

THĒMIS

Revista de Derecho



Guido Calabresi y Douglas Melamed • Yuri Vega
Jorge Fernández-Baca • Fernando Cantuarias
Alfredo Bullard • Samuel Abad
César Ochoa

THĒMIS

Revista de Derecho

**Publicación trimestral editada por alumnos
de la Facultad de Derecho de la PUC.**

COMITE DIRECTIVO: Nathalie Díaz, Fernando Hesse Alfageme, Raúl Ñato Zevallos, Eduardo Sotelo Castañeda, Ximena Zavala Lombardi.

MIEMBROS DE LA REVISTA: Juan Carlos Alvarado, Elizabeth Briones, Héctor Calero, José Ignacio Castro, Carlos Cornejo, Augusto Cauti, Juan Carlos Crisanto, Enrique Felices, Mauricio Gustín, Eduardo Hurtado, Rosario Isasi, Juan José Martínez, Patricia Pow Sang, Sara Sotelo, Rossana Taquía, Ma. Eugenia Trujillo, Robinson Vásquez.

COMITE CONSULTIVO: Jorge Avendaño V., Manuel de la Puente L., Francisco Eguiguren P., Javier Neves M., Beatriz Ramacciotti C., Fernando de Trazegnies G.

Diagramación y Edición: Grafitextos S.A.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

© Asociación Civil Thémis-Revista de Derecho.
Casilla Postal 110711 - Lima 11

Auspiciada por el Ministerio de Justicia:
Resolución Ministerial Nº 072-88-JUS del 15 de febrero de 1988.

Revista Presidenta del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas
dirigidas por Estudiantes - COLAPJE.

CARATULA: Tribunal de la Inquisición, Goya; Academia de San Fernando, Madrid.

THĒMIS

Revista de Derecho

THĒMIS

Revista de Derecho

Indice

5

Presentación

7

Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales

Samuel Abad

17

Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales

Fernando Cantuarias

25

La Excepción de la Jurisdicción Nacional en el Art. 136° de la Constitución
y los Convenios de Garantía de Inversiones Extranjeras

César Ochoa

31

Apuntes sobre el Denominado Abuso del Derecho

Yuri Vega

39

Gobiernos en el Exilio

Fabian Novak

45

Impedimento Pasajero del Ejercicio de la Posesión

Sergio Oquendo

51

Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional

Elizabeth Salmon

57

Acerca de La Autonomía Municipal y el Transporte Urbano

Braulio Rosillo

63

Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad

Guido Calabresi y Douglas Melamed

87

La Ley Antimonopolio ¿ por qué y cómo aplicarla ?

Jorge Fernández Baca

93

"¡ Al fondo Hay sitio !"

Alfredo Bullard

101

CAJON DE SASTRE

La Pontificia Universidad Católica del Perú

Jack Bigio

Alan Dershovitz y el abogado perfecto

Arturo Ferrari

106

JURISPRUDENCIA

El Valor de la Cosa Juzgada

Jorge Luis Zubiarte

111

RESEÑAS DE TESIS

Segunda Epoca/1992/Nº 21

PRESENTACIÓN

La entrega número 21, en la segunda época, señala para nosotros un hito de renovación, en esta ya larga trayectoria de *Thémis*.

Somos conscientes de los cambios que van transformando a nuestra sociedad. Sólo en el ámbito jurídico asistimos a una reforma del Estado. Se han dictado nuevas normas sobre materias laboral, inversión privada nacional y extranjera, libre mercado, cooperación técnica internacional, propiedad rural y otras.

Adicionalmente, se ha promovido una reforma en la administración de justicia. Se ha dictado una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y acaba de promulgarse un nuevo Código Procesal Civil. Anhelada es la justicia en nuestro pueblo. Esperamos que toda reforma contribuya a la construcción de una sociedad más justa y mejor.

En este marco, como una contribución al cambio y la innovación, ofrecemos importantes artículos realizados desde la perspectiva del análisis económico del Derecho (Law & Economics), a cargo de renombrados autores, como son Guido Calabresi (Universidad de Yale), Jorge Fernández-Baca (Universidad del Pacífico) y Alfredo Bullard, ex miembro de *Thémis* y difusor de esta corriente en nuestro medio.

Colaboran también en este número jóvenes investigadores del Derecho, Yuri Vega, César Ochoa, Fabián Novak, Samuel Abad, Fernando Cantuarias, entre otros; quienes escriben sobre temas diversos, cada uno con resaltantes aportes.

La modernidad, necesita de sujetos con mentalidad nueva. Con ellos, la justicia logrará su imperio.

Comité Directivo
Lima, marzo de 1992.

Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar

Samuel B. Abad Yupanqui*
Abogado. Profesor de la PUC.

"Además de las dificultades jurídico-políticas, la tutela de los derechos humanos se enfrenta con dificultades inherentes al propio contenido de estos derechos. Es sorprendente lo poco que, en general, nos preocupamos de este tipo de dificultad. Como la mayor parte de estos derechos ya están aceptados por el sentimiento moral común, se cree que su ejercicio es igual de sencillo. Y en cambio es terriblemente complicado. Por un lado, el consenso general sobre ellos induce a creer que tienen un valor absoluto; por otro lado, la expresión genérica y única derechos humanos hace pensar en una categoría homogénea. Y en cambio los derechos humanos no son en su mayor parte absolutos ni constituyen en absoluto una categoría homogénea"¹.

La trascendental importancia de los derechos fundamentales en todo ordenamiento jurídico, su frecuente interrelación en ocasiones conflictiva con los demás derechos de la misma naturaleza, así como el reconocimiento de una razonable intervención legislativa en la regulación de su ejercicio, vienen propiciando la reflexión y el debate sobre uno de los problemas más serios en la dogmática de los derechos fundamentales. Nos referimos a sus posibles límites y el necesario respeto a una valla infranqueable que algunos ordenamientos europeos han denominado como su "contenido esencial".

En efecto, actualmente se acepta que en su mayoría los derechos fundamentales no gozan de carácter absoluto, pues los mismos se encuentran sujetos a determinados límites "razonables" que deben ser adecuadamente justificados. Así en el Perú, contra lo que podría pensarse, hasta el derecho a la vida puede verse afectado con la imposición de la pena de muerte tratándose de traición a la patria en caso de

guerra exterior (art. 235°. Constitución). Igualmente, la libertad de expresión no puede ejercitarse sin respetar el derecho al honor de las personas (art. 2.5°. Constitución). Sin embargo, esto que en teoría puede parecer una afirmación pacífica, en la realidad no siempre se encuentra exento de críticas y discusiones particularmente en algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, donde la difícil situación que venimos viviendo acrecienta los márgenes de intervención estatal con frecuencia de manera inadecuada en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas.

Es por ello que, a partir de la concepción sobre las limitaciones a esta clase de derechos desarrollada en la experiencia europea, pretendemos examinar el caso peruano -a un nivel necesariamente preliminar debido a su amplitud y complejidad- pues se trata de un tema vital para el adecuado entendimiento de los derechos fundamentales y en consecuencia para el fortalecimiento de nuestro Estado de Derecho.

1. EL PROBLEMA DE LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como hemos mencionado, por lo general los derechos fundamentales carecen de carácter absoluto, es decir, no son derechos ilimitados. En efecto, el valor absoluto "compete a poquísimos derechos humanos, valederos en todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción"², pudiendo mencionar, como contados ejemplos, al derecho a no ser sometido a esclavitud y al derecho a no ser torturado.

Y es que, como se ha destacado, su presencia en un determinado ordenamiento jurídico -concebido como verdadero sistema- justifica su naturaleza limi-

* A mi madre, con cariño y gratitud.

1. BOBBIO, Norberto "Presente y porvenir de los derechos humanos". Traducción de Alfonso Ruiz Miguel. Anuario de Derechos Humanos Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, No. 01, 1982, p.24.
2. BOBBIO, Norberto, ob. cit, p. 24.

table "pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto"³.

A decir verdad, siguiendo a Solozábal, la existencia de tales limitaciones deriva básicamente de las siguientes razones:

- el carácter universal o general de estos derechos que exige para un goce adecuado por todos sus titulares y su posible disfrute simultáneo, la necesaria coordinación que compatibilice y ordene su ejercicio y como consecuencia de ello les imponga ciertas restricciones, y

- una concepción de los derechos fundamentales que no los considera elementos aislados, sino reconoce su indispensable coexistencia entre sí o con otros bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional.

Tales afirmaciones, que en principio podrían ser consideradas pacíficas y quizás hasta indiscutibles, en la realidad se han convertido en uno de los problemas más serios de la disciplina constitucional. En este sentido, Klaus Stern en Alemania ha sostenido que "la fijación de límites a los derechos fundamentales figura entre las partes más difíciles y más discutidas del sistema jurídico de los derechos fundamentales"⁴. Ello se explica, entre otras razones, porque no resulta posible regular en los textos constitucionales todas las posibles restricciones a que estos derechos pueden estar sujetos; y, adicionalmente, acrecienta el interés por conocer el funcionamiento de la Jurisdicción Constitucional, pues será ella quien en definitiva -a través de un adecuado ejercicio de la interpretación constitucional- determinará la validez de los límites establecidos.

Así, en la experiencia española el Tribunal Constitucional en la sentencia parcialmente estimatoria de 8 de abril de 1981- ponente don Luis Díez Picazo-, recaída en el "recurso de inconstitucionalidad" interpuesto contra diversos artículos del Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo del mismo año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de

trabajo, precisó los siguientes límites que operan sobre los derechos fundamentales⁵:

- límites fijados directamente en la Constitución, por ejemplo la restricción de la libertad ideológica, religiosa y de culto por el necesario mantenimiento del orden público a que alude el artículo 16.1 del texto constitucional español,

- límites derivados mediata o inmediatamente de la Constitución ante la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales, y;

- límites mediata o indirectamente derivados del texto fundamental por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente tutelados.

