

# *El pensamiento jurídico de Joaquín Costa y la sociedad espontánea peruana\**

POR

HORACIO GAGO PRIALÉ

Estas líneas están escritas teniendo al frente la realidad social del Perú del siglo XX, sumergida en las resultas de la gran revolución demográfica que tuvo lugar en el siglo que termina y que ha convertido a una nación entera, secularmente dedicada al cultivo del campo, en una sociedad urbana, mestiza y diversa, ahora inmersa en el trasiego de la enorme megalópolis que ha fabricado. Tras gigantescas olas migratorias del campo a la ciudad, Lima, antes centro de poder político colonial o criollo, se ha convertido, además, en escenario fundamental del grueso de las relaciones sociales de una emergente forma de vida en comunidad: la sociedad espontánea. En ésta tiene lugar un entramado de iniciativas individuales y tradiciones comunales ancestrales combinadas con una plena autonomía de movimiento por parte de los grupos sociales, o también formas prácticas de solucionar los diarios imponderables, que para quienes nos hemos acercado al pensamiento de los foralistas españoles es muy difícil dejar de pensar en Joaquín Costa, el jurista de la libertad civil, y en todo el marco teórico que formuló: en su teoría de los hechos jurídicos, en los *estados* o esferas de derecho, en el principio de *subsidiariedad* que los gobierna o en el papel supletorio del Estado. Con los dos pies en el terreno de las realidades vivas, los hechos jurídicos concretos y la libertad con que éstos se realizan, el foralismo jurídico de Costa y su apego a las creaciones populares más trascendentes son asimilables, o por lo menos nosotros lo creemos así, a la contundente aparición y crecimiento de los enormes conglomerados urbanos, vitales y coloridos en que consiste esa nueva sociedad espontánea instalada en una nación populosa.

Cuando en un país tan típicamente hispanoamericano como el Perú del siglo XX la complejidad de la vida social no es entendida por el Estado y su cuerpo de legisladores, y la sociedad debe suplir esa ignorancia auto-abasteciéndose de la totalidad del derecho que necesita —no sólo del que le es propio como las costumbres o contratos, sino de los instrumentos que al Estado le corresponde suministrar, como leyes

\* El presente artículo resume la tesis doctoral del autor, titulada *Sociedad espontánea y derecho en el Perú. La nueva sociedad peruana desde la perspectiva del pensamiento jurídico de Joaquín Costa*, defendida en la Universidad de Comillas de Madrid el 16 de marzo de 1998. Gago Prialé es abogado peruano e investiga sobre Derecho y nuevas sociedades latinoamericanas.

viales y mecanismos de administración de justicia–, es legítimo para los juristas imaginar soluciones que salven ese abismo. Unos las creen encontrar acentuando –más aún– las funciones del Estado central y otros confiando en la capacidad de organización de las fuerzas sociales espontáneas. En el primer caso la superposición de leyes va construyendo una realidad virtual distinta y distante de la social, una galaxia legalística que de modo similar a la realidad virtual del *ciberespacio* no tiene necesariamente que ver con lo que pasa del ordenador para fuera. Y en el segundo, que es donde nos encontramos, la espontaneidad anima a buscar paralelos, antecedentes, caminos, puertas abiertas que planteen salidas concretas a esa trabazón.

Desde una perspectiva jurídica peruana, muy familiar a la española no sólo por razones doctrinarias, sino históricas, culturales, lingüísticas y de sangre, no deja de ser novedoso encontrar una de esas puertas abiertas en el pensamiento de un hombre del siglo XIX español como Joaquín Costa.<sup>1</sup> La idea de por sí innovadora de que a fines del siglo XIX exista alguien que, filosófica y prácticamente, no se resigne a la monotonía perniciosa del legalismo, sino que basándose en una idea sustantiva del derecho con sede en la costumbre dé respuesta a los gigantescos abismos que aquel sistema generaba, nos caló profundamente desde que la conocimos y animó a utilizarla como palanca para la relectura total de la historia jurídica peruana y fundamentalmente de sus posibilidades futuras respecto de la nueva sociedad instalada en sus ciudades.

## LA IDEA DE DERECHO EN COSTA

La teoría jurídica de Joaquín Costa es una defensa del valor de la costumbre como guía y orientación para el legislador. Levanta esa bandera sin temor porque conoce a las costumbres en su gestación, vida y muerte, porque las ha practicado, gozado y padecido en carne propia y porque siente que encarnan la más genuina vocación jurídica de los hombres reunidos en sociedad. Por eso su defensa cerrada de la creación popular es a la vez el escarnio de los defectos del proceso legislativo, que, realizado para su época, tiene patente actualidad para el Perú y muchas otras naciones donde desde el escritorio se quiere dictar el compás de la realidad. Su denuncia tiene más vigencia que nunca: “legisladores engréidos 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

<sup>1</sup> El nombre de Joaquín Costa fue de obligatoria inclusión en el diagnóstico de la profunda crisis de identidad de naciones hispanoamericanas de comienzos del siglo XX como Argentina y Perú, a modo de modelo de actitud regeneradora e integradora. La generación del 900 peruana le dio un valor emblemático (véase Víctor ANDRÉS BELAÜNDE, *Peruanidad*). Sin embargo, su teoría del hecho jurídico no fue considerada, entendemos, por el especial momento de apogeo del ideal positivista de la época, en todo incompatible con el ideal costista de un derecho desprendido de la vida social.

más firmes y más incontrastables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están más fundadas en la naturaleza”.<sup>2</sup>

Costa muestra una opción preferente por la costumbre frente a la ley: “No hay pueblos” –dice– “más sumisos a la autoridad y que más respeten las leyes, que los pueblos donde las leyes no son opresoras”, pensando en la necesidad de temerle más a la imposición irracional de un derecho *reglamentarista*, que al vigor de la libertad civil expresada en costumbres. Para Costa la fecundidad y la imaginación están reñidas con la centralización. Es escéptico ante el derecho entendido como un mero acto legislativo: “El poco legislar y demasiado cumplir las leyes viejas origina despotismo, y el mucho legislar y poco cumplir las leyes nuevas origina anarquía”.<sup>3</sup> Para él, el derecho según la “conciencia científica” debe distinguirse del derecho según “la conciencia común”, estando en esta última su auténtica naturaleza. Señala que, para la idea cientifista, el derecho es una ciencia jurídica parametrada por una condición social, externa y coercible, parámetros que considera demasiado ajustados para una concepción amplia como la que él busca.

Tiene un concepto tan alto de la costumbre que fundamenta su trilogía conceptual, Vida, Vida del Derecho y Derecho, en esa “fuente más pura y caudalosa” que es la costumbre.<sup>4</sup> Costa rescata la costumbre del subordinado papel que el positivismo legalista le asigna como hija de un dios menor del derecho –peyorativamente limitada a ser expresión metajurídica– y también del círculo antropológico que la monopoliza como instrumento de civilizaciones menores. Se levanta contra la fuerte tendencia que entiende la expresión “Derecho Consuetudinario” sólo como el “conjunto de normas propias de los pueblos primitivos”. Costa está lejos de ser sólo un defensor de la costumbre como hecho folclórico, más bien postula la modernización dentro de la libertad civil y cree que en esa denostada costumbre, en esa expresión de la vida social, reposa la fuerza racional y libre de los individuos y las organizaciones sociales.

El sentido práctico de su concepción se refleja en su idea del derecho. Para Joaquín Costa el derecho es un mecanismo articulador entre medios y fines en un marco de libertad y racionalidad. Dice que el derecho es el orden de la libre condicionalidad, “... la relación que media entre los fines racionales de la vida y las condiciones que deben prestar para su cumplimiento los sujetos racionales y libres que los tengan, o más breve, la conducta libre en cuanto presta medios para fines racionales”.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> COSTA, Joaquín, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, pp. 140 y ss.

<sup>3</sup> COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, p. 10.

<sup>4</sup> COSTA, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1, pp. 15-16.

<sup>5</sup> COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho: Ensayo sobre Derecho consuetudinario*, Madrid, Imprenta, estereotipia y galvanoplastia de Aribau y C<sup>a</sup>., 1876, p. 58.

El polígrafo elabora su concepto de derecho dentro del marco mayor del concepto de vida, como una cualidad de ésta: "... el derecho es algo propio nuestro, no algo prestado o recibido como desde fuera, puesto que lo pensamos como coesencial con nosotros".<sup>6</sup> Y entendido como una relación entre medios y fines, donde la libertad y la racionalidad tienen un juego determinado, el derecho para Costa comprende seis categorías fundamentales, a saber:

1. Es un principio de dirección para la voluntad, es decir, independiente de la voluntad y superior a ella. El derecho es ley para la voluntad y superior a ella. El derecho es ley para la voluntad. Es decir, a diferencia de las tesis contractualistas, el fundamento y el criterio del derecho para Costa no se encuentran en la voluntad. Más bien la voluntad está sometida al derecho. El derecho permite establecer los criterios para obrar y "apreciar la bondad de los actos humanos" y "reside en la naturaleza misma de las cosas y sólo cuando se obra conforme a ellas, los actos son buenos, derechos y justos".<sup>7</sup>

2. El derecho es un principio de libertad. Vallet de Goytisolo resume que la realización de la libertad en Costa "no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del sujeto racional: la coacción es un factor accidental del derecho...".<sup>8</sup> El derecho es un orden de libertad. El concepto de libertad en Costa está relacionado directamente con el de bien: "Para el bien solamente, para la justicia como para la virtud, que no para el mal, es dada la libertad, la cual debe ser cuidadosamente distinguida del albedrío",<sup>9</sup> donde albedrío no es sinónimo de libertad (esta diferencia Vallet la precisa recurriendo a Lulio: "La libertad es, según Lulio, la propiedad dada a la criatura racional para que ame libremente el bien y evite el mal; el libre albedrío es aquel ente en el alma racional por el cual se mueve libremente a lo bueno o a lo malo, amando o aborreciendo, tomando o dejando"<sup>10</sup>).

3. El derecho es un principio de beneficencia, consiste en ejecutar libremente algún bien. "La misión del derecho en cuanto regla es enderezar la voluntad al bien".

4. El derecho es un principio de condicionalidad y se distingue de la moral a partir de ello. Costa destaca la necesidad del derecho de actuar como un medio para fines buenos; es decir, su búsqueda del fin no es directa como la moral –la moral es "relación de causalidad", el derecho es "relación de condicionalidad"–,<sup>11</sup> sino indirecta, condicionada. Las condiciones actúan como medios. El derecho no es lo

<sup>6</sup> COSTA, Joaquín, *ibidem*, p. 51.

