

La confianza: un análisis de la célula del derecho eficiente

Horacio Gago Prialé

1. Importancia

La historia de los sistemas legales es una de lucha que los nuevos sectores sociales libran por abrirse paso en medio de la resistencia ofrecida por quienes detentan el control del proceso legislativo. Es una trama de pugnas por entrar al circuito de reconocimiento oficial y por participar de los beneficios de la condición legal. Es un relato de intrincados esfuerzos, de marchas y contramarchas que se libran entre quienes se hallan en las sombras y los que no quieren que crezca el club de los que habitan en la "luz legal". El tránsito de la premodernidad, en Europa, a la modernidad; esa paulatina ruptura con el mercantilismo; la gesta solidaria, igualitaria y libertaria que se halla simbolizada por la bandera de tres colores; no son otra cosa que la entrada de nuevos sectores sociales en la escena oficial.

Los guardianes del sistema legal se han resistido con indiscutible tesón a la idea del cambio. Creyeron en la muerte del Estado como "la sociedad de sociedades" y en la aparición, en su lugar, de la idea del Estado moderno como la comunidad de individuos de Rousseau, cancelando en el camino todas y cada una de las organizaciones intermedias, grupos y comunidades sociales, en aras de un ideal centralista encarnado en un Estado que había nacido de un pacto social que le daba legitimidad.

Bien. Después de dos siglos de positivismo y fe ciega en la capacidad de la ley para abarcar la compleja realidad, y tras varias décadas de desencanto ante los desaciertos del ideal exactista, volvemos al comienzo: a sentir la necesidad de volcarnos sobre el ideal jurídico abandonado en esa huida hacia la utopía de la ciencia exacta en el derecho. Se trata del regreso al ideal y práctica jurídica, que se resumen en la justicia particular como fin del derecho.

Nada menos, y con todas sus implicancias: tener que distinguir entre derecho y ley; tener que asumir que, en los supuestos de contradicción entre uno y otra, prevalecerá el primero, por encarnar la justicia. Saber que el Estado debe dejar de ser la única fuente de derecho, para convertirse en un regulador y moderador, en un garantizador de los resultados que las partes privadas buscan en sus intercambios. Y, para nuestros fines, tener que volver los ojos al terreno del hecho jurídico o, mejor dicho, al infinitamente variado mundo de los hechos jurídicos, cada vez más complejos, sofisticados, diversos; componiéndose y recomponiéndose al ritmo de los estímulos propios de la economía moderna, de las nuevas tecnologías, de las inacabables variantes que adoptan los activos para expresar su valor. Es en el terreno de los hechos donde las personas y los grupos humanos ejercen su libertad civil y su autonomía, con prontitud y visibilidad. Es en ese terreno, entonces, donde las reglas de juego que aportan las partes en los intercambios, se van convirtiendo en costumbre jurídica, cuando las comunidades sociales ven reflejadas sus aspiraciones y necesidades en esas reglas. Primero: reglas individuales; luego: compartidas; más tarde, merced al uso que los grupos sociales les dan, una y otra vez, adquiriendo la naturaleza de normas consuetudinarias legitimadas: consensos sólidos. Y, con el tiempo: señas fieles de la identidad jurídica de los pueblos.

Pero ¿es siquiera imaginable que dichas reglas sean sembradas, germinen, crezcan, echen raíces profundas, se tornen en costumbres y que luego su uso marque las conductas de los pueblos, si no existiera en todo ese devenir una atmósfera de confianza? Claro que no.

El derecho como *lo justo en concreto* — esto es, aquella asignación de “lo que a cada quien corresponde” — es descubierto en cada hecho jurídico, en cada situación particular, gracias a las reglas con que cuenta el jurista (juez, notario, abogado), reglas que adoptan formas legales, consuetudinarias o jurisprudenciales. Pero esas reglas no serían posibles si en su origen no hubiera habido consensos suficientes

para dictaminar su juridicidad, para convertir lo que comienza a ser una pauta general (moral o utilitaria) en una disposición con contenido jurídico. Ese tremendo salto de lo subjetivo a lo objetivo, de lo interno a lo externo, de lo voluntario a lo obligatorio, no sería posible si esas pautas no estuvieran avaladas por consensos sociales. Y, a su vez, esos consensos que permiten a los grupos sociales generar reglas jurídicas para intercambiar activos, no serían en absoluto posibles si no existiera confianza.

