entre sí proveyendo normatividad, los usuarios del derecho se desplazan de una fuente del derecho a otra en función de los costos y beneficios de cada proveedor de normatividad.

Por ejemplo, en la sociedad rigen simultáneamente la ley, la costumbre como fuentes principales y otros procedimientos como la jurisprudencia o la doctrina, como fuentes secundarias. Comúnmente ocurre en la sociedad que las personas se desplazan de la ley a las costumbres o de la costumbre a la ley en función de sus propios costos y beneficios. En función de sus propios intereses, cuando la ley se vuelve muy costosa, se desplaza a la costumbre. Cuando la costumbre se vuelve muy costosa, se desplaza a la ley.

En general, la familia jurídica le da predominio a una de las dos “fuentes del derecho”, el *common law* se la da a las costumbres, a la forma consuetudinaria; el derecho romano-germánico, a la ley. Lo que ocurre simplemente para la teoría económica es que no hay tal cosa como una producción monopólica de las normas jurídicas. En la sociedad hay una producción descentralizada, espontánea. El orden social es un orden espontáneo, no es creado por una autoridad central, sino por la sociedad, como una consecuencia no deliberada de la cooperación voluntaria de las personas. Luego el derecho que se genera como consecuencia de la cooperación voluntaria de las personas es también un proceso espontáneo y descentralizado. Se crea por la ley, también se crea por las costumbres y son competitivos; en determinado momento puede ocurrir que las personas pasen de una fuente del derecho hacia otra.

Así, sostiene Hayek respecto del derecho: “dichas normas surgieron porque propiciaban la aparición de un orden colectivo que aunque firme resultado de la existencia de ciertas regularidades a nivel de comportamiento individual fue la eficacia general de ese orden resultante lo que determinó la supremacía sobre los restantes grupos, de aquellos cuyos miembros se dedicaban a respetar determinadas normas”²⁰.

Un equívoco adicional es pensar que la creación del derecho es gratuita. La utilización de cualquier “fuente del derecho” es costosa.

Ese costo es la cantidad de tiempo y de información necesarios para cumplirla. Luego, no es cierto que toda ley se cumpla, ni que toda costumbre se observe. Ello solo sucede cuando le conviene al usuario hacerlo. Si el costo excede a su beneficio, ni la ley se cumple, ni la costumbre se observa.

El derecho es visto por la teoría económica como un bien de capital. No es un bien de consumo, sino uno de capital, como un martillo, como una máquina. La gente usa el derecho como un instrumento para sus decisiones. En tal medida, la gente usa la ley o la costumbre como “fuente del derecho”, es decir, como proveedor de normas socialmente vigentes, haciendo un análisis de costo-beneficio. Ese análisis puede ser explícito o ser implícito.

Es explícito cuando, por ejemplo, los abogados examinamos las distintas posibilidades de organización societaria en función de sus probables consecuencias laborales, comerciales y tributarias, a efectos de aconsejar a un cliente. Es también el caso de cuando un litigante decide demandar o un contribuyente, reclamar un impuesto acotado por la administración tributaria.

Hay otros análisis de costo-beneficio que son implícitos. En la decisión de una persona, por ejemplo, de invadir un terreno en lugar de comprarlo en una urbanización, hay implícita la decisión de qué “fuente del derecho” escojo. Si decido comprar el terreno en una urbanización formal, he escogido la ley como “fuente del derecho”. Si, en cambio, decido invadir un terreno, he escogido la costumbre como “fuente del derecho”.

La ley como “fuente del derecho” tiene, además, una característica muy especial, consistente en que sus costos y beneficios se reparten asimétricamente. En algunas oportunidades son los costos los que se concentran en algún sector social cuando, por ejemplo, ese sector social tiene que pagarlos –el caso de un arancel de importación que grava una maquinaria específica, por ejemplo–. En otros casos, lo que se concentra es el beneficio –como sucede cuando se considere alguna redistribución explícitamente a algún grupo social–²¹.

Este fenómeno en teoría económica se conoce como el problema del costo concentrado y del beneficio difundido. En general, cuando ello sucede, se afecta la conducta política de las partes involucradas notablemente. Así, cuando el costo del cumplimiento de una ley se concentra en un determinado grupo de personas y el beneficio está difundido entre muchos, es muy probable que esa ley no se adopte.

Por el contrario, cuando el beneficio de una determinada ley se concentra en un grupo y el costo se difunde, es muy probable que esa ley se adopte y se cumpla. La asimetría en la repartición de los costos y beneficios de la legislación afecta, entonces, la productividad política de los grupos sociales involucrados.

Además, si la ley es costosa, los costos de la legalidad son inversamente proporcionales al ingreso de la población²². Este efecto discriminatorio de la ley es generalmente ignorado por abogados y economistas. ¿Qué significa en la práctica? Que siempre la ley es más costosa para el más pobre y más barata para el más rico, por un problema de costos de oportunidad.