<sup>7</sup> COSTA, Joaquín, *Estudios jurídicos y políticos*, cap. I, pp. 5 y ss.

<sup>8</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Joaquín Costa y los principios standum est chartae y standum est consuetudini*, Madrid, Instituto de España, 1987, p. 82.

<sup>9</sup> COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho*, p. 130.

<sup>10</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>11</sup> COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, pp. 32 y ss.

mismo que la moral. Si ésta busca directamente el fin bueno, el derecho lo hace de modo indirecto, pone una condición de por medio, y esa condición es una utilidad, un posible beneficio. El acto jurídico se realiza no porque sea solamente bueno ejecutarlo, sino porque es útil.

5. El derecho es un principio racional. No todos los medios ni todos los fines son jurídicos. “No es el derecho la prestación de medios malos, ni tampoco la prestación de los medios buenos a un fin malo”.<sup>12</sup> Lo jurídico es la prestación de medios útiles a fines buenos. Lo uno y lo otro de modo conjuntivo. Sin embargo, aclara que no todo lo útil es jurídico, pero que todo lo jurídico es útil. La racionalidad del derecho debemos entenderla como coherencia entre los medios y los fines, en donde no puede obtenerse un fin altruista –bueno– a través de un medio irracional, así como no puede utilizarse un medio útil –un contrato– para cumplir una finalidad mala –un asesinato.

6. Y el derecho es un principio independiente de la reciprocidad. No está en la esencia del derecho la función sinalagmática propia de los contratos. Esa mutua interdependencia del negocio bilateral no es esencial al derecho. Es una consecuencia del carácter de los compromisos que por el derecho puede establecerse, pero no su esencia.

Costa relaciona al derecho con la vida y lo hace a sabiendas de que sus propuestas rompen con la ortodoxia positivista de considerar al derecho como un conjunto de normas. La suya es una idea sustantiva del derecho, integradora, en la que la simple dimensión formal y coactiva no sólo es insuficiente sino distorsionante, y donde el derecho natural juega un papel constitutivo. Dice Vallet de Goytisoló que Costa “reconoce al derecho natural una función determinante del valor o la invalidez de las normas positivas; rechaza que la coactividad se halle en la esencia del derecho; no lo dimana del poder político supremo [...] sino que lo busca en el espíritu del pueblo, exteriorizado en los hábitos y costumbres de éste”.<sup>13</sup>

La concepción integradora del derecho de Joaquín Costa, como algo dado en todos los seres, en Dios y en la naturaleza, y como concerniente a lo interno y a lo externo del hombre –es decir, incluyendo moral y ley del bien–, es una propuesta que marca enormes distancias con las tesis congeladas del positivismo.<sup>14</sup> Nadie menos

---

<sup>12</sup> COSTA, Joaquín, *ibidem*, pp. 40 y ss.

<sup>13</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa, antipoda de Kelsen*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986, p. 71.

<sup>14</sup> Para Hans Kelsen el derecho es un concepto cerrado. Vallet comenta que para éste: “Su validez [del derecho] no depende de su contenido ni del fundamento sustantivo de éste, sino del modo y manera en que formalmente, se apoya en una norma fundante y que determina quién y cómo puede imponer normas jurídicamente válidas” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op. cit.*, p. 49).

conservador que el jurista Joaquín Costa cuando plantea que donde la ley no obedezca a la costumbre, surgida ésta dentro de los mecanismos que permiten el libre juego de la libertad civil, esa ley no es derecho: “La libertad siempre y por doquiera, que ella es el más noble distintivo del hombre, y si por su causa surgen al lado del código muchedumbre vivaz de costumbres *procter legem*, no nos apesadumbramos de ello, que no está precisamente en la unidad el progreso, que también la unidad es a menudo signo de desorden moral y de despotismo, que en la aparente anarquía de la naturaleza estriba precisamente su hermosura y la ley de la variedad es quien engendra el movimiento que todo lo fecunda y la armonía que todo lo embellece...”.<sup>15</sup>

Fundamentalmente: libertad civil dentro de un juego armónico de las esferas de autonomía, biología jurídica, individuo, libertad, racionalidad, dirección hacia el bien y condicionalidad de los fines a medios útiles son todos los ingredientes de la receta costista que, debidamente articulados, sirven para explicar los fenómenos jurídicos presentes en toda sociedad, tanto los de carácter legal como los consuetudinarios. La de Costa no es una teoría surgida de la especulación filosófica ni de premisas arbitrarias. Viene de la realidad y su inducción ha sido realizada con herramientas jurídicas. Como diría el profesor francés Michel Villey, el derecho es asunto de juristas y no de filósofos y debe ser visto con ojos jurídicos antes que recurrir a los de las “filosofías de lo enredado”. Costa así lo demuestra.

El pensamiento de Costa es dinámico, no abstracto. Para el polígrafo el derecho se plasma en situaciones móviles y no en modelos congelados, es aparición y desaparición de estados y no un ramillete de ficciones donde se fuerce una perpetuidad imposible que la realidad niega a cada segundo. Costa concibe la vida del individuo por su cualidad de realizar hechos jurídicos. Éstos implican movilidad, mudanza y actualización de estados en tránsito permanente. Todo lo que hagan las esferas, en suma, lo realizan en un amplio derrotero. El individuo se expresa en una sucesión de momentos encadenados, donde desarrolla sus diferentes hechos jurídicos, uno tras otro y siempre en movimiento.

Costa divide el derecho en necesario y voluntario en cuanto al objeto. Se trata de una división que reposa en el concepto sustantivo del derecho y en el de libertad civil. El derecho necesario, dice, es aquel cuyas relaciones son las “que abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella, en aquello que la constituye, sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que se encuentra, por tanto, en todo ser racional, independiente de toda condición de espacio y de tiempo”. Por su parte, las relaciones de dere-

---

<sup>15</sup> COSTA, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, en colaboración con Santiago MÉNDEZ, Miguel DE UNAMUNO y otros, tomo I, p. 20.

cho voluntario son las “que afectan a la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad, en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, la constitución interna, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del medio natural y social en que vive, del género de obstáculos con que ha de luchar”.<sup>16</sup>

En el caso del derecho necesario, la emanación desde el Derecho Ideal se hace de modo completo y directo, circunscribiéndose la concreción de ese hecho necesario a una única forma que es la que dicta la razón ideal. En el derecho necesario no hay más que una forma, de concretar ese segmento de derecho ideal, un único camino; mientras que en el derecho voluntario, que es por esencia el ámbito de la libertad civil, esa concreción puede admitir varias formas. El objeto, la materia, “el fondo sustancial del derecho positivo, ha de ser todo derecho natural, y no ha de tener de más aquél sobre éste sino la forma, la limitación cuantitativa...”.<sup>17</sup> No quiere decir esto que el derecho necesario sea inmutable. No lo es porque el derecho natural tampoco es inmutable.<sup>18</sup> El derecho está sujeto a una ley de flexibilidad y variabilidad propia de la naturaleza y de la vida, ésta es cambiante, muda, el derecho no se entiende sin cambio.

Pero es en el campo del derecho voluntario donde el principio de la libertad civil se explaya plenamente. El mayor de los ámbitos del derecho, el más rico y variado, el expresable en múltiples formas, el que equipara al estado individual o familiar con el estado oficial, el que hace al primero fuente de derecho, órgano adventicio, aquél en que la vida del derecho alcanza su mejor movilidad, ése es el campo del derecho voluntario. En términos de sociedades con diversidad cultural éste también es el terreno más fecundo. Desde esta plataforma se distingue con claridad que la de Costa es una teoría aplicable a sociedades complejas como las provenientes de los países emergentes de este fin de siglo, sociedades urbanas y mestizas, o a circunstancias de pluralidad de valores de interior de una misma sociedad compleja, compuesta por distintos grupos reunidos por procedencias, oficios, opciones personales, religiones, niveles económicos.

El derecho voluntario está constituido por todo el amplio ámbito que permiten los principios aragoneses *standum est chartae* y *standum est consuetudini*. Gracias a estos principios puede distinguirse el derecho estatuido, que es el que se expresa en

---

<sup>16</sup> COSTA, Joaquín, *ibidem*, pp. 81-82.

<sup>17</sup> COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho*, p. 105.

<sup>18</sup> Joaquín Costa desarrolla varios ejemplos concretos donde demuestra que existen “zonas grises” dentro del derecho necesario que indican que, al cambiar las circunstancias de tiempo y espacio, hasta esa emanación directa puede ser relativa. Se trata de un tipo gris entre el derecho voluntario y el obligatorio, que se reputa como necesario por algunas legislaciones y que suele caer en desuso si las condiciones varían; por ejemplo: la prohibición de contratar entre esposos o la prohibición de adoptar menores.

pactos concretos, y el no estatuido, cuando las partes se someten a normas a las que en circunstancias similares la mayoría de los miembros de la comunidad se sometería. Mediante el principio *standum est chartae* se despliega la libertad civil con toda su vitalidad. Costa recuerda que no es derecho positivo sólo el manifestado en reglas sociales por ley o costumbre, sino también el establecido por los individuos o las sociedades en la esfera de su jurisdicción inmanente y para sus relaciones exclusivas y peculiares, mediante contratos, testamentos, laudos y el que nace de la posición en que colocan a una persona circunstancias determinadas en su medio ambiente natural habitual.<sup>19</sup> Y por el principio *standum est consuetudini* las partes que no lo pactan todo en sus contratos se saben respaldadas por un amplio bagaje de derecho consuetudinario que suplirá óptimamente su voluntad en los vacíos que dejen en cada acto jurídico que realicen.

