

## La impronta de Joaquín Costa en América Latina: el derecho vivo en el Perú del siglo XXI

---

HORACIO GAGO PRIALÉ<sup>1</sup>

Una parte de América Latina en la segunda década del siglo XXI crece sostenidamente: Brasil, Perú, Colombia, y Chile, por supuesto. Con economías abiertas y cada vez más interconectadas, estos países se van globalizando mediante acuerdos de libre comercio con grandes mercados, y a veces el crecimiento redundando en desarrollo y en cierta mejora institucional. Si bien la pobreza se mantiene en niveles altos y la desigualdad es la mayor de la historia, a la par existe un proceso de surgimiento y emergencia de una nueva y mayor clase media. Proliferan las plataformas comerciales en zonas de las ciudades antes periféricas, se uniformiza el modelo, se abarata el consumo de masas, las segundas y las terceras generaciones de migrantes provincianos llegados a las ciudades ya son profesionales y manejan conceptos modernos de comercio. Es un orden espontáneo que ocurre ante los ojos de un derecho formal paquidérmico. La explicación de lo jurídico en esta sociedad espontánea en términos de un proceso que va conjugando las costumbres con las leyes, al decir de Joaquín Costa, y también el enfoque que desde su pensamiento jurídico puede darse de la inacabable crisis del positivismo legal de estos países, viene sirviendo para entender mejor la vibrante sociedad que se tiene enfrente y el inerme Estado que no termina de comprenderla ni de incentivarla. En el Perú, muchas veces Costa es más útil que el Código Civil, sencillamente porque su pensamiento sí aporta respuestas a la necesidad de entender lo jurídico en medio de la complejidad de esta bullente sociedad espontánea.

One part of Latin America has been growing sustainably in the second decade of the 21<sup>st</sup> century: Brazil, Peru, Colombia and, of course, Chile. With open and more and more interconnected economies, these countries are being globalised through free trade agreements with large markets, and sometimes the growth results in development and a certain improvement in institutionality. Although poverty remains at high levels and inequality is the greatest in history, there is also a process of resurgence and emergence of a new and larger middle class. Commercial platforms proliferate in areas of the city that used to be peripheral, the model is harmonised, mass consumption comes down, the second and third generations of provincial immigrants that came to the cities are now professionals and manage modern business concepts. It is a spontaneous order that occurs before the eyes of a pachydermic formal law. The explanation of what is legal in this spontaneous society, in terms of a process that combines customs with laws, in the way of Joaquín Costa, and also the approach that the unending crisis of legal positivism of these countries may come from his legal thinking, has been used to understand better the vibrant society that it has in front and the defenceless State that does not fully understand it or incentivise it. In Peru, Costa is often more useful than the Civil Code, simply because his thinking does provide answers to the need to understand what is legal in the midst of the complexity of this bubbling spontaneous society.

---

1 Pontificia Universidad Católica del Perú. hgago@pucep.edu.pe

La ley civil es sencillamente una costumbre de derecho; y aun cuando se halle introducida en un código, no deja de ser costumbre, o, más claro, no tiene nunca otra fuerza que la que le da el hecho de ser practicada por la gente.

Joaquín Costa

## EL DERECHO FLUYE EN LA VIDA

Quiero decir en primer lugar que me causó enorme felicidad el privilegio de la invitación del Instituto de Estudios Altoaragoneses para asistir a las jornadas sobre el legado de Costa. Más aún cuando se conmemoran cien años de la muerte del gran polígrafo altoaragonés, uno de mis dos autores jurídicos principales, al lado de Juan Vallet de Goytisolo (estudioso y admirador de Costa, recientemente desaparecido y a quien rindo sentido tributo desde aquí). Vengo del Perú y dedico mi carrera docente universitaria y consultiva a temas de derecho y desarrollo en los que el pensamiento jurídico de Costa sobrevuela y está presente siempre, en mayor o menor grado.

Encontrarme en la tierra donde nació, vivió, murió Costa, a la que tanto amó, y a la que se refería enfático como la de las mayores libertades civiles de toda Europa, es muy emocionante para mí. Tierra esta donde se originaron los principios jurídicos del *standum est chartae* y el *standum est consuetudini* que me enseñó Juan Vallet, principios sobrecogedores y paradigmáticos para la libertad concreta, para la autonomía individual y social, para el derecho a la autodeterminación de las personas.

