

APUNTES SOBRE EL ORDEN JURIDICO ESPONTANEO

Paul Christian Laurent Solís ^(*)

1. INTRODUCCION

La historia del constitucionalismo ha sido la historia de las libertades individuales en contraposición al poder del Estado. Ha sido la lucha por un orden ⁽¹⁾ jurídico que permita a los hombres desarrollarse como tales, alejados de la coacción y la violencia, es por ello que buscaba limitar al máximo toda forma restrictiva de los derechos individuales y de propiedad. Es así que para el constitucionalismo clásico aún era evidente la diferencia entre *Ley* y *Legislación*; sin ninguna duda, esta es la base misma de una efectiva y real salvaguardia de los derechos y libertades ciudadanas, que al ser concebida anulará la inclinación absolutista del gobernante, para dar vida a un Estado de Derecho ⁽²⁾ o Gobierno de las Leyes (*Rechtsstaat* o *Rule of Law*).

^(*) Estudiante del Cuarto Año. Miembro del Círculo de Estudios «Ludwig von Mises» y del Taller de Derecho Constitucional de la UNMSM. Es integrante del Consejo Editorial de la revista *Orthodoxia Liberal*.

⁽¹⁾ Con reticencias comparto y me adhiero a la noción de orden que maneja Eduardo GARCIA MAYNEZ: "Orden es el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante" (*Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974, pp. 23 y ss., y 134); y W. D. OLIVER: "Orden es el arreglo de un conjunto de entidades producido por la correlación, sujeto a regla, de un arreglo de estas entidades con otro independiente del primero" (*Theory of Order*, Yellow Springs [Ohio], The Antioch Press, 1951, pp. 19 y ss.).

⁽²⁾ Cuando utilizo la expresión "Estado de Derecho", no me estoy refiriendo para nada a aquella concepción errada que considera la simple permanencia de normas escritas durante un plazo más o menos largo en el tiempo. Ello sin duda es beneficioso y garantiza cierta estabilidad, pero no deja de ser una visión positivista, estática y constructivista, pues el derecho como *nomos* está lejos de ser creación deliberada del legislador. Por lo tanto, no podemos denominar "Estado de Derecho" al cuerpo normativo u orden jurídico diseñado por obra del constituyente o legislador, pues *el derecho como nomos no es creado por hombre alguno*, sino por los hombres que actúan y viven en sociedad, es en él donde los derechos individuales adquieren precisión y significado; es tal concepción la que desemboca, a su vez, en los ideales del gobierno de las leyes y la separación de los poderes.

Los partidarios del constitucionalismo siempre han visto con preocupación todo argumento en favor de la ampliación de las facultades del Estado para intervenir en las vidas de los individuos. Ello es contrario al constitucionalismo mismo. Hoy en día es contrario al constitucionalismo todo aquello que contradiga la constitución escrita, no importando si es que en ésta se deja de lado el esquema constitucional clásico que concebía a la ley como resguardo de las libertades ciudadanas.

Durante las últimas décadas del siglo pasado, así como en todo este siglo, se abandonó los principios del constitucionalismo clásico por ser considerados insuficientes por sí mismos para lograr el tan ansiado "bien común". La "socialización del derecho" era inminente, quien negara tal aserto era catalogado como "reaccionario", indolente a las "nuevas circunstancias" de la vida social. Se empieza, a través de tales doctrinas, a reemplazar los conceptos de *derecho* y *ley*, así como se acepta como "verdad incontrovertible" todo argumento a favor de la actividad intervencionista del Estado. Este pasó a ser el nuevo *Dios*, apto para buscar la sociedad justa e igualitaria, no importando si ello era contrario a los derechos individuales y al derecho de propiedad; éstos no eran nada en relación a la *Sociedad* y el *Estado*. Nadie se percató del retroceso al que se apostaba; volvía, en los hechos, a épocas aparentemente ya superadas, en las cuales el monarca era no sólo quien otorgaba derechos y propiedades en un real sistema de privilegios, sino también en ocasiones decidía la vida de los hombres que se ubicaban bajo su manto. Este nuevo constitucionalismo se autoproclamaba "*social*" y propugnaba la instauración de un "*Estado Social de Derecho*", que arrumbe todo vestigio del derecho y el Estado decimonónico y que, con novedosas teorías, sustentados en argumentos clasistas y emocionales, propugnaban el retorno del poder absoluto del gobernante, a través de una nueva concepción del Estado y sus funciones. Es así como surgen los llamados "*derechos sociales*" que, a decir de sus defensores, fortalecerían y darían auténtico significado a aquellos derechos que son propios de un orden jurídico individualista y que están imposibilitados de operar en la práctica, pues se dan en "situaciones de asimetría y desigualdad entre los individuos" que impide "que ese orden funcione" ⁽³⁾. Con tales argumentos sólo se logra desfigurar los propósitos del constitucionalismo clásico o individualista, los cuales son: la limitación de todo acto arbitrario y abusivo por parte del poder político, del Estado y sus autoridades; busca independizar al hombre, al ciudadano, de todo ente colectivo que intente condicionarle a actuar de determinada manera, sin tener en