Ahora bien, tratándose del primer supuesto, no resulta complicado justificar tal limitación pues ella surge del propio texto constitucional. Lo que podrá discutirse será su conveniencia al interior de un ordenamiento determinado, mas no su recepción positiva. En cambio, los dos últimos casos encuentran justificación en la llamada "teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales". Esta doctrina- según lo explica Ignacio de Otto- reconoce que tales derechos, por encontrarse dentro de un ordenamiento jurídico, deben conciliarse con los demás bienes que dicho ordenamiento protege, no pudiendo hacerse valer de modo absoluto frente a éstos, sin resultar un obstáculo la falta de expresa licencia constitucional para limitarlos⁶.

En los dos supuestos finales, no cabe resolver el conflicto suscitado aceptando de plano la superioridad de tal o cual derecho pues no estamos ante un orden jerarquizado de bienes constitucionalmente protegidos. El probable conflicto debe ser resuelto en base a una ponderación que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro sino que busque, en la medida de lo posible, la "concordancia práctica" de ambos derechos fundamentales⁷.

Como se sabe, en materia de interpretación constitucional se emplean algunos principios especiales, uno de los cuales es el de la "concordancia práctica", que a tenor de Hesse exige la coordinación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos para

3. SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos (Nuevos Epoca), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No.71, 1991, pp.97-99.
4. STERN, Klaus. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No. 01, 1988, p.272.
5. PAREJO, ALFONSO Luciano. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No. 03, 1981, pp.174-175.
6. OTTO Y PARDO, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en "Derechos Fundamentales y Constitución", Madrid: Cuadernos Civitas, 1988, p. 110.
7. SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, ob. cit. p. 99.

que al momento de solucionar el problema todos ellos puedan conservar su identidad, y donde el elemento "proporcionalidad" constituye un criterio interpretativo necesario⁸. De esta manera, ha venido orientándose la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán al afirmar que "esta ponderación ha de llevarse a cabo sobre el principio del arreglo menos perjudicial o de la generación de concordancia práctica atendiendo siempre a la interdicción del exceso"⁹.

No obstante lo afirmado, es decir, reconociendo que los derechos fundamentales pueden sufrir razonables restricciones y que el legislador- y sólo él - puede ingresar a regular su ejercicio, ¿existirá alguna valla que le sea infranqueable?, ¿será posible hablar de la presencia de un "límite de los límites"? .

II. EL "CONTENIDO ESENCIAL" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Su desarrollo en la experiencia europea.

Las limitaciones y restricciones indebidas de los derechos fundamentales ocurridas en Alemania durante la experiencia nacional socialista, así como la impotencia de la Constitución de Weimar (1919) para evitar estos excesos, propiciaron una natural desconfianza hacia el legislador ordinario que explica el origen del artículo 19°. de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Mediante aquel dispositivo le fue expresamente prohibido al legislador efectuar cualquier afectación al contenido esencial ("wesensgehalt") de los derechos fundamentales¹⁰. En efecto, el referido artículo dispone:

" 1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental."

Esta innovación, según explica Stern, ya había sido utilizada por Carl Schmitt en lo referente al contenido nuclear de la Constitución y de las garantías constitucionales, y en torno a ella existe un

"profundo disenso dogmático" que no disminuye su importancia para el sistema de los derechos fundamentales. En términos generales, puede decirse que el contenido esencial de un derecho está constituido por aquellos "elementos identificativos y tipificadores" que deben delimitarse de "sus partes accidentales"¹¹.

La experiencia alemana ha servido como fuente de inspiración, aunque con interesantes matices, al artículo 53°. de la Constitución española, cuyo texto dispone:

"1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)"

Asimismo, en Portugal, se ha reconocido de manera indirecta la exigencia de respetar este contenido esencial inspirándose en la experiencia alemana. En efecto, el artículo 18.3°. de su texto fundamental dispone que "no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales". Otras legislaciones han suplido su falta de reconocimiento positivo a través de la jurisprudencia. Esto ha sucedido con el Consejo Constitucional francés, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional austriaco¹².

2. Concepto y caracteres.

Determinar el contenido y caracteres de la innovación alemana no resulta una tarea sencilla. Más aún si tomamos en cuenta, conforme lo han precisado Ignacio de Otto y Luis Prieto Sanchís, que la estructura del contenido esencial en el caso español difiere de su antecedente alemán. En efecto, por un lado el artículo 19.2°. de la Ley Fundamental de Bonn reconoce un límite específico al legislador que opera cuando aquél posee una habilitación expresa para interferir en el ámbito de los derechos fundamentales, y por otro el artículo 53°. del texto español otorga al legislador una habilitación general que somete a todos los derechos a una nueva reserva para regular su ejercicio. Asimismo, mientras en Alemania resulta dudoso determinar si tal exigencia actúa sólo en la

8. HESSE, Konrad, "Escritos de Derecho Constitucional", Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 48-49.

9. STERN, Klaus, ob. cit. pp. 273-274.

10. PAREJO ALFONSO, Luciano. ob. cit., p.170.

11. STERN, Klaus, ob. cit. p. 275.

12. FREIXES SAN JUAN, Teresa. "El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C.E". En "X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales", Madrid: Ministerio de Justicia - Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1988, Vol. I, pp. 508-509.

actividad limitadora o en cualquier otra actividad normativa referente a derechos fundamentales, en España el respeto al contenido esencial se exige en todos los casos¹³.

Se ha dicho con razón que el contenido esencial de un derecho fundamental es un "concepto jurídico indeterminado", cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental¹⁴. Por ello, resulta relevante conocer la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/1981, de 08 de abril, cuando ingresó a examinar tan delicado concepto. Veamos:

"Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales; y

Se puede (...) hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"¹⁵.

Es decir, el supremo intérprete de la Constitución, ha entendido que para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental deben seguirse dos caminos complementarios. El primero, trata de acudir a su naturaleza jurídica estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje, es decir, aquellas ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas. Y el segundo, se centra en la búsqueda de los intereses jurídicamente tutelados para que puedan ser real y efectivamente protegidos¹⁶.

A partir de la breve reseña de la jurisprudencia constitucional española podemos efectuar, siguiendo a Luis Prieto Sanchís, las siguientes afirmaciones:

- el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible y que impiden su transformación en otra cosa,
- para determinarlo no basta con acudir a lo dispuesto por el texto constitucional, sino que debe atenderse a otros conceptos jurídicos y a las convicciones generalmente admitidas entre los juristas,
- se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo pues siempre conservará sus rasgos esenciales cualquiera sea las circunstancias invocadas, y por último;
- existe un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales, es decir sobre sus alcances no puede efectuarse una afirmación de carácter general.

Por cierto, si tomamos en consideración lo afirmado respecto a los límites de los derechos fundamentales, y vinculamos aquello con el concepto de respeto al contenido esencial, veremos que este último ha sido concebido como el "límite de los límites". Es decir, conforme se sostiene en el derecho alemán, "limita la posibilidad de limitar, (...) señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales"¹⁷.

Finalmente, creemos, que si bien la prohibición de afectar el contenido esencial de un derecho fundamental ha sido formulada básicamente en relación a la intervención normadora del legislador, ello "no impide, sino que exige, su mayor alcance, hasta llegar a la fase aplicativa del derecho. Dicho de otro modo, la aplicación de la regulación legal de los derechos fundamentales ha de ser necesariamente congruente con los condicionamientos constitucionales de dicha regulación"¹⁸.

Hemos visto cómo la noción de respeto al contenido esencial surge en la experiencia europea, particularmente en Alemania, como consecuencia de la difícil situación experimentada durante la etapa nacional socialista que importó el olvido de estos derechos y donde el texto constitucional careció de la fortaleza necesaria para hacerle frente. Esta institución, que algunos como Pérez Luño han calificado como una

13. OTTO Y PARDO, Ignacio de. ob. cit. pp. 105-106; PRIETO SANCHIS, Luis. "Estudios sobre derechos fundamentales", Madrid: Editorial Debate, 1990, pp. 141-142.

14. PRIETO SANCHIS, Luis. ob. cit. p. 142.

15. Sentencia citada por PAREJO ALFONSO, Luciano. ob. cit. pp. 186-187.

16. PRIETO SANCHIS, Luis. ob. cit. p. 143.

17. OTTO Y PARDO, Ignacio de. ob. cit. p. 126.

18. PAREJO ALFONSO, Luciano, ob. cit. p. 182.

"garantía normativa" pues busca velar por la integridad de su sentido y función así como evitar su modificación¹⁹, también ha encontrado eco en ordenamientos que no la han regulado expresamente pero donde la labor de sus tribunales ha suplido tal omisión. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿en el ordenamiento jurídico peruano se ha recepcionado la referida "garantía normativa"? ¿el constituyente nacional habrá exigido al legislador el necesario reconocimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales?, ¿en todo caso nuestra Jurisdicción Constitucional le habrá impuesto el respeto a este "límite de los límites"? ¿o es que estamos en presencia de un concepto que no ha sido tomado en cuenta por nuestro ordenamiento?

III. LIMITES Y RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA EXPERIENCIA PERUANA

1. Aspectos generales.

Cuando ingresamos a examinar los posibles límites de los derechos fundamentales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, notamos que el texto constitucional carece de un dispositivo similar al artículo 19º. de la Ley Fundamental de Bonn o al artículo 53.2º, de la Constitución española.