Supe de Costa por primera vez en 1988, en las clases de Metodología Jurídica del doctorado de Derecho en la Universidad Pontificia de Comillas ICADE de Madrid, dictadas por Juan Vallet de Goytisolo, a la sazón presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Vallet acababa de publicar su *Metodología de las leyes* y nosotros, sus alumnos, debíamos rápidamente empaparnos de las sesudas descripciones que ahí se contienen sobre la naturaleza del hombre, de las leyes y de las cosas, y para mí destacaron desde el inicio los ítems dedicados al León de Graus y a su teoría de la costumbre. Hasta ahora me suenan y me sirven como el primer día las lecciones sobre la sociedad de sociedades formada por *estados individuales*, *estados sociales*, esferas medianas y pequeñas, todo dentro de un sistema de personas y cuerpos intermedios interactuantes. También mi amigo el antropólogo peruano Fermín del Pino me contó sobre las relaciones de Costa con algunos intelectuales peruanos, como Víctor Andrés Belaúnde y José María Arguedas, y fotocopió para mí la referencia al Perú de los incas que hiciera el propio Costa en su obra *Colectivismo agrario en España*, y por supuesto la encuesta del Ateneo sobre costumbre jurídica a la que el León de Graus dedicó muchos años. A mí me interesaba la costumbre jurídica y hacía poco se había editado en Perú *El otro sendero*, de Hernando de Soto (publicado al poco tiempo por entregas en el *ABC*), sobre la informalidad peruana, de modo que me resultaba tremendamente sugerente la posibilidad de parangonar la idea de la costumbre de Costa con la complejidad de la bullente sociedad, economía y nación emergente. Me prometí entonces dedicar la tesis doctoral a profundizar en este paralelo y pedí a Juan Vallet que la dirigiera, a lo que accedió el maestro

con agrado y muy gentilmente. Pasarían algunos años, tres viajes y dos estancias renovadas de por medio en Madrid hasta que cumplí la promesa de redactar, concluir y defender la tesis. La dirección del proceso fue magistral, dado el genio de Vallet, quien además invitó a formar el tribunal evaluador a conspicuos intelectuales y juristas entendidos en foralismo y en Costa: Carmelo Lisón Tolosana, José Puente Egido, José Antonio Escudero López, Joaquín Almuera Carreres y un distinguido maestro y jurista aragonés, Jesús Delgado Echeverría. Ese marzo de 1998 el tribunal me obsequió con generosidad el *cum laude*, honor que después serviría para publicar la tesis en la revista *Civitas* bajo el epígrafe “Sociedad espontánea y derecho en el Perú: la nueva sociedad peruana desde la perspectiva del pensamiento jurídico de Joaquín Costa”.

Muchas ideas de Costa me impactaron siempre, pero una me resulta medular, la de atribuir a la persona humana capacidades jurídicas de creación de derecho:

una soberanía absoluta en la esfera del derecho individual; [...] Estado completo, lo mismo que la familia, lo mismo que el municipio, lo mismo que la nación, que podía ejercitar todos los poderes en la esfera de sus relaciones personales y tenía su más alta expresión en la facultad de legislar, mediante lo que llamaban los romanos *lex contractus*, *lex testamenti*, leyes primordiales que excluyen [...] toda otra regla, escrita o consuetudinaria, estatuida por autoridad pública.<sup>2</sup>

Joaquín Costa decía que la mejor filosofía del derecho era la practicada por los rudos montañeses del Alto Aragón, que a diario lidiaban con pactos y con el uso de costumbres jurídicas.

Todos los hombres tenemos dentro un jurista en alguna medida, como igualmente todos poseemos algo de artista, sea en el arte que sea, pero no siempre desarrollamos o nos preparamos en las técnicas de ese arte específico, y ahí queda durmiendo en nuestro espíritu. De la misma manera pasa con el derecho vivo. Las personas son productoras y generadoras de actos voluntarios de carácter jurídico y las comunidades a las que pertenecen son hacedoras de normas obligatorias con las que regulan mejor la asignación de bienes y cargas a diario. El derecho nos pertenece a todos. No limitemos la esfera de lo jurídico al trabajo del juez. El derecho es una esencia que acompaña a los grupos sociales en todo momento, una especie de oxígeno.

Lo hermoso del derecho es que las personas son hacedoras de él y no únicamente aplicadoras de normas. Forman parte de su proceso de puesta en vigencia. Las moldean, las confirman con el uso, les brindan legitimidad, las utilizan, las practican. Y también las abandonan.

Las sociedades no son islas impenetrables; por el contrario, son permeables e interactúan todo el tiempo. Es su naturaleza desde los tiempos más remotos. Debido a la dinámica y el movimiento inevitable de la vida, las sociedades pueden dejar de lado prácticas antiguas y adoptar nuevas normas para sí. De ahí la importancia de comprender que un buen sistema jurídico siempre será aquel que sepa integrar las normas de la vida real con las que provienen de fuente estatal.

---

2 Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. Buenos Aires, Editorial del Cardo (Biblioteca Virtual Universal), 2003 <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/71165.pdf>> [consulta: 9/10/2014], p. 12.

## EL DERECHO VIVO EN EL SIGLO XXI

En el momento actual de América Latina, económica y socialmente bullente (además de especialmente violento, diverso, desigual), la visión clásica costista nos descubre un derrotero. El derecho es una esencia de la vida, pero además, y en cuanto esencia, un lenguaje, un sistema de comunicación útil para que las personas comunes y corrientes puedan desarrollar interacciones, combinaciones, agregados, transformaciones de sus activos, de modo libre, responsivo y obligatorio.<sup>3</sup> Un mundo de conexiones. Conexiones que se realizan entre las personas en el interior de los grupos sociales, grupos a su vez de muy diferente tamaño, que existen y coexisten en paralelo, intersecándose, complementándose e interactuando muy dinámicamente. La sociedad de sociedades costista, los *estados*, desde el individual hasta la gran sociedad nacional, forma un escenario de redes diversas cuyos terminales (las personas, las empresas) se encuentran en contacto efectivo o potencial.

