

La buena informalidad

Precisiones en torno al orden del desorden

Horacio Gago Prialé

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Profesor de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este artículo centra su atención en el cumplimiento de las normas de derecho en general, y en la racionalidad y eficiencia de aquellas que han hecho posible la aparición de una economía ahí donde hace pocos años, menos de treinta, solamente había desierto. Intentamos demostrar que la sociedad espontánea⁽¹⁾ que irrumpió en los arenales, colinas y pantanales de muchas de las ciudades de la costa y sierra peruanas en la segunda mitad del siglo XX, ha creado un derecho espontáneo y sistemas de eficiencia jurídica que portan los niveles de legitimidad y consensos suficientes para dar sustento a un sistema legal entroncado en la dinámica social, un sistema de normas legítimo y sostenible.

1. Mercantilismo versus informalidad.

Desde que se inició el estudio de la informalidad a mediados de los años ochenta se pudo advertir la fuerza del argumento que ahí en los desiertos y páramos periféricos de las ciudades de América Latina, ganados por las olas migratorias del campo a la ciudad, se estaba gestando una revolución popular tremenda, pero de polo opuesto al ideal marxista; una auténtica revolución industrial popular.

Algo fallaba para la izquierda comunista. Supuestamente las sociedades víctimas de exclusión y plagadas de necesidades materiales, constituían el hábitat natural del socialismo. Pero la realidad dictaba lo contrario: el capitalismo popular se abría paso. El nivel de generación de economía, la dimensión de los intercambios, la capacidad de acumulación y el *entrepreneurship* de los grupos informales, revelaban una clara vocación por la economía de mercado y los beneficios de las libertades económicas.

Lo que fallaba era que el mercantilismo no había engendrado lucha de clases, sino otro tipo de combate contra el Estado, la informalidad económica. La resistencia contra la ley que protagonizaban estos nuevos actores no era armada, sino económica. Cómo sería de traumático para los marxistas, que el mismo Abimael Guzmán, jefe terrorista de Sendero Luminoso, escribió en 1989 con toda su rabia, que Hernando de Soto, el economista que había “descubierto” a los informales, era un agente de la CIA y que su farsa, *El Otro Sendero*, debía ser combatida por el ejército popular. A los meses un coche bomba hacía añicos el local del instituto de De Soto en Lima, el Instituto Libertad y Democracia, y cobraba vidas humanas.

De hecho ha sido la informalidad y su poderoso factor disolvente el mayor de los enemigos del mercantilismo en toda su historia, desde los tiempos aurorales del Derecho indiano y la dualidad “república de españoles” y “república de indios”. Nunca antes de la segunda mitad del siglo XX el sistema cerrado, vertical, exclusivo, y oligárquico de procesar las normas jurídicas en el país había sido puesto en cuestión frontalmente y de raíz. Pero la informalidad no solamente ha remecido los cimientos del mercantilismo sino también canceló para siempre la utopía socialista como pauta ideológica viable. Vista en retrospectiva parece difícil imaginar lo sencillo que resultó para la informalidad arrasar con un mito muy arraigado entre algunos sectores importantes de intelectuales de izquierda durante las primeras siete décadas del siglo.

La masa humana que definió sus propios derechos de propiedad sin esperar que el Estado mercantilista lo hiciera por ella, se apartó radicalmente de la institucionalidad oficial para surcar otros senderos,

(1) GAGO, Horacio. *Sociedad Espontánea y Derecho*. Madrid: Civitas, 2000. Sociedad urbana y mestiza, formada por inmigrantes provincianos, que tomaron las tierras eriazas tras la aluvional revolución demográfica de mediados del siglo XX.

crear una economía y una sociedad organizada por normas distintas y propias.

Se puede decir que esos fueron tiempos épicos en la historia del reconocimiento de la "ciudadanía" de los informales. Luego vendría otro tipo de estudios: mediciones de los activos de los informales (vivienda, comercio y transporte urbano), análisis de los costos legales de la formalidad, leyes de simplificación administrativa y finalmente los procesos de titulación y formalización masiva. Con entusiasmo, los gobiernos de varios países de América Latina se embarcaron en la ruta de la formalización. La receta se paseó por muchas naciones sin entenderse del todo la complejidad del proceso de creación de incentivos e instituciones, que subyace en los mercados modernos.