Mediante estos principios, el derecho se aplicará supletoriamente de acuerdo a la siguiente relación: en primerísimo lugar se ubica “la carta”, es decir los pactos realizados por los particulares o la voluntad manifiestamente expresada (pactos no contrarios al derecho necesario, leyes o costumbres necesarias); luego, y en este orden, las costumbres locales o regionales, y en tercer lugar las costumbres generales escritas en las leyes supletorias, que, como veremos, no son otra cosa que costumbres generales contenidas en códigos o leyes generales. A Costa le parece lógico que el primer nivel de suplencia sea la costumbre local cuando las partes no acuerdan la integridad de sus estipulaciones. En esta lógica, para el polígrafo, la ley supletoria no puede ser cualquier ley, lo será sólo la que encarna el sentimiento general de la comunidad. Las presunciones deben ser racionales, “conformes a la realidad de las cosas”. Dice: “Por esto al legislador no le es lícito erigir en ley supletoria una u otra forma indistintamente, fiada en que los individuos tienen en su mano el impedir que tal ley rija para ellos”.<sup>20</sup> El legislador se equivoca, sigue, si es que incluye como supletorias normas que la sociedad no acepta, o que le son indiferentes o que ya no usa. En esos tres casos el error legislativo se abre paso para que la ley supletoria sea desplazada por la costumbre, que es una norma de efectiva aplicación. Para Costa la ley debe ser viva e imponer pautas a la vida sería un contrasentido. La fuerza de la ley reposa en su viabilidad social, en su aplicación e internalización por parte de la comunidad a la que va dirigida. Costa revela en este aspecto su clara vocación por los hechos jurídicos reales, por la capacidad de los pueblos de regirse mediante costumbres, por encima de la construcción legislativa del Estado.

En el campo del sujeto del derecho, Costa desarrolla un concepto con fundamento en el individuo y en las diferentes esferas sociales, desde la familia hasta la nación,

---

<sup>19</sup> COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho*, p. 99.

<sup>20</sup> COSTA, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo I, p. 381.

prefiriendo esta división a la de *personas*. La persona, sea en su expresión física, como persona natural, o en su expresión moral, como persona jurídica –empresas, corporaciones– no le es suficiente para explicar con precisión lo que se quiere de un sujeto activo del derecho. La persona, en efecto, puede o no actuar el derecho o ser meramente un sujeto pasivo del mismo, y dado que el derecho es una de las varias cualidades de la vida, es decir del movimiento, pueden existir circunstancias en las que la persona no ejerza esa propiedad. Por ello prefiere buscar una definición que contemple tanto la calidad de persona –física o moral– como su dimensión de sujeto o entidad actuante del derecho. A Costa le interesa la persona como sujeto activo del derecho, y a esa persona la llama *estado*.

“La persona en cuanto vive el derecho como uno de sus tantos fines esenciales” es el *estado*<sup>21</sup> –dice– y el derecho actúa como una adjetivación de la personalidad de ese *estado*. Los *estados* son esferas de autonomía jurídica relacionadas entre sí por el principio de *subsidiariedad*. Mediante estas esferas de autonomía, Costa equipara al individuo con el Estado central, expresado éste en forma de gobierno local, regional o nacional, y en esas circunstancias reconoce a todos ellos capacidades propias de generación de derecho. La costista se convierte, de esta manera, en una teoría de defensa de los fueros del hombre, la familia y la localidad frente al Estado central.

Todos los *estados* poseen las mismas facultades y capacidades jurídicas dentro de su esfera autónoma y son equiparables porque desarrollan la misma capacidad sustantiva en su condición de sujetos activos del derecho. Sean individuos, familias, corporaciones públicas o privadas, estas esferas de derecho son zonas de autonomía que se van superponiendo, regidas por un principio de *subsidiariedad* mediante el cual interaccionan: “En virtud de la unidad fundamental del derecho, el Estado como principio de razón, se rige por unas mismas leyes; de suerte que cada uno de los círculos o jerarquías, individuo, familia, gente, municipio y demás, constituirá por si solo un estado autónomo, sustantivo, y inviolable en su vida y derecho interior, estado individual, estado doméstico, estado gentilicio, estado municipal, provincial, nacional, étnico, continental, y cosmopolítico; por más que luego a causa de hallarse relacionado con otros de igual categoría, se subordine al círculo superior común, del cual son inmediatos factores y elementos [...]. Pero siempre el elemento último, irreducible, de todos esos estados es el individuo. El individuo es el estado célula”.<sup>22</sup>

En Costa la sociedad, “estado social”, la comunidad, “estado comunal o local”, tienen órganos que actúan por ellas. El propio gobierno nacional o “Estado oficial” los tiene –los poderes del Estado–. Estos órganos, a su vez, tienen órganos debajo que les representan en esferas más circunscritas. El único que no los tiene y que actúa directa y plenamente es el *estado* individual. Éste tiene las mismas funciones

<sup>21</sup> COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, p. 69.

<sup>22</sup> COSTA, Joaquín, *ibidem*, p. 70.

que el estado social, con la diferencia de que las ejerce sin órganos, es un estado celular. Todo él aplica los medios debidos a los fines, ejecutando directamente el hecho jurídico.

Los órganos de los estados son oficiales o adventicios. Los primeros son los que actúan conscientes de su responsabilidad y representación como órganos, y los segundos, lo hacen de modo espontáneo e inconsciente. A los adventicios presta Costa su mayor atención cuando elabora su teoría de la costumbre jurídica: “[el hombre] ignora que al obrar en vista de su necesidad, según el dictado de su razón, sienta una regla obligatoria para toda la sociedad”.<sup>23</sup> Órgano, en este caso, que actúa por y para satisfacer un interés individual y que, no obstante, resulta representando de modo inconsciente la voluntad común de la sociedad. Costa enfatiza la importancia de los *estados* individuales por corresponder a ellos la iniciativa en la formación de los hechos jurídicos consuetudinarios, donde el derecho se despliega en su expresión más directa: la costumbre.

Al escudriñar en el núcleo del derecho vemos que el concepto de nuestro autor está integrado en el que primigeniamente señalaron Aristóteles y los juristas romanos, es decir, al derecho como *to dikaion, res justa*, que quiere decir lo justo en concreto. Se está hablando aquí del derecho como un resultado concreto, un resultado justo de la aplicación de leyes, costumbres, pactos y naturaleza de las cosas, que tiene como consecuencia dar a los individuos o al resto de esferas autónomas, iguales en esencia pero distintos en todo lo demás, lo que les corresponde. Este “dar lo que le corresponde a cada quien” que es el derecho, dicen los realistas jurídicos, se realiza en actos concretos de aplicación de costumbres, leyes –que al fin y al cabo provienen en gran parte de costumbres– y convenciones jurídicas multilaterales o actos individuales, todas ellas operaciones que deben ser realizadas en ese marco de *libre condicionalidad* del que habla Costa.

Del orden natural deriva el derecho. Costa precisaba que el hecho jurídico no era otra cosa que una porción del Derecho ideal o eterno. Este orden tiene principios –pocos y claros– que se agrupan dentro del Derecho natural o ideal como parte suya. De ese Derecho natural, decía, se desprenden una a una las expresiones de Derecho positivo que existen. La vida del derecho no es otra cosa que un tránsito que va desde el Derecho ideal hasta sus expresiones de Derecho positivo: leyes concretas, costumbres concretas, contratos concretos. Para Costa, el Derecho natural y el positivo, así están entrelazados. Salvo el espacio para las determinaciones positivas –que son las normas legales o consuetudinarias indiferentes a la justicia, como los colores en las reglas de tránsito–, no existe ninguna expresión jurídica humana que no emane directa o indirectamente del Derecho natural o ideal.

---

<sup>23</sup> COSTA, Joaquín, *ibidem*, p. 134.

Uno de los caminos, según nuestro altoaragonés, por no decir la más importante vía que se desprende de ese orden natural, para inspirar soluciones justas y que conduce a estas expresiones de derecho positivo es la libertad civil. Base esencial de la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad civil es la actuación libre concreta, que determina en muchos casos lo jurídico en una solución. Y es teniendo en cuenta esta principalísima razón que Joaquín Costa define al derecho como el orden de la libre condicionalidad, como un conjunto de relaciones libres mediante las cuales los hombres alcanzan soluciones justas a cada caso concreto que se les presente en términos de adecuar medios útiles a fines lícitos.

El Derecho positivo, entonces, no estará limitado a las leyes dictadas por el Estado central. Será mucho más amplio: el conjunto de expresiones legales, consuetudinarias o convencionales provenientes del Derecho ideal, circunscritas, temporales y finitas, que los entes jurídicos, desde ese Estado legalista hasta el individuo, realizan como una de sus actividades esenciales. Y el uso de estas normas por quienes conforman un grupo determinado dará lugar a los hechos jurídicos. Dicho de otro manera, Joaquín Costa concibe la vida de un individuo o de otras esferas sociales como caracterizada por la cualidad de realizar hechos. Los hechos son actos concretos de movilidad, mudanza y actualización de estados en tránsito permanente. Todo lo que hagan las *esferas*, en definitiva, lo realizan en un amplio derrotero mediante hechos, momentos encadenados uno tras otro y siempre en movimiento. Ahora, si estos hechos se incluyen en los alcances de la secuencia que une el Derecho ideal y el positivo, y si expresan una solución justa, son hechos jurídicos.

La costista es una concepción jurídica apegada a los hechos, a la realidad viva, sin perder de vista que esta realidad y esos hechos forman parte de una armónica naturaleza, si bien imperfecta, finalista y dirigida hacia el bien. Enfrentada con el ideal centralista del Estado moderno, en boga en esos tiempos, la teoría de los hechos jurídicos de Costa es curiosamente acusada de retardataria. Herética, descarta la previsibilidad legislativa, la omnipresencia estatal y la exactitud de las soluciones normativas emanadas de esa fuente omnipotente, para retornar con inusitada vigencia cien años después cuando ese modelo centralista ha quedado agotado. La sociedad espontánea del Perú, a su manera y dentro de sus dramáticas circunstancias, al parecer en este final de siglo se mueve dentro de sus acertadas previsiones.

En la doctrina costista, el Estado central cumple la función de esfera superior en un estricto esquema de aplicación del principio de *subsidiariedad*. Los círculos gozan de una autonomía jurídica y dentro de ella se relaciona y actúan subsidiariamente: los espacios que están fuera de la autonomía se cubren por esferas mayores en un orden que lleva hasta el Estado central, cuya función básica es el ejercicio de la coerción. El Estado no interfiere en la vida y relaciones de las distintas esferas o individuos, sólo las garantiza con la posibilidad de la coerción.