Costa estaría maravillado en el Perú de la segunda década del siglo XXI. Las empresas *nobles* de comercio, construcción, *retail*, servicios e incluso del sistema de bancos y cajas de ahorro buscan nueva clientela y muchas otras soluciones en el maremágnum de la sociedad espontánea, ahí donde antes se emplazaban las zonas tomadas por el sector informal. Lo más curioso es que no solo se trata de un asomarse por parte del sector estructurado y legal de la economía sobre la actividad de los informales, sino de una intencional y planificada necesidad de utilizar sus mercados, establecerse en sus espacios, acomodarse a sus prácticas, conocer sus esencias y luego construir formas de capturar esa gran clientela y ese dotadísimo espíritu emprendedor. El mecanismo simple que mantenía los dos mundos separados por un abismo surcado solo pocas veces y con enorme riesgo por los informales para *beneficiarse de la formalidad* se habría invertido, o, mejor dicho, se habría trocado en una suerte de doble cadena de transmisión. Gracias a esta los informales ya contarían con acceso a crédito en las microfinancieras y a publicidad eficiente en Internet y las redes sociales, dos de sus seculares carencias, y los formales accederían al mundo creativo, eficiente, emprendedor y masivo de la informalidad.

Pese al paisaje de anomia urbana, conflicto callejero y colapso en las calles, o al revelador índice de crecimiento de la informalidad en el Perú, vemos una larga marcha de integración entre lo formal y lo informal con la que de seguro Costa coincidiría. Que la vieja dualidad *blanco/indio*, o sus versiones *país oficial/país real*, *modernidad/tradición*, esté mutando es sensacional. Que el añejo paralelismo de los dos mundos equidistantes y desconfiados entre sí, incompatibles, irreconciliables, de dos raíces no resueltas ni consolidadas con el que se describía al Perú desde la colonia haya desaparecido (o casi) en los nuevos barrios urbanos para fundirse en una solución de rica diversidad es algo sin precedentes, una evolución inédita en la marcha de la sociedad desde que se produjeron las migraciones del campo hacia las ciudades. Esa dualidad, esas vías paralelas, antes fijas e inamovibles, después comunicadas solo con algunos puentes

---

3 El normativismo o positivismo legalista entendía al derecho como una ciencia formal sobre la base de aislar la norma de todo hecho contingente histórico, económico, cultural o social. El positivismo seguía la pista de un *derecho como ciencia pura*. Se entendía en concreto que el derecho era un conjunto de normas organizadas según criterios formales, nunca de contenido. Por su aislamiento de la realidad, el derecho se precipitó en el estrepitoso fracaso del positivismo.

(religión católica, idioma español), desde que apareció la sociedad espontánea a mediados del siglo xx, incrementaron sus entrecruzamientos en frecuencia y complejidad hasta exponerlos en la primera y la segunda década de este siglo. Se estableció una suerte de integración agresiva y compleja al margen de la intencionalidad política de nadie, menos del Estado, otra vez paquidérmico y macrocefálico después de la crisis política de finales de la década de 1990.<sup>4</sup> Esta poderosa idea de sincretismo fue lo que más nos atrajo cuando describimos la gesta urbana del Perú excluido, la epopeya protagonizada por los nietos de los nietos de los indios reducidos por el virrey Francisco de Toledo a mediados del siglo xvi, lo que llamamos *sociedad espontánea*, lograda merced al uso intenso de tradiciones y costumbres vivas, al afán de progreso, a la vocación sincrética, al ánimo de apertura, al espíritu exploratorio, a la tendencia a la inventiva.

### ¿CÓMO VA LA SOCIEDAD ESPONTÁNEA?

En 1997 bautizamos como *sociedad espontánea* el resultado del vuelco migratorio que dio luz en el Perú al país urbano emergente que apareció tras las migraciones de la segunda mitad del siglo xx. En ese momento todavía no se había instalado ningún *shopping center* ni construido ningún paso a desnivel entre avenidas troncales ni abierto oficina pública alguna del poder judicial o registros públicos en los antiguos conos de Lima. Se trataba de tiempos más difíciles. Los informales del Perú eran perseguidos y discriminados en su propio país y los humos de la guerra contra el terrorismo no se habían disipado. Tampoco estaba diluido en la memoria de millones de moradores de asentamientos humanos el recuerdo de encontrarse en medio de dos fuegos, el de los senderistas y el de los escuadrones militares, en sus propias casas y barrios. Entonces calificamos de *espontánea* esa sociedad porque en medio de esas penurias vimos que lo que ahí se estaba gestando era un notable orden espontáneo, al decir de Friedrich von Hayek y los clásicos griegos. Las invasiones de tierras estatales se habían convertido en asentamientos humanos, se construían casas de uno y dos pisos en barrios trazados con metrajés amplios, se pavimentaban calles y se levantaban veredas, se proyectaban avenidas troncales para unir esos anexos periféricos a otros barrios de unas ciudades que se convertían en megalópolis. Era una sociedad que nadie había inventado, diseñado, planificado ni organizado según estatuto oficial alguno; veíamos un orden espontáneo que surgía por evolución. En ese escenario social se empezaban