Naturalmente la pobreza no ha desaparecido ni el sector informal disminuido significativamente. ¿Qué ha pasado? Muy simple pero a la vez muy importante. Nunca se comprendió que más allá de los permisos y las licencias, la informalidad es un estado de invisibilidad de activos ante fuentes de reconocimiento, ya sea administrativo (Estado) o financiero (bancos, inversionistas, redes financieras, mercados de capital). Que lo que corresponde hacer es conectar, a través del derecho, los distintos fragmentos sociales y económicos que se encuentran aislados, para que los activos salgan a la luz, y que esa conexión jurídica no es materia de inventar nuevas entidades y edificios públicos para centralizar trámites, sino que es un tendido legal de redes donde cada activo funciona como un terminal de computadora.

No se comprendió que la conexión de activos es solamente posible a partir de reglas de juego que tengan legitimidad y uso funcional, es decir que partan de las costumbres de los mismos grupos que las utilizan para desarrollar su vida. De hecho, las leyes que se dieron para reformar el Estado dentro de los programas de ajuste estructural, no basaron sus premisas en el Derecho espontáneo de los informales, es decir, en las costumbres jurídicas y las prácticas legitimadas por el uso que ellos suelen utilizar dentro de sus comunidades locales para definir sus derechos de propiedad, regular sus intercambios y resolver las disputas que surjan. Las leyes del Estado se dieron fuera del derecho de la gente, de ahí su escasa puntería.

Pero creo que aun cuando se hubiera comprendido a cabalidad esta conexión, cosa que no ocurrió, las reformas legales con sustento en el Derecho espontáneo tampoco hubieran sido posibles,

simplemente porque nadie, menos el Estado, conoce cuál es ese Derecho espontáneo. Digamos que los únicos que sí conocen este derecho son los informales mismos. Pero ese conocimiento es fragmentado, cada quien en la informalidad conoce sus reglas y sus normas, pero nada más.

¿Cómo podría el Estado haber dictado leyes legítimas si no conoce las bases de esa legitimidad? Ese es el punto. Tiene que hacerlo, es decir no cabe otra cosa que embarcarse en la larga y complicada tarea de descubrir y sistematizar esa racionalidad jurídica, ahí abajo, ahí dentro de cada fragmento social.

Lamentablemente los expertos no han sabido explicar bien esto. Quizá sea porque muchos de ellos no vienen del Derecho sino de la economía o de las ciencias políticas. Ha habido poca filosofía jurídica en esta materia, tan esencial para captar la racionalidad de los procesos normativos hipotéticos y espontáneos. No ha quedado nunca claro, por ejemplo, que ley y derecho son conceptos distintos y que en los países en desarrollo lo que hace que los informales salgan adelante es el derecho, su propio derecho, siempre espontáneo, y no la ley, que es estatal. Se ha hablado de costos legales, de irracionalidad de la ley estatal, hasta de la importancia de las reglas informales o extralegales, pero jamás de la necesidad de conocer sistemáticamente el derecho espontáneo para dictar leyes duraderas.

2. Las cifras de la sociedad espontánea.

No menos del 75 por ciento de los intercambios de activos en el Perú se realizan sin atender las normas del sistema legal⁽²⁾. Véase bien: cuatro de cada cinco hechos jurídicos que suponen ejecución recíproca de prestaciones no se ajustan a las leyes establecidas por el legislador para esos efectos. El derecho que el Estado prevé no rige en este mayoritario mundo, en esa bulliciosa pero a la vez tremendamente desconocida galaxia de la informalidad. Entonces ¿qué derecho es el que los hace posible? ¿Qué sistema de normas impulsa la acumulación, define derechos de propiedad -o al menos sus componentes básicos como la tenencia y posesión-, regula transacciones, soluciona conflictos, y permite captar información suficiente para hacer posible más transacciones y más acumulación de activos? ¿Qué tipo de derecho es aquel que ha impulsado compromisos, acuerdos, formas de cumplimiento para el traslado de activos físicos, humanos y sociales en los escenarios informales?

(2) Porcentajes similares se registran en muchos países en vías de desarrollo.

En un sistema legal mercantilista
como el peruano, las instituciones
oficiales se respaldan en incentivos
que las hacen ineficientes

3. La confusión.

La informalidad despierta todos los enconos por el dramatismo de las escenas que promueve (transporte, invasiones). Es el patito feo sobre el cual siempre se habla mal y que nunca se analiza a fondo. Un culpable nato, un pato peludo y ruidoso, no un futuro cisne de magnífica prestancia.