Ello no significa que nos encontremos en un sistema donde los derechos tengan carácter absoluto, pues -salvo casos excepcionales cuyos ejemplos mencionamos inicialmente- entendemos que éstos se hallan sujetos a aquellas limitaciones previstas en forma expresa, o a las que derivan implícitamente del texto constitucional como consecuencia de la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales o aquellos bienes constitucionalmente tutelados (por ejemplo el posible conflicto que podría suscitarse entre la libertad de expresión y el derecho al honor). En verdad, pues, aparte de los límites previstos por cada una de las normas constitucionales, no existe un dispositivo que con carácter general habilite al legislador a regular el ejercicio, configuración, o delimitación del ámbito de protección de los derechos fundamentales y que le exija además el debido respeto a su contenido esencial.

Tal situación no impide al legislador intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales pues, como

hemos indicado, a lo largo del texto constitucional encontramos expresas remisiones a la ley aunque con alcances diferentes. Veamos algunos supuestos:

a) La ley regula el ejercicio de un derecho (así sucede con la libertad de contratación artículo 2.12), o determina la responsabilidad por su ejercicio indebido (v.g. las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento a que se refiere el artículo 2.4);

b) La ley restringe o limita los alcances de un derecho. Esto se aprecia cuando el artículo 2.20.b) dispone que no está permitida forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. Igualmente, tratándose del derecho a no ser incomunicado (artículo 2.20.i) en tanto se dispone que sólo puede privarse a una persona del mismo en caso de ser indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y tiempo previstos por la ley;

c) La ley contribuye a delimitar el contenido de un derecho. En efecto, así sucede con el derecho de petición (artículo 2.18) que faculta al interesado a formular solicitudes ante la autoridad competente, comprende además el derecho a obtener una respuesta dentro del plazo fijado por la ley, y permite que el particular luego de transcurrido este plazo presuma denegada su petición. Es decir, en estos casos el legislador, al determinar el referido plazo, interviene complementando el contenido de un derecho fundamental.

En todos estos casos el legislador -y sólo él pues entendemos que existe una "reserva de ley"-, de una u otra manera, se involucra en la esfera de los derechos fundamentales. Sin embargo, ¿gozará de atribuciones ilimitadas?, ¿deberá respetar aquello que se conoce como el contenido esencial de un derecho fundamental?

Si bien nuestro texto constitucional no ha brindado mayores precisiones al respecto, podemos encontrar algunos criterios en los documentos internacionales sobre derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional²⁰. Independientemente de ello, creemos que el concepto de respeto al contenido esencial, reconocido explícitamente en unos ordenamientos e implícitamente a través de la jurisprudencia en otros, permite su aplicación en sistemas en los

19. PEREZ LUÑO, Antonio E. "Los derechos fundamentales", Madrid: Tecnos, 3 ed., 1988, p.66.

20. En efecto, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". De modo similar, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

cuales no ha sido incorporado en forma expresa, pues en el fondo la limitación a lesionar el contenido esencial reviste un "carácter puramente declarativo"²¹. Por ello, entendemos que bien puede hablarse en nuestro régimen constitucional de una exigencia de esa naturaleza que imponga al legislador -y en general a todos los poderes públicos- una valla realmente insuperable. Sin embargo, debemos precisar que ello no significa ampliar la discrecionalidad del legislador al momento de intervenir en el campo de los derechos fundamentales, pues de ser así se estaría creando un riesgo al propiciar "una interpretación conservadora" de estos derechos, que en su momento fue un legítimo temor de algunos autores como Luis Prieto Sanchis en España²².

Habíamos dicho, que el examen de los límites a los derechos fundamentales acrecienta el interés por conocer el funcionamiento de la Jurisdicción Constitucional, pues ella será la encargada de determinar en definitiva su validez en un sistema concreto. Esta situación, nos ha motivado a examinar la actuación de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales en aquellos casos en que ha sido impulsado a determinar los alcances de los derechos fundamentales limitados o restringidos por el legislador. Con tal efecto, nos interesa evaluar las sentencias recaídas en las acciones de inconstitucionalidad planteadas en los últimos años (1983-1990) que aludan a esta materia.

2. Los límites al legislador: las acciones de inconstitucionalidad

En primer lugar, debemos mencionar que durante el período 1983-1990 únicamente se plantearon diez acciones de inconstitucionalidad²³. De ellas, dos fueron resueltas a través de autos, en cuatro ocasiones no logró alcanzarse el número de votos necesarios para dictar sentencia, en tres procesos se expidió fallo, y finalmente en un caso sólo pudo resolverse un extremo de la pretensión mientras que el otro no pudo serlo por carecerse del mínimo de votos necesarios para ello. Ahora bien, de las referidas acciones sólo examinaremos aquéllas sobre las cuales recayó algún tipo de pronunciamiento del T.G.C. en lo referente a los derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo a las acciones de inconstitucionalidad planteadas

contra la Ley No. 24617 y el Decreto Legislativo No. 371 (Exp.001-87-I/TGC), contra la Ley No. 25051 (Exp. 001-90-I/TGC) y finalmente a la presentada contra la Ley No. 25202 (Exp. 003-90-I/TGC).

2.1. El Expediente No. 001-87-I/TGC.

En la acción de inconstitucionalidad planteada por 21 senadores contra la Ley No. 24617 y el Decreto Legislativo No.371, se alegaba que el indicado Decreto vulneraba entre otros derechos aquéllos de naturaleza laboral pertenecientes a los miembros de las Fuerzas Policiales (hoy Policía Nacional). El T.G.C. en su sentencia de 24 de setiembre de 1987 (El Peruano 09-02-88, pp. 11-12) declaró infundada la demanda en lo referente al Decreto Legislativo No. 371 y a los artículos 1º. y 3º. de la Ley No. 24617, omitiendo pronunciarse sobre el artículo 2º. de la citada Ley por no reunir los votos necesarios para ello. En la "ratio decidendi" de su fallo entendió que no habían sido vulnerados tales derechos pues:

"...no se ha llegado a demostrar que el artículo 42 del Decreto Legislativo 371, al autorizar el pase al retiro del personal policial por invitación con fines de renovación ineludible, desconoce o está en contradicción con los principios consagrados por los artículos 1º, 42º, 43º y 233º. de la Constitución, porque tratándose de instituciones organizadas jerárquica y verticalmente por razón de la naturaleza de sus funciones, sus integrantes no pueden estar sometidos al régimen de estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado (...), ni al régimen que ampara a los demás trabajadores del sector público (...), como tampoco al de los señores magistrados del Poder Judicial (...), sino que tienen que estar sometidos a un régimen excepcional, (...), que la misma Constitución puntualiza expresamente en su artículo 274, disponiendo que las leyes y reglamentos respectivos regulan la organización, funciones, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y Policiales, y para cuyo cumplimiento se ha dado precisamente en el caso de las Fuerzas Policiales, el Decreto Legislativo 371, con el que se pretende y dispone la renovación constante de los cuadros de las Fuerzas Policiales; renovación que en el caso de toda institución armada resulta explicable para asegurar su funcionalidad y eficacia, debien-

21. Para Luciano Parejo "forzoso es afirmar que, en cualquier caso y abstracción hecha de cual pudiera ser teóricamente el ámbito del artículo 53.1 de la Constitución, todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal o acto aplicativo que pretendiera desconocer dicho contenido. En este sentido puede hablarse del carácter puramente declarativo de la prohibición de lesión del contenido esencial", (ob. cit. pp. 180-181).

22. PRIETO SANCHIS, Luis. "La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad". Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1982, No. 01, p. 398.

23. Sólo nos referimos a diez acciones de inconstitucionalidad y no a las doce que obran en los archivos del T.G.C. (Arequipa), pues dos de ellas fueron indebidamente denominadas por los demandantes de esa manera. Nos estamos refiriendo a los reclamos que presentaron el Sr. Julio Armaza Chambi (Exp. No. 001-82) contra la resolución que no lo ratificó como Juez de Primera Instancia, y al presentado por Reynaldo Naupay Gavilán (Exp. No. 002-83) contra una resolución municipal, que fueron planteados como "acciones de inconstitucionalidad" y que fueron rechazados por el T.G.C. por carecer de competencia para ello.

do entenderse que la oportunidad del pase a la situación de retiro no queda librada al mero arbitrio o capricho del Director de las FF.PP. ni del Ministro del Interior; (...), sino al resultado de todo un procedimiento evaluativo que se desarrolla a través de los diferentes niveles de las FF.PP., a lo largo de los cuales el interesado tiene la ocasión de hacer valer sus derechos; por lo que dicha modalidad del retiro no puede ser calificada ahora como sanción ni como medio de privación del derecho de defensa."

Ahora bien, pese a que el dispositivo constitucional que reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo lo hace de manera general sin establecer limitación alguna (artículo 48°.), el T.G.C. reputa como válida la restricción establecida por el referido Decreto Legislativo efectuando una interpretación sistemática del texto constitucional. Acude para ello a lo dispuesto en el artículo 274°, el cual tampoco fija una limitación expresa pues sólo habilita al legislador a regular determinados aspectos referentes a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (empleo, disciplina, etc.). Por lo demás, normalmente cuando el constituyente ha querido limitar los alcances de un derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional así lo ha dejado establecido. Basta para ello recordar, el derecho de petición (artículo 2°. inciso 18°.), los derechos de sindicalización y huelga (artículo 61°.) o el derecho de sufragio activo y pasivo (artículo 67°.). Sin embargo, tratándose de la estabilidad laboral no hizo lo mismo, ¿cómo pudo entonces el T.G.C. entender que tal derecho no alcanzaba a los miembros de las Fuerzas Policiales?

Podemos especular que el Tribunal pretendió aplicar sin proponérselo, la llamada "teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales". Es decir, reconociendo la existencia de la estabilidad laboral como regla general, consideró que el legislador podía establecer un régimen excepcional para la Policía Nacional, amparándose en el artículo 274°. porque pareció entender que resultaba necesario limitar tal derecho en aras de su funcionalidad y eficacia, pues aquélla forma parte de la Defensa Nacional, que debe ser preservada por tratarse de un bien constitucionalmente protegido.

