

ENRIQUE GHERSI SILVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y
de Filosofía en la misma casa de estudios.
Máster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Lima.
Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil).
Profesor Visitante de la Escuela Superior de Administración de Empresas (Buenos Aires).
Doctor Honoris Causa por la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala).
Miembro de la Royal Economic Society.
Vicepresidente de Mont Pelerin Society.
Académico Adjunto del Cato Institute de Washington.
Coautor de "El Otro Sendero" con Mario Ghibellini y Hernando de Soto.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS | 26



El derecho no es un sistema lógico, es un sistema praxeológico, es decir, no responde al ordenamiento de la razón sino al ordenamiento de la cooperación entre las personas. No es un producto racional, no es un producto lógico sino una consecuencia de la cooperación de la conducta, del intercambio, de las actividades cooperativas entre las personas.

La discusión respecto de que si el derecho es un sistema lógico, es muy antigua y ha tenido momentos de gran intensidad. La visión predominante hasta los años cincuenta o sesenta del siglo pasado ha sido que el derecho es un sistema lógico. Es recién a partir de entonces que empieza a cuestionarse abiertamente si realmente lo es. Esa discusión se inicia curiosamente cuando una persona cambia de opinión y esa persona es el jurista más importante del siglo XX: Hans Kelsen.

Él creyó a lo largo de su vida hasta el año 1962, fecha en que se publica su libro llamado "La Teoría General de las Normas"¹ que el derecho era "lógico". En "La Teoría Pura del Derecho"² se adscribe precisamente a esa vieja visión racionalista. Las dos primeras ediciones de "La Teoría Pura del Derecho" y un sinnúmero de artículos y conferencias sostienen esta posición de una manera enfática. En 1962 Kelsen, sin embargo, rompe consigo mismo e indica que para él el derecho no es un sistema lógico.

En primer lugar, debo explicar el estado de la discusión y luego hacer un planteamiento desde el punto de vista de la teoría económica. Quienes sostienen que el derecho es un sistema lógico originan sus puntos de vista en muy distintas fuentes y muy distintas raíces. Partiendo de que existen dos grandes escuelas o tendencias jurídicas: el iusnaturalismo —la escuela del derecho natural— y el positivismo —la escuela positivista—.

En general, la visión tradicional del derecho ha sido que el sistema jurídico era un sistema lógico, basado en los principios de no contradicción y de inferencia.

Clásica lógica aristotélica, el principio de no contradicción: el sistema no puede tener normas contradictorias y si hay alguna norma aparentemente contradictoria el derecho se encarga de corregir esa contradicción a través del principio de no contradicción. ¿Cuál es la regla lógica que garantiza el principio de no contradicción? La ley posterior deroga a la ley anterior, por lo cual, salvo que haya dos leyes simultáneas, se soluciona, según los teóricos tradicionales, la logicidad del derecho. La garantía de logicidad del derecho estaría custodiada por este principio.

Y de ahí el principio de inferencia: el derecho se deduce. ¿Pueden deducirse las normas jurídicas de principios más generales? ¿Cuál es la garantía de la regla de inferencia? Lo particular se deduce de lo general. Podemos deducir las reglas particulares de las reglas generales, de tal manera que es un principio de interpretación de las normas jurídicas que las normas particulares predominan sobre las normas generales, porque las normas particulares son una aplicación de las normas generales. Si examinamos la historia del derecho encontraremos que en general existe una idea predominante respecto de la cual el derecho es un producto racional, el derecho es lógico, nadie plantea que el derecho sea ilógico. El derecho se rige por un conjunto, creen los abogados y los juristas, de normas racionales basadas en el principio de no contradicción y en el principio de inferencia. Las normas legales, las normas jurídicas, se deducen unas de otras y no pueden contradecirse entre sí. Las distintas corrientes jurídicas comparten estos mismos criterios, sean el iusnaturalismo y el positivismo.