---

4 En el Perú, el intento de segunda reelección de Alberto Fujimori en el año 2000, planificado y llevado a cabo por el asesor de Inteligencia Vladimiro Montesinos, conlleva sucesivos actos de corrupción desde la cúpula del Estado que afectan a la casi totalidad de las instituciones democráticas. Esta trama y estos actos suponen un profundo deterioro de las reformas de primera generación y del proceso formalizador iniciado en el primer periodo del mismo Gobierno (1990 a 1995). Tras revelarse públicamente los vídeos que demuestran la corrupción, el régimen cae y sus líderes son capturados, juzgados y encarcelados. Un régimen concertado entre los anteriores partidos políticos toma el poder. El Gobierno elegido de Alejandro Toledo (2001 a 2006) detiene la formalización de la propiedad. La Administración siguiente, del presidente Alan García (2006 a 2011), no realiza ninguna reforma de Estado. Ambos Gobiernos centran su atención en el crecimiento de la macroeconomía, el control del gasto y la protección de la inversión extranjera. Los conflictos sociales abundan y son causados en diversas ocasiones por reclamos contra el modo en que el Estado ayuda a las corporaciones multinacionales y desatiende las demandas sociales. Estos se acumulan sin que el Estado les haga frente o los resuelva de modo sostenible. En varios casos producen muertes civiles y policiales. El Estado pierde dinamismo y multiplica sus actos de corrupción.

a cumplir reglas jurídicas más por armonización que por coerción y el comercio crecía al ritmo de la participación de las personas que se iban agregando a él poco a poco. La idea clásica del orden espontáneo que leímos en Von Hayek aparecía entonces ante nuestros ojos: la vida en los conos de Lima no reportaba una finalidad central, sino solamente motivaciones individuales, muchísima información sobre muchísimas variables era aportada y retroalimentada por muchísimas personas, sin que nadie en particular pudiera reunirla toda, y menos controlarla toda, ni siquiera contenerla toda (quienes participaban en ese orden, como mucho, conocían sus propias motivaciones). Nuevos poseedores, después futuros propietarios y activos emprendedores, daban animación social, económica, cultural, jurídica y financiera a esos espacios antes eriazos. La sociedad espontánea aparecía como una inmensa plataforma de vida intensa, agitada, dinámica, bullente, donde los peruanos inmigrantes empezaban a encontrar, cada vez más, ocasión para sacar adelante sus fines personales y atender sus necesidades propias sin tener que entablar relaciones presenciales con todos y cada uno. Esa era la imagen en 1997.

En la segunda década del siglo XXI el Perú sigue siendo un formidable observatorio natural para la costumbre jurídica. El derecho espontáneo es bullente, la vida social dinámica, en trepidante movimiento, cambio permanente, recreación constante. La diferencia está en que los choques de lo espontáneo con lo oficial de ahora obedecen más a una fallida metodología de aproximación e integración que al hecho de tener la sociedad espontánea una naturaleza adversa a la idea de orden o el Estado un deliberado deseo de excluirla o sentir indiferencia frente a ella. Las cosas han cambiado un poco en los últimos quince años. De un Estado incapaz de admitir la existencia del sector informal, ligero en predicar las erradicaciones y tratar de practicar los desalojos masivos, se ha pasado a un Estado más o menos comprensivo, aunque aún muy confundido, ante la vitalidad y la gran dinámica de la sociedad espontánea. El actual *momentum* del país muestra un Estado más atento al devenir de la base social, pero sin saber cómo aproximarse a ella y a una sociedad peruana menos polarizada, aunque todavía muy atomizada, en donde la disputa dialéctica entre el mercantilismo y la modernidad va decantándose poco a poco aunque con dificultad en favor de esta. Las migraciones masivas del siglo XX dieron lugar a un fenómeno demográfico que se tradujo a poco en la aparición de la sociedad espontánea.

El de la segunda década del siglo XXI es un momento de disputa entre las expresiones remanentes y nuevas del mercantilismo estatal y las modernas orientaciones empujadas por la sociedad espontánea. Pero se trata de una disputa diferente, que dejó de ser la que enfrentaba con violencia a los piquetes de revoltosos con la policía antidisturbios para convertirse en una pelea dialéctica, con articuladores eficaces de uno y otro lado (aun cuando en el de los informales son representantes débiles), donde ha desaparecido la marca de la recíproca exclusión (tan corriente en el siglo XX) y es frecuente la búsqueda de consensos. Hoy el Estado acepta la existencia de la sociedad espontánea, y esta, la necesidad de un Estado que brinde seguridad, en medio de un clima de evolución institucional y progreso social, económico y jurídico. Es un Estado cuyo mercantilismo va cediendo, aunque no desapareciendo; más parece que va mudando, trocando, mimetizándose, adaptándose a reglas de mayor apertura e inclusión.

El Estado en estos tiempos quiere entroncar el derecho formal en el espontáneo, pero no lo puede conseguir, no tanto por falta de preocupación por dotar de eficacia a la ley como porque simplemente no cuenta con la información sobre los contenidos valiosos de las normas

espontáneas o carece de una idea exacta de los núcleos de derecho espontáneo que puedan contener ADN de normas generales. Y no conoce esta información porque no sabe llegar a ella, porque no ha logrado hacerse con una metodología de sistematización de lo espontáneo. Se vive en el Perú una paradoja del ser estatal: querer y deber, pero no saber cómo legislar mejor. Costa hace mucha falta en el meollo del proceso legislativo peruano.