Nada más, pero tampoco nada menos. Esa es la importancia medular de la confianza. De ese concepto muchas veces ajeno a la técnica jurídica y siempre abandonado por la dogmática.

2. La compleja trama del asociacionismo

A propósito del bicentenario del Código napoleónico de 1804 —libro sacro del derecho civil y piedra angular de los paradigmas de previsibilidad y simplicidad que envolvieron al derecho durante siglo y medio (todo el XIX y mitad del XX: hasta octubre de 1945¹)—, corresponde realizar una valoración de los factores que le dieron legitimidad al esfuerzo codificador de Portalis² y que, doscientos años después, según nuestro modesto entender, son los mismos factores que ahora se la niegan.

Nosotros, habitantes de una típica nación del Tercer Mundo, una suerte de grano de arena en la inmensa mancha de personas, grupos sociales y conglomerados urbanos que es el mundo en desarrollo (cinco de cada seis seres humanos habitamos fuera del Primer Mundo),

¹ El juicio de Nuremberg (“el juicio del siglo”), contra los criminales nazis, iniciado el 18 de octubre de 1945, da comienzo a la crisis del positivismo legalista. Las sentencias se sustentan en la reivindicación de la justicia particular clásica y dejan de lado los criterios legalistas que la defensa nazi sustentó impecablemente.

² Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), juriconsulto y filósofo francés, uno de los principales codificadores del Code de 1804.

no podemos darnos el lujo de seguir huyendo de la realidad: la sociedad no es simple, sino de una diversidad inmensa. Este es un mundo marcado por la pluralidad. Los hechos jurídicos componen un tejido de relaciones de alta complejidad. Habitamos una nueva galaxia de diversidad. La previsibilidad total es imposible. Y la simplicidad del derecho, simplemente una abstracción.

Y esta realidad no solo pertenece al tiempo actual. La aparición de la complejidad es, más que todo, un redescubrimiento impulsado por hechos externos. Sus características preexistían. El derecho nunca fue una ciencia pura. Kelsen supo que su propuesta de "puridad e incontaminación del sistema" era un ingreso a un mundo ficticio de orden, asimilable más a un espejismo que a realidades comprobables.

Posteriormente, la llegada de las nuevas tecnologías de la información, y de la globalización económica, social y cultural incentivadas por esa revolución, así como el debilitamiento de los estados nación, no crearon la complejidad; solamente tuvieron un efecto revolvente: la agregaron o aceleraron. De ahí que deba hablarse de redescubrimiento de la diversidad, una diversidad que fue nota esencial de la idea de la *rerum natura* de los jurisconsultos romanos, concepto que explica cómo las cosas que existen en la naturaleza (incluidas las personas, así como las relaciones entre las cosas y las personas y los principios que las permiten) se organizan en reglas armónicas que las unen unas con otras, pero que además admiten la idea de los universales, que no son otra cosa que las categorías de cosas en las que se organiza la naturaleza. Cosas singulares y universales —decían los romanos clásicos— se movilizan y combinan con enorme variabilidad según principios naturales y no precisamente según pautas preestablecidas por la ley o algún mandato imperativo de la autoridad.

Pero la vuelta a los clásicos, en la escena contemporánea de complejidad y globalización, no es tan simple: trae consigo la inevitable cancelación de la idea de un derecho limitado al formalismo kelseniano (un conjunto de normas jerarquizadas y organizadas por la coerción), y la necesidad de delimitar muy bien la visión de un derecho como un orden de justicia particular. Se trata de un orden en el cual el fin del derecho es la justicia particular, pero, además —y aquí el matiz—, de un orden donde todo lo que haga posible este hallazgo son instrumentos. Las normas, sean éstas leyes, costumbres, jurisprudencia, incluso doctrina y principios generales, se convierten así en herramientas de un arsenal puesto al servicio de lo justo en particular;

de la necesidad de encontrar el dato de lo equitativo en cada caso. Derecho y ley, entonces, vuelven a decantarse como dos ideas distintas: uno es el fin y la otra el instrumento. La justicia particular remite al orden de distribución de las cosas o las cargas que se realiza al interior de los grupos sociales con criterios de equidad, de asignación de lo que a cada quien corresponde. Quien perciba y decida esa distribución lo hace mirando el fin: la justicia particular, y no necesariamente el texto de la ley. Si esta sirve a ese fin, bienvenida; si no, habrá que encontrar el dato de "epiqueya" en otro sitio o, mejor dicho, con otro instrumento.