En países como el Perú los signos cotidianos de incumplimiento de las leyes son de tal magnitud y naturaleza, que los síntomas y efectos del problema se suelen confundir con sus causas verdaderas. El sistema legal es débil y susceptible de burla permanente por razones que no tienen nada que ver con el Derecho, se dice. La ley es buena, el legislador diligente, repiten los abogados en la radio y en la televisión cuando se les pregunta diariamente qué pasó en Mesa Redonda, qué fue lo de Flor de la Frontera, cómo se explica el caos vehicular. Sostienen que es tan buena como las de los países donde sí se cumple, "lo que pasa es que vivimos en medio de una cultura del irrespeto a la convivencia organizada, somos informales congénitos. Para corregirnos necesitamos sanciones más duras".

De este modo, de acuerdo a los gurús criollos, la impunidad es un asunto de sicología social, antropología o ética, un mundo donde las soluciones pasan por cambiar currículas educativas para los jóvenes, reeducar a los adultos, iniciar campañas de valores, dotar de sicólogos a los reeducables, encarcelar a los irrecuperables, y en todo caso engrosar las fuerzas policiales de un modo sustantivo. Evangelio y más palo.

Pero la impunidad no cuestiona a las leyes, éstas no deben tocarse salvo para incrementar su componente coercitivo. En la galaxia nominalista en que nuestro sistema jurídico se mueve desde los tiempos de la compilación de Derecho indiano de 1680, el texto de la ley es santo y sagrado. El Derecho, o sea la justicia (palabra incomprensible) es literalmente el

texto, el bien normativo encarnado. De este modo, una vez que el legislador demiurgo impulsa las normas tras el umbral de su promulgación, los *lobbies* que las sostienen, los intereses de grupo que se hallan detrás de ellas, los fines mercantilistas que persiguen, desaparecen, se evaporan para dar paso a leyes justas, racionales, coherentes y que, además, promueven el bien común. Que no se cumplan es harina de otro costal.

En suma, para los próceres del sistema, el proceso normativo no es el problema. El modo cerrado y de espaldas a las comunidades sociales como se hace el Derecho en países de tradición positivista como el nuestro, no tiene nada que ver con la informalidad. **Lo que pasa es que no hay instituciones, la coerción es insuficiente y las autoridades que deben hacerlas cumplir son negligentes.**

3.1. Grave error que aquí intentaremos demostrar.

Primero. Sí hay instituciones, ellas encarnan el Derecho, pero las reglas de juego en que consisten son precisamente las que promueven las ineficiencias⁽³⁾.

Segundo. La coerción de nada sirve cuando la norma no se encuentra entroncada en la dinámica de la realidad social, y no obedece ni proviene de los consensos sociales reales. La coerción es un elemento accesorio, necesario pero incidental, del concepto de Derecho.

Tercero. Las autoridades encargadas del cumplimiento de las leyes darán siempre espectáculos delirantes si el engranaje de leyes es irracional e incoherente.

El transporte es un ejemplo patente: el *establishment* ya sentenció hace tiempo este tema diciendo que el absoluto caos se debe a que las personas enloquecieron e importaron cientos de miles de peligrosos ticos y combis con timón cambiado con el deliberado y doloso ánimo de repletar angostas y ahuecadas calles, treparse a las veredas (donde las hay), arremeter contra peatones, echar humos tóxicos de muerte, correr endiabladamente, detenerse abruptamente a mitad de la vía y tratar a los pasajeros como animales. El estado de naturaleza hobbesiano, donde cada chofer de combi es el lobo de su pasajero, está vivo y coleando en las ciudades peruanas. Entonces, *Leviatán*, esa superestructura poderosa y salvadora llamada Estado, debe cumplir su deber:

(3) NORTH, Douglas. *Las instituciones son las reglas de juego*.

sancionar, sancionar y sancionar. Reestablecer con la vara, el pacto social.

Las carreteras se llenan de sangre a diario porque los choferes se quedan dormidos, no porque los gobiernos no las asfalten ni mantengan o señalicen adecuadamente (de 78,000 y pico kilómetros de carreteras en el Perú solamente 10,500 están asfaltados; en España, cuyo territorio es la mitad del Perú, existen 200,000 kilómetros de red vial, el noventa por ciento están asfaltados). Las calles son un dédalo diabólico por culpa de automovilistas y peatones pero no porque el Estado haya permitido la importación de autos usados hasta alcanzar cifras asombrosas: en diez años el parque automotor se incrementó en mil por ciento. Hoy en día, un millón trescientos mil autos, combis, camionetas, camiones, autobuses y furgonetas intoxican a los peruanos, mientras la infraestructura vial no fue habilitada ni acondicionada siquiera para soportar el doble de autos.