En cambio, cuando el T.G.C. se refiere al derecho de defensa, efectúa una interpretación que lo conduce a reputar válido el Decreto Legislativo impugnado pues considera que a efectos de la aplicación de la causal de retiro por renovación de cuadros, el afectado se encuentra sujeto a un procedimiento evaluativo en el cual tiene ocasión de hacer valer sus derechos. Tal interpretación, cuyos alcances no se encuentran explícitamente mencionados en el referido Decreto, olvida la aplicación práctica que esta causal ha tenido en los últimos años pues no se ha brindado a los afectados la posibilidad de ejercitar su defensa. En todo caso, si el T.G.C. quiso interpretar la norma conforme a la Constitución y reconducir su sentido

hacia aquélla, debió tratar de ser más explícito para así poder entender que se estaba expidiendo una "sentencia interpretativa" cuyos alcances -como señala la doctrina- deberían imponerse a los demás poderes públicos.

2.2. El Expediente No. 001-90-I/TGC.

En la acción de inconstitucionalidad planteada por el Fiscal de la Nación contra la Ley No. 25051 - mediante la cual se declaró de necesidad y utilidad pública la expropiación de un terreno ubicado en la provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín- se alegaba entre otros aspectos la vulneración del derecho de propiedad. El T.G.C. por resolución de 13 de agosto de 1990 (El Peruano 26-09-90 p.9) declaró fundada la pretensión, expidiendo de esta manera la primera sentencia estimatoria con que hasta la fecha contamos. En la parte considerativa de su decisión sostuvo:

"... la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero sin considerarlo un derecho absoluto, imperturbable o eterno, sino que lo condiciona, excepcionalmente, a un interés mayor como el de la colectividad, sea éste expresado en el interés social o la utilidad pública que puede incidir a favor de un grupo social directamente o a través del Estado que orgánicamente nos representa.

(...) pensamos que no puede considerarse de necesidad y utilidad pública para el Estado, expropiar sus bienes a un numeroso grupo de personas; es decir, a un grupo social organizado de acuerdo a las leyes de la República para solucionar por su propia iniciativa sus necesidades esenciales de vivienda, dentro de los parámetros y garantías que establece la misma Constitución (...), para entregar esas mismas áreas, al Concejo Distrital o a otra Asociación Pro-Vivienda; caso éste último en que se lesionaría además el principio fundamental de la igualdad ante la ley. ¿Qué puede justificar expropiar a una asociación para darle la tierra a otra asociación?. Obviamente no podría haber justificación alguna, como no lo tiene la norma legal impugnada, por lo que carece de un elemento fundamental como es la equidad en el trato.

(...) el legislador no ha podido satisfacer en la cuestionada ley las exigencias constitucionales de necesidad y utilidad pública (...), por eso mismo, no adquiere el carácter de legitimidad que debe distinguirse."

En este caso el T.G.C., luego de reconocer que la propiedad no constituye un derecho absoluto, supedita sus alcances a razones de interés social o de utilidad pública que se concretan a través de la figura de la expropiación. Con ello, por cierto, no aporta ninguna novedad pues el propio texto constitucional así lo dispone (artículo 125°.). Es decir, el Tribunal como no podía evitarlo se refiere a un límite expresamente establecido en la Constitución, que en el caso en cuestión no había sido respetado adecuadamente

por el legislador. No obstante, lo interesante de su fallo es que para ello tomó en consideración dos valores constitucionalmente protegidos -el principio de igualdad ante la ley y equidad de trato- cuya interpretación lo condujo a justificar la expedición de una sentencia estimatoria. En otras palabras, entendió que si bien la expropiación constituye una limitación a un derecho fundamental, si aquella colisiona con otros valores constitucionalmente reconocidos, debe efectuarse una interpretación que sin negar el carácter limitado del derecho de propiedad evite que el legislador disponga una restricción injustificada y desproporcionada por ello, el T.G.C. ingresó a examinar la legitimidad constitucional de la declaración de necesidad y utilidad pública-conocida en doctrina como "causa expropriandi"- asumiendo que aquella constituye materia justiciable.

2.3 El Expediente No. 003-90-I/TGC.

En la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley No. 25202, el T.G.C. con fecha 13 de agosto de 1990 (El Peruano 27-09-90 pp. 11-12) expidió sentencia desestimatoria por reputar infundada la pretensión formulada. La referida ley, había dispuesto que la provisión del 25 % del total de las plazas de trabajo del personal obrero de las distintas categorías y especialidades en las obras de construcción civil privadas, estatales y paraestatales correría a cargo de los sindicatos de trabajadores de dicha rama. Uno de los argumentos esgrimidos por el T.G.C. para declarar infundada la pretensión, descansó en la siguiente "ratio decidendi":

"Desde luego que, tampoco se viola la libertad de contratación del empleador-empresario. Puesto que esta libertad consagrada en el artículo segundo, inciso doce de la Constitución no es absoluta. Porque ella es regulada por la ley para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho. Y si, esta limitación se extiende al campo civil como se desprende de los textos de los artículos 1354°. y 1355°. del Código Civil vigente. ¿Cómo se podría, válida y jurídicamente argumentar, que en el ámbito laboral el arbitrio del empleador para contratar, no tiene límite?".

A decir verdad, el T.G.C. al examinar la colisión de derechos fundamentales en conflicto -por un lado la libertad de contratar de los empleadores y por otro el derecho al trabajo y a la no discriminación de los dirigentes sindicales y trabajadores mayores de cuarenta años-, efectuó una interpretación que partiendo del carácter limitado de la libertad de contratación da preferencia a los restantes derechos. Y es que en realidad, como se ha señalado, la "bolsa de trabajo" a

que se refiere la Ley No. 25202 limita la libertad de contratar pues no permite elegir libremente a la persona con quien se contrata, aunque ello se hace amparándose en el propio texto constitucional que reitera el carácter limitado de dicho derecho²⁴.

IV. A MANERA DE CONCLUSION

1) Durante el desarrollo del presente trabajo -necesariamente preliminar por la amplitud y complejidad del tema abordado-, hemos examinado las posibles limitaciones a los derechos fundamentales, pues entendemos que aquéllos en su mayoría no gozan de carácter absoluto. En efecto, tales derechos pueden estar sujetos a determinados límites, ya sea expresamente fijados por la Constitución, o derivados implícitamente de ella como consecuencia de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales, u otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales podrían estar en conflicto. En estos casos, para determinar válida y razonablemente las posibles limitaciones a un derecho fundamental, resulta indispensable el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional que no haga prevalecer un derecho sobre otro, sino que efectúe una ponderación orientada a una "concordancia práctica" de los mismos, es decir que resuelva el conflicto suscitado tratando de mantener en lo posible su entidad y donde el principio de proporcionalidad juegue un rol fundamental.

2) El legislador, incluso a través de expresas normas constitucionales, está habilitado a intervenir en la esfera de los derechos fundamentales, pero respetando su contenido esencial. Aquél constituye un concepto surgido en el derecho alemán, incorporado expresamente en el texto constitucional español, y reconocido jurisprudencialmente en otros ordenamientos europeos.

3) La Constitución peruana, habilita la intervención del legislador en la esfera de los derechos fundamentales pero, a diferencia de otros sistemas, no se refiere expresamente al necesario respeto de su contenido esencial. No obstante, entendemos que no es imprescindible tal alusión, teniendo en cuenta que el reconocer un derecho en el texto constitucional exige su ineludible respeto. Por lo tanto, la limitación a lesionarlo reviste carácter meramente declarativo. En consecuencia, resulta válido afirmar que el legislador- y en general todos los poderes públicos- encuentran en el contenido esencial una valla insuperable.

4) El contenido esencial de un derecho fundamental es un concepto jurídico indeterminado que se concreta en relación a cada derecho fundamental, y -conforme lo entiende la jurisprudencia constitucional

24. NEVES MUJICA. Javier, "Reseña y comentario de la sentencia del TGC en el proceso por inconstitucionalidad de la ley 25202 iniciado por el Fiscal de la Nación". Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 06, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 171.

española-, comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible como tal e impiden su transformación en otra cosa. Debe evitarse que una interpretación restrictiva del mismo pueda propiciar una actitud conservadora sobre sus alcances.

5) Nuestra jurisprudencia constitucional, en las pocas acciones de inconstitucionalidad en que fue-

ron discutidos los alcances de un derecho fundamental así como la intervención del legislador en su régimen, ha entendido que los mismos no gozan de carácter absoluto sino que pueden estar sujetos a determinadas limitaciones. Sin embargo, a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, para fijar los límites a la intervención del legislador no se ha valido de aquel concepto que exige el necesario respeto a su contenido esencial.



Usted y MAGGI... hacen mejores comidas!

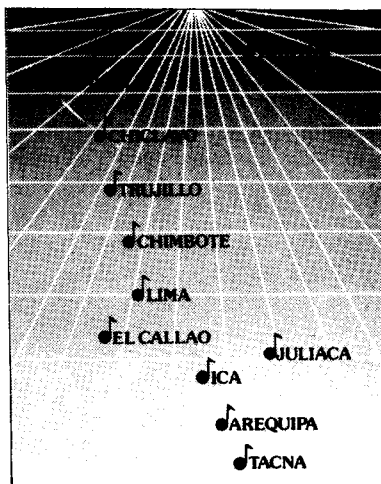
**Sólo el
Latino
tiene**

DIMENSIÓN *Nacional*

100%
interconectada
(y a todo ritmo)

El Latino es el único Banco que cuenta con una red de agencias y sucursales 100% interconectada, y por eso le brinda un eficiente servicio con dimensión nacional.

- Depósitos, retiros y cobros en cualquier ciudad.
 - Transferencias automáticas.
- Cajeros Automáticos en dólares y nuevos soles.
 - Todo esto a ritmo latino y sin costo alguno.