⁽³⁾ VEGA, Pedro de, «Estado Social y Estado de partidos: La problemática de la legitimidad», en *Ius et Veritas*, Año V, N° 8, Lima, 1994, p. 137.

cuenta los derechos y libertades que posee ⁽⁴⁾; así, como el proteger al individuo como tal y no sacrificarlo a cualquier dudosa aspiración "en favor" de la sociedad. Es por lo dicho que el constitucionalismo clásico no puede ser catalogado como "escandalosa huida de la realidad y de la historia" ⁽⁵⁾, pues éste nunca pretendió cubrir las necesidades materiales de los hombres; su objetivo fue siempre más modesto, alejado de todo imposible; buscaba la protección de las libertades y derechos de los hombres de todo acto contrario a ellos, especialmente de los que provienen del poder político. He ahí la importancia de su limitación en salvaguarda de los derechos ciudadanos; he ahí del por qué el constitucionalismo clásico no se refiere a la igualdad desde el punto de vista económico (en otras palabras, respecto a la riqueza, a los bienes materiales). Recela *per se* de cualquier concepción igualitaria que no sea la *igualdad ante la ley*, pues desconfía de toda igualdad conferida verticalmente por el gobernante; se opone a ella porque significaría un aumento desmedido y peligroso de las funciones de los gobernantes, que se traduciría en la aniquilación de nuestra libertad, así como por que los derechos dejarían de ser tales para convertirse en meras tolerancias.

Actualmente nos encontramos bajo el dominio del *Estado Social de Derecho*, expuestos a las regulaciones y la codificación, en suma, a la negación misma del derecho. Lejos están los tiempos en que se dudaba de la ley escrita. Pues ello significaba que el legislador estaba autorizado a otorgar o tal vez suspender o agregar *derechos* como quien expende licencias o cancela facturas. Tal era el temor de HAMILTON en *El Federalista*: "(...) las declaraciones de derechos (...) no sólo son innecesarias..., sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concebidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorga. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar? Por ejemplo: ¿para qué se afirmaría que la libertad de la prensa no sufriría menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones?" ⁽⁶⁾. Se tenía bien claro que los derechos existen o no existen; la reglamentación de los derechos eran catalogados como una negación de los mismos.

⁽⁴⁾ Cfr. CONSTANT, Benjamin, *Curso de derecho político constitucional*, Madrid, Taurus, 1968, p. 9: "Los ciudadanos poseen derechos individuales independientes de toda autoridad social o política, y toda autoridad que viola estos derechos se hace ilegítima".

⁽⁵⁾ VEGA, Pedro de, «Estado social», *cit.*, p. 135.

⁽⁶⁾ HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 368.

La intención que nos impulsa a escribir estas líneas no es otra que la de intentar aproximarnos a los principios básicos del derecho constitucional clásico, hoy casi olvidado, además de exponer la importancia que tiene el colocar al individuo y sus libertades como la base del constitucionalismo, y del orden que de él se desprende.

2. EL ORDEN DE LA SOCIEDAD

El desarrollo y auge de las teorías "constructivistas" ⁽⁷⁾, han tenido a lo largo de los últimos doscientos años una casi total aceptación en los intelectuales ⁽⁸⁾. A partir de esas ideas se ha considerado que el desarrollo de la sociedad y de las instituciones que la conforman son producto del designio de alguna persona o de algún grupo de personas. No se concibe que las sociedades sean producto espontáneo del actuar de los individuos. El desarrollo de las sociedades, sin ningún parámetro o esquema determinado, son para los defensores de tales teorías, imposibles de concebir. Los espectros de la anarquía y el caos vienen a sus mentes inmediatamente.