En países como los nuestros, con sistemas legales ineficientes, irracionales, excluyentes y básicamente compuestos por mecanismos decantados de las presiones de los grupos de interés, el sistema legal no suele conducir al escenario de la justicia particular. Derecho y ley no son lo mismo. Y esto lo sabemos los agentes del derecho porque lo vemos todos los días. De hecho, la aplaudida justicia de paz se sustenta en criterios de justicia práctica, que en otros términos no es otra cosa que la autorización brindada por el sistema a los jueces de paz a desoír el mandato legal cuando de éste no se desprenda la solución justa en el caso concreto. Y sus méritos, precisamente, se encuentran en esa libertad.

Que el sistema legal no se halle entroncado con la realidad, que la desatienda y no pueda, como correlato de ello, diseñar mecanismos que permitan guiar al jurista a la solución de justicia particular, no quiere decir que en nuestros países no existan zonas de asignación justa de las cosas. Ya sabemos: la ley no agota al derecho; éste existe ahí donde se produzcan distribuciones de proporciones equitativas y asignaciones de lo que a cada quien corresponde, con o sin ley estatal. Y, mucho menos, ello tampoco quiere decir que en esas zonas de asignación de lo justo en concreto, la velocidad y seguridad con que se desarrollan esas distribuciones no sea eficiente. De hecho, el Cono Norte de Lima es un ejemplo de cómo una zona, aparecida espontáneamente, alcanza, con el tiempo y gracias a la incorporación de adecuados sistemas de representación de valores (los títulos de propiedad entregados por Cofopri y registrados en un sistema integrado de información), altas dosis de eficiencia en la asignación de recursos, y velocidad y seguridad en el traslado de activos. Y ocurre de ese modo por derecho espontáneo y no como consecuencia de ningún diseño

legal preconcebido, sino como resultado de la confluencia de formas eficientes de encontrar distribuciones de cosas: de lo que llamaría Fukuyama, como veremos adelante, "el capital social surgido de la confianza".

En la informalidad peruana se distingue una alta dosis de complejidad social; pero, básicamente, una elevada capacidad de "asociacionismo" que permite, desde la espontaneidad organizativa, que los grupos sociales alcancen niveles de sofisticación en sus intercambios. Una especie de complejo "sentido del valor", típico de los mercados emergentes; de los mercados que se encuentran en liza para alcanzar economías de escala.

A diferencia de los gremios italianos (nunca se ha estudiado con la profundidad que se debe cuánto de daño le ha hecho al derecho civil peruano la italianización de varios de sus codificadores), e incluso apartando la maraña mercantilista que siempre han sido las relaciones económicas en España, la realidad de la informalidad peruana revela una fotografía más parecida a la que existía y existe (en parte³) en Estados Unidos. No interesan en este análisis las causas; ese es otro asunto por analizar (país de emigrantes, relativamente joven, con una extensión muy grande y sustentado en costos de transacción bajos). Pero lo cierto es que el espectáculo diario de las asociaciones humanas que pinta Alexis de Tocqueville en la realidad norteamericana del siglo XIX, revela un inmediato paralelo con la geografía cotidiana de la

³ La defensa de un Estado de Derecho anclado en la idea de que el Estado se debe a los sistemas de libertades políticas y económicas, suele hacerse muchas veces poniendo como ejemplo de ese sistema a Estados Unidos. Es correcto, con carácter general. Pero no debe perderse de vista la creciente crisis y, a veces, severa descomposición de algunos de los factores clave del sistema de libertades norteamericano. Fukuyama llamó la atención sobre el colapso de la confianza en Estados Unidos: un país que actualmente tiene los abogados más caros, el mayor presupuesto en Policía y que tiene el 1% de sus ciudadanos en la cárcel.