Sólo cuando se está totalmente interconectado... se tiene ritmo Latino.



Banco Latino
Donde usted exige.

Hable y escriba en Nuevos Soles (S/.)

Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales: La Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL

Fernando Centurarias Salaverry

Abogado. Profesor de Derecho de la PUC.*

I.- INTRODUCCION

En lo poco que se ha escrito sobre el arbitraje en el Perú, los autores nos informan que el mismo, comparado con el Poder Judicial, es mucho más barato y ofrece ventajas adicionales como el secreto, procedimientos simplificados y competencia técnica de los árbitros.

Todas las ventajas del arbitraje respecto al procedimiento judicial descritas en el párrafo anterior resultan vigentes para un país como el Perú, cuyo Poder Judicial está pasando por un momento bastante delicado. Sin embargo, como bien explica William Park¹, en las relaciones internacionales, el arbitraje ha dejado de ofrecer las ventajas antes indicadas, toda vez que, su acceso es costoso, los procedimientos arbitrales suelen ser tan lentos como en las cortes y, la existencia de árbitros "profesionales" generalmente abogados sin experiencia empresarial le restan validez al criterio de la capacidad técnica.

Como bien explica Danilowicz², el arbitraje en el ámbito internacional se mantiene vigente como una alternativa válida, básicamente porque el mismo permite a las partes evitar la incertidumbre y complejidad que acarrea el litigar en cortes extranjeras³, provee de

mecanismos para ejecutar los laudos arbitrales de forma más fácil que las sentencias judiciales, permite acceder a un fórum neutral y autoriza a las partes a pactar la ley aplicable.

Como podemos apreciar, en el ámbito internacional el arbitraje se mantiene vigente por razones distintas a las que normalmente se señalan para justificar el arbitraje interno. En nuestra opinión, esto debe llevar a que el derecho interno de los diferentes países establezca reglas específicas que distingan al arbitraje doméstico del arbitraje internacional.

En general, es pertinente que las normas internas, como por ejemplo el orden público, sean aplicadas con todo rigor a los laudos arbitrales domésticos; sin embargo, no existe lógica para que apliquemos dicho ordenamiento a supuestos en donde lo que se arbitra son cuestiones sin conexión con el país. Esta misma racionalidad deber servir para normar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados tanto fuera del país, como aquéllos emitidos dentro del mismo, pero conectados con el exterior.

Felizmente, la Convención de Nueva York de 1958⁴ cubre parte de la problemática. Sin embargo, existe un vacío que debe ser cubierto siguiendo la

* Master Yale Law School.

1. PARK, William. Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979. En: Harvard International Law Journal, Vol. 87, p. 116 y ss. Harvard University, 1980.
2. DANILOWICZ, Vitek. The Choice of Applicable Law in International Arbitration. En: Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 9, No. 1, p. 236-237. University of California, Hastings College of the Law, 1985.
3. CARBONNEAU, Thomas. The elaboration of a French Court doctrine on International Commercial Arbitration: A study in liberal civilian judicial creativity. En: Tulane Law Review, Vol. 55, No. 1, p. 1-2. Tulane University, 1980. Como bien explica el autor, cuando estamos en presencia de un contrato internacional, una de las principales preocupaciones de las partes es la referente a la forma como se podrán resolver los potenciales conflictos. Frecuentemente ambas partes desconfían de las cortes nacionales y ello no debe extrañarnos por cuanto, finalmente, elementos como el procedimiento, pruebas e interpretación, resultan siendo en la práctica desconocidos para una de las partes del contrato.
4. La Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, más conocida como la Convención de Nueva York de 1958, fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 24810 del 04 de marzo de 1988.

Ley Modelo de UNCITRAL⁵ y a ello nos abocaremos a explicar en el presente artículo.

II.- SITUACION ANTERIOR A LA CONVENCION DE NUEVA YORK

En el ámbito del arbitraje internacional, las partes requieren dos cosas fundamentales: la posibilidad de compeler a la parte recalcitrante a arbitrar y un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ágil y seguro. Estos dos intereses que nos parecen obvios, en la práctica han sido objeto de manipulaciones legales con el fin de entrapar o, por qué no decirlo, impedir el desarrollo del arbitraje internacional⁶.

Por muchos años las legislaciones de los diferentes países identificaron sentencia judicial con laudo arbitral, exigiendo para ambos los mismos requisitos de fondo y de forma para su reconocimiento y ejecución⁷. Además, reglas como la necesidad de apelar a las cortes, la intromisión de los jueces antes, durante y después de dictado el laudo, la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, la equiparación del juez con el árbitro, son sólo algunas de las manifestaciones legales de dicha analogía, creada exprofesamente con el fin último de reducir la eficacia del arbitraje.

Pero, además de la identidad laudo-sentencia judicial, las diferentes legislaciones distinguían entre sentencias o laudos nacionales de aquéllas extranjeras. Para las primeras, las normas nacionales se encargaban de restringir el desarrollo del arbitraje mediante normas oscuras, mientras que, para las últimas, el Estado se reservaba todo un sistema complejo de reconocimiento y ejecución.

El primer problema con respecto a la ejecución de los laudos arbitrales era el de poder determinar de manera clara y precisa cuándo nos encontrábamos ante un laudo arbitral extranjero⁸. Cada país tenía su propia regla al respecto. Criterios como domicilio o nacionalidad de las partes, lugar del arbitraje, normas de procedimiento, materia arbitrable, etc., eran indistintamente utilizados para determinar la nacionalidad de los laudos, creando de esa manera un gran caos en la ejecución de los mismos.

Pero, aun cuando el laudo arbitral resultara recibiendo la calificación de extranjero⁹, las normas domésticas establecían por lo general una serie de requisitos procedimentales y de prueba que prácticamente limitaban o eliminaban la posibilidad de exigir su cumplimiento.

Normalmente para la procedencia del reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros era nece-

A junio de 1989, 83 países eran signatarios de la Convención, a saber: Alemania, Argelia, Antigua y Barbados, Argentina, Australia, Austria, Bahrain, Bélgica, Benin, Botswana, Bulgaria, Burkina Faso, Byelorusia, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Cuba, Chipre, Checoslovaquia, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de Norteamérica, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Haití, Holanda, Hungría, India, Indonesia, Inglaterra, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kenya, Kuwait, Lesotho, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, México, Mónaco, Marruecos, Niger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Perú, Polonia, República del África Central, Rumanía, San Marino, Singapur, Sud Africa, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Siria, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Ucrania, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Tanzania, Uruguay y Yugoslavia.

5. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida como Ley Modelo de UNCITRAL, de fecha 21 de junio de 1985. Para una lectura interesante respecto de la génesis de la Ley Modelo recomendamos leer: MORA ROJAS, Fernando. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. En: Arbitraje Comercial y Laboral en América Central, Transnational Juris Publications Inc., Nueva York, p. 193 y ss., 1990.
6. En el presente artículo no nos referiremos al primer punto, es decir, a la facultad de compeler el arbitraje. Sin embargo, resulta interesante citar sobre el tema a Leonard Quigley. Dicho autor explicaba allá por el año de 1961, que la distinción entre "cláusula compromisoria" y "compromiso arbitral" en el Common Law inglés no se debía a un problema de índole jurídico sino a una simple creación jurisprudencia debido a una verdadera hostilidad de las cortes hacia el arbitraje. Hoy, dicha distinción ha desaparecido para siempre al mirarse al arbitraje como una alternativa válida a las cortes. Es curioso que en el Perú, dicha distinción se mantenga como una de "naturaleza jurídica". Ver: QUIGLEY, Leonard. Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. En: The Yale Law Journal, Vol. 70, No. 7, p. 1049. Yale Law School, 1961.
7. Esa es la opción asumida por nuestro Código Civil. Así, el Título IV del Libro X sobre Derecho Internacional Privado, regula en sus artículos 2102 al 2111 el reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros.
8. Resultaba común que las partes de un contrato internacional acordaran arbitrar en un tercer país, pero, cuando la parte ganadora quería ejecutar el laudo en el país de domicilio o de ubicación de los bienes del perdedor, se encontraba que el laudo resultaba siendo doméstico y por tanto restringido, controlado o prohibido en dicho lugar. Para un mayor estudio del tema ver: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. International and Foreign Arbitration. En: Journal of International Arbitration, Vol. 5, No. 3, p. 85 y ss., 1988.
9. El hecho que un laudo arbitral fuera considerado extranjero resultaba muy importante. En líneas generales, los laudos arbitrales extranjeros no eran objeto de revisión en el fondo, gozaban de la calidad de sentencia judicial, podían versar sobre asuntos que normalmente los arbitrajes domésticos no resolvían y las partes tenían mayor libertad para determinar la ley y procedimiento aplicable al caso.

sario probar **reciprocidad**. Esto implicaba, en líneas generales, que el vencedor tenía que demostrar que el Poder Judicial del lugar en donde se había desarrollado el arbitraje solía reconocer los fallos judiciales del lugar en donde se solicitaba el reconocimiento y ejecución¹⁰. Este resultaba siendo un criterio oscuro, toda vez que, nadie sabía a ciencia cierta qué cosa era realmente la reciprocidad y cómo se probaba, variando su contenido de país en país y de corte en corte. De esa manera, la reciprocidad se convirtió en un mecanismo arbitrario¹¹. Adicionalmente, se exigían otros requisitos como el hecho que la jurisdicción arbitral tenía que estar de acuerdo a las normas domésticas de cada país¹², no existiendo tampoco uniformidad en los criterios para el reconocimiento de los laudos arbitrales por parte de las diferentes cortes nacionales. Algunas legislaciones exigían someter el caso a un nuevo procedimiento cognoscitivo, otras normaban procedimientos largos y tediosos, y otras ni siquiera se ocupaban de regular el tema¹³.