La sociedad se hace realidad por que es producto del interactuar de los miembros que la constituyen sin ningún plan o pacto previo. ORTEGA Y GASSET denunciaba que uno de los más graves errores del pensamiento moderno ha sido confundir la sociedad con la asociación. Señalaba que una "sociedad no se constituye por acuerdo de las voluntades. Al revés, todo acuerdo de voluntades presupone la existencia de una sociedad de gentes que conviven, y el acuerdo no puede consistir sino en precisar una u otra forma de esa convivencia, de esa sociedad preexistente. La idea de la sociedad como reunión contractual, por tanto, jurídica, es el más insensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta delante de los bueyes. Porque el derecho (...) es, si se me tolera la expresión barroca, recreación espontánea de la sociedad y no puede ser otra cosa. Querer que el derecho rijá las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece ... y perdónenme

⁽⁷⁾ Denominamos "constructivista" a toda idea que basa su argumentación en la "suposición según la cual una sola mente puede llegar a conocer cuantos hechos caracterizan una determinada situación y puede asimismo, a partir de tal conocimiento, estructurar un orden social ideal". Cfr. HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid y Guatemala, Unión Editorial y Universidad Francisco Marroquín, 1978, v. I., p. 30.

⁽⁸⁾ Vid. HAYEK, F. A., *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason*, New York, The Free Press, 1964.

la insolencia ... tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el derecho es" ⁽⁹⁾. Los hombres hemos apostado por la vida en sociedad debido a que ella nos proporciona medios eficientes para alcanzar nuestros individuales objetivos, y no por que ella nos ofrezca medios de llegar a algún tipo de trascendental felicidad común ⁽¹⁰⁾. Los hombres al actuar entre sí constituyen en su espontáneo accionar una serie de pautas de conducta que son las que hacen que la vida en sociedad sea factible. Sin ellas no existiría ningún tipo de organización que pudiera llamarse sociedad. Estas reglas de conducta, o simplemente reglas generales, ejercen una poderosa influencia sobre las futuras acciones y entendimiento humano, siendo incluso capaces de imponerse a los mismos sentidos ⁽¹¹⁾.

El orden creado por la regular conducta de los individuos no es el mismo orden de la sociedad ⁽¹²⁾. El orden de ésta se sustenta en una regularidad mayor, que abarca a todos los individuos por igual. Este orden facilita el libre actuar de los miembros de la sociedad, pues solamente están obligados, si es que desean seguir disfrutando de la vida en sociedad, a observar aquellos principios generales que constituyen la sociedad. En cualquier grupo grande, como lo es toda sociedad, el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas generales de conducta, y no en directivas particulares impuestas discrecionalmente a ciertos individuos (ello es propio de las comunidades primitivas, de las tribus, no de una sociedad moderna). "Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidos por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho" ⁽¹³⁾.

Si ello no fuera así no podríamos entender del por qué es que los hombres conciben tales o cuales hechos o comportamientos como perjudiciales, cuando nadie

⁽⁹⁾ ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Madrid, Editorial Revista de Occidente, 1962, pp. 10-11, en el prólogo para franceses.

⁽¹⁰⁾ BUCHANAN, James, *Los límites de la libertad. Entre la Anarquía y Leviatán*, México, Premia, 1981, p. 13.

⁽¹¹⁾ HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Orbis, 1984, Libro Segundo, p. 566.

⁽¹²⁾ Cfr. HAYEK, F. A., «Los errores del constructivismo», en *Nuevos estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1981, p. 9.

⁽¹³⁾ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 155.

les ha informado que ellos los son en realidad. Por ello es que a pesar de que los individuos de una sociedad determinada no hayan leído las leyes penales que tipifican el homicidio, saben que tal acto es malo, que es contrario a la vida en sociedad.

Aquella sociedad que pretenda basarse en la negación del acuerdo libre y voluntario entre los hombres (autonomía de la voluntad), en el rechazo o pseudo-aceptación del derecho de propiedad y en suma, de la propia libertad individual, será una sociedad alejada de la paz y la seguridad entre sus miembros. Si se desconoce tales *leyes fundamentales* será, en los hechos, imposible establecer un buen sistema de relaciones humanas. "La sociedad es algo absolutamente necesario para el bienestar de la humanidad, y esas leyes son igual de necesarias para el sostenimiento de la sociedad" ⁽¹⁴⁾

3. NATURALEZA DEL ESTADO

Si bien es cierto que en la sociedad existen reglas generales de conducta que los hombres consideraban necesarias de respetar, es también cierto que sin una institución encargada de hacer cumplir tales reglas, los individuos se hallarían desprotegidos del robo, del fraude y de la violencia, del incumplimiento de la palabra empeñada, etc. HUME señalaba que sólo un incremento de riquezas y de posesiones podría empujar a los hombres a constituir una institución encargada de su protección ⁽¹⁵⁾. Ya que la sociedad por sí sola está impedida, o mejor dicho, imposibilitada de castigar y someter a aquellos que atenten contra los derechos individuales y de propiedad, surge el Estado. Este tiene el monopolio de la violencia. El Estado es una institución cuya esencial función estriba en proteger las relaciones pacíficas entre los hombres. "Ahora bien, si ha de guardar la paz, ha de hallarse siempre en condiciones de aplastar las acometidas de los quebrantadores del orden" ⁽¹⁶⁾.