sociedad espontánea e informal del Perú. Tocqueville⁴ decía de Estados Unidos:

Los americanos de todas las edades, de todas las condiciones, de todas las mentalidades, se unen constantemente. No solo tienen asociaciones comerciales e industriales de las que todos forman parte, sino de otras mil clases: religiosas, morales, serias, fútiles, muy generales y muy particulares, inmensas y pequeñísimas. Los americanos se asocian para dar fiestas, fundar seminarios, construir albergues, edificar iglesias, distribuir libros, enviar misiones a las antípodas; de esta manera crean hospitales, prisiones y escuelas. En fin, se asocian si se trata de revelar una verdad o de desarrollar un sentimiento con la ayuda de un gran ejemplo: he conocido en América algunas clases de asociaciones de las que confieso que no tenía la menor idea, y he admirado a menudo el infinito arte con que los habitantes de Estados Unidos lograban proponer un fin común a los esfuerzos de un gran número de hombres, que se encaminaban libremente hacia él.

¿No nos suena, acaso, familiar?

La historia de las singulares capacidades que los peruanos tienen para generar asociaciones de todo tipo es larga. Y bien documentada. Nuestra lectura de ello, brevemente, es la siguiente: desde tiempos muy antiguos, la sociedad andina estuvo organizada sobre la base de comunidades donde el sujeto jurídico era un sujeto comunal. Los pueblos se defendían actuando en grupo, y los grupos lograban cierta visibilidad frente a otros merced a su fortaleza y riqueza; a la variedad, tamaño y calidad de sus bienes; a la habilidad de sus curacas.

Instalada la Colonia, ella trajo una idea de autoridad que permitió la dualidad. Esto significaba que las comunidades, en gran medida,

⁴ DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Tomo II. 5.ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 96.

continuaran viviendo según sus instituciones comunales. No otra cosa fue el derecho indiano y su política de dos repúblicas (se les llamaba repúblicas, trayendo el concepto de Platón): una para españoles y otra para indios. Entonces, ante esa suerte de continuidad consuetudinaria, matizada por intercambios a los que el mundo andino siempre estuvo dispuesto y abierto —incluso mucho antes de la llegada de los españoles (J.M. Arguedas es un defensor de esta tesis)—, y ante una autoridad básicamente débil, demasiado apartada de su centro de poder y de los espacios geográficos que supuestamente dominaba, los grupos humanos mantuvieron sus esencias comunales. Todo cambia en el siglo XX (en el siglo XIX no hay gran diferencia con relación al tiempo colonial: la república independiente no se diferenció mucho de la institucionalidad virreinal). La modernización de las ciudades, la ruptura demográfica y el colapso del campo, empujan a las masas andinas a volcarse sobre las ciudades: en menos de cincuenta años, el país se convierte en 70% urbano. Y lo que ocurre en las ciudades es que los grupos sociales se adaptan a los esquemas individualistas de la economía de mercado gracias a que cuentan con lazos de solidaridad y prácticas antiguas de mutua compensación; tradiciones de confianza que les permiten atravesar por las etapas más duras de su inserción en la economía moderna.

La evolución que viven las invasiones, que luego se convierten en asentamientos humanos —los que, a su vez, al poco tiempo se han transformado en emporios económicos—, no hubiera sido posible si no existiera en los grupos sociales de esa informalidad, nunca bien entendida, los lazos de confianza esenciales para construir consensos en torno a reglas de derecho o de comportamiento, obligatorias y necesarias; para alcanzar derechos de propiedad, reglas de intercambio contractual, soluciones de controversias, registro de operaciones y normas para solucionar daños civiles.

Deberíamos ser menos severos con nuestros informales: estudiar mejor sus racionalidades y, eventualmente, aprender de sus esquemas de confianza, gracias a los cuales han logrado un derecho espontáneo que les ha permitido acumular activos. En naciones desarrolladas, ese capital social no solamente es altamente conocido, sino sumamente valorado y cultivado.