El iusnaturalismo es muy antiguo. Hay iusnaturalismos seculares e iusnaturalismos religiosos, pero

1. KELSEN, Hans. *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, D. F., 1994.

2. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa—UNAM, México, D. F., 1991.

todos ellos suponen esta idea: el derecho responde a un ordenamiento lógico. Para el iusnaturalismo religioso la piedra angular del sistema es, por supuesto, la razón divina. Para los iusnaturalismos de origen secular la clave es la razón humana. Pero en ambos casos hay un sistema lógico que permite ordenar una arquitectura de principios y de normas relacionadas las unas con las otras.

Con el positivismo ocurre una cosa semejante. Es debido recordar por qué se llama derecho positivo. Proviene de una expresión de Pedro Abelardo, el famoso profesor de la Sorbona en la Edad Media.³ En una de sus obras se habla de "la norma vigente", de "la norma existente". Él usa el término *positum*, el derecho puesto. De allí se generalizó la idea de la norma existente como sinónimo de la norma legal escrita. Curiosamente Pedro Abelardo incluye en su concepto de derecho "puesto" tanto a las normas escritas como a las consuetudinarias, pero el sentido en que se generalizó es sólo el de normas escritas.

Hubo por lo menos dos positivismos. En las corrientes positivistas se sostenía la misma idea. El primer positivismo fue el de Bentham. Basado en la lógica y la inducción. La idea de que el derecho es inductivo por la reiteración de casos que forman jurisprudencia, defendiendo el carácter lógico del derecho. La idea es que el derecho es una formación de la razón humana y que el derecho es estrictamente racional regido por reglas lógicas. En este caso los viejos positivistas, los del siglo XIX, defendían la idea inductivista del derecho.

El segundo positivismo es el kelseniano, con el que estamos más familiarizados. No obstante, la influencia de Jeremías Bentham fue enorme. Kelsen sostiene, y comparte la visión tradicional, de que el derecho es un sistema racional y lógico basado en el principio de no contradicción y en el principio de inferencia. *La Teoría Pura del Derecho* es expresión de estas ideas. Posteriormente, en los años sesenta publica la *Teoría General de las Normas* donde cambia de opinión.

¿Cuál es el planteamiento entonces? Kelsen dice que el derecho no es lógico, porque no es un producto del pensamiento sino de un acto de voluntad política. La lógica del derecho, si tiene alguna, es la lógica del poder. Recordemos que para Kelsen sólo hay una fuente de derecho, por eso se habla del positivismo kelseniano, que es la ley. Todas las demás fuentes del derecho son tales para Kelsen, en la medida en que la ley les reconoce tal condición. Entonces en la idea kelseniana el derecho no es lógico, la lógica del derecho es la del poder. El derecho entonces es un acto de voluntad política, el derecho se produce deliberadamente, es un producto de laboratorio, del congreso, del gobierno. Hacen la ley y la ley se cumple en la medida en que se ejecuta coactivamente, por consiguiente el derecho no tiene nada de lógico.

La crítica de Kelsen a la logicidad del derecho es de una intensidad muy persuasiva. Kelsen se pregunta. ¿Si una persona asesina a otra y merece la pena de muerte es lógica esa pena? Kelsen dice que no es lógica ni ilógica, porque no es verdadera ni falsa. El derecho no es verdadero ni falso. La lógica existe para determinar la falsedad o verdad de determinada aserción. Las aserciones existen, pueden ser verdaderas o falsas. La lógica simplemente discierne entre ellas. Pero Kelsen añade. ¿Qué tiene que ver el derecho con la verdad o falsedad? La pregunta no gira en torno a la verdad o falsedad de las normas, la pregunta es respecto de la validez de las normas.

El plantea el problema de otra manera: el derecho no es un producto lógico porque es un producto deliberado, es producto de la voluntad política de las sociedades. Se produce políticamente, se crea en un laboratorio llamado Congreso, se aplica por el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. ¿Qué tiene que ver la verdad o la falsedad? Nada, respondería Kelsen. El problema es la validez, si una norma es válida existe, si no es válida, no existe.

3. Cf. OLIVECRONA, Karl. *El Derecho Como Hecho. La Estructura del Ordenamiento Jurídico*. Labor Universitaria. Barcelona, 1980. Pág. 15.