Es así que el Estado sólo se justifica si es que se concibe para aquello que la vida en sociedad no otorga: protección y seguridad de que la vida, la voluntad y la propiedad de los hombres no habrán de ser violentados o usurpadas por otros

⁽¹⁴⁾ HUME, *Tratado*, Libro Tercero, p. 760.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 778.

⁽¹⁶⁾ MISES, Ludwig von, *La Acción Humana*, 3a. ed., Madrid, Unión Editorial, 1986, p. 238.

hombres, sea cual sea el argumento. Escaparse de esta noción de Estado y apostar por una mayor actividad e ingerencia en la vida de los particulares, es negar la naturaleza misma de esta institución, además de condenar a ciertos individuos a sufragar el costo de su beneficiencia.

Cualquier noción del Estado que escape a tal precepto "violará el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas, y por tanto, no se justifica" ⁽¹⁷⁾. El Estado, desde esta óptica estará impedido de ayudar a unos en desmedro de otros, ni podrá prohibirle a sus ciudadanos cosas que son sólo de su importancia e interés personal; nos tratará como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos tratará "como personas que ... [tenemos] derechos individuales, con la dignidad con la que esto constituye. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad" ⁽¹⁸⁾

4. ORDEN JURIDICO ESPONTANEO

Explicado el cómo surge la sociedad y del por qué del Estado, podemos entrar a plantear un orden jurídico acorde con un esquema en donde los hombres en su libre actuar configuran reglas generales que son el sustento mismo de la sociedad.

Un orden jurídico espontáneo no es otra cosa que el mismo *Common Law*. El se caracteriza por no ser un sistema de normas positivas, sino negativas. Pues se entiende que tal concepto es propio a la libertad individual, en la medida que define la ausencia de algún particular obstáculo; la coacción que deriva de la voluntad de otros hombres. La libertad o derecho deviene en positiva únicamente cuando es ejercida. Está lejos de otorgarnos oportunidades especiales dejando a nuestro arbitrio decidir el uso que se hará de las circunstancias en que nos encontramos ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 7.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 319.

⁽¹⁹⁾ HAYEK, F. A., *Los Fundamentos de la Libertad*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1975, p. 43.

En un orden jurídico espontáneo el gobierno sólo actuará cuando algún individuo violente el orden jurídico que se basa en la protección de los derechos individuales. Aquí el Estado no "puede intervenir *a priori* en los asuntos particulares, sino *a posteriori*, para solucionar los eventuales conflictos" ⁽²⁰⁾. Las normas que son propias de tal orden jurídico serán de carácter negativo en la medida que ellas amplían la esfera de acción individual, fortaleciendo los derechos ciudadanos.

El orden jurídico espontáneo rechaza el concebir un derecho que se sustente en la disminución o negación de los derechos de otros. Por lo mismo no entiende de derechos relativos ni de subordinación de derecho individual alguno a cualquier abstracción fenomenológica: llámese ésta *Estado, Sociedad, Pueblo, Clase*, etc. En este contexto, el abuso del derecho es imposible y la reglamentación de los derechos un contrasentido ⁽²¹⁾.

El sistema jurídico propuesto parte de la premisa que son los hombres quienes en su vida cotidiana dan nuevas formas y características a las relaciones humanas. No intenta amoldar la realidad a la norma, como lo hace el sistema romano-germánico, todo lo contrario, los preceptos jurídicos son producto de la vida en sociedad misma. En cambio el derecho que surge de las comisiones redactoras de códigos o de asambleas constituyentes o legislativas, es propio de los que buscan someter a los hombres a sus caprichos legislativos, sin importarles si ellos disminuyen derechos fundamentales o crean otros derechos que se basan en la extorsión o el robo (tal es el caso de los mal llamados derechos sociales, que surgen de la disminución o negación de los derechos de otros individuos). Por tal motivo BASTIAT resaltaba que los hombres tienen personalidad, libertad y propiedad, no por que ellas nacen por obra legislativa. Todo lo contrario, son la existencia de la personalidad, libertad y propiedad las que motivan, aquellas normas que las protegerán ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ ROJAS, Ricardo, «El Orden Jurídico Espontáneo», en *Libertas*, Año VII, N° 13, Buenos Aires, 1990, p. 191.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 198.