Las combis avasallan todo a su paso porque se trata de psicópatas y seres incontrolados, no porque se carezca de un adecuado plan de licitaciones y asignación de rutas.

El caos del transporte se debe a que los peruanos somos autodestructivos y manejamos por puro deseo

automóviles que se caen a pedazos; no porque el sistema financiero (respaldado en el sistema legal financiero) haya abandonado todo programa de renovación de la flota. Téngase presente que mientras cientos de miles de peruanos invirtieron más de tres billones de dólares en adquirir autos en la última década, el Estado destinó menos de mil millones en ese lapso para acondicionar la red vial. Pero éste no es un asunto que competa al Derecho, las leyes son buenas.

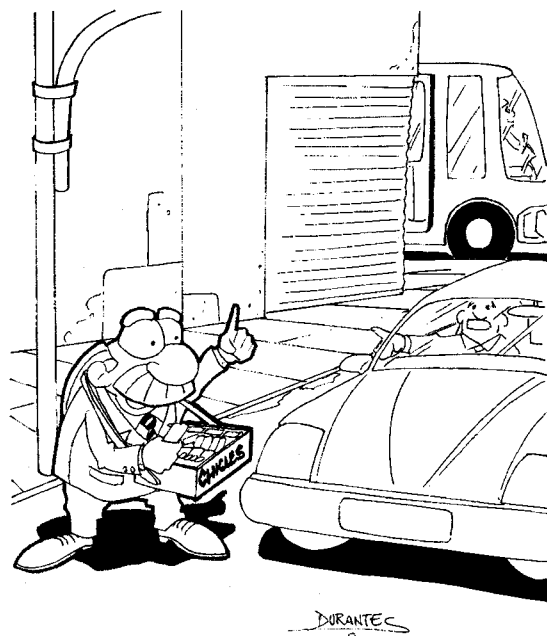
Los gobiernos locales no anchan calles, ni construyen veredas o las parchan. No señalizan pistas y calles suficientemente, tampoco proveen una red inteligente y racional de semáforos (ahí donde se necesiten, operando en el momento del día y de la noche en que deben). No construyen paraderos, ni levantan puentes peatonales ni zonas rígidas racionales. Pero eso no importa, nada tiene que ver con el derecho. Alcaldes, entidades estatales o concesionarios rompen arterias principales sin avisar a nadie y sin generar alternativas, como hacen en otros países donde la ley es tan importante que su cumplimiento merece toda la atención del derecho y de la acción ejecutiva de las autoridades: las obras se anuncian y se construyen vías alternativas.

Pero el diabólico transporte no se debe a la ineptitud del Estado y la irracionalidad de sus disposiciones, sino a fuerzas oscuras que acechan la naturaleza humana de los peruanos y extraen lo peor de nuestra condición una vez que ponemos un pie en la calle.

Entonces el síntoma -las calles infernales- se convierte en la médula del problema; y la verdadera causa -la carencia de infraestructura física en mutua armonía con institucionalidad legal racional- se reduce a un aspecto circunstancial o se pierde en medio del reclamo chillón de todos y los palazos de ciego que propina el Estado.

4. Eficiencia del derecho espontáneo.

Un sistema de normas va a ser eficiente si recoge de modo sistemático los consensos existentes en las distintas comunidades sociales o esferas de derecho⁽⁴⁾. La sociedad humana se organiza a partir de grupos sociales, reducidos o extensos, cada uno de los cuales con la capacidad de libertad civil suficiente para generar normas de Derecho. Las normas de Derecho o instituciones aplicables a cada grupo son consecuencia de la actividad de diseño normativo propio o de la



(4) COSTA, Joaquín. *La Vida del Derecho. Ensayo sobre derecho consuetudinario.*

adopción de normas procedentes de esferas distintas (esferas mayores), las mismas que alcanzan su efectividad en el grupo merced al principio de subsidiariedad. El derecho de cada colectivo tiene una escala de eficiencia que le hace un instrumento útil para la solución de materias propias de la vida social y económica (sistemas de propiedad, de contratos, mecanismos de solución de controversias e instrumentos de información).