Cuando Kelsen propone esta visión se produce uno de los debates más intensos y más interesantes respecto de la naturaleza filosófica del derecho. ¿El derecho es o no es lógico?

El debate se inicia entre Ulrich Klug y Hans Kelsen.⁴ El primero, uno de los grandes lógicos y filósofos del derecho alemán y, el segundo, austriaco, nacido en Praga. El debate es entre Klug sosteniendo que el derecho es un producto lógico, que hay una garantía de logicidad en el derecho, y Kelsen, sosteniendo que el derecho no tiene nada que ver con la razón, que es la razón política no la razón lógica la que crea el derecho. Este debate es muy intenso y marca el último tercio del siglo XX en el debate tradicional del derecho.

Hasta hoy las reverberaciones de este debate se producen con gran intensidad. Hay dos profesores argentinos y un importante profesor mexicano que son considerados los líderes del movimiento lógico jurídico neopositivista y que sostiene la logicidad del derecho en confrontación con el último Kelsen. Son partidarios del primer Kelsen, del Kelsen el de la Teoría General del Derecho y no del de la Teoría General de las Normas. Estos profesores, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin,⁵ han escrito importantes trabajos respecto del carácter lógico del derecho, y Ernesto Garzón Valdés,⁶ profesor mexicano, ha escrito mucho dedicado a la discusión del carácter del derecho, si éste es lógico o si éste responde a la voluntad política y no a la razón.

Al final este debate es muy intenso hasta hoy. A partir del Tribunal de Nuremberg se da el renacimiento del iusnaturalismo con los trabajos de Robert Alexy.⁷ Esta discusión ha adquirido un nivel filosófico de gran importancia porque no se ha limitado a discutir únicamente si el derecho es lógico o si responde a la política,

sino ha introducido un elemento nuevo, si el derecho es moral o no.

El surgimiento de una suerte de neoiusnaturalismo con Robert Alexy y la doctrina de los derechos humanos, ha significado el renacimiento de las ideas iusnaturalistas que postulan, no solamente que el derecho es racional, es lógico, sino que además es moral, que el derecho tiene un contenido moral. Los trabajos de Alchourrón y Bulygin adicionalmente introducen un elemento bastante interesante de sofisticación en la discusión. No hay que confundir el razonamiento de un juez que debe ser lógico con el contenido de las normas legales de cómo se originan las normas jurídicas. Una cosa es el contenido del derecho y otra el razonamiento judicial, no hay que confundir las dos cosas.

Nadie duda que el razonamiento judicial deba ser un razonamiento válido y en esa medida debe estar informado y regido por las reglas de la lógica. Un razonamiento judicial puede ser falso si no se deduce la premisa menor de la premisa mayor; es decir, si la conclusión no guarda relación con las premisas, no es un razonamiento válido. Pero el planteamiento kelseniano no ha sido discutir el razonamiento judicial, sino discutir el contenido de las normas. La crítica kelseniana es que el contenido de las normas jurídicas no tiene nada que ver con la lógica.

Muchas veces se ha considerado a Kelsen un enemigo de las ideas liberales, por ejemplo, así lo consideraba Hayek. Identificarán que Hayek tenía una gran rivalidad con Kelsen. Hayek entiende que Kelsen es uno de los grandes enemigos de la libertad y que la idea kelseniana de la ley como únicamente fuente de derecho es enemiga de la libertad ya que la ley es uno de los grandes instrumentos de la destrucción de la libertad.

4. KELSEN, Hans y Ulrich KLUG. *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988.

5. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2002.

6. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El Derecho y la Justicia*. Editorial Trotta. 2da. Edición. Madrid. 2000, pág.554.

7. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

Sin embargo, Mises no compartía la opinión de Hayek. Mises fue íntimo amigo de Kelsen, nacieron en el mismo pueblo y aunque la vida los separa, Kelsen ayuda a Mises cuando puede. En varios momentos de su vida, particularmente en Estados Unidos, cuando Mises era desconocido y Kelsen era el jurista más importante del mundo, se dio el trabajo de ayudar a Mises. Hay cartas entre Mises y Kelsen que demuestran un nivel de relación más que personal y cercana. Mises, incluso hace una defensa de Kelsen. Mises sostiene que se ha entendido mal a Kelsen y que Kelsen no es un enemigo de la libertad. Mises tiene razón en cuanto a las convicciones democráticas de Kelsen, pero creo que Hayek tenía esencialmente razón en cuanto a la influencia nociva que el legalismo positivista había acarreado al derecho. Hasta allí el estado de la discusión.

Hasta hoy sean las corrientes que sean, siempre se encontrarán una áspera separación: los que creen que el derecho es lógico porque es producto de la razón y que responde a la naturaleza divina o humana y los que creen que el derecho es un acto arbitrario y que si responde a alguna razón es a la razón política y no a la lógica.

Kelsenianos confrontados con los demás. En esta tradición nos hemos educado y en general la posición predominante del derecho latinoamericano es que el derecho es un producto lógico. Y hemos sido educados en esa idea en que el derecho es un sistema orgánico, auto—contenido, basado en el principio de no contradicción y se rige por las reglas de la inferencia, yo puedo inferir principios jurídicos de otros principios jurídicos más generales.

¿Qué dice el análisis económico al respecto? Que el derecho es praxeológico y no lógico: responde a la cooperación entre los hombres, no a la razón. Es consecuencia de la lógica de la cooperación social, no de la lógica racionalista. La discusión está planteada desde hace mucho tiempo. Explicar que el derecho es producto de la cooperación, esta idea hayekiana, inspirada en el pensamiento de Mises, lo que pretende es acreditar que las instituciones jurídicas son

consecuencia de la cooperación social. La idea de que existe un orden no deliberado en la sociedad humana, al que pertenece por ejemplo el lenguaje, la moneda, al que pertenece el derecho, es una idea absolutamente central que creo yo debe ser destacada y remarcada permanentemente.

¿Por qué existen las instituciones jurídicas? Porque son útiles para las personas. Pensemos en algunas de las instituciones jurídicas. Vayamos al derecho civil, a los derechos reales, la posesión. ¿La posesión es lógica? ¿Verdadera? ¿Falsa? ¿Producto político? Diera la impresión que las posiciones tradicionales de los abogados y los profesores de derecho tienen poco que ver con la naturaleza de la institución. La posesión no es lógica ni producto político. La posesión no tiene autor, no la produjo un gobernante, un rey, un brujo o un parlamento. ¿Cómo se produce la posesión entonces? La posesión es una consecuencia de la cooperación social. ¿Cómo aparece la posesión? La única manera de poder disfrutar las consecuencias de mi trabajo es que yo reconozca la posesión de los demás a condición de que reconozcan mi posesión. La posesión no existe ex ante. Es posterior a la cooperación. Del derecho de posesión derivan los demás, propiedad, usufructo, superficie, servidumbre, hipoteca, prenda, todas estas son variaciones evolutivas en el tiempo conforme se hacen sofisticados los mercados de la posesión. Se me hace profundamente difícil creer que la posesión es un producto racional, lógico. ¿Es deliberado, es decir, producto de alguna autoridad que la produjo alguna vez? ¿Es la posesión verdadera o falsa?. Pasemos al derecho comercial. Pocas creaciones más originales que la letra de cambio. La letra de cambio es una creación genial. ¿Es lógica? ¿Es verdadera o falsa la letra de cambio? ¿La inventó alguna autoridad? ¿Algún jurista la inventó? ¿A qué parlamento se le ocurrió? Todos hemos oído la historia de cómo surge la letra de cambio y las necesidades del comercio que dieron origen a ésta y de la letra de cambio se da el cheque, el vale, la orden, y una serie de productos sucedáneos. ¿La familia es lógica? ¿Es verdadera o falsa? La familia no es verdadera ni falsa, puede ser conveniente o no conveniente,

puede ser eficiente o no, pero ¿puede ser lógica? ¿Dónde se encuentra el principio de no contradicción o de inferencia en la familia? Pareciera que ni la familia, ni la letra de cambio, ni la posesión, tienen relación con la lógica o la política. Pareciera ser que estas instituciones son consecuencia del orden extendido y la cooperación de los individuos. Pensemos en otras cosas: ¿las sociedades anónimas son lógicas? ¿Son producto legislativo o son productos de la legislación? Que haya leyes que regulen la sociedad no significa que las leyes hayan originado la institución.