Desprendidos del orden natural, surgidos libre, espontánea, paulatinamente, obediendo al sentido connatural del ser humano de agruparse para lograr su realización plena en sociedad, ubicados entre el Estado y el individuo, como amortiguadores ante la acechanza permanente del Estado omnipresente, buscando su autonomía propia como entidades únicas y diferentes pero a la vez iguales en esencia, competentes en una serie de actividades propias a su naturaleza y que realizan dentro de su esfera, organizados de abajo arriba y sujetos al principio de *subsidiariedad*, ascienden los cuerpos intermedios desde la familia hasta la sociedad de sociedades. Seres y organismos vivos, flexibles e históricos, estos cuerpos hacen y viven dentro de un derecho que les precede, como le precede también al individuo y naturalmente al Estado. Los cuerpos intermedios se van engranando de menos a más, armónicamente, de acuerdo al principio de *subsidiariedad*. Éste está fundado en un profundo concepto de justicia mediante el cual el Estado no puede realizar o impedir que se realice lo que adecuadamente pueden hacer las sociedades menores, los cuerpos intermedios. Por el contrario, el Estado tiene su razón de ser sólo y en tanto realice lo que los miembros de cada cuerpo no quieran o no puedan hacer, o no sepan cumplir.

En el Perú antiguo, de una consideración del *hatun runa*,<sup>24</sup> hombre del *ayllu*<sup>25</sup> andino, como un factor de producción destacado, pero de ninguna manera piedra angular de la naturaleza —compuesta ésta por hombres, animales, cosas, elementos y fuerzas—, se evoluciona a un presente donde el colectivismo existe pero con sus caracteres expansivos esterilizados y sus potencialidades dominadas, puestos ambos al servicio del desarrollo de un sistema de derecho, donde prevalece la libertad civil de los grupos y de los individuos actuantes, dentro de un cada vez más complejo sistema de *subsidiariedad*. ¿En qué momento la idea del individuo se abre paso en una sociedad que va del *ayllu* andino a las comunidades indígenas de la colonia y república, y de éstas a las organizaciones espontáneas de las ciudades de fines del siglo XX? La sociedad espontánea de fines del siglo XX: urbana, mestiza, diversa, fundamentalmente andina, contiene las claves de ese tránsito virtuoso.

## LA SOCIEDAD ESPONTÁNEA

La urbanización de la vida marca el actual momento en la generalidad de países en desarrollo, acelerada en los últimos veinte años y con visos de continuar en el futuro. Las Naciones Unidas han constatado en su última conferencia sobre asenta-

<sup>24</sup> *Hatun runa* es un vocablo quechua utilizado en el Imperio de los incas o *Tahuantinsuyo* y que significa hombre común y corriente, miembro de una comunidad y cualificable por su capacidad de aportar fuerza de trabajo. Es el individuo de a pie que constituye la reserva de trabajo, militar y fiscal del Imperio de los incas.

<sup>25</sup> *Ayllu* es un vocablo quechua que quiere decir familia grande o comunidad y sirve para identificar los grupos sociales básicos de todo el entorno andino y prehispánico. Es el antecedente comunal de las futuras comunidades campesinas del Perú.

mientos humanos (*Hábitat II*, realizada en Estambul en 1996) esta elocuente realidad. Por causas que tienen que ver con desarraigos violentos (guerras internas, terrorismo o colapso de la economía agrícola), o con la modernización de las ciudades y la pérdida de atractivo del mundo rural, las migraciones y la urbanización de la vida continúan siendo la tendencia en la decisión de ocupar espacios por parte de los grupos sociales. Si a comienzos del siglo XX sólo el 14 % de la población humana vivía en las ciudades, para el año 2000 más de la mitad de la población mundial lo hará. En el período de 1976 a 1996 la población del planeta ha pasado de 4.200 millones de personas a 5.700 millones, operando el 90% de ese incremento en las ciudades. En ese mismo lapso la población urbana se ha duplicado y sólo en cinco años –de 1990 a 1995– se ha incrementado en 320 millones de habitantes, lo que equivale, según comparan las mismas Naciones Unidas, a dieciocho veces la ciudad de Nueva York. Se calcula que en las próximas dos décadas la población humana tendrá 2.000 millones de personas más, y que para el año 2025 las ciudades albergarán a 5.200 millones de personas, cifra que corresponderá a los países en desarrollo en un 77 %. La ciudad es, pues, el escenario de la vida social contemporánea, y la infinidad de grupos sociales que actúan e interactúan en su interior no será parte de una relación armoniosa con el Estado, si es que ésta no se basa en el respeto de su autonomía y el reconocimiento de su capacidad de dar soluciones jurídicas propias. Lamentablemente, no siempre, más bien muy pocas veces, ha ocurrido esto; la complejidad social, tal como también lo previó Costa, suele enfrentar a unos estados centralistas y a un ejército de legisladores inspirados por ideas salidas de sus taburetes sin respaldo efectivo en la vida social.

En esa sociedad mestiza se ha producido un fenómeno sin precedentes: la trilogía hombre / tierra / comunidad, básica para entender la cosmovisión del hombre nativo de América ha concluido. El indio ha ido perdiendo su arraigo a la tierra, antes su referencia básica, a medida que se iba haciendo un sujeto urbano. La ciudad ha individualizado al indio. Los “urbanitas” han dejado de ser solamente inmigrantes campesinos o ciudadanos de toda la vida. Ha surgido ahora una nueva trilogía: hombre / ciudad / comercio. “La ciudad ha individualizado a sus habitantes. Ha comenzado a predominar el esfuerzo personal sobre el colectivo. Han surgido nuevos empresarios que, a diferencia de los tradicionales, son de origen popular”,<sup>26</sup> dice Hernando de Soto en el estudio que, junto con el Instituto Libertad y Democracia del Perú, realiza en los años ochenta sobre la sociedad y economía paralelas del Perú y que viene incluido en un libro llamado *El Otro Sendero. La revolución informal*, obra capital para entender esta revolución pacífica desde su ángulo económico.

En la sociedad espontánea ya no se está ante dos repúblicas distintas y distantes, la de los indios y la de los blancos de tiempos coloniales, sino ante dos mundos equi-

---

<sup>26</sup> SOTO, Hernando DE, *El otro sendero. La revolución informal*, 7.ª edición, prólogo de Mario VARGAS LLOSA, Lima, Instituto Libertad y Democracia, 1987, p. 3.

valentes que comparten la misma galaxia, uno compuesto por clases medias urbanas y el otro por nuevos mestizos, individualizados y dispuestos a crear y desarrollar sus propios mercados. Podría decirse, incluso, que los últimos alcanzan la ciudad dispuestos a capturarla con las armas de la modernización, mientras que las primeras, todavía, en pleno siglo XX, poseen los modos cortesanos y la óptima señorial que el Estado *redistributivo y mercantilista* les impuso durante trescientos años.

Además de urbana, la sociedad espontánea del Perú, está fundada en el dato objetivo del mestizaje. El mestizaje explica a la sociedad que se asienta en las ciudades de la segunda mitad del siglo XX. Es un proceso de intercambio cultural de larga duración que a cuatrocientos cincuenta años de la llegada de los españoles ha dado lugar en las ciudades del Perú, por primera vez, a una amplia base social relativamente homogénea en medio de una gran diversidad, una mezcla que ha hecho posible la idea de sociedad civil, sustentada en la variedad y multiplicidad de organizaciones populares autónomas, con la misma capacidad y personalidad jurídica que Joaquín Costa y los foralistas españoles estimaron para las *esferas autónomas* de derecho de un orden jurídico fundado en el respeto del orden natural de las cosas.

Mestizaje nos remite a mezcla, fusión, sincretismo. Lo leemos como un acto de entrecruzamiento de fuerzas tangibles e intangibles, todas de signo creativo, y del que surge una esencia nueva, celeste, ni blanca ni azul, pero también ambas a la vez. Como dos troncos principales y varias ramas adicionales que se agregan a ellos, un acto de sumatoria, de ascenso, de encuentro de múltiples tendencias, costumbres, colores, temores, nociones del tiempo, formas de adecuarse a la naturaleza, con un sentido claro de intercambio, la expresión óptima de la comunicación que decía Vitoria. No la pernicioso desvirtuación de lo puro, como lo temen con intolerancia los dos extremos —hispanismo e indigenismo—, ni tampoco la generalización arbitraria de afirmaciones predicables para otros tiempos y circunstancias como la de *siervos por naturaleza*.

José María Arguedas, un pertinaz defensor del mestizaje, dice de éste: “Durante siglos, las culturas europeas e india han convivido en un mismo territorio en incesante reacción mutua, influyendo la primera sobre la otra con los crecientes medios que su potente e incompatible dinámica le ofrece; y la india defendiéndose y reaccionando gracias a que su ensamblaje interior no ha sido roto y gracias a que continúa en su medio nativo; en estos siglos no sólo una ha intervenido sobre la otra, sino que como resultado de la incesante reacción mutua ha aparecido un personaje, un producto humano que está desplegando una actividad poderosísima, cada vez más importante: el mestizo. Hablamos en términos de cultura; no tenemos en cuenta para nada el concepto de raza. Quienquiera puede ver en el Perú indios de raza blanca y sujetos de piel cobriza, occidentales por su conducta”.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> ARGUEDAS, José María, “El complejo cultural en el Perú”, *Formación de una cultura nacional indoamericana*, 2.<sup>a</sup> ed., selección y prólogo de Ángel RAMA, México, Siglo XXI, 1977, p. 2.

El mestizaje llega o, más propiamente, se abre paso como constancia de la vocación por el intercambio cultural y la apertura de la sociedad andina. En la colonia, la sociedad dual establecida acepta al mestizo sólo en la medida en que se incorpore a los usos y legalidad de la república de españoles y siempre dentro de un estrato subordinado a ellos. Los esfuerzos de integración en que se empeña la Iglesia se estrellan muchas veces con una realidad discriminatoria muy fuerte, pero pese a ello la vocación por el intercambio de la sociedad andina sale adelante. Incuba desde entonces su posterior expresión.

Pero donde se aprecia con nitidez la asimilación de la sociedad espontánea al *jusuniverso* costista es en su funcionamiento. Su enorme diversidad tiene una constitución naturalmente armónica. En su interior coexisten en un conglomerado grupos sociales de distinto tamaño y categoría que actúan con autonomía e interactúan con libertad. Son las organizaciones populares, células sociales fundamentales, *estados de derecho* primigenios –luego de la familia– que articulan la estructura de la sociedad espontánea. Grupos autónomos apurados por la monumental realidad de la llegada definitiva y sin retorno del indio a una ciudad que ni lo quiso ni lo esperaba y que se vio arrasada por su contundencia y arrastrada a negociar las condiciones de su permanencia. Son la unidad social que en el Perú real representa el *agora* aristotélica, la comunidad de Vitoria, los órdenes espontáneos de Hayeck o *los estados de derecho* de Costa. Grupos que demuestran la validez del sentido natural de *abajo hacia arriba* en la conformación de las sociedades, incluso en las contemporáneas y de raíz dual como la peruana, además de las carencias y agotamiento de las fórmulas centralistas estatales. Grupos que vertebran, en resumen, nuestra concepción realista del derecho. Las *organizaciones populares* son grupos autónomos creados y creados espontáneamente como el brote de la nueva estructura de la vida humana, en una sociedad que ha negado, en los hechos, la teoría del Estado monopólico y rebasado todas sus predicciones y posibilidades. Bajo ese epígrafe se congrega la infinidad de variables grupales que operan con autonomía dentro de un esquema de libre interrelación interna, y libre auto-condicionamiento, aportando y controlando, como se ha dicho, sus porciones correspondientes y organizándose mediante lazos invisibles de *subsidiariedad*. Estas organizaciones han ido surgiendo de modo dispar y espontáneo, a medida que las necesidades y condiciones se presentaban. Pese a su juventud –la sociedad espontánea tiene menos de cuarenta años–, no se trata de un abrupto arrebato social sino de brotes sucesivos extendidos en el tiempo.