Desde la primera década del siglo XXI las empresas formales y las informales parecen haber encontrado en la sociedad espontánea la atmósfera y los incentivos adecuados para mirarse una a otra todo el tiempo. La libertad civil (libertad de poder tomar iniciativas jurídicas sin tropiezo), el fluir de las nuevas tecnologías, el atractivo de los mercados globales, la potencialidad de organizar una oferta de productos sustentados en conocimientos tradicionales son algunos de estos. También mucha más clientela gracias a la emergencia de una clase media, nuevas bases de datos, técnicas originales de mercadeo y de expansión de redes comerciales, novísimas formas de maximizar el espacio constructivo y hasta recursos especializados de tecnología global de punta. Gracias a ello el flujo de contacto crece y crece. Por supuesto, se trata de una tendencia de formalización fáctica, sin relación con una acción articulada del Estado y del todo consciente de la ineficacia del aparato público para organizar reformas de segunda generación que lo hagan sensible, informado y atento a su labor frente a la sociedad y al ciudadano. La particularidad de la sociedad espontánea para actuar en la vida diaria sin esperar que el Estado atienda sus necesidades, o como mucho negociando con él la provisión de algunos servicios básicos de carácter logístico mínimo (tendidos de redes de agua, de desagüe o de cables de luz, quizá pistas y veredas, a cambio de votos o aplausos en mítines políticos, *para la foto*), ofrece una imagen clara de países con un viejo historial de Estados ausentes, mercantilistas o fallidos. Sistemas duales (país real *versus* país formal, indios *versus* blancos), convenientemente equilibrados durante centurias con base en subsistemas de control muchas veces incruentos y orientados a mantener el dominio de los que dominaban y la distancia de los dominados, arrojó como resultado la nula expectativa de parte de la población excluida, que después engrosaría la sociedad espontánea, de que el Estado fuera a atender aspectos sustantivos de su vida social y económica. Con la excepción de las cuestiones de la educación y la salud pública (ambas de pésima calidad, dicho sea de paso), los peruanos que conformaban la mayoría y después integraron la sociedad espontánea nunca esperaron mayor cosa del Estado.

## TRES EJEMPLOS AL CANTO

### Las microfinanzas

Las microfinancieras peruanas aparecieron en medio de una crisis y una guerra interna terribles en la década de 1980.<sup>5</sup> Primero adoptaron la forma de mutuales frágiles y quebradizas, aun

---

5 En materia de microfinanzas recomendamos ver Conger, Lucy, Patricia Inga y Richard Charles Webb, *El árbol de la mostaza: historia de las microfinanzas en el Perú*, Lima, Universidad de San Martín de Porres, 2009.

cuando desde el inicio demostraban un potencial empozado, y después las cajas municipales, los bancos y las entidades especializadas se convirtieron en el cauce financiero de millones de emprendedores informales. No solo eso: adquirieron sanas prácticas financieras promovidas globalmente y aprendieron a enfrentar buenos y malos vientos, a controlar el *boom* de las colocaciones y a la vez sanear sus carteras cuando estas se hacían pesadas. Atravesaron varias crisis mundiales sin colapsar, pese a los negros vaticinios de varios analistas financieros, y mantuvieron los equilibrios de sus indicadores y acostumbraron a tasas moderadas de rentabilidad. Veinticinco años después de iniciada esta historia las microfinanzas peruanas han ganado celebridad mundial y sus historias de éxito son conocidas.

Al cierre de 2010 las microfinanzas habían otorgado en el Perú más de 5000 millones de dólares en créditos del sector financiero formal. En el mercado nacional actúan 221 entidades del sector de las microfinanzas (43 de ellas se encuentran supervisadas), que suman más de 1,8 millones de prestatarios activos, por lo general microempresarios del sector informal. Los autores nos recuerdan que una de cada tres microempresas recibe financiamiento formal y que el Perú se ha convertido en el engreído de los fondos de inversión especializados en microfinanzas, que captan cerca del 9% de sus fondos totales.

Lo que enorgullece a las microfinancieras peruanas es haber empaquetado lo que denominan *tecnología de las microfinanzas*, consistente en lograr generar el *saber cómo* para captar y sistematizar la información de los comerciantes informales referida a sus flujos de comercio sin necesidad de anclar su evaluación a *garantías reales*, es decir, hipotecas o prendas. Son una especie del sistema financiero que destaca el movimiento comercial del futuro prestatario más que las garantías que este pueda ofrecer, y también la velocidad de funcionamiento y el movimiento del *stock* gracias al conocimiento del cliente de la plaza, de sus redes de comercio y de las características de las mercancías que vende. En ellas los mecanismos entrelazantes entre lo informal y lo formal han mostrado su plena vitalidad. Las microfinancieras formales proveen a sus clientes de fondos obtenidos en el mercado financiero global o nacional regulado (es decir, formal) para financiar las actividades informales de comercio, autoconstrucción, transporte u otros servicios. Nadie pregunta sobre la licitud de la fuente de los fondos ni sobre la finalidad de los préstamos. Microfinanzas e informalidad son componentes relacionados estrechamente, y por ello mal podrían enfocarse las soluciones a una si no se entiende la salud de la otra.