Ambos tienen ingresos desiguales y sacrifica más para cumplir con la ley el que menos tiene y sacrifica menos el que más tiene. Esta idea es sumamente importante porque generalmente los legisladores creen que uno puede convertir en realidad cualquier cosa a través de la ley, y eso no es verdad, porque toda ley lamentablemente tiene a la postre siempre efecto discriminatorio. Por eso, la teoría económica sugiere que, si en lugar de aumentar el número de leyes, este disminuyera, el resultado probablemente sería mejor. Con independencia de su calidad, que no obstante puede ser críticamente importante, a menor cantidad de leyes, el resultado probablemente será mejor que a mayor cantidad, porque se discrimina menos, y el costo de la legalidad es inversamente proporcional al ingreso de la población.

La costumbre tiene, por cierto, sus peculiaridades económicas propias. No obstante, las críticas de Tullock²³, que halla ineficiente el sistema consuetudinario, un grupo mayoritario de la doctrina encuentra a la costumbre superior a la ley como fuente del derecho.

Así, para Posner, tal superioridad se expresa en que por su carácter competitivo tiende a soluciones más cercanas al óptimo económico que las leyes²⁴. Priest, por su parte, considera intrínsecamente más eficiente al sistema consuetudinario que el legal²⁵.

Asimismo, Rubin encuentra que, a través de un proceso espontáneo de ensayo y error que sería implícito a la costumbre, se crea una tendencia automática a seleccionar la mejor solución posible para un problema, que él denomina “litigio selectivo”²⁶.

Sea lo que fuere —en nuestra opinión— es en la capacidad de aprovechar el conocimiento infinitamente disperso en la sociedad donde la diferencia entre ley y costumbre se ofrece como determinante. La ley, al ser central y deliberadamente elaborada, tiene una menor capacidad

para advertir, primero, procesar, después, y aprovechar, finalmente, el conocimiento disperso en la sociedad que la costumbre, caracterizada precisamente por ser un fenómeno descentralizado y espontáneo.

La conclusión a la que se puede llegar es que, independientemente de lo que el Estado quiera, los ciudadanos optarán siempre por la ley o por la costumbre, según les convenga. Digamos que no es una decisión política. Lo que ocurre es una consecuencia de la conducta individual, habida cuenta de que el ser humano tiene por naturaleza una tendencia al comportamiento maximizador. Es decir, todos tendemos a hacer lo que nos beneficia y tendemos a evitar lo que nos perjudica. Siendo ello así, es perfectamente lógico que si nos perjudica la ley y nos beneficia la costumbre, en un determinado contexto institucional, tendamos a servirnos de esta como “fuente del derecho” en lugar de la ley.

Un ejemplo dramático permitirá advertir el argumento: ¿Por qué en el Perú los pobres y los ricos invaden terrenos para hacer sus casas? Desde el punto de vista de la teoría económica de las “fuentes del derecho”, podemos sostener que, toda vez que la ley es muy costosa, los ricos han comenzado a imitar a los pobres para adoptar la invasión de terrenos como un modo originario de adquirir propiedad. Empezaron los pobres en 1930 con Leticia y fueron sustrayéndose del cumplimiento de la ley hasta crear una costumbre tan fuerte que hasta los ricos recurren a ella hoy en día. ¡Qué son las playas de Asia, sino el triunfo definitivo de la costumbre sobre la ley como fuente del derecho! Primero hay una invasión, luego se produce una organización vecinal, que es igual a las asambleas de los pueblos jóvenes, después hay un reglamento y luego comienzan a hacer sus obras exactamente igual como en un pueblo joven. Lo que ha sucedido en la práctica es que se ha derogado la ley, consuetudinariamente porque las “fuentes del derecho” tienen carácter competitivo.

Tal competencia no solo afecta el terreno puramente civil, sino tiene consecuencias penales. La invasión es técnicamente una modalidad de usurpación. No obstante que la usurpación es un delito. No hay reproche moral para invadir. Sin reproche moral, no hay delito socialmente reprimible.

Un derecho generado centralmente, en que la ley es confundida con la realidad, crea desorden y no orden. Un derecho costoso produce tales incentivos en la sociedad que la gente para tratar de convivir busca alternativas, que la lleva a desobedecer la ley y satisfacer sus pro-

pios intereses. Por supuesto esta conducta no es ideal, pero es mejor que pretender el cumplimiento de una ley eficiente.

Otro ejemplo no menos curioso es el relativo al de la construcción sobre terreno ajeno. En el Perú se presume que el dueño del suelo es dueño de la fábrica, según lo dispone expresamente los artículos 941 y siguientes del Código Civil. Sucede que en la práctica eso no es verdad. Si el 60 por ciento del área urbana del país es informal, en esa área rige la presunción inversa: el dueño de la fábrica es el dueño del suelo.