En un sistema legal mercantilista como el peruano, las instituciones oficiales se respaldan en incentivos que las hacen ineficientes⁽⁵⁾. Pero curiosamente esos mismos incentivos estimulan a los informales a buscar niveles de eficiencia, instituciones reales, en un derecho espontáneo que les permita solucionar sus necesidades.

Es una ingenuidad creer que el desarrollo y la prosperidad de un país y de una economía pueden planificarse con lujo de detalles en un gabinete o en un laboratorio. El diseño de las instituciones no significa la sustitución de los mecanismos impulsores propios de la realidad compleja y espontánea, sino la sistematización de sus consensos. Los países ricos no se diseñaron en ningún taller de alta tecnología de sistemas, ni se hicieron en base a consultorías. Los casos de emporios planificados como Las Vegas o Brasilia son una excepción. La regla general es que los colectivos humanos impulsan sus soluciones en base a cuán exitosamente lograron mensurar, sistematizar y estandarizar sus consensos, a fin de convertirlos en leyes, leyes firmes, arraigadas y legítimas.

Los países ricos no se hicieron sobre la base de altos esquemas de coerción. El legalismo kelseniano fracasó tras la segunda guerra mundial, se derrumbó tras la derrota del nazismo como prueba de que las teorías puras del derecho no pueden, sin riesgo de generar hecatombes, ponerse al servicio de ideologías. La coerción no aporta soluciones a un sistema que no cuente con instituciones o reglas de juego que provengan de los consensos adecuadamente sistematizados.

La eficiencia del derecho espontáneo está dada por su legitimidad, por la capacidad de respuesta a las manifestaciones de la vida real que poco a poco van encontrando su dimensión normativa justa, aquella que responde a las necesidades del colectivo. Naturalmente los fragmentos sociales en los que no exista acceso a ciertas condiciones físicas elementales para desarrollar intercambios comerciales no desarrollarán instituciones propias de una economía extendida.

En el cono norte de Lima, en el distrito de Los Olivos, no se produjo ningún diseño estratégico o reingeniería de sistemas para que aparezca el emporio comercial de MegaPlaza. Éste es consecuencia de la eficiencia de las instituciones del derecho espontáneo que partieron de definir derechos de propiedad (invadiendo tierras en los años sesenta) hasta crear sistemas de representación de activos (títulos de propiedad) que fueron adecuadamente insertados en una red de visibilidad financiera hasta convertir cada activo en una especie de terminales financieros. Los agentes del sistema, capacitados en la identificación de oportunidades vieron en Los Olivos, entendieron el código que portaba la información sobre el valor de esos activos y decidieron invertir capital fresco con ellos.

No todo se encuentra, sin embargo, en el Análisis Económico del Derecho. Las pautas de racionalidad fría e ideal que reposa en un análisis de ese tipo, no ha sabido destacar en la sociedad espontánea del Perú los factores de eficiencia ni proponer su sistematización. Es que tal como el profesor de la Universidad catalana Pompéu Fabra, Fernando Gómez dice, "(...)el presupuesto general de racionalidad no asume, ni mucho menos, que el *Law & Economics* entienda que todos los sujetos, de hecho, actúen racionalmente en todas las circunstancias. Es evidente que, en buen número de casos, los individuos se apartan de este patrón de racionalidad, sobre todo en presencia de incertidumbre sobre las condiciones existentes y sobre los resultados de las diferentes opciones de conducta. Su memoria puede resultar escasa, lo mismo que sus habilidades cognitivas a la hora de procesar información. Pueden equivocarse al operar con probabilidades, verse influenciados por el *statu quo* o por la forma en la que se formula una pregunta o se presenta un asunto. Pueden, además, tener la voluntad anulada o debilitada por restricciones externas o internas. Igualmente, tienen percepciones y opiniones en términos de justicia acerca de las distintas conductas o resultados posibles, lo que sin duda desempeña un papel motivacional no desdeñable. Todos estos son problemas reales que obligan a aceptar con mayor cautela los resultados del análisis sustentado en el presupuesto de la acción racional, pero no a abandonarlo y, con ello, a echar por tierra el intento de explicar de manera coherente y consistente la incidencia sobre el comportamiento de los sujetos de factores externos, entre los que destaca el sistema jurídico".¹⁴

(5) Douglas North centra su atención en los distintos efectos que pueden tener las instituciones sobre una sociedad y economías.