3. La confianza: esa célula esencial

En los últimos diez años se ha hablado de “capital social”, con frecuencia, en el circuito de opiniones relacionadas con el desarrollo⁵. Por tal activo se entiende el grado de armonía que existe dentro de las comunidades humanas para alcanzar sus fines como grupo y coadyuvar a las finalidades individuales de las personas que lo forman. Se dice que una sociedad determinada cuenta con mayor capital social cuando la comunidad actúa sin resistencia y en armonía, cumpliendo las reglas establecidas; cuando se respetan a menor costo las normas que permiten los intercambios y la asignación de las cosas y de las cargas.

La importancia del concepto salta a la vista. No en vano forma parte privilegiada de la agenda del desarrollo: decisiones nacionales o globales sobre dónde y cómo colocar inversiones, organizar políticas y elaborar presupuestos, tienen que ver con la facilidad/dificultad con que las reglas se cumplen entre los grupos sociales. Las mediciones del Banco Mundial sobre desarrollo social tratan de medir ese capital social para entender y clasificar a los países, con el fin de asistirlos en sus carencias.

Ha sido Francis Fukuyama⁶, el mismo de *El fin de la historia*, quien, cinco años después de saltar a la fama, tuvo el mérito de relacionar la idea del capital social con el concepto de *confianza* e ingresar al terreno de la racionalidad que estimula a los grupos sociales y, más propiamente, a las personas que actúan dentro de las comunidades sociales, para cumplir armónicamente las normas de convivencia; es decir, para construir el capital social. Fukuyama dice que la “confianza es la

⁵ El concepto se acuña por R. Putnam, quien publicó una investigación que comparaba Lombardía con el sur de Italia, preguntándose por las razones que hacían que las mismas leyes e instituciones tuvieran resultados prácticos tan distintos en un mismo país.

⁶ FUKUYAMA, Francis. *Confianza*. 3.ª ed. Buenos Aires: Editorial Atlántida, 1996.

expectativa que surge en una comunidad con un comportamiento ordenado, honrado y de cooperación, basándose en normas compartidas por todos los miembros que la integran"; y agrega que "estas normas pueden referirse a cuestiones de valor profundo, como la naturaleza de Dios o la justicia, pero que engloban también las normas deontológicas como las profesionales y códigos de comportamiento". "De ahí que la actividad económica está unida a una gran variedad de normas, pautas, obligaciones morales y otros hábitos que, en su conjunto, dan forma a la sociedad", y que "el bienestar de una nación, así como su capacidad para competir, se halla condicionado por una única y penetrante característica cultural: el nivel de confianza inherente a esa sociedad."

El resumen de Fukuyama sobre la confianza es claro: se trata de la expectativa válida que se tiene, con relación a un grupo social determinado, de una acción ordenada, cooperante y honrada; y esa expectativa general hace funcionar mejor a unas sociedades que a otras. Las consecuencias que tiene el hecho de respaldar la institucionalidad de una nación en esa legítima expectativa, son inmensamente favorables. De hecho, aun cuando algunos investigadores jurídicos quieran ver lo contrario, los sistemas jurídicos de las naciones desarrolladas no se han construido sobre la base de coerción masificada, sino con base en instrumentos normativos instalados en una plataforma institucional conectada con la complejidad de las prácticas y consensos sociales. Las leyes esenciales responden a necesidades sociales y no requieren de un entramado de imposición violenta. Evidentemente, en un tiempo de marcada complejidad, con economías y sociedades en permanente globalización, y con un aporte tecnológico que incorpora eficiencia a los ciclos productivos —reduciendo distancias y acortando etapas—, las instituciones sociales suelen verse influenciadas por grupos de interés (político, económico). Pero, más allá de la validez y, a veces, la necesidad de que los intereses privados participen en la estructuración institucional, de hecho, la eficiencia de los sistemas en las naciones desarrolladas tiene los suficientes mecanismos para mantener el contacto con las bases sociales generales.