⁽²²⁾ BASTIAT, Frédéric, «La Loi», en *Oeuvres complètes*, Paris, Guillaumin et Cie. Libraires, 1854, t. IV, p. 343. Textualmente dice: "Ce n'est pas parce que les hommes ont édicté des Lois que la Personnalité, la Liberté et la Propriété existent. Au contraire, c'est parce que la Personnalité, la Liberté et la Propriété préexistent que les hommes font des Lois".

Ese largo proceso que la humanidad tuvo que esperar para que se pudiera comprender la importancia que dentro de la sociedad tienen los acuerdos de voluntades, los contratos, aquellos actos que generan obligaciones entre dos o más personas, se ve seriamente afectado por las tesis hoy dominantes del positivismo jurídico, pero que tienen su raíz y fundamento en el espíritu mismo de nuestra tradición jurídica, que dogmáticamente entendido, surge con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (533 a.C.), pero que sólo se acentuaría y confirmaría a través de los aportes del *racionalismo-cartesiano*, que engendraría la ilustración europeo-continental del siglo XVIII. Gracias a la importancia de estas filosofías, el Derecho, antes eminentemente privado, va dejando de serlo, pierde su esencia individualista, se hace menos derecho con relación a la libertad, se le nacionaliza, pasaría a ser parte de los mandatos y preceptos de la *voluntad general* sugerido por Rousseau y sus seguidores, durante los siguientes doscientos años ⁽²³⁾. Los hechos acontecidos pudieran indicar una aparente "ley histórica", que confirmaría las bondades de la escrituralidad del derecho (costumbre, recopilación y codificación). Lejos de las distancias entre cada etapa de esta supuesta evolución, se debe tener en cuenta las pretensiones que en cada momento de la historia, apoyada por las ideas que el legislador profesaba, se buscaba con la inscripción o declaración de los derechos y libertades, poner un aviso y anunciar las consecuencias para quienes osen negarlas. Pero el hecho mismo de *escribir derechos*, colocaba al redactor en una especie de ser superior, altamente peligroso para el derecho mismo y la libertad. Ello sólo tiende a debilitar el carácter netamente privatista del derecho, alterando su naturaleza; es, por lo tanto, desde el punto de vista del orden jurídico espontáneo, un gran peligro que existan normas que declaren un "debe hacerse" (normas positivas), y mucho más de temer, que algunos posean la facultad de redactarlos.

(23) Muestra de ello lo tenemos reflejado en el artículo 1355 del Código Civil peruano de 1984. En él se dice: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos". Al respecto, véase la defensa que Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE hace de tal precepto normativo en su obra *El contrato en general, Primera Parte*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, t. I, pp. 299-344. En su alegato concibe al Estado como una *deidad* capaz de santificar lo que toca, un ente apto para proporcionar la dicha de los hombres: "El Estado, que creyó que al haber concebido a los particulares la libertad y la igualdad jurídicas les había dotado de las herramientas necesarias para construir una relación jurídica justa, constató con alarma [?] que ello no era así, pues había surgido un insospechado factor que destruía su aparentemente bien plasmado propósito. Consideró entonces, que su intervención, limitada a la protección del orden jurídico y de los buenos costumbres, debía tomar un cariz distinto para lograr el restablecimiento del equilibrio roto" (p. 299) Esa idea fenomenológica de la concepción del Estado y su naturaleza, es propia de quienes pretenden utilizar al derecho como mero instrumento de coacción para con los hombres, y no como garantía de libertad. Es bajo los auspicios de tales tesis que se puede concebir un absurdo tal como el de BERGBOHM: "La ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formalmente correcto", cit. por Erick WOLF, *El Problema del Derecho Natural*, Barcelona, Ariel, 1960, p. 193, nota 560.

La concepción negativa del derecho es consustancial al constitucionalismo clásico. En él se refuerzan las libertades ciudadanas. Amplía considerablemente la esfera de acción individual, en contraposición con la noción del derecho positivo. Le facilita al individuo la más compleja utilización de su conocimiento, además que al saber cuándo actuará el Estado, podrá prever las consecuencias de su accionar. Es por ello que surge el Estado de Derecho, que se caracteriza por estar sujeto a normas preestablecidas que le indican cómo y cuando actuar.

Por su naturaleza estas normas son escasas y precisas, además de ser generales, ello le da un alto grado de cognoscibilidad, de fácil aprehensión, en la medida que prescriben un "no hacer", una sanción por un comportamiento prohibido por la legislación para todos los ciudadanos sin excepción. Estas normas tienen por cometido salvaguardar el orden que se genera espontáneamente en la sociedad, sancionando todo acto que restrinja derechos y libertades que son la base de ese orden.