## La autoconstrucción de viviendas

El sector de la autoconstrucción es igualmente emblemático de la convergencia entre la formalidad y la informalidad. Según la clasificadora de riesgos Class & Asociados en su informe de abril de 2011 para la empresa Cementos Lima, el 60% de la construcción en el Perú ha sido realizada mediante la autoconstrucción. Es decir, más de 6 millones de toneladas métricas de cemento son adquiridas cada año por los propios dueños o poseedores de terrenos o casas para levantar ellos mismos sus paredes, con sus maestros de obra y sus albañiles. Y utilizando siempre, o casi siempre, material de construcción procedente de la empresa formal cementera, siderúrgica o importadora de material eléctrico, de acabados, etcétera. Esta misma fuente indica

que la industria del cemento en 2010 creció más del 17% y que se proyecta superar el 8% en 2011. En el Perú, la tendencia en la producción del cemento está en alza y ya sobrepasó los 11 millones de toneladas métricas anuales. Por supuesto, como ocurre en las microfinanzas, aquí tampoco en modo alguno el Estado promovió este desarrollo. A veces, muy por el contrario, lo ha querido abolir o acallar, como cuando el reglamento de edificaciones vigente (junio de 2006) no menciona la palabra *autoconstrucción* en sus más de diez mil artículos.

### **Vida jurídica hasta en los barrios más deteriorados**

Los barrios tugurizados son cualquier cosa menos ciudades fantasma. Se trata de emporios de vida y actividad social y extensos conglomerados de viviendas que dan morada permanente a miles de familias. Por ejemplo, el 80% de las 73 hectáreas (incluyendo los monumentos religiosos, los paseos, las alamedas y la plaza de toros) en que se expande el Rímac histórico está dedicado a vivienda. En 58 hectáreas de tugurios se agolpan nueve mil quinientas familias. Otro tanto puede decirse de los Barrios Altos y Monserrate, también en Lima, ubicados en la otra orilla del río Rímac, donde en 120 hectáreas de ciudad antigua moran cincuenta mil familias más. Auténtica masa humana, familiar y social. Es una tendencia.

Su deterioro no se debe a la inexistencia de personas para cuidar las casas, sino a que aquellas se encuentran atadas de manos o tienen prohibido emprender la menor tarea de conservación o cuidado. Los moradores, en su gran mayoría, no son propietarios, y quienes aparecen como tales en algún documento público o inscripción registral han desaparecido o se han desentendido. Una y otra vez las autoridades, siguiendo la consigna de las leyes y el consejo de los asesores municipales, convocan, buscan y claman ante fantasmas que nunca asumen su condición de dueños, sin siquiera contestar el llamado o asomar la cabeza por el barrio. Uno de los signos de la precarización es ese: quienes se encuentran obligados por la ley a cuidar y conservar las casas no existen en la práctica. Se han difuminado. Pero la vida debe continuar en sus casas. La marcha del reloj diario no cede ni se detiene, no espera ni puede darse el lujo de hacerlo. Todos los días las familias deben comer, vestirse, trabajar, transportarse, educarse y volver a la carga.

¿Qué hace que ante tan penosas condiciones la vida diaria en los tugurios siga siendo motivadora para miles de familias?, ¿cuáles son las poderosas razones de quedarse o cuál la escondida esperanza que albergan estos moradores que han pasado toda su vida, una, dos y hasta tres generaciones, viendo el goteo del deterioro y la ruina?, ¿cómo hacen decenas, centenas de miles, millones de familias en las ciudades tugurizadas de todo el mundo para sublimar la decadencia de cada rincón?, ¿cómo palían y sobrellevan la idea del inminente colapso, cómo administran el perpetuo derrumbe?

En la respuesta a qué es lo que ata a las personas a las casas tugurizadas en los barrios antiguos se encuentra gran parte del misterio de su potencial renovación. Un paciente seguimiento del hilo de la madeja de las razones que arraigan a las personas a un sitio y el enorme valor que esos espacios tienen para ellas y sus familias conducirá a esta suerte de piedra filosofal de la destugurización.

La radicalidad de la decadencia en el tugarío se solapa cuando asoman muchos de los hechos vitales de su gente. En la megaciudad emergente de comienzos de siglo el Sagrado Corazón de Jesús de yeso sigue colgado en la pared principal de la casa y la rejilla con la puerta de vidrio sigue protegiendo a la santa Rosa de Lima o al Judas Tadeo en el callejón. La matriarca de la familia regresa todas las tardes de la misa en el sagrario de la iglesia de San Lázaro o de Copacabana tras encomendar a sus nietos a las almas del purgatorio. Pero la casa también es habitada o frecuentada por las nuevas generaciones que se destetaron con la PlayStation y que ahora estrenan las piruetas que exige el New. Son los mismos que tienen viviendo en Nueva Jersey a sus papás, sus tíos o sus primos, con quienes hablan diariamente a través del Skype y de quienes se espera que compitan por regalar en Navidad lo más innovador. Son bandadas de muchachos y muchachas, incluso nuevos adultos treintañeros, perfectamente insertados en la aldea global y las realidades virtuales, en el mundo del conocimiento.