Es luego del fin de la Primera Guerra Mundial, que la Liga de Naciones se preocupa por desarrollar una serie de tratados internacionales sobre arbitraje con miras a modificar la caótica situación imperante. Es así que se emiten el Protocolo relativo a cláusulas de Arbitraje y la Convención referida a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, adoptadas en Ginebra, el 24 de setiembre de 1923 y el 26 de setiembre de 1927, respectivamente¹⁴.

Ambos tratados tuvieron como meta uniformar las normas nacionales sobre arbitraje internacional. Desgraciadamente no hubo una adhesión significativa por parte de los diferentes Estados y dichos Tratados no

surtieron los efectos deseados. Esto se debió principalmente a tres factores: En primer lugar, la carga de la prueba estaba ubicada totalmente en manos del vencedor; en segundo término, los tratados restringían su aplicación exclusivamente entre las personas sujetas a la jurisdicción de Estados miembros, lo que en la práctica llevó a conflictos de interpretación sobre su alcance¹⁵; y, finalmente, el vencedor tenía que probar que el laudo arbitral era "final", lo que obligaba a recurrir al "doble exequatur"¹⁶.

III.- LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

Es a raíz de todos los problemas mencionados que en 1953 la Cámara de Comercio Internacional de París requiere a las Naciones Unidas a fin que se proceda a abordar el tema. En 1954 las Naciones Unidas nombra un Comité Ad Hoc, el cual emite un proyecto de Tratado, el mismo que es a su vez revisado en una conferencia internacional convocada para tal fin, la cual se desarrolló entre el 20 de mayo y el 10 de junio de 1958 en Nueva York, con la participación de 45 países y que finalmente aprobó la Convención bajo estudio¹⁷.

La Convención de Nueva York de 1958 tuvo como principal objetivo el **establecer reglas claras y simples en torno al problema del arbitraje internacional**, eliminando el "doble exequatur", estableciendo causales taxativas de denegación de los laudos arbitrales, indicando el procedimiento para compeler el arbitraje y determinando que los países miembros se encuentran obligados a regular el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

10. Nuestro Código Civil compartió esa visión tradicional. Así el artículo 2103 dice a la letra que: "Si la sentencia (léase laudo arbitral por aplicación del artículo 2111) procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República".

Están comprendidos en la disposición precedente las sentencias que procedan de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos".

11. Para un mayor estudio del tema ver: PATTERSON, Michael y Robert B. Von Mehren. Recognition and enforcement of foreign-country judgements in the United States. En: Law & Policy in International Business, Vol. 6, No. 37, p. 37 y ss. The International Journal of Georgetown University Law Center, 1974.

12. Ver artículo 2104 de nuestro Código Civil.

13. LORENZEN, Ernest. Commercial Arbitration - Enforcement of foreign awards. En: The Yale Law Journal, Vol. 45, p. 39 y ss. Yale Law School, 1935-1936.

14. Para una revisión del articulado de ambos Tratados ver los anexos de la interesante obra de Ulises Montoya Alberti. El Arbitraje Comercial, Editorial Cuzco S.A., Lima, 1988, p. 301-308.

15. QUIGLEY, Leonard. Op. Cit., p. 1055.

16. La Convención de Ginebra de 1927 exigía que el vencedor probara que el laudo dictado en otro país miembro era final en dicho Estado. Esto en la práctica significaba que el ganador tenía que solicitar obligatoriamente el reconocimiento del laudo en el lugar del arbitraje, para recién poder acudir a otro Estado en busca que se ejecute el laudo. Este sistema lento y complicado fue bautizado como "doble exequatur" y es considerado por muchos como la causa que las Convenciones de Ginebra no fueran efectivas. Recomendamos leer sobre el tema a CRAIG, William L. Uses and Abuses of Appeal from Awards. En: Arbitration International, Vol. 4, No 3, p. 186-187, 1988. PAULSSON, Jan. Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin. En: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 30, p. 373, 1981.

17. QUIGLEY, Leonard. Op. Cit., p. 1059-1060.

al menos de la misma manera como está normado para los laudos domésticos¹⁸.

Sin embargo, la Convención de Nueva York resulta poco clara desde la definición respecto a su ámbito de aplicación. Así, el artículo I, inciso 1) dice a la letra que: "La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. **Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución**".

Pero, ¿cuál es su ámbito de aplicación? ¿Debe aplicarse cada criterio por separado o conjuntamente? ¿Cómo debe interpretarse el término "que no sean consideradas como sentencias nacionales" según las normas domésticas de cada Estado"?

A. Antecedentes respecto al ámbito de aplicación de la Convención.-

El problema respecto al ámbito de aplicación de la Convención bajo estudio fue tratado profusamente en un fallo norteamericano en el caso *Bergesen vs Muller*¹⁹.

El tema se limitó a la interpretación de si el laudo arbitral dictado en Nueva York bajo sus reglas internas, respecto de dos extranjeros y sobre una materia

también externa, debía considerarse como laudo doméstico o internacional²⁰.

La Corte Federal de Primera Instancia consideró que el laudo arbitral era internacional y que por tanto le era aplicable la ley que implementaba la Convención de Nueva York. La Corte Federal de Apelaciones confirmó el fallo indicando expresamente que la Convención se aplicaba a todos los laudos dictados fuera de Norteamérica (primer supuesto del artículo I, inciso 1) de la Convención de Nueva York). **Respecto al significado de "no doméstico", la corte consideró que la Convención no había definido el mismo en forma deliberada a fin que cada Estado por su cuenta lo determinara**²¹. De esa manera, para el Segundo Circuito Federal, todo laudo arbitral dictado dentro de sus fronteras aún bajo la aplicación de sus propias leyes arbitrales internas, entre extranjeros y con respecto a temas no domésticos es internacional y sujeto exclusivamente a la Convención de Nueva York.

El fallo judicial fue recibido positivamente por la comunidad comercial internacional, por cuanto el mismo ampliaba los efectos de la Convención de Nueva York. Sin embargo, muchos y distinguidos tratadistas llamaron la atención sobre el hecho que la interpretación dada sobrepasaba el ámbito de aplicación de dicha Convención.

B. Antecedentes del artículo 1 de la Convención de Nueva York.-

Albert Van Den Berg²² realiza un resumen de los

18. DE VIREN, Henry. *International Commercial Arbitration: A contractual substitute for National Courts*. En: *Tulane Law Review*, Vol. 57, No. 1, p. 56 y ss., Tulane University, 1982. PAULSSON, Jan. *Op. Cit.*, p. 373.

19. *Sigval Bergesen contra Joseph Muller Co.*, 548 Federal Supplement 650 (1982).

Los hechos fueron los siguientes: En octubre de 1987, las partes Sigval Bergesen, un noruego, propietario de 3 barcos de carga y la compañía Suiza Joseph Muller Co., suscribieron un contrato de transporte marítimo entre Norteamérica, el Caribe y Europa. En el mencionado contrato las partes pactaron que en caso de existir cualquier disputa con respecto a la ejecución o interpretación de dicho contrato, las mismas acudirían a un arbitraje ad hoc, a ser realizado en Nueva York, bajo la ley de dicho Estado. Al surgir la disputa se acudió a arbitrar, donde finalmente los árbitros fallaron en favor de Bergesen.

Por razones de espacio no desarrollamos la controversia. En todo caso recomendamos leer a: PHILLIPS, William. *Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit provides a hospitable forum*. En: *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, Brooklyn Law School, p. 489 y ss., 1984.

Una vez que Bergesen gana el litigio, intenta ejecutar el laudo arbitral en Suiza. Las dos primeras instancias en dicho país confirman el laudo, pero Muller apela ante la Corte Suprema argumentando que, conforme a la Ley de Procedimientos de Nueva York, todo laudo dictado en dicho Estado tenía que ser confirmado dentro del año de haberse emitido, por lo que, de acuerdo al artículo V 1e) de la Convención de Nueva York, el laudo arbitral no era obligatorio para las partes. Aun cuando los abogados de Bergesen sabían que el criterio del "doble exequatur" había sido abolido por dicha Convención, consideraron prudente acudir ante los jueces norteamericanos y solicitar el reconocimiento.

20. La Ley de Procedimientos Civiles de Nueva York (NYCPLR 7510) y el Acta Federal de Arbitraje de 1947 (9 U.S.C. 1-14), exigen que los laudos domésticos norteamericanos sean reconocidos en un plazo perentorio de 1 año desde la fecha de emisión. En caso contrario, el laudo carecerá de valor. En cambio, el artículo 207 del Acta Federal de Arbitraje establece un plazo de 3 años desde que se dictó el laudo internacional para el reconocimiento y ejecución. Siendo que el plazo de 1 año ya había vencido, el Poder Judicial tenía que decidir si el laudo era internacional o no para efectos de aplicar el plazo prescriptorio.

21. VAN DEN BERG, Albert Jan, *When is an Arbitral Award Non-domestic Under the New York Convention of 1958?* (en adelante simplemente *Arbitral Award*). En: *Pace Law Review*, Vol. 6, p. 31-32, 1985.

22. VAN DEN BERG, Albert Jan. *Arbitral Award*, p. 32 y ss. También ver otro artículo del mismo autor titulado *Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention*. En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 3, p. 191 y ss., 1986.

antecedentes de la norma que resulta interesante citar.

En el proyecto del Comité Ad Hoc nombrado por las Naciones Unidas se incluyó para la discusión una norma que establecía que la Convención se aplicaría única y exclusivamente para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto del que se pide el reconocimiento y ejecución.