5. LA LEY

La idea de un orden jurídico espontáneo tiene la ventaja de colocar en el mismo rango a la *ley* y el *derecho*. Por lo mismo, la naturaleza de la ley en tal orden jurídico es ajeno a toda labor legislativa. Aquí la obra del legislador será la de un *Law Declaring* (declarador de la ley), pero nunca será la de un *Law Making* (hacedor de la ley). *Neminem oportet esse sapientium legibus* (nadie ha de considerarse más sabio que el derecho), apuntaba Sir Edward COKE ⁽²⁴⁾ para aclarar que la ley y el derecho, que son el sustento de las libertades ciudadanas, no son obra de un hombre "ni de la voluntad popular, sino de algo eterno que rige el universo por medio de sabios mandatos y sabias prohibiciones" ⁽²⁵⁾. Esto último no era otra cosa que la regularidad del actuar entre los miembros de la sociedad. Estos al actuar entre sí crean una cierta constante en su accionar que conduce a un orden efectivo a la totalidad de los individuos. En su libre actuar desarrollan espontáneamente pautas de conducta que por su grado de efectividad en la convivencia en sociedad son denominadas o catalogadas como leyes.

⁽²⁴⁾ Cit. por KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 194.

⁽²⁵⁾ CICERON, Marcus Tullius, *Las Leyes*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 198.

Es por lo antes dicho que en el constitucionalismo clásico se concebía al legislador como un simple *Law Declaring*, ya que si la ley no era producto de la voluntad deliberada de un hombre, era imposible que este pudiera concebirlas racionalmente ⁽²⁶⁾. Por ello LOCKE decía que las leyes "son la voluntad de la sociedad declarada por el legislador" ⁽²⁷⁾. Queda claro que en un orden jurídico espontáneo se anula toda semejanza entre la ley y la legislación, eliminándose así la intromisión del derecho positivo en el ejercicio de la autonomía de la voluntad ⁽²⁸⁾.

Es en un sistema como éste, en el cual prima el *Law Declaring*, en donde cobra real importancia y significado la independencia de las decisiones judiciales, pues al no verse sometido a la imposición de legislación por parte de otros poderes, el juez interpretará los hechos materia de su concurso a la luz de la idea de la ley como guardiana de la libertad individual.

Habrà de recurrir a las premisas generales del razonamiento judicial, lamentablemente ajena a nuestro ordenamiento jurídico, pero no al *Common Law*. A través de la interpretación de estas premisas o principios de derecho el juez interpreta los hechos a través de una interpretación consuetudinaria, antigua, o por los elementos intrínsecos y particulares del caso visto, buscará resolverlo dictando un nuevo precedente, abriendo la jurisprudencia, respondiendo, de tal manera, a las nuevas situaciones que se presenten, sin alejarse de los principios generales del derecho ⁽²⁹⁾. Ello es imposible cuando existen normas detalladas, rígidas. Es así que un sistema basado en *standars* (criterio, directriz general o pauta de estimación de la conducta) el juzgador se servirá de una solución más justa en la selección del caso, pues se basará en el estudio de los detalles que conforman el asunto que llega a su conocimiento, ejercerá cierto poder discrecional para resolver el conflicto;

⁽²⁶⁾ Fue Francis Bacon quien concibe la idea de *lex positiva* como "expresión de la voluntad del poder humano del Estado", contribuyendo desde entonces a confundir con tal precepto, la ley o el derecho, con la legislación. Cfr. KARSCH, Friederum y SCHMIEDERER, Ursula, «Evolución funcional del poder legislativo», en ABENDROTH, Wolfgang y LENK, Kurt, *Introducción a la Ciencia Política*, Barcelona, Anagrama, 1971, p. 198.

⁽²⁷⁾ LOCKE, John, *Segundo Tratado de Gobierno*, Buenos Aires, Agora, 1959, p. 156.

⁽²⁸⁾ ROJAS, «El orden jurídico», *cit.*, p. 194.

⁽²⁹⁾ Cfr. POUND, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1945, p. 115.

como dice SANHOURY, a través de "la intuición de un experto" ⁽³⁰⁾. Al ser el juez independiente de la legislación, le permitirá alejarse e, incluso, rechazar todos aquellos actos contrarios al derecho que provengan tanto del Estado como de los particulares que sean contrarios a las leyes y a las libertades ciudadanas, que son el derecho mismo. Un juez que invoca el derecho y lo hace prevalecer sobre cualquier norma escrita que lo contradiga será, sin duda alguna, un juez justo, *un juez constitucional*.

En el orden jurídico espontáneo "el legislador se parece al hombre que traza su camino en medio de los mares. Puede así dirigir el navío que lo lleva, pero no podría cambiar su estructura, crear los vientos, ni impedir al océano elevarse bajo sus pies" ⁽³¹⁾. Los vientos y los mares estarán conformados por las libertades ciudadanas, por los derechos de los hombres; el legislador conducirá su accionar a la protección de éstos. Todas las normas del legislador deben buscarse en los derechos individuales y deben tener por objeto su protección ⁽³²⁾.