El contenido de las normas jurídicas no es lógico ni es un producto deliberado de la razón política, es consecuencia de la cooperación entre distintos individuos tratando de satisfacer su propio y particular interés, así como el lenguaje no es producto lógico o producto de la autoridad. Hubo un lenguaje que trataron de crear un grupo de científicos, en el siglo XIX, alentados por ideas pacifistas. Un grupo de gente trató de crear un lenguaje universal y lo crearon, el *Esperanto*. Y hasta hoy hay sociedades esperantistas. Nunca fue un idioma universal sino más bien un cultismo de filólogos, porque el lenguaje no es un producto deliberado ni es un producto lógico, el lenguaje no es verdadero ni falso.

Lo que ha ocurrido es que tiende a confundirse el razonamiento jurídico con el contenido del derecho. Y el razonamiento jurídico del derecho debe ser lógico, sea el de los abogados como el de los jueces. El contenido de las normas es producto de la cooperación y es consecuencia no deliberada. Como resultado de la cooperación voluntaria para solucionar un problema y a través del ensayo y el error de distintas estrategias de cooperación que en el largo plazo se cristalizan en instituciones jurídicas, así es como se crean las normas.

Hayek dice que el Big—Bang de la humanidad es el comercio. Porque el hombre al intercambiar multiplica al infinito sus posibilidades de desarrollo y aprovechamiento de los recursos. En un mundo de recursos escasos y finitos, el comercio abre a la humanidad la posibilidad de explotar infinitamente recursos. ¿Cuándo

es posible el comercio?. Cuando aparece el contrato. Y el contrato es igualmente un producto de la cooperación, el contrato no es ni verdadero ni falso, no se rige por las reglas de la inferencia, por lo tanto no es lógico. El contrato no es producto deliberado de la política ni consecuencia de un acto de gobierno. El contrato no tiene autor, el derecho no hubiera olvidado al inventor del cheque, o al inventor de la letra de cambio ni al inventor de la propiedad, posesión, del matrimonio, de la familia, de la servidumbre o del usufructo. ¿Por qué no recordamos sus nombres?. Porque no existen. El rey que hubiera creado a la familia ¿la humanidad lo hubiera olvidado? El parlamento que hubiera creado la letra de cambio ¿lo habríamos olvidado?

El derecho es un producto praxeológico, una consecuencia de la acción humana y no de la razón humana, consecuencia de la cooperación, de la praxis. Las personas sin quererlo, al cooperar entre sí, producen, por la reiteración de sus conductas, normas jurídicas inadvertidamente que después se convertirán en el contenido del derecho. Cada vez que la sociedad reiterando usos crea una costumbre está generando una norma jurídica. El derecho es producto de nuestra praxis, de nuestra acción. Por eso Hayek alguna vez sostuvo que el derecho se descubre y no se crea, el derecho existe en la sociedad con independencia de que nosotros hayamos sabido encontrarle. El derecho vive implícito en las relaciones humanas y corresponde a los estudiosos del derecho, a los estudiantes de derecho, a los legisladores y a los jueces encontrarlo de la forma más efectiva. ¿Cuál será el desarrollo futuro de las instituciones jurídicas? No lo sabemos, porque estas no son ni verdaderas ni falsas, ni producto de la voluntad política, es producto de la voluntad de los hombres cooperando. Uno transforma las instituciones jurídicas cooperando, haciendo cosas inadvertidamente.

La propiedad es un acto de reconocimiento, una obligación de no hacer, ya que las cosas no tienen voluntad sino solo los seres humanos, la propiedad es consecuencia de la cooperación.