Desde el comienzo de la Conferencia convocada para estudiar el proyecto, una serie de delegados mostraron su disconformidad. Así, el delegado de Italia indicó el 21 de mayo de 1958 que era necesario reconsiderar el ámbito de aplicación, por cuanto, no era suficiente que el laudo se dictara fuera de las fronteras de un país para que el mismo fuera considerado internacional. El delegado de Alemania reconoció al día siguiente que según las normas de su país y de otros Estados, los laudos arbitrales se consideraban domésticos por factores tales como la nacionalidad de las partes, el objeto del litigio o las normas de procedimiento utilizadas.

Ese mismo día, los representantes de Austria, Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Suecia, Suiza y Holanda presentaron un proyecto sustitutorio, el cual establecía que: "La Convención se aplicará respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que no sean considerados como domésticos en el lugar en donde se pide tal reconocimiento y ejecución".

Como era de esperarse, los delegados de Guatemala, Israel, Reino Unido, Argentina, entre otros, se opusieron a este proyecto sustitutorio por considerarse que el mismo dejaba de definir qué se entendía por "Arbitraje Internacional", tema que era de fundamental importancia. Como bien indicó el delegado de Colombia, era absolutamente necesario crear un patrón uniforme aplicable a todos los países miembros.

Ante esto se acordó crear un Grupo de Trabajo constituido por los representantes de Israel, Guatemala, Japón, Noruega, Polonia y la Unión Soviética, los cuales propusieron el articulado actual, el mismo

que fue aceptado sin mayor discusión por 35 votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones.

Sin embargo, -y esto resulta fundamental para nuestro análisis sobre la definición de "arbitraje internacional o no doméstico"- en el texto final de la Convención se hicieron dos modificaciones. La primera la encontramos en el artículo V inciso 1a) respecto de la posibilidad de denegar el reconocimiento del laudo arbitral cuando el acuerdo de arbitraje no es válido **según la ley acordada por las partes** y, la segunda en el inciso 1e) del mismo artículo, el cual permite denegar la ejecución del laudo cuando la sentencia no es obligatoria según **la ley del país conforme al cual se dictó el laudo**²³.

C. Interpretación del ámbito de aplicación de la Convención.-

Como recordaremos, la Corte Norteamericana en el caso *Bergesen*²⁴ consideró que la Convención de Nueva York se aplicaba siempre respecto de laudos dictados fuera de su territorio y también a laudos emitidos internamente pero referidos a personas de otra nacionalidad y sobre temas también internacionales.

La primera interpretación de la Corte se ajusta al espíritu y a la letra de la Convención. Como pudimos apreciar en el punto anterior, los delegados aceptaron que la Convención era aplicable a todo laudo arbitral dictado fuera del territorio en que se pide el reconocimiento y ejecución²⁵.

Pero, ¿cómo debe interpretarse la segunda parte del inciso 1) del artículo I? La historia de la Convención nos demuestra que sí se llegó a un acuerdo respecto a la interpretación de lo que debe considerarse como "arbitraje no doméstico", el cual está íntimamente ligado con la posibilidad que se dicte un laudo arbitral dentro del propio país, **pero sujeto a la ley arbitral de un tercer Estado**. Por ejemplo, sería arbitraje "no doméstico" aquél en el cual dos partes deciden arbitrar en Francia, pero aplicando la Ley Arbitral Alemana. Así, si alguna de las partes solicita el reconocimiento del laudo en los Tribunales Franceses, ésta deberá aplicar la Convención aun cuando el

23. Los incisos 1a) y 1e) del artículo V dicen textualmente lo siguiente:

- 1.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución.
- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable o **que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley que las partes lo han sometido**, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- e) **Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.**

24. Ver Supra 19 y ss.

25. Sin embargo, la norma tiene una excepción y ella ha sido recogida por la Ley Alemana de marzo de 1961, la cual implementa internamente la Convención de Nueva York. Dicha Ley establece que si el laudo arbitral dictado en otro país fue sometido a las normas de procedimiento alemanas, el mismo es considerado como doméstico. Esta interpretación como veremos en seguida es válida de acuerdo al artículo V, incisos a) y e) de la Convención de Nueva York.

laudo se dictó dentro de sus fronteras²⁶.

La mencionada interpretación se ajusta no sólo a lo acontecido durante la Conferencia que aprobó la Convención sino además al propio texto de la norma. Debemos recordar que la Convención hace expresa referencia a laudos arbitrales no sólo dictados en otro país, sino además a los emitidos internamente bajo la aplicación de normas arbitrales foráneas. Si la Convención hubiere pretendido su aplicación únicamente a los laudos arbitrales dictados en el extranjero, no hubiera sido necesario hacer mención a la ley de otro Estado²⁷.

En ese sentido, la Convención de Nueva York se aplicará : a) a los laudos arbitrales dictados en un Estado diferente a aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución , y, b) respecto de los laudos arbitrales emitidos internamente, pero sujetos a una ley arbitral foránea.

D. Problemas de aplicación del criterio de "laudo no doméstico".-

Aun cuando la Convención incluye dentro de su ámbito de aplicación el supuesto que un laudo arbitral sea dictado en un país bajo la ley arbitral de un tercer Estado, en la práctica ello no es común toda vez que, ambos estados (el del lugar del arbitraje como el de la ley arbitral aplicable), tendrían que reconocer dicha posibilidad. De lo contrario, podría suceder que el país A (donde se arbitra) o el país B (el de la ley aplicable) o ambos, consideraran a dicho arbitraje como doméstico, y aplicando sus normas internas, podrían nulificar el laudo arbitral por haberse seguido el procedimiento en contravención de sus normas de orden público. Este supuesto, en aplicación del artículo VI e) de la Convención de Nueva York sería fatal, toda vez que, el hecho que un laudo arbitral haya sido anulado por los tribunales competentes del país en que o conforme a cuya ley se llevó a cabo el arbitraje, es causal de denegatoria de reconocimiento en los demás Estados miembros²⁸.

De esta manera, en la práctica, la aplicación de la Convención de Nueva York se restringe al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en

un país distinto a aquél en que se interpone dicho trámite.

E. Problemas no resueltos por la Convención de Nueva York.-

Hemos observado cómo el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York se limita a dos supuestos específicos.

En ese sentido, el fallo de la Corte Norteamericana en el caso *Bergesen* atenta contra lo expresamente establecido por la Convención y ello se debe en gran medida al hecho de haberse interpretado la segunda parte del inciso primero del artículo I en forma aislada, en vez de interpretarla conjuntamente con los demás artículos de la Convención. En estricta aplicación de la Convención, el criterio de la nacionalidad o del origen internacional de la controversia carecen de todo sentido para definir como doméstico o no a un laudo arbitral²⁹.

Toda esta discusión nos lleva finalmente al principal problema que encontramos en la Convención de Nueva York. **Siendo que los laudos arbitrales dictados internamente son domésticos aplicando los criterios de la Convención, las cuasales de nulidad de los mismos también serán domésticos** y no se regirán por las que taxativamente establece el Artículo V de dicho Tratado. Además, debemos tener muy presente que, en estricta aplicación del artículo V 1e) de la Convención de Nueva York, la nulidad de un laudo arbitral dictado en el país en el cual se desarrolló el arbitraje es causal de no reconocimiento en los demás países miembros. Con un ejemplo se clarificará la idea: Imaginemos que un alemán y un chino acuerdan arbitrar en el país A una controversia referida a un contrato de compra-venta internacional. Sucede que, luego de emitirse el laudo, se descubre que el procedimiento arbitral se ha seguido con violación de una norma de orden público interno del país A la cual ordena que las partes sean católicas pues es necesario que el Obispo del lugar santifique el laudo. Pues bien, de acuerdo con la norma antes citada, dicho laudo será nulificado por las Cortes de A y ello supondrá el no reconocimiento del laudo por los demás países miembros³⁰, salvo que exista otro trata-

26. VAN DEN BERG, Albert Jan. *Arbitral Award*, p. 200.

27. VAN DEN BERG, Albert Jan, *Arbitral Award*, p. 200-201. Revisar incisos 1a) y 1e) del Artículo V de la Convención de Nueva York.

28. VAN DEN BERG, Albert Jan. *Arbitral Award*, p. 201. Ver infra No.30.

29. VAN DEN BERG, Albert Jan. *Arbitral Award*, p. 203.

30. Creemos pertinente explicar la distinción entre "nulidad" del laudo y "no reconocimiento" del mismo. En estricta aplicación de la Convención de Nueva York sólo los tribunales del país en que o conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral pueden nulificar el mismo (artículo V 1e). Los demás países pueden no reconocer el laudo cuando el mismo cae dentro de alguna de las causales expresamente indicadas en el artículo V de la Convención. Así, si un laudo es dictado en el Perú, bajo leyes peruanas, y luego es **no reconocido** en Alemania, pues ello no obliga a Francia, salvo que sus tribunales encuentren también que dicho laudo cae en alguna de las causales indicadas en la Convención. En cambio, si el laudo es **nulificado** en el Perú, los demás países miembros no deberán reconocerlo, salvo infra No. 31.

do o una norma interna más liberal³¹.

De esta manera, la Convención de Nueva York no determina en forma taxativa aquellas causales de nulidad de laudos arbitrales dictados internamente por los Estados miembros, dejando a cada país en libertad absoluta de establecer la causal o causales que considere pertinentes³².

Además, la Convención de Nueva York permite a los Estados adherentes a ella el plantear válidamente dos tipos de reservas. La primera referida a un criterio de reciprocidad, en el sentido que sólo se aplicará la Convención en caso que el laudo provenga de otro país miembro. La segunda permite a los Estados limitar los efectos de la Convención a aquellos casos que sean considerados "comerciales" de acuerdo a su ordenamiento interno. De esta forma, la propia Convención permite que co-existan laudos arbitrales que serán tratados de forma diferente, limitando gravemente la ansiada uniformidad³³.