Pensada en términos costistas, la organización popular es un cuerpo singular que no responde a mecanismos fijos sino a un conjunto de situaciones, estímulos, afinidades, intereses, vocaciones, anhelos y que tiene en la autonomía su carácter esencial. De ella se desprende su inmensa variedad en cuanto a formas, tamaños e intereses comunes. No debe pensarse que tiene una estructura uniforme ni su funciona-

miento obedecer a una ecuación matemática. Si en una sociedad civil institucionalizada el funcionamiento social no proviene de formas que operen según métodos lógico-deductivos, menos aún ello ocurrirá en una sociedad en formación como la espontánea, donde la autonomía es mayor. Si se quiere, es influenciada por fuerzas y tendencias sociales, intereses comunes y contextos similares, pero no opera bajo leyes matemáticas.

La sociedad espontánea formada en el Perú tiene una inmensa capacidad de organización popular. De hecho es el país de América Latina con mayor número de células y tipos organizativos *per cápita*, que se han creado y crean en el transcurso del tiempo. Las organizaciones populares están referidas a todas las actividades cotidianas de las personas y las familias. Su denominación es de lo más variada e imaginativa. Entre las vinculadas a aspectos familiares, alimenticios y educativos proliferan los clubes de madres, patronatos escolares, centros parroquiales, clubes deportivos, comités del “vaso de leche”, comedores populares, entre otros. En las relativas a aspectos de vivienda abundan las asociaciones de vivienda, las cooperativas de vivienda, las organizaciones vecinales, las juntas de vecinos, los comités comunales, las organizaciones de pobladores, las urbanizaciones populares, los asentamientos humanos marginales. En materia de transporte existen los comités de microbuses y las cooperativas de transportistas. Y en materia de seguridad se presentan las rondas urbanas de los asentamientos humanos, los comités de autodefensa, entre otros. Como es lógico, las personas integran uno o más grupos dependiendo de las materias.

La forma más clara para medir el impacto de estas organizaciones es su repercusión en la economía, a la cual le han dado una dinámica desconocida anteriormente. Vargas Llosa dice: “La economía informal creada por ellos, al margen de una legalidad costosa y discriminatoria para el pobre, ha hecho posible una riqueza difícil de cuantificar pero que es inmensa, un verdadero prodigio si se piensa que ella resultó de hombre y mujeres sin capital, sin tecnología, sin apoyo alguno, sin créditos y trabajando en la precaria ilegalidad. Gracias a esos ex indios, cholos, negros, zambos y asiáticos ha surgido por primera vez un capitalismo popular y un mercado libre en el Perú”.<sup>28</sup>

A fines de la década de 1980<sup>29</sup> estas organizaciones y su economía ya agrupaban al 48% de la PEA nacional –Población Económicamente Activa–, reunían al 61,2% de las horas/hombre trabajadas y contribuían con el 38,9% del producto bruto. En las

<sup>28</sup> VARGAS LLOSA, Mario, *La utopía arcaica. José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 335.

<sup>29</sup> Todas las cifras mencionadas son producto de las investigaciones del Instituto de Libertad y Democracia y se encuentran recogidas en el libro de Hernando DE SOTO, *El otro sendero*, a excepción de la referida a la inversión nacional hasta 1996, que proviene de la conferencia pronunciada por Hernando DE SOTO en la Reunión Empresaria CADE 96, realizada en la ciudad de Arequipa (Perú) en noviembre de 1996.

últimas cinco décadas, además, el espacio urbano de Lima ha crecido más del 1.200%, en su amplia mayoría como consecuencia del avance de la sociedad espontánea. Ese crecimiento ha ocupado más de 6,800 hectáreas de nuevos terrenos ubicados en zonas ganadas a antiguas haciendas o tierras eriazas aledañas a la ciudad. Sólo en Lima más del 42% de las viviendas están construidas en barrios o asentamientos formados por invasiones, es decir, pertenecientes a la sociedad espontánea. En el lapso que va entre 1960 y 1984 la construcción de esas viviendas, calculando en esta labor únicamente el valor de reposición del cemento, los ladrillos y el *fierro* utilizados –sin tener en cuenta el valor del terreno–, había exigido una inversión en Lima de 8.319 millones de dólares, cifra que en 1996 en el territorio nacional se calculaba superior a los 20.000 millones de dólares, frente a lo cual la inversión del Estado formal en viviendas para las clases medias y bajas 173,6 millones de dólares, representaba para el mismo período apenas el 2,1 % de lo invertido por la sociedad espontánea. Es decir, sólo uno de cada sesenta dólares invertidos en la construcción de viviendas había sido aportado por el Estado omnipresente y de vasta legalidad.

Para lograr sus objetivos la organización popular tiene que crear normas jurídicas consuetudinarias de derecho necesario y de derecho voluntario que se caracterizan por la participación de todos los miembros del asentamiento en las labores de interés común. Sabe que el camino hacia la propiedad es muy difícil, que el interín será largo y requerirá de la actualización de muchos lazos de solidaridad tradicionales. Así, se organizan ollas comunes, guarderías infantiles, sistemas de autodefensa local y servicios esenciales como la administración de justicia. La junta directiva y la asamblea del asentamiento son la primera y segunda instancias en este mecanismo de administración de justicia espontánea: resuelven casos sobre mejor derecho, incumplimiento de contratos de venta o alquiler, o disputas sobre linderos.

La competencia predial que se arroga la organización popular responde al vacío dejado por un Poder Judicial que, durante muchos años, agobiado por su propia problemática, se ha desentendido de esta materia, entregándola en las no menos irresponsables manos administrativas. Por un tiempo estas últimas sustrajeron para sí esas competencias, pero rápidamente se vieron agobiadas por el encargo; el avance de los nuevos asentamientos humanos era incontenible, y su problemática, sumamente compleja. Fueron rebasadas al punto que se limitaron, en muchos casos, a adoptar como suyas las decisiones de las propias organizaciones populares.

Las organizaciones populares de la sociedad espontánea deben ser vistas como cuerpos intermedios jóvenes, formados por inmigrantes cuyas raíces en el nuevo espacio que ocupan –la ciudad– son, sin embargo, relativamente recientes. Se trata de descendientes de una de las civilizaciones y sociedades rurales más desarrolladas del hemisferio sur, que han llevado a la nueva tierra no sólo esperanzas, sino todo un bagaje de valores y tradiciones culturales andinos.

La espontánea es una sociedad sumergida en un proceso de creación y crecimiento en el que las relaciones de *subsidiariedad* –propias de todos los cuerpos intermedios espontáneos, y las organizaciones populares son cuerpos intermedios–, se van vislumbrando con más o menos claridad a medida que sus objetivos sociales se van alcanzando en el tiempo. Hasta el momento y luego de la gran ola migratoria, las organizaciones populares han germinado como círculos de autonomía que se mueven y desarrollan en un *mare magnum* de lazos y relaciones. Su relación con otras esferas o grupos autónomos está dada por lazos invisibles pero todavía imperfectos: los grupos velan por sí y para sí, y las deficiencias del sistema legal son tan vastas que los grupos a veces se autoatribuyen facultades extremas de decisión y derecho. Estas deficiencias se hacen evidentes, además, en el desorden aparente de esta sociedad. Su lucha contra el sistema y la precariedad de su condición de migrantes no ha terminado.

Hay señas, sin embargo, de que en su seno está cuajando poco a poco el imprescindible orden de *subsidiariedad* pensado por Costa para servir de trama invisible de interrelación entre los grupos. Los asentamientos humanos de la ciudad de Lima, aunque mínimamente, ya se han aglutinado en órdenes mayores –los llamados *conos*– y no dejan de sentirse representados, en parte, por las autoridades municipales que ellos eligen en sus distritos urbanos.<sup>30</sup> Este es un proceso que debe seguir su marcha hasta dotar a la sociedad espontánea de una racionalidad social no sólo en su base –la organización popular– sino en su funcionamiento intergrupala. Los antecedentes de organización del Perú hacen pensar que así será.

Una afinidad adicional de la sociedad espontánea con el *jusuniverso* costista es la existencia de un firme arraigo en las viejas tradiciones populares. Pese a tratarse la suya de una economía donde la organización comunal se pone al servicio de la iniciativa y el beneficio privados, y donde los rasgos individuales de mercado prevalecen sobre los colectivos; pese, también, a que los lazos de solidaridad son lógicos en situaciones difíciles, como cuando la lucha diaria de las personas no es sólo con otras personas sino contra todo un aparato y un sistema –el legalista–, y que se relajan en momentos de distensión; pese a que esta experiencia de solidaridad no es privativa de la sociedad andina y se observa en otras de clara índole individual cuando lo exigen

---

<sup>30</sup> Los *conos* son cuatro grandes zonas de la metrópoli limeña donde se agolpan los nuevos asentamientos humanos: el cono norte, el cono sur, el cono este y el cono oeste, pudiendo decirse que con estas zonas ampliadas los mencionados asentamientos desarrollan cierta relación de subsidiariedad. Se advierten diferencias entre los conos en algunas costumbres comerciales, y se presentan señas propias de los grupos de cada cono. La subsidiariedad es todavía plenamente consuetudinaria. Según el último censo el cono más poblado es el norte con 1.524.252 moradores en 1993, seguido del este con 1.267.287 habitantes; mientras que el cono sur alcanza a 1.086.033 y el oeste a 545.232 personas. Estas cifras son oficiales y provienen del Censo Nacional de 1993 elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI).

las circunstancias; pese al enorme atractivo que sobre esa sociedad mestiza ejerce la idea de progreso, bienestar y prosperidad, ofrecida y presentada en su rostro individual; pese a todo ello, creemos que los lazos de solidaridad tienen un substrato en las viejas tradiciones comunales. Sostenemos que es así, en primer lugar, porque la sociedad espontánea ha surgido rápidamente y logrado montar una alternativa socio-económica que ha doblado en efectividad al sistema legalista, de una manera veloz y práctica, como si esa organización hubiera sido ejercitada muchas veces en otro tiempo y espacio. En segundo lugar, porque los lazos de solidaridad de la sociedad espontánea no han desaparecido una vez que la emergencia ha cedido, sino que permanecen en los aspectos que son necesarios: cuestiones sustanciales como la titulación, a cuya consecución contribuyen todos los miembros de forma organizada, o asuntos culturales como las festividades y celebraciones barriales. En tercer lugar, porque uno de los criterios preferidos de la agrupación de la sociedad espontánea es el origen, lo que indica que los lazos de parentesco del mundo andino siguen siendo importantes. Y en cuarto lugar, porque los inmigrantes exitosos no han abandonado el asentamiento humano en el que se radicaron y a que llegaron por primera vez mediante invasiones; permanecen en él mejorando sus viviendas, invirtiendo en embellecerlas, apadrinando pequeñas obras que se realizan en el barrio, representando al grupo ante autoridades, y lo que es más revelador, sin mudarse a los barrios ricos de la ciudad, como seguramente lo harían si actuaran solamente movidos por una espiral de progreso individual.