Yo soy propietario en la medida en la que los demás aceptan mi propiedad. La propiedad puede evolucionar, de hecho la propiedad de hoy no es la propiedad de los romanos, porque las instituciones jurídicas se transforman con el transcurso del tiempo porque reflejan la praxis, reflejan los niveles de cooperación entre sí de las personas. Todos los contratos son el reflejo de la cooperación de las personas.

El punto entonces es sostener que el derecho es producto de la cooperación, un producto praxeológico, como el lenguaje, no tiene autor, no es lógico. ¿Puede ser el derecho contradictorio entre sí? Pues sí, porque no es ni verdadero ni falso. Hay muchas instituciones que se contradicen las unas con las otras. ¿Cuál rige? La que la gente reconozca. En la práctica los usos y costumbres de las personas derogan las leyes. En la medida en que la gente acepte una ley esa ley tiene validez. No es como Kelsen creía que la ley tiene validez porque es un producto de un proceso constitucional. La ley tiene validez cuando la ley se obedece, si la gente no la obedece la ley no tiene validez. Todos los días al cooperar entre nosotros hacemos un acto legislativo, sometemos a referéndum permanente las instituciones jurídicas.

Hubo un anarquista español muy original, Joaquín Costa, que escribió en Barcelona a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Él decía que todas las normas se encontraban vigentes ad referéndum. Esto es, que ninguna norma legal tenía vigencia verdadera si la gente no la aceptaba. Que toda promulgación de ley era ad referéndum. ¿Ad referéndum de qué? De la voluntad de las personas. Decía que sólo había ley vigente si la gente la obedecía, si la gente no la obedece, no hay derecho.⁸ Estas ideas de Joaquín Costa es una idea que yo comparto. Yo creo que el derecho no existe con independencia de la voluntad de las personas y solamente en la medida en que nosotros obedecemos las normas voluntaria o coactivamente, esas normas existen.

Pueden ser postulados de razón, pueden ser referencias, pueden ser paradigmas, como lo quieran llamar, pero sólo en la medida en que las personas obedecen la normas jurídicas, ya sean de origen legal o de origen consuetudinario, realmente existen. Cuando no las obedecemos porque no nos conviene, porque no queremos o porque no nos gusta o por la razón que fuere, razón que no conoceremos por mantenerse siempre en la reserva mental del individuo, sencillamente esas normas no existirán. Podríamos abrir discusiones colaterales no menos importantes. Por ejemplo, respecto de la relación de la moralidad con el derecho, pero creo que eso sería motivo de un trabajo posterior, es una discusión fascinante.

Se pueden producir instituciones o regularidades no deliberadamente por acción de los seres humanos. Enlaza con la mejor tradición liberal pensar que el derecho es precisamente un producto no deliberado de la cooperación social, ni tiene autor, ni es lógico, ni es fruto de la razón, ni es fruto de la fuerza, es un fruto de la cooperación, es producto de la praxis humana, que no existe antes de que se descubra, es producto del ensayo y el error, que sigue a las acciones humanas y no las antecede y que va de alguna manera siendo adoptado en la medida que resulta útil y conveniente para las personas que la obedecen.

Por eso las normas legales y los sistemas jurídicos no son inmutables y evolucionan, porque son un reflejo de la cooperación de las personas. El derecho entonces no es otra cosa que el reflejo de la cooperación de las personas. Hoy día no cooperamos igual que como cooperaron nuestros padres y nuestros abuelos. El trabajo no está organizado de la misma manera que en el siglo XVIII, ni que en la Edad Media, ni que en Roma, ni que en Grecia. Entonces el derecho debe reflejar la división del trabajo.

León Duguit sostuvo que las relaciones jurídicas eran un reflejo de la división de trabajo. Yo creo

8. Cf. COSTA, Joaquín. *La Ignorancia del Derecho*. Vallarta Ediciones. Buenos Aires. 2004.

finalmente lo mismo. Creo que el derecho es un reflejo de la cooperación de las personas y así como cambian los mecanismos de cooperación así cambian las estrategias cooperativas de las

personas y cambian las instituciones jurídicas. En la medida en que evolucionan las sociedades, evolucionan sus instituciones prescindiendo de la razón y del poder