Se dice que los barrios no morirán nunca si aún juegan niños en sus calles, bailan jóvenes en sus salas y asoman macetas con flores recientes de sus ventanas. Es curioso y es cierto. En las visitas a los solares deteriorados del Rímac (barrio que integra la Lima histórica, *abajo el puente*) es inevitable encontrar un niño o niña entrando o saliendo en ropa escolar, sudando por el juego o acompañando seriamente a la mamá en algún quehacer doméstico. Asimismo son memorables las fiestas juveniles y los maratones de salsa, del mismo modo que abundan las macetas *con flores recientes*. Todo ello, pero especialmente lo último, hace del callejón (batería de habitaciones dentro de lo que fuera el patio del solar) un espacio rejuvenecido y disimula su fealdad eficazmente.

En los solares, además del espacio privado para la familia (la habitación grande o los dos cuartos con altillo), se da por fuerza la zona común o semiprivada. El callejón, corredor o pasillo que da cabida a todas las puertas de los diferentes habitáculos es compartido por el resto de grupos familiares del solar. Ahí se cuecen las habas de la primera relación social no familiar, ese es el primer nivel de sociabilidad; jurídicamente hablando, la primera esfera o zona de derecho en la que se debe consensuar la coexistencia de unos con otros. Es en el callejón o en el pasillo donde los padres y sus hijos conocen y construyen sus primeras pautas jurídicas de convivencia con los otros vecinos y sus familias. En ningún lugar será mayor ni más palpable la determinación básica que supone la condición de vecinos que en el callejón. Los patios y callejones no son área común en el sentido lato, como los edificios de departamentos, sino espacios de comunicación y de aprendizaje social. No son simples zonas de tránsito, sino de intercomunicación e integración. Los patios sirven para que los niños aprendan a gatear y andar, se alisten los artilugios con que los colegios abarrotan a los estudiantes cada fiesta o conmemoración que los profesores les encargan (y vaya que son muchas), se lleven a cabo las *polladas* pro fondos para los varios fines benéficos o solidarios que son rutina en el barrio antiguo o se converse sobre todas y cada una de las novedades familiares, vecinales, distritales.

Abundan las actividades lúdicas en el solar. El conflicto no determina el ritmo de la vida. Se puede decir que en las casas tugarizadas funciona un pacto social esencial y no el perpetuo estado de naturaleza hobbesiano. Se trata de un pacto en esencia legitimador de usos privados y usos compartidos que tiene la cronometría de un reloj de pared. Exacto, de filigrana, confiable. Se podría decir que la confianza es notablemente mayor ahí que en otras esferas urbanas. Varios

síntomas son explicativos de esto, pero uno de ellos destaca sobremanera: proliferan las puertas abiertas en el interior del callejón en horas diurnas. Exhibiendo sus intestinos sin temor a que sean transgredidos, las dueñas de casa no se arredran ni atemorizan ante el vecindario que transita o pulula por el callejón. Nadie tiene temor. La vida vecinal fluye con mucha vibración y confianza y los espacios privados se abren a la vista de aquellos en quienes se confía, los vecinos. No se trata de displicencia. Se llama *confianza*, y con ella vienen las demás atribuciones felices de la convivencia. Por comodidad o por necesidad de ventilación, o por simple gusto de socializar, las mamás o los señores de la casa acomodan sus sillas en los umbrales de sus viviendas, instalan la parrilla anticuchera o la caja de *marcianos tuti fruti*, y la tarde promete cháchara y relajo.

La ciudad es un cuerpo vivo, diría Costa. No un cuerpo biológico vivo, sino un cuerpo social que tiene vida social. Un cuerpo que obedece a un orden. Los griegos atribuían el orden de las ciudades a la idea de un cosmos, de un orden espontáneo. En ese orden se cuece la vida en un entramado triple de espacio privado, espacio ajeno y espacio de todos. La vida pulula ahí en todas las velocidades. “Las grandes ciudades eran generadoras naturales de diversidad e incubadoras prolíficas de nuevas empresas e ideas de todo tipo, espacios naturales donde germinaba un inmenso número y tipo de pequeñas empresas”,<sup>6</sup> afirmaba Jane Jacobs, vaticinando que en el futuro crecerían vigorosamente únicamente las ciudades que admitieran diversidad humana y las que convocaran a su vez otras diversidades, como la económica y la arquitectural. “Las altas concentraciones humanas y apreciable densidad demográfica, sin llegar al hacinamiento, son condiciones necesarias para el florecimiento de la urbe”, decía la urbanista canadiense.

La vida humana aprecia sumamente la proximidad y la diversidad, tiende a lo policromo, no a lo monocromo, a la experiencia múltiple, al aprendizaje, a la interculturalidad. En la ciudad es vital la cercanía de un emprendimiento con otro y con muchos otros, y es esencial la posibilidad de la interactividad entre las personas que participan de ese triple espacio. Entonces, la decisión sobre los emplazamientos de cada uno de ellos no es algo accesorio, sino crucial. El valor que las mentes de las personas atribuyan al espacio que ocupan en la ciudad será grande o reducido dependiendo de cómo se inserta ese espacio en un esquema de proximidad. En suma: en la ciudad pulula la vida humana, comercial, social, cultural, y la proximidad de las relaciones humanas agrega valor a los espacios públicos y privados.