La forma general de expresión jurídica de la sociedad espontánea es la costumbre que se sedimenta como consecuencia del diario y constante goteo de hechos jurídicos. El razonamiento *kelseniano* que concentra el derecho en un contenido formal no explica la gama de movimiento y vitalidad interna de los cuerpos autónomos de la sociedad espontánea y, más bien, sí lo hace la idea costista de un derecho concentrado en cadenas de hechos jurídicos realizándose en células autónomas y con vida propia, formadas por personas que a su vez son células autónomas y productoras de hechos. “La sociedad es un organismo compuesto, todo él, de protocélulas, y, por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y, en suma, de individualidad: son seres completos, incondicionados en cuanto a su existencia, que viven una vida propia independiente y separada de la vida de los demás”,<sup>31</sup> dice el polígrafo en una idea aplicable a la sociedad espontánea. Costa no elabora un ideal abstracto. Su concepto de autonomía no es como el de la Escuela Histórica de Savigny, idealista y constructora de la idea de *un espíritu del pueblo*, entidad abstracta, actuante y productora de normas de derecho, sin que se sepa cómo. La idea de Costa y lo que se distingue en la sociedad espontánea no es una individualidad gigante con “un cerebro para pensar ni una voluntad simple e indi-

---

<sup>31</sup> COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, pp. 132 y ss.

visa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible a lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado”.<sup>32</sup> La fantasía, voluntad e ideas las extrae esa sociedad de la realidad concreta: de las cabezas y espíritus de cada una de las personas que la integran. “Para concebir y dar vida exterior a sus concepciones jurídicas le es forzoso en suma obrar por representación. El individuo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva” y “la vida de la organización siempre se realiza a través de órganos individuales”. La sociedad se vale de los seres humanos que actúan diariamente dentro de ella y que la van representando en términos espontáneos en la sucesión de hechos que realizan, configurando éstas normas consuetudinarias. Representación tácita, sin delegación de cada individuo que arrastra a la organización cuando “obra como obrarían en su caso todos los demás, cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos interpreta y traduce, a la par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad”.

Así funciona la sociedad espontánea.

De otro lado, ni la organización popular ni ninguna esfera jurídica autónoma obedecen a una ecuación matemática en su estructura ni en su funcionamiento. La misma naturaleza es cambiante, tiene un carácter variable, circunscrito a un marco de espacio y tiempo determinados. Los cuerpos sociales surgen de la vida —que es naturaleza en movimiento y *realización de lo esencial posible*— y nada puede ser más variado, flexible y mudable que ellos. Su naturaleza espontánea y real los hace incompatibles con esquemas preestablecidos. Son, más bien, una institución viva y dinámica, en los términos en que debe entenderse la expresión *vida*, y que son los que explica Joaquín Costa: sistema donde se combinan la esencia, la actividad y el hecho. Como tales, desenvuelven su ser sustantivo en una actividad que realiza su esencia posible mediante hechos, hechos que cuando están referidos a lo que a cada quien corresponde, se llaman jurídicos.

En resumen, la sociedad espontánea peruana es aquella compuesta por nuevos habitantes urbanos, surgida tras un proceso de migración no poco dramático, sumergida en otro de mestizaje cultural, y que viene organizándose mediante una enorme variedad de grupos diversos, los que batallando diariamente contra el sistema legalista se han hecho de una presencia económica y social sin precedentes. La sociedad espontánea, así, ha demostrado ser una realidad incuestionable y un fenómeno que se desarrolla fuera del sistema social y legal existente y pese a él, y que busca ganar espacios nuevos. No es una sociedad que quiera asimilarse al modelo conservador ni gozar de sus privilegios. Sus mecanismos —idea muy costista— son abiertos y no centralizados. Rechazan casi todo de ese modelo y si exigen una nueva legalidad, acor-

<sup>32</sup> COSTA, Joaquín, *ibidem*, pp. 132 y ss.

de con sus avances, lo hacen sobre la base de reconocer la necesidad de una esfera superior que recoja las costumbres, las sistematice y dicte las leyes según ellas. Es una sociedad poco influenciada por el modelo teórico de ese Estado legalista, gestada espontáneamente y que no padece síndrome legal alguno. Ello le faculta poder percibir las soluciones adecuadas de un modo menos intrincado y directo; esto es, que cuando actúa jurídicamente se sirve del sentido común más que del tecnicismo legal, lo que creemos le da una mayor posibilidad de identificar más fácilmente lo justo en cada caso concreto. De este modo, sus organizaciones populares reúnen todas las condiciones para ser consideradas círculos o esferas jurídicas autónomas dentro de la concepción costista del derecho.

## ESTADO Y SOCIEDAD: UNA TENSA RELACIÓN

Creemos que si bien la sociedad espontánea ha tenido avances sociales impresionantes, ello no ha sido porque el Estado legal le haya dejado ser. Ha llegado a donde está fundamentalmente por haberse organizado con autonomía absoluta, es decir, construyendo su vida ella misma, enfrentando los problemas y adoptando sus correspondientes soluciones sin que en sus asuntos internos interfieran estamentos ajenos, trazando sus objetivos y diseñando sus estrategias libremente. El resultado que exhibe es fruto de esa autonomía. Las organizaciones populares han logrado iniciar la construcción de una sociedad capaz de plantear alternativas reales a un sistema legal agotado, y lo han hecho desde una base social homogénea, obtenida por un camino autónomo, que el recusado Estado nunca pudo construir.

El recorrido histórico que ha desembocado en la configuración de la sociedad espontánea del Perú, ocurrida en la segunda mitad del siglo XX —desde sus fuentes prehispánicas, pasando por el dualismo jurídico de las dos repúblicas en el período colonial, luego por la abierta discriminación del indio durante parte del período republicano, y el trastocamiento del equilibrio campo-ciudad— tiene una característica especial: es un proceso que se da pese a ,y en contra de, un Estado legal ya existente.

A diferencia de las sociedades de otras latitudes, cuyos cuerpos intermedios aparecen antes que la sociedad civil, y ésta antes que el Estado, la sociedad espontánea peruana ha insurgido en medio de un *statu quo* en el cual preexistía ya un Estado legalista. A la pregunta de si ese Estado proviene de un proceso desprendido del orden natural, como consecuencia del surgimiento de sociedades menores, cada vez más complejas y extendidas, que incluyan esferas más y más amplias hasta alcanzar el nivel de una nación, o —propriadamente— el de una sociedad de sociedades, debe contestarse con un *no*. La respuesta se respalda en la ausencia absoluta del Estado en el proceso de formación de esta sociedad, además de la inexistencia de una base social homogénea que incluya a los amplios y mayoritarios sectores de población, primero india y luego mestiza, que al final por su cuenta y riesgo han terminado conformando la sociedad espontánea peruana. Además, sólo a partir de la aparición de esta

sociedad en el siglo XX, ha surgido un factor de homologación social, el mestizaje real, piedra angular de la mentada base social.

Es decir, en los siglos XVIII y XIX, por no retroceder más, las fuerzas sociales que dan lugar al Estado Nación no provienen en el Perú de la expresión social de los indios, ni siquiera en parte; éstos continúan su letargo o, si se expresan, lo hacen espontánea e independientemente y de un modo no reconocido por el proceso que conduce a los criollos a independizarse de la Corona española. Es sólo en el siglo XX, a partir del mestizaje ocurrido como consecuencia de la urbanización de la vida, que esos espacios sociales se van acrecentando de tal manera y tan rápidamente que alcanzan, muy a fuerza de presionar, cuotas cada vez mayores de arraigo y de reconocimiento en el nuevo escenario urbano, sin que a finales del siglo, empero, ese proceso haya concluido, ni mucho menos.

En este contexto, el Estado legalista no ha aceptado el papel complementario, supletorio y perfectivo que le corresponde según el principio de subsidiariedad, mientras que la sociedad se va reconociendo en este principio paulatinamente pero sin haber llegado a consolidarse como sociedad civil plenamente articulada. El buen desarrollo de la sociedad espontánea dependerá de que su autonomía se mantenga y acreciente, que se construyan unos lazos de interrelación y subsidiariedad más claros y que fundamentalmente el Estado no interfiera en la autonomía del grupo, limitándose a proteger los espacios de los terceros a éste. La idea moderna de Estado es insuficiente.