La ley es concebida como un amplio campo por el cual el individuo encuentra asegurada su libertad de actuar en la sociedad. Ella le faculta hacer todo aquello que le permita su realización como ser humano. Es por esto que toda norma que tienda a reforzar ello debe ser concebida con las características *de abstracción y generalidad, de cognoscibilidad y certidumbre y que sean aplicables a todos por igual* ⁽³³⁾.

Sin el cuidado de tales premisas para la elaboración de legislación tendiente a salvaguardar los derechos individuales estaríamos ante normas de raigambre contrarias a los derechos ciudadanos. Ello significará que hay alguien que desde el poder está legislando a favor de unos y en contra de otros, originando la arbitrariedad y propiciando la incertidumbre que es fatal para la prosperidad de los

⁽³⁰⁾ SANHOURY, L. A., «Le standard juridique», en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, p. 146, cit. por GARCIA MAYNEZ, *Filosofía del derecho*, p. 103.

⁽³¹⁾ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La Democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 158.

⁽³²⁾ Cfr. RAND, Ayn, *La naturaleza del gobierno*, Lima, Instituto de Economía de Libre Mercado, 1994, p. 12.

⁽³³⁾ Cfr. HAYEK, *Los Fundamentos*, pp. 288-293, y LOCKE, *Segundo Tratado*, p. 103.

pueblos; pero sobre todo se estará abriendo campo para la adopción de reglas opresivas.

La libertad no se entiende sin el respeto al derecho. Sin ley no hay libertad ⁽³⁴⁾. Sólo ella nos aleja de toda restricción y violencia por parte de otros. A su vez hace que los hombres asuman las consecuencias de sus actos y respondan por ellos si es que estos han dañado efectivamente a otros. La ley y el derecho nos aleja de la arbitrariedad de unos hombres sobre otros.

El acatamiento de la ley es el coste que un individuo habrá de asumir si es que desea conservar su propia libertad ⁽³⁵⁾. Nadie será auténticamente libre sino respeta los derechos de los demás, derechos que son la ley misma que tendrán que observar para que a su vez refuercen y fortalezcan sus propios derechos.

Queda claro que en el orden jurídico espontáneo no hay cabida para aquellos que tienen una idea romántica de libertad, es decir, la de aquel hombre que puede ejercer su voluntad sin restricción alguna. Si ello fuera así, el único ser libre sería aquél que, como el Doctor Fausto, adquiere poderes ilimitados, que incluso lo facultan a ignorar las leyes la naturaleza. El concepto individualista de libertad no se apoya en fantasías de esta clase ⁽³⁶⁾.

6. EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Teniendo presente los fundamentos y características de un orden jurídico de naturaleza espontánea, diremos que aquel esquema, al colocar los derechos y libertades individuales por encima de cualquier coyuntura o argumento que pretenda negarlos, preceptúa como *constitucional* toda norma o actitud de parte de los órganos que constituyen el Estado, especialmente la legislativa y judicial, que apunten a consagrar la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos del hombre.

Es así que los principios constitucionales que rigen en un orden jurídico espontáneo está alejado de toda concepción positivista del derecho. Es ajena a toda idea de plasmar en documentos escritos derechos y libertades que son concomitantes a la naturaleza del hombre. Ello castraría la evolución del derecho; restringiría y

⁽³⁴⁾ LOCKE, *Segundo Tratado*, p. 61.

⁽³⁵⁾ BUCHANAN, *Los límites*, p. 138.

⁽³⁶⁾ GORDON, Scott, *Bienestar, Justicia y libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 198.

acortaría la esfera de acción individual, pues al sumarse a las *normas negativas*, que son propias de todo orden jurídico, las *normas positivas*, el individuo verá que su libertad pierde consistencia y amplitud.

El orden constitucional en un sistema jurídico como el propuesto, se fortalecerá con la afirmación y protección en cada caso concreto de los derechos individuales. Son los derechos individuales, al ser protegidos y garantizados, los que dan vida al constitucionalismo; no son los textos ni los códigos los que lograrán forjar un efectivo sistema constitucional con sus proclamas al respecto de los derechos que el legislador ha tenido a bien plasmar en un papel. A fin de cuentas y, al margen de aquellas *ilusiones constitucionales* ⁽³⁷⁾ que los modernos legisladores nos tienen tan acostumbrados, habrá de ser la propia opinión pública la que, finalmente, descalifique y, a su vez, determine, en su cotidiano actuar, cuál será el orden jurídico que mejor garantice sus derechos.