No le pidamos al ex funcionario norteamericano que con ese descubrimiento haga filosofía del derecho: no es su obligación. Pero si extrapoláramos al mundo del derecho lo que está diciendo Fukuyama, encontraríamos probablemente una de las claves más importantes para la construcción de sistemas jurídicos eficientes: cómo aparecen,

de pronto, esos valores compartidos, esa sensación de honradez, veracidad y cooperación; y cómo esos ingredientes permiten que las reglas que la gente utiliza para distribuir cosas y cargas —es decir, aquello que nosotros llamamos derecho— cumplan sus fines y movi-licen con velocidad y seguridad los intercambios de activos.

En estricto, “derecho” es el resultado de justicia concreta que se halla presente en cada hecho jurídico. Ese es el concepto esencial de la *res iusta*. Pero hablar de derecho también es hablar de reglas obligatorias que buscan, precisamente, ese dato de justicia concreta, y lo hacen a través de organizar la justa distribución de proporciones en un espacio social determinado. Se trata de reglas que surgen de la más legítima de las fuentes: la libertad civil, y que se conservan en su forma individual, es decir, se aplican a un caso diseñado por las dos o tres partes intervinientes en el hecho; o bien se convierten en reglas consuetudinarias debido a su capacidad de resolver situaciones generales.

Lo importante, ahora, es que en todo grupo social (comunidad de intereses, espacio social) esas reglas atienden, cuando menos, cuatro aspectos cruciales:

- asignar potestades sobre activos (cosas muebles o inmuebles, materiales o inmateriales); esto es, derechos de propiedad: sus alcances y límites;
- establecer mecanismos y normas para regular intercambios voluntarios de esos activos previamente asignados (responsabilidad contractual);
- diseñar normas para que las obligaciones surgidas de la acción dolosa o negligente alcancen solución (responsabilidad extracontractual);
- resolver disputas derivadas de la propiedad, los contratos o la responsabilidad extracontractual.

Pues bien, en todo grupo social (un asentamiento humano, un distrito, un bolsón económico, una feria de comerciantes) esas reglas no surgen por imposición, sino por consenso; es más, su calidad jurídica emana precisamente de su legitimidad, de su capacidad efectiva para resolver problemas, de su naturaleza consensual. No se trata de reglas que caigan fulminantemente, como rayos, sobre las cabezas de las personas y comunidades, lanzadas por una autoridad arbitraria y suprema. La diferencia, precisamente, entre un sistema jurídico eficiente y otro ineficiente está en que en el primero las reglas encajan en reali-

dades y surgen de realidades, resuelven problemas porque aparecen de los hechos; mientras que, por lo general, los sistemas ineficientes están compuestos por reglas impuestas verticalmente.

Siendo así, las reglas tienen aplicación en la práctica, justamente porque los consensos que les dan sustento han surgido en determinadas atmósferas de *confianza*. Sin confianza, es imposible alcanzar consensos; sin consensos, es inviable obtener reglas aplicables; sin reglas aplicables, el derecho no es más que letra muerta. Y un derecho que es letra muerta es, simplemente, el mundo del no derecho.

Veamos un caso concreto y el funcionamiento de la confianza en distintas situaciones de eficiencia legal: la realización del contrato de compraventa de una casa, por ejemplo. La confianza puede tener un comportamiento doble: existe porque vendedor y comprador se conocen entre sí, porque uno sabe del otro que se trata de una persona seria y confiable; o porque, sin conocerse, existe un marco de reglas lo suficientemente eficiente y confiable, en ese espacio social, que les brinda a las partes una esencial atmósfera de confianza. En el primer caso estamos en un típico escenario de economías en desarrollo, con sistemas legales estatales ineficientes que no aportan parámetros de confianza; en estos casos, esos parámetros tienen que autogenerarse, que aportarse por la mismas partes. En el segundo caso nos encontramos en sistemas legales que ya identificaron, estandarizaron y escrituraron sus consensos, de modo tal que la confianza proviene de la ley.

Está claro que en el Perú y en gran parte del Tercer Mundo la confianza existe, pero no proviene de la ley, sino de la capacidad autogeneradora de los grupos sociales. El derecho existe, las reglas jurídicas existen, pero su eficiencia se halla limitada al espacio del fragmento social y local. Se trata de una alta eficiencia jurídica, pero limitada al espacio corto.