Ni totalmente india ni plenamente occidental, la sociedad espontánea es una mezcla creativa de varios componentes y curiosamente contiene rasgos más aplicables a la concepción finisecular de la llamada *postmodernidad* compleja y pluralista, que a la extraída de los moldes del ideal moderno universal y centralista salido de la Revolución Francesa. Al igual que ese entramado social *postmoderno*, la vocación de la sociedad espontánea es la apertura, y la flexibilidad uno de sus atributos; se fundamenta en una infinidad de grupos distintos con altas dosis de autonomía, y su sentido de la solución de conflictos se basa en la participación de los individuos o grupos implicados. Asimismo, sus permanentes choques con el Estado legalista, precisamente por la concepción cerrada y coercitiva de éste, hacen pensar que se trata de una creación espontánea, susceptible de desenvolverse mejor en los nuevos horizontes que se abren con el agotamiento del Estado moderno, que siguiendo las pautas verticales de éste. De confirmarse esta percepción, se habría dado en el Perú en cien años un fenomenal salto cualitativo que tendería puentes entre la sociedad semifeudal de fines del siglo XIX, marcada por una institucionalidad centrada en las haciendas, es decir poblada de subsistemas jurídicos donde el hacendado o el cacique encarnaban la *auctoritas* y la *potestas*, y la sociedad plural y autónoma, basada en la libertad individual y la participación directa que los teóricos de la postmodernidad han dibujado. Un formidable vuelco que de un estado de premodernidad ha alcanzado

uno de autonomía y *pluralismo*, merced al acelerado mestizaje y urbanización de la vida social de los ex indios peruanos, saltando por encima de la concepción unitarista y centralista de la modernidad. Plural y compleja, la sociedad espontánea de Perú hunde sus raíces en la diversidad desde sus orígenes colectivos, e inspira su desarrollo según las múltiples costumbres regionales que “tuvieron por bien aquellos reyes incas dejar usar a cada nación, como lo tenían en su antigüedad”,<sup>33</sup> como muy bien ya el inca Garcilaso de la Vega recogía a comienzos del siglo XVII.

## UN POCO DE HISTORIA

Así como en Cajamarca, al caer Atahualpa a manos de los hombres de Francisco Pizarro, se trastoca todo lo anteriormente existente en el mundo andino de modo irreversible, el Estado construido con sede y data en la Lima del siglo XVI, tiene una vida insuflada por los sucesivos actores que desde la península o las colonias dominan la escena y manejan los hilos del poder. Ese Estado exhibe cicatrices de guerras y levantamientos, pero desde su construcción en el siglo XVI hasta finales del siglo XX desarrolla una trayectoria más o menos inteligible. Si bien el que alcanza los albores del siglo XXI no es el mismo Estado que el de comienzos, ni naturalmente el de la época colonial, empero, tampoco pierde del todo su esencia en todo ese largo período. Cuando el poder colonial, a través del Derecho indiano –al margen de todas sus vicisitudes– trasplanta al Perú, adaptándolo a un mecanismo dual, el modelo patrimonialista de los Habsburgo, está sembrando un esquema que duraría en sus aspectos básicos hasta el siglo XX. Los atributos esenciales de un Estado que concibe las tierras y recursos como una extensión del patrimonio regio –el soberano y los amigos del soberano tienen derecho a ellos–, que a su vez es sumamente central, reglamentarista e intervencionista en la vida y desarrollo de las empresas coloniales, que se ausenta por completo respecto de las enormes bolsas de gente, y que se vuelve impotente para hacer cumplir sus propias leyes, en una realidad que con frecuencia le es esquiva, son atributos que permanecen en el tiempo. Se trata de un Estado teóricamente fuerte y proteccionista, controlista y humanitario, pero sometido en la realidad a la coyuntura del manejo y mantenimiento del poder.

Bienintencionado, el Derecho indiano, apelando a un realismo poco visto en ocasiones posteriores, lucharía en los tiempos coloniales por hacer posible una convivencia estable y enriquecedora entre indios y españoles, a la vez que coherente con los intereses económicos de los colonos y la Corona. Pero en su empeño no podría cubrir los espacios en blanco ni el forado jurídico que el sistema social ya estaba abriendo. La encomienda indiana termina siendo el antecedente de la hacienda, esto

---

<sup>33</sup> El inca GARCILASO DE LA VEGA, “Edificios y leyes y nuevas conquistas que el inca Pachacútec hizo”, *Comentarios Reales de los Incas*, Libro VI, cap. 12, edición de Carlos ARANIBAR, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 353.

es, el germen de la insularidad jurídica o la *suelta* de amplios espacios territoriales y humanos librados al libre arbitrio de relaciones feudales.

Estos rasgos coloniales, ya condenados en los siglos XVII y XVIII, y que al fin y al cabo fueron constante materia de tensión entre la Corona y los colonos, se presentaron con mayor patetismo en pleno siglo XX. Ante los ojos de un Estado que predica el advenimiento de la modernidad, que se dice liberal e igualitario, se hace grotesco el rasgo de desconexión entre la ley y la práctica, cuatrocientos años después de los sucesos de Cajamarca.

Con la república, llegada en la tercera década del siglo XIX, la indudable preeminencia señorial y cortesana española dejó paso a la presencia de la estirpe caudillista y oligárquica, formada por los hijos de quienes se volvían a la península, y con ello se inaugura la era de las recias disputas entre los “salvadores de la patria” y la aristocracia, por el control de ese Estado. Pero se trata de un cambio generacional. Son otros tiempos y para guardar tono con ellos, se hace como que el Estado se ha refundado, se cambian discursos y leyes, sobre el papel los indios dejan de ser personas tuteladas para convertirse en ciudadanos iguales y sin distinción, y los principios que inspiran al Estado ya no son los humanistas de la escolástica española, sino los del igualitarismo y el racionalismo. Se exalta la igualdad, la razón y la ciencia. Pero en realidad se mantiene el doble juego de siempre: el Estado está presente en el papel y ausente en los hechos. Es *moderno* en la teoría pero pre-moderno en la realidad. Una de las razones para dudar de esa *modernidad* proviene de la forma cómo se maneja y los intereses que efectivamente protege.

Tras la independencia y el advenimiento de lo que Alfredo Barnechea denomina la *república criolla*,<sup>34</sup> llega el *nominalismo* en su forma positivista que, tras mezclarse con la sociedad conservadora postcolonial, obtiene un *cocktail* sin precedentes. Es un Estado tradicionalista y a la vez moderno. En 1860 esa república criolla hace desaparecer legalmente al diferente.<sup>35</sup> La Constitución de ese año reconoce la ciudadanía sólo a quienes supieran leer y escribir, fueran jefes de talleres, tuvieran una propiedad o pagaran algún tipo de impuestos, y excluye de un plumazo a la masa india que en ese momento se encontraba deprimida y recluida en las haciendas, compuesta por analfabetos, pobres, con tierras en situación legal muy confusa y a quienes se acababa de exonerar de impuestos. Entre ese año y 1920, las costumbres desaparecieron del esquema legal y su práctica devino en contraria al *orden vigente*. El positivismo y el Estado *moderno* buscaron eliminarlas. En esa nueva ética del progreso no tiene cabida el *diferente*.

<sup>34</sup> BARNECHEA, Alfredo, *La República embrojada*, 1.<sup>a</sup> ed., Lima. Editorial Aguilar Nuevo Siglo. 1995. pp. 21 y ss.

<sup>35</sup> La Constitución de 1860, décima de la república del Perú y la de vigencia más prolongada, señala lo mencionado en el artículo 38, que rige hasta su total derogatoria en 1920.

Pero el *fundamentalismo* progresista está condenado a no durar permanentemente. En el siglo XX se dio la revolución demográfica. La nueva plaga se coló por los espacios que un Estado ebrio de ideologías iba dejando por doquier, y las circunstancias fueron dando forma a la sociedad espontánea; ésta terminó engulléndose gran parte de la sociedad criolla y del Estado montado por ella, y restableciendo, de hecho, un orden consuetudinario que, en el peor momento de la crisis de los años ochenta, actuó como el único dique social de contención contra los enemigos comunes –el terrorismo y el narcotráfico– e impidió que colapsara.

## LA COSTUMBRE COMO GUÍA DEL LEGISLADOR EN UNA SOCIEDAD CON TRADICIÓN CONSUETUDINARIA

El Perú, oculta o manifiestamente, es y siempre ha sido una amalgama de pueblos y sociedades que se han expresado fundamentalmente mediante costumbres. Y ello jamás ha sido comprendido por un Estado que ha hecho de la legalística su principal instrumento de control. Si durante su vigencia, que duró trescientos años, el Derecho indiano de la colonia produjo más de un millón de normas,<sup>36</sup> el legalista republicano, a 1986, había producido medio millón de leyes o normas legales más. Una “cancerosa proliferación de legalística que parece la afloración subconsciente de la anomalía ética que está en la raíz de la manera cómo se genera el Derecho en el país”, dice Vargas Llosa sobre el Estado peruano, donde una consecuencia de esto es que cada norma requiera de una que la confirme o que tenga una que la reemplace o reniegue de ella, “lo que, en otras palabras, significa que quien está inmerso en semejante piélagos de contradicciones jurídicas vive transgrediendo la ley, o –algo acaso más desmoralizador– que, en una estructura de este semblante, cualquier abuso o transgresión puede encontrar un vericuelo legal que lo redima y justifique”.<sup>37</sup>

Una relación constructiva entre el Estado y la sociedad pasa por una relación interactuante y entrelazada entre la costumbre y la ley, donde ambas se compensen sobre la base de predominar la primera. Joaquín Costa decía que “la ley supletoria es sencillamente una costumbre de Derecho y aun cuando se halle traducida en una ley o 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 esa generalidad, por esa mayoría”.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, “Estudios de historia del Derecho indiano”, *Actas del II Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Madrid, 17-23 de enero de 1972*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 132

<sup>37</sup> VARGAS LLOSA, Mario, prólogo a *El otro sendero. La revolución informal*, *op. cit.*, p. XXIV.

<sup>38</sup> COSTA, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo I, p. 382.

Dado que la costumbre recoge directamente las expresiones de esta vida, la ley debe reflejarse en esa misma fuente, traduciendo la costumbre e ingresando con ella en un juego de legitimidad que beneficie a todo el sistema donde operan los individuos y las organizaciones. Costa tiene muy claro el papel de mutua compensación entre una y otra con preeminencia de la costumbre.

Pero ello sólo será posible si la vocación legalista del Estado es superada, pues sustentadas como están en el sentido común, en la comunicación eficaz de sus miembros y portadoras de una gran velocidad en la capacidad de ponderación y confrontación de soluciones, las costumbres de la sociedad espontánea se hacen imposibles en un modelo como el legal, concebido de modo cerrado. El problema no se encuentra, entonces, sólo en ampliar el margen de aplicación de la ley de modo que incluya a la sociedad espontánea, sino, más bien, en transformar el sistema adecuándolo a los principios que sustentan a la nueva sociedad: comunicación, organización de abajo arriba, flexibilidad, autonomía, etc.