Por las venas de ese cuerpo social, de esa ciudad, de ese orden, ahí donde florece la vida a pesar del deterioro, donde se empoza el sentido de pertenencia y se revaloriza la cultura de los pueblos, corre un tipo de fluido vital, una savia social: el derecho. “Es el derecho vivo”, decía Joaquín Costa; son los hechos jurídicos, las relaciones que hacen posible que las personas alcancen en el triple espacio comentado (privado, ajeno y común) propósitos individuales o compartidos. Pero lograr esta armonización tiene una condición previa: que las personas asistidas por el Estado para formalizar y dar seguridad decidan y garanticen la propiedad de las cosas y de los espacios con base en acuerdos con los demás. A nadie se le ocurriría atribuirse la propiedad de algo sin que antes exista un sistema de acuerdo con los demás (expreso o tácito) que permita que todos lo acepten así y lo entiendan así.

---

6 Jane Jacobs es autora de *Muerte y vida en las grandes ciudades*, Madrid, Península, 1967.

## CONCLUSIÓN

Una antigua preocupación sobre las razones del abismo entre las leyes formales y las realidades socioeconómicas nos llevó a estudiar desde los años noventa la ineficacia de las primeras. Docenas de veces constatamos que para cumplirse una ley no bastaba con promulgarla, publicarla, reglamentarla, comentarla, sumillarla, ni siquiera divulgarla o enseñarla en una cátedra de Derecho, sino que esa ley requería ser legítima, es decir, tener raíces y entroncarse en el derecho espontáneo de las comunidades sociales a las que iba a afectar, ya sea por ser producto de las costumbres o por tener la potencialidad de adecuarse a su derecho vivo. También vimos casos reales en los que el arraigo de la ley a la costumbre abarataba la eficacia de la norma gracias a la respuesta que las comunidades beneficiadas solían dar de modo espontáneo a leyes que les eran útiles, y además porque solamente arraigando leyes en costumbres se cimentaba mejor la validez de la ley. Pero, por encima de todo, supimos que ese entroncamiento no era un asunto esotérico, sino uno perfectamente posible si es que se seguía una metodología racional de captura de realidades jurídicas informales. Costa tenía razón en creer posible este acto creativo jurídico.

Viendo el derecho como un sistema dinámico dotado de herramientas para resolver situaciones concretas en torno a definir lo que es de cada quien (y no solamente como un paquete de leyes o normas menores), las palabras clave de por qué una persona acepta y cumple una norma son *utilidad* y *conveniencia*. Las leyes útiles se aplican porque resuelven temas concretos, convienen; las inútiles o inconvenientes se descartan o se pasan por alto. En el mundo del derecho espontáneo este utilitarismo es más evidente que en el sistema legal. Las costumbres jurídicas llegan a serlo solo si la propuesta personal del agente es reproducida por todos en la comunidad una vez que aquel la practicó, aun cuando al hacerlo haya seguido solamente su propia necesidad. Esa *contemporaneidad* o coincidencia entre él y todos los demás se produce por el carácter utilitario y práctico de la solución individual respecto de los problemas del resto de las personas del mismo colectivo. De este modo una costumbre, e incluso una ley civil, al final se mantiene como tal durante el tiempo en que su uso siga siendo repetido. Ni un día más. Esta razón avala que la ley deba ser una costumbre escrita, contar con esa capacidad utilitaria y resolver temas concretos que las personas aprecian. En conclusión, como Costa defendía, ley y costumbre tienen un mismo cordón umbilical: la utilidad, el uso, el aprovechamiento que de la norma se haga en la práctica por parte del agente en la vida concreta. De modo que la perturbada relación entre leyes formales y derecho espontáneo podría ser reconstruida en torno a contestar una única pregunta: ¿va a servir esta ley para los fines que los agentes a los que va dirigida se proponen frente a las necesidades concretas que ella prevé? Palabra tan simple, *utilidad*, que no pareciera esconder el verdadero papel de piedra angular que representa como fuente de eficacia y legitimidad de la ley en un sistema tan afectado por la proliferación de normas sin eficacia, existentes apenas en un mundo nominal.

La ley será eficaz si es legítima. Y es legítima solo si tiene en cuenta el derecho espontáneo, si se entronca con él. Eugen Ehrlich decía que la verdadera ciencia jurídica tenía por objeto la observación directa de la vida, de los *hechos del derecho*, y utilizaba la expresión *derecho*

*vivo* como la clave de la evolución del derecho, al que también llamaba *mundo de las normas en acción*. Sin saberlo, el jurista austriaco no hacía sino ratificar a Costa cuando contundentemente sancionó:

Legisladores engreídos que pretendéis gobernar los pueblos con ideas y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros [...], las leyes que nosotros escribimos en el mudo lenguaje de los hechos son más firmes y más incontrastables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza.<sup>7</sup>

---

7 Costa, Joaquín, *La vida del derecho*, Madrid, Imprenta, Estereotipia y Galvanoplastia de Aribau y Cía., 1876.