En efecto, entre los informales, como el proceso de inversión, hace que las titularidades sobre los terrenos se desarrollen a posteriori, termina adquiriendo el suelo quien edifica sobre él; y no viceversa como propone el derecho civil tradicional. Lo que ha pasado acá es análogo al caso anterior: si son competitivas las “fuentes del derecho”, las personas se desplazan de la ley a la costumbre y de esta a aquella en función de su aptitud para satisfacer las preferencias individuales. Si la ley es incapaz de servir a los designios de los usuarios del derecho, estos se encargan de generar una costumbre que, al abrogar en la práctica la ley, invirtió exactamente la presunción.

Por cierto, en el derecho civil no tiene nada de novedoso sostener que la costumbre deroga a la ley²⁷. De hecho, hasta las codificaciones del siglo XIX, tradicionalmente se habría admitido esta posibilidad. En el contexto del predominio jusnaturalista, por lo demás, es perfectamente consistente suponer que cuando la ley colisiona con la costumbre, es de derecho natural que esta predomine. Así, el Digesto, Las Leyes de Toro, La Recopilación y sus derivados reconocieron siempre que el desuso derogaba las leyes y que la ley divina era siempre un límite infranqueable para ellas.

La perspectiva económica, sin embargo, no hace una apreciación moral del problema. Lo que trata de destacar es el desplazamiento que las personas hacen de un proveedor de normatividad hacia otro en función de los costos y beneficios de cada uno.

En realidad, la “fuente del derecho” no sería más que una metáfora para presentar en lenguaje retórico el complejo problema de la provisión de normas en la sociedad. Quiera que este ensayo sea solo una provocación para el inicio de un fructífero debate.

NOTAS

- 1 Savigny, Karl von. *De la vocación de nuestro siglo*, Madrid, Editorial La España Moderna.
- 2 Prólogo de A. Posada. Savigny. Ob. cit., Madrid, Editorial La España Moderna, pp. 13-14.
- 3 Núñez, Estuardo. "La influencia alemana en el derecho peruano", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Lima, 1937.
- 4 Laclaun, Martín. "La constitución de la noción 'fuentes del derecho' en el pensamiento occidental", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984.
- 5 Duguit, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*, Buenos Aires, Editorial Argentina, 1975.
- 6 Ross, Alf. *Lógica de las normas*, Madrid, Ediciones Tecnos, 1975.
- 7 Paricio, Javier. *Historia y fuentes del derecho romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- 8 Cfr. Quinodoz, Roberto Ramón. "Las fuentes del derecho; diversas acepciones de la expresión", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, Argentina, año XV, nros. 76-77.
- 9 Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.
- 10 Ob. cit. Kelsen, Hans. Buenos Aires, Editorial Losada, 1946, p. 113.
- 11 García Maynez, Eduardo. "Diálogo sobre las fuentes formales del derecho", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México D. F., tomo XI, nro. 41, enero-marzo de 1949, pp. 17-18.
- 12 Savigny, Karl von. Ob. cit., pp. 72-73.
- 13 Hart, H. L. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 121.
- 14 Cfr. Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosh, pp. 525-526.
- 15 Mises, Ludwig von. *La acción humana*, Madrid, Unión Editorial, 1980.
- 16 Cfr. Hayek, Friedrich von. "Nuevos estudios", en *Filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981, pp. 110-115.
- 17 Ghersi, Enrique. "El costo de la legalidad", en *Estudios Públicos*, nro. 30, otoño de 1988, pp. 84-110.
- 18 Cossio, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954.

- 19 Genyi François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado político positivo*. Editorial Reus, 1925.
- 20 Hayek, Friedrich von. *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1985, segunda edición, tomo I, p. 185.
- 21 Cfr. Lepage, Henri. “¿Cómo canalizar el crecimiento del Estado?”, en *Jornadas hispano-francesas sobre la nueva economía*, Madrid, Ed. Forum Universidad, 1980.
- 22 Cfr. North, Douglass y Roger Leroy Miller. *Análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- 23 Tullock, Gordon. *Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedures*, Nueva York, Columbia, University Press, 1980.
- 24 Posner, Richard. “Common Law versus Statute Law”, en *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 247-261.
- 25 Priest, George. “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”, en *Journal of Legal Studies*, nro. 6, pp. 65-82.
- 26 Rubin, Paul. “Why is the Common Law Efficient”, en *Journal of Legal Studies*, 6, 1, 51.
- 27 Cfr. Cracogna, Dante. “Kelsen y el problema de las fuentes del derecho”, en *Revista Ius et Praxis*, Lima, 1985, nro. 5, pp. 5-9.