El camino está por el lado de organizar el sistema jurídico en función de zonas de amplia autonomía consuetudinaria para los grupos y para las esferas mayores, conseguir una amplia oferta de legislación supletoria que beba directa y permanentemente de la costumbre, y lograr una presencia estatal que cubra la demanda de interregulación que los propios grupos no puedan realizar.

En la sociedad espontánea, la distribución de los grupos según el territorio, es decir lo que Costa llamaba *estados* o esferas locales, regionales y nacionales, obedece a la forma cómo se han agrupado los individuos en los asentamientos humanos, éstos en los conos de las ciudades, los conos en los distritos metropolitanos, las ciudades en las regiones y las regiones en el país. Se trata de una distribución espacial que consecuentemente configura, en un primer nivel, costumbres propias del asentamiento, en un segundo nivel, costumbres de los conos, en un tercero, costumbres de las ciudades, en un cuarto, de las regiones y, en un quinto, del país. Los grupos reunidos así cuentan con un nivel de institucionalidad y organicidad dado por sus asambleas, consejos de gobierno, gobiernos locales, regionales o instituciones nacionales.

Pero la distribución territorial no agota la existencia de grupos y costumbres. En un siguiente rango están los grupos reunidos en función de categorías de interés; éstos se han reunido espontáneamente de acuerdo a diversas motivaciones: comercio, afinidades, paisanía, seguridad, subsistencia, profesión, oficio, gusto, etc. En este rango se encuentran los colegios profesionales, las ligas, los sindicatos, las federaciones, los clubes, los comités, los patronatos, etc. A estos grupos se les considerará como actuantes dentro de la sociedad espontánea en la medida que cuentan con una organicidad e institucionalidad mínimas, lo que en un país como el Perú, de alto nivel de organización popular, se cumple perfectamente. En la sociedad espontánea estos grupos cuentan con órganos oficiales y adventicios que les dan el carácter de células

sociales autónomas y que actúan por ellos de modo reconocible e identificable. Es decir, tienen mecanismos establecidos para hacer oír su voz y opiniones. Siguiendo el mecanismo básico de generación de costumbres, éstos realizan igualmente hechos jurídicos que crean normas consuetudinarias aplicables a las relaciones jurídicas dentro del género correspondiente, costumbres, delimitadas por las categorías y no por el territorio, y exigibles según mecanismos y normas internas.

Quiere esto decir que existen costumbres locales, regionales, nacionales y categoriales y que estas costumbres deben ser las que guíen el trabajo reflexivo de los legisladores. ¿Cómo hacerlo? Creemos que este trabajo guía debe obedecer a un *principio de racionalidad* que establezca un orden entre las costumbres, de acuerdo a criterios cuantitativos y cualitativos. En efecto, no es racional que, sin más, los grupos de influencia local puedan por sí mismos elevar sus costumbres a la categoría de leyes nacionales, pues de hacerlo se correría el riesgo de estrellarse con otros grupos que hayan generado costumbres diferentes. Tampoco es racional que las costumbres regionales puedan convertirse en leyes categoriales. Esa racionalidad consiste en involucrar al legislador –cuyo trabajo es esencialmente reflexivo–, es decir al Estado, en el conocimiento sistemático de las costumbres, aportando más y mejores instrumentos para que su trabajo legislativo esté mejor orientado, ofrecerle los mejores instrumentos para que al legislar cuente con la referencia permanente de la costumbre. El trabajo guía de la costumbre se satisfará si el legislador logra manejar y cuenta con los datos suficientes que le permitan identificar una costumbre y su naturaleza. Una base de datos lo más completa posible será un instrumento poderoso para el conocimiento que el legislador debe hacerse de la realidad. Mediante este mecanismo racional, el legislador ordenará las costumbres según su naturaleza, de tal modo que las locales terminarán iluminando leyes locales, las costumbres regionales inspirarán leyes de la región, las costumbres generales harán lo propio con leyes nacionales, y las costumbres categoriales iluminarán leyes especiales. Su capacidad reflexiva hará el resto; valorará si tal o cual costumbre cubre la gama de expectativas actuales y futuras, aportará añadidos que la mejoren, eliminará deficiencias que la sujetan, etc. Y se guiará en todo momento por el objetivo fundamental de perseguir el bien común transtemporalmente.

## HACIA EL DERECHO ABIERTO

Un Estado monopolizador tanto de fuentes como de administración de la justicia, es cosa del pasado. La tendencia inspirada por los foralistas españoles y en pleno desarrollo en la sociedad espontánea, es *desjudicializar* más, interferir menos y lograr mecanismos de auténtica participación no tutelada. En la sociedad contemporánea prevalece la apertura del derecho hacia la participación de la sociedad en esas fuentes y en los mecanismos de administración de justicia, a través de conductos descentralizados de *involucración* social de los grupos y de órganos nuevos, órganos téc-

nicos o sociales con mayor pericia y/o representatividad que los mecanismos del Estado legalista y que no se encuentran necesariamente dentro del Estado. La propuesta que exige esta apertura es más necesaria en un contexto como el de la sociedad espontánea peruana que, en los hechos, no sólo está viviendo todos los días su derecho, sino que lo está administrando efectivamente mediante mecanismos ajenos a los legales, y cuya armonización con el todo se hace cada día más urgente. Pero ninguna receta resultará eficaz si no se cuenta con una animada vocación por parte del Estado y la sociedad para buscar soluciones justas a cada caso. En esa búsqueda, además de la autonomía de los grupos, serán útiles los procedimientos que favorezcan el trabajo reflexivo del legislador y que les aporten más y mejores referentes cada vez, independientemente de si estos instrumentos se encuentran dentro o fuera del Estado, siempre que se respete por encima de todo la autonomía de los grupos.

La idea del derecho abierto exige que la sociedad se involucre en una directa participación dentro de los mecanismos destinados a resolver los asuntos de su incumbencia. Los grupos no deben ser convidados de piedra en la discusión de las mejores soluciones de un contencioso, sino sujetos activos. Es seguro y recurrente que un juez ajeno al problema, lego en el uso y aplicación de las costumbres de ese grupo y con un enfoque limitado a lo legal, por más preparación y atención que preste al problema, va a tener más dificultades para entenderlo en su complejidad que los propios grupos en los que se ha presentado la cuestión. Nadie mejor que estos mismos, que conocen sus costumbres, que viven cotidianamente en función de preservar sus intereses, que saben de la eficiencia de sus normas y que reconocen mejor que nadie cuándo debe regir una u otra, para aportar los datos con los que deba resolverse sus controversias. Un derecho abierto debe atender a la elemental necesidad de interacción social en situaciones como ésta. Pero, para que sea posible la participación mencionada, se hace imprescindible que los grupos puedan efectivamente actuar. ¿Cómo se da esta participación? Se ha dicho que todas las esferas de derecho o cuerpos intermedios de la sociedad espontánea tienen una institucionalidad y organicidad mínimas que les permiten contar con una representación efectiva. Hasta el más pequeño de estos grupos, digamos un club de madres de un asentamiento humano, tiene una junta directiva o un “vocero” que hable por sí. Es decir, que materialmente sí es posible que cada grupo pueda expresar las opiniones o decisiones que atañen a sus intereses. En el derecho abierto, la participación activa de las partes y la incorporación de otras instancias *sociales* para que contribuyan a resolver los asuntos contenciosos, y la cercanía de las fuentes de derecho a las partes involucradas serían los criterios fundamentales para aligerar y ajustar un mecanismo de solución de conflictos no esclavizado a la ley.

Los mecanismos cuantitativos y cualitativos de apreciación de las costumbres, compilación de ellas, clasificación de fuentes y jurisdicciones aplicables sólo serán adecuadamente formulados, pulidos y ejecutados con el concurso de juristas. La

revaluación del papel del jurista es un punto fundamental de la agenda jurídica cara al derecho abierto. Juristas que dejen la deducción lógica de soluciones silogísticas, abandonen el laboratorio y se adentren en el manejo de los conceptos de la sociedad espontánea, que aprecien la necesidad de apertura y ventilación del sistema en que se está moviendo el derecho, que crean un derecho como lo justo concreto y, fundamentalmente, en una idea de derecho como aquello que es obtenido tras una búsqueda, un tránsito enriquecedor y permanente de doble sentido entre la mente y las cosas y los principios. En suma, un derecho que se determina prudencialmente, que se decanta de la naturaleza de las cosas con la ayuda de las normas; no un derecho que se elabora, adjudica y aplica verticalmente.

Un Derecho que no tenga un alcance imaginativamente participativo e involucre a la sociedad, no sólo en su vital concepción, sino en su aplicación diaria, no será un Derecho vivo ni totalmente justo. Y si la vocación del Derecho es encarnar la justicia, creemos que sólo lo conseguirá si ésta es buscada con todos los instrumentos que jurídicamente sea posible. No debe olvidarse que el juicio prudencial de equidad en que consiste esa búsqueda, la determinación del Derecho y la praxis prudencial de que trata el arte del Derecho, reposan no sólo en las normas sino en la naturaleza de las cosas. Y que en la sociedad contemporánea –incluida la espontánea– esa naturaleza de las cosas implica *la apertura y participación directa de los agentes sociales, los grupos e individuos, es decir de todos los cuerpos intermedios, tanto en la concepción, mediante costumbres, como en la aplicación de los mencionados juicios prudenciales.*

En la galaxia del Derecho la permanente búsqueda de la justicia concreta es el objetivo de todo momento, para cuya labor los juristas de la sociedad espontánea están obligados a utilizar la inventiva que surja de la naturaleza de las cosas, lo que en una sociedad altamente consuetudinaria significa acudir permanentemente a la sociedad misma y a sus agentes sociales. En la sociedad espontánea no habrá justicia sin participación y, en ese caso, el Derecho no será vivo. Una sociedad que quiere seguir desarrollando su fuerzas y portentos naturales, que se ha abierto en medio de un sistema cerrado y que ha batallado con las armas de la libertad y la racionalidad contra un sistema silogístico, lo último que puede hacer es detenerse o encasillarse en los cajones cerrados de la ley.

Transitar el largo trecho que le falta para llegar a la *tierra prometida* de la *sociedad de sociedades* le exigirá a la sociedad espontánea imperativamente una apertura imaginativa como la señalada. Sólo siendo *indesmayablemente* imaginativos podrá seguirse apreciando al Derecho en los hechos de la vida como porciones de Derecho ideal y sujetos a los principios del orden natural, que los hombres y los grupos sociales tienen el privilegio de hacer suyas, trabajo posible sólo en un contexto de libertad civil –regla de oro– tal como el altoaragonés Joaquín Costa una vez escribió.