7. CONCLUSION

"Cada vez -apunta LEONI- nos hemos acostumbrado más a considerar la tarea de elaborar el derecho, como asunto que concierne a las asambleas legislativas y no a la común gente de la calle, y más aún, como asunto que puede ser encarado de acuerdo con ciertas ideas personales de los ciudadanos, siempre que éstos se encuentren en una posición oficial que les permita actuar. El hecho que el proceso de hacer la ley sea, o haya sido, esencialmente un asunto privado que concierne a millones de personas a través de docenas de generaciones y que se extiende sobre varios siglos, pasa casi inadvertido hoy para una cantidad de gente ilustrada" ⁽³⁸⁾. El carácter esencialmente privado e individualista del derecho ha sido dejado de lado por obra y gracia de doctrinas que propugnan un regreso al absolutismo, tal vez, y creo que así es, sin percatarse de las desastrosas consecuencias de sus postulados *jusfilosóficos*.

o

(37) Este término fue utilizado por primera vez por MARX en el *Neue Rheinische Zeitung*, del 14 de setiembre de 1948 (cit. por PINTO FERREIRA, Luis, «La concepción de los derechos individuales y las ilusiones constitucionales», en *Ius et Praxis*, N° 17, Lima, 1991, p. 59).

(38) LEONI, Bruno, *La libertad y la ley*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1961, pp. 132-133.

El concebir el derecho como un instrumento de coacción que *conduzca* a los hombres a un fin determinado ⁽³⁹⁾, hizo que se le equiparara con toda norma elaborada por el legislador. Se olvidó que el derecho surge de la interdependencia de los hombres en sociedad, que no es producto deliberado de mente humana alguna, sino de muchas mentes, de millones que actúan entre sí, libre y voluntariamente. Al querer darle al derecho un fin determinado, se está queriendo decir que los ciudadanos en su conjunto deberán someterse a las ideas ordenadas por el legislador de turno; sólo *él* sabrá qué es lo bueno o malo para nosotros, sus *fantasías* determinarán los fines del derecho que *él* (o ellos) diseñe(n) ⁽⁴⁰⁾.

Si partieramos de la idea del derecho como el producto de aquella empresa que el actuar y la conducta subjetiva de los hombres desarrollan cotidianamente en sus vidas, respetando reglas de conducta sabidas por ellos y que les gobiernan ⁽⁴¹⁾, no caeríamos en el absurdo de catalogar como derecho a toda norma que el legislador decreta sin importar que tal precepto viola los derechos individuales más fundamentales, tal como sucede en nuestra realidad, gracias a los conceptos que tenemos del derecho y el orden de la sociedad.

La ventaja de un orden jurídico espontáneo es que en él se identifica con claridad el *derecho*, diferenciándolo de la *legislación*, que al ser inferior tendrá el papel de reforzar derechos, de garantizarlos, pero no de diseñarlos, ello sólo le corresponde a los individuos mismos en su libre actuación en la sociedad y no a ningún hombre en particular, llámese constituyente, legislador o gobernante en general. Quien se arroga la facultad de hacer derechos estará negándolos, y al hacerlo estará colocando a los hombres bajo las sombras de su autoridad, se estará

⁽³⁹⁾ Vid. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1981, p. 73: "el derecho es una técnica utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada".

⁽⁴⁰⁾ Cfr. LUNDSTEDT, *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten*, I, *Principinledning*, p. 7 y IV, *Grundlingeri skadeståndsrätten, Senare delen*, I, p. 600, cit. por GEIGER, Theodor, *Moral y derecho*, Barcelona, Alfa, 1982, p. 102.

⁽⁴¹⁾ Cfr. FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 106: "The enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules". Según Harold BERMAN, esta definición de derecho expresa con corrección la primacía del derecho sobre la legislación; vid. su *Law and Revolution*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1983, p. 4: "This definition rightly stresses the primacy of legal activity over legal rules".

colocando en el lugar que antaño ocupaban los monarcas sustentados en el poder por obra y gracia de su particular creador ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Vid. LASLETT, Peter (comp.), *Patriarcha and Other Political Works of Sir Robert Filmer*, Oxford, Basil Blackwell, 1949, p. 57.

⁽⁴³⁾ En 1884 Herbert SPENCER señalaba al respecto: "En el pasado la misión del liberalismo fue trazar límites al poder de los monarcas; en lo futuro, la misión del verdadero liberalismo será trazar límites al poder de los parlamentos" (*El individuo contra el Estado*, Madrid, Orbis, 1984, p. 149).