IV. LA LEY MODELO DE UNCITRAL Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA PARA CUBRIR LOS VACÍOS DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Los problemas suscitados con la Convención de Nueva York han llevado a la doctrina internacional a plantear dos soluciones. La primera implica el reconocimiento de una nueva clase de laudo arbitral, que es definido como uno "sin nacionalidad", es decir, no es ni doméstico ni internacional³⁴. La segunda solución fue la que inspiró la redacción de la Ley Modelo de UNCITRAL.

En 1981, la Comisión de las Naciones Unidas

para el Derecho Mercantil Internacional le hizo llegar un informe a su Secretario General en torno a la Convención de Nueva York. En dicho reporte se señalan una serie de problemas entre los que destacan el hecho que la Convención no define las causales de nulidad de los laudos dictados domésticamente ni crea uniformidad en los casos de países que no suscribieron la Convención o lo hicieron con reservas³⁵.

El Secretario General, sin embargo, recomendó la redacción de una Ley Modelo que permitiera uniformizar criterios, en vez de modificar la Convención de Nueva York³⁶.

Así, desde un comienzo, la Comisión antes indicada consideró necesario que la Ley Modelo intentara resolver expresamente los problemas de falta de uniformidad e interpretación en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El proyecto se inició en 1981 y terminó en junio de 1985 cuando fue aprobada la Ley Modelo de UNCITRAL³⁷.

A. Características de la norma.-

La Ley Modelo de UNCITRAL no es un tratado internacional, sino simplemente un modelo -valga la redundancia- que puede ser implementado por las legislaciones internas de cada país, con miras a uniformizar el tratamiento doméstico de los laudos arbitrales internacionales. Como bien explica Ungar³⁸, es mucho más fácil que un Estado incorpore dentro de su ordenamiento doméstico una recomendación legislativa que tener que ratificar un tratado internacional, el cual conlleva una serie de obligaciones conexas.

31. PARK, William. Judicial Controls in the Arbitral Process (en adelante simplemente Judicial Control). En: *Arbitration International*, Vol. 5, No. 3, p. 258-259, 1989.

32. PARK, William. National Law and Commercial Justice: Safeguarding procedural integrity in International Arbitration. En: *Tulane Law Review*, Vol. 63, No. 3, p. 680, Tulane University, 1989.

33. A 1987 los siguientes países hicieron uso de las reservas permitidas por el artículo 1, inciso 3) de la Convención de Nueva York [la letra (A) significará que se hizo uso de la reserva de reciprocidad y la letra (B) de la reserva de comercial]: Alemania (A-B), Austria (A), Botswana (A-B), Bulgaria (A), Bielorusia (A), Canadá (A-B), Corea del Sur (A-B), Cuba (A-B), China (A-B), Chipre (A-B), Checoslovaquia (A), Dinamarca (A-B), Ecuador (A-B), Estados Unidos de Norteamérica (A-B), Filipinas (A-B), Francia (A-B), Grecia (A-B), Guatemala (A-B), Holanda (A), Hungría (A-B), India (A-B), Indonesia (A-B), Irlanda (A-B), Japón (A), Kuwait (A), Luxemburgo (A), Madagascar (A-B), Malasia (A-B), Mónaco (A-B), Marruecos (A), Nigeria (A-B), Noruega (A), Nueva Zelanda (A), Polonia (A-B), Reino Unido (A), República de África Central (A-B), Rumanía (A-B), Singapur (A), Suiza (A), Tanzania (A), Trinidad y Tobago (A-B), Túnez (A-B), Ucrania (A), y, Yugoslavia (A-B). El Perú es uno de los pocos países que, con conocimiento de causa o sin él, no ha hecho reserva alguna.

34. Por razones de espacio no vamos a desarrollar en forma amplia dicha posición. En todo caso, bástenos indicar que esta tesis importa entender que existen ciertos laudos que no deben ser regulados por la ley del lugar del arbitraje, sino exclusivamente por el contrato entre las partes. En otras palabras se considera en la práctica la eliminación del artículo VIe) de la Convención de Nueva York. Esta teoría ha sido combatida por un grupo importante de la doctrina internacional. Así léase: PARK, William. *Judicial Control*, p. 257 y ss. VAN DEN BERG, Op. Cit., 213 y ss.

35. UNGAR, Kenneth. The enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration. En: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 25, No. 3, p. 727 y ss., Columbia University, 1987.

36. *Ibid.*, p. 728.

37. Craig, William L. Op. Cit., p. 202.

38. Ungar, Kenneth. Op. Cit., p. 733.

Por su propia definición, la Ley Modelo se aplica exclusivamente al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, no llega a definir expresamente qué debe entenderse por "comercial", aunque en un pie de página puntualiza que el mismo debe ser interpretado de forma amplia³⁹.

Respecto del ámbito de aplicación, la Ley Modelo define al arbitraje internacional de forma diferente a la Convención de Nueva York. Para esta última, un laudo es "internacional" cuando ha sido dictado fuera del lugar en que se pide el reconocimiento y ejecución. En cambio, para la Ley Modelo, un laudo es "internacional" cuando: 1.- Las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos, en Estados diferentes, o 2.- El lugar del arbitraje o del cumplimiento de una parte substancial de las obligaciones o del litigio se encuentran fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o 3.- La materia controvertida está relacionada con un Estado diferente a aquél donde se lleva a cabo el arbitraje⁴⁰.

De esta manera, para la Ley Modelo de UNCITRAL un laudo arbitral "internacional" será todo aquél dictado tanto fuera como dentro de un país que caiga dentro de sus definición, tratando por igual a todos los laudos "internacionales" y ampliando de esa manera el ámbito de aplicación que encontramos en la Convención de Nueva York⁴¹.

En lo que respecta al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, la Ley Modelo de UNCITRAL en sus artículos 34 y siguientes aplica los mismos supuestos de denegación que establece el artículo V de la Convención de Nueva York. De esa manera, a todo laudo arbitral "internacional" dictado fuera del país en el que se pide el reconocimiento y ejecución le será aplicable la Convención de Nueva York, mientras que, a los dictados internamente se les

aplicará la Ley Modelo de UNCITRAL. Con ello se elimina en gran medida una de las críticas más saltantes que hemos desarrollado en el presente trabajo⁴².

V. A MANERA DE CONCLUSION

La efectividad del arbitraje internacional depende en gran medida de la posibilidad de ejecutar los laudos arbitrales contra la parte perdedora⁴³. Esto genera la necesidad que la comunidad internacional establezca criterios claros y precisos respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales aplicables a la mayor cantidad de Estados.

La Convención de Nueva York de 1958 ha sido un gran paso para lograr la ansiada uniformidad. Sin embargo, dicha Convención deja de resolver ciertos problemas, los cuales son abordados eficientemente por la Ley Modelo de UNCITRAL.

El Perú a partir de 1988, con la ratificación de la Convención de Nueva York, ha reconocido la necesidad de alinearse con la nueva corriente que promueve el arbitraje internacional como una vía adecuada de solución de conflictos. Sin embargo, como hemos visto, es necesario además modificar las normas domésticas a fin de convertir al Perú en un lugar de arbitraje aceptable. Esa finalidad puede lograrse si el Perú recoge entre sus normas internas a la Ley Modelo de UNCITRAL.

Finalmente, debemos llamar la atención respecto del hecho que actualmente América Latina, salvo honrosas excepciones, no es un lugar propicio para arbitrar. En ese sentido, es posible convertir al Perú en una plaza internacional de arbitraje, para lo cual la incorporación de la Ley Modelo de UNCITRAL es el paso inicial indispensable.

39. Artículo Primero de la Ley Modelo de UNCITRAL: "Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

40. Artículo 1o, inciso 3) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

41. UNGAR, Kenneth. Op. Cit., p. 729.

42. CRAIG, William L. Op. Cit., p. 203. Como bien explica el autor, la Ley Modelo de UNCITRAL resulta siendo un complemento significativo a la Convención de Nueva York, por cuanto establece de manera clara y precisa las causales de nulidad que las cortes pueden utilizar respecto de aquellos laudos arbitrales "internacionales" dictados en su propio territorio.

43. VAN DEN BERG, Albert Jan. Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Conventions. En: *Arbitration International*, Vol. 5, No. 1, p. 2, 1989.

La Excepción de la Jurisdicción Nacional en el Artículo 136º de la Constitución y los Convenios de Garantía de Inversiones Extranjeras

César Ochoa Cardich.
Abogado. Profesor de la PUC.

El objetivo del presente trabajo es analizar la viabilidad jurídica dentro de nuestro ordenamiento constitucional de la suscripción de los convenios internacionales de garantía de inversiones tales como el OPIC (Overseas Private Investment Corporation), el ICSID (Internacional Center for the Settlement of Investment Disputes) y el MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) que establecen mecanismos de arbitraje internacional para la solución de controversias derivadas de inversiones extranjeras entre el Estado receptor de la inversión y el nacional de otro Estado.

I. ASPECTOS GENERALES ACERCA DE LA OPIC, EL ICSID Y EL MIGA

La OPIC es una entidad gubernamental descentralizada del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, creada en 1969, cuyas finalidades están orientadas a promover las inversiones norteamericanas hacia proyectos del sector privado en países en desarrollo y fundamentalmente prestar servicios de cobertura de riesgos no comerciales que afecten a inversionistas norteamericanos ante situaciones de expropiación, inconvertibilidad en dólares de sus ganancias y de conmoción civil. Los convenios OPIC son un instrumento de la estrategia oficial de los E.E.U.U. para la protección de sus inversionistas con el fin de garantizar el derecho de propiedad y de insertar a la expropiación dentro del marco del Derecho Internacional a fin de asegurar una indemnización pronta y efectiva.

Mediante dichos convenios se establece que el gobierno del país receptor toma conocimiento de la actividad de la OPIC como empresa aseguradora de riesgos políticos de inversión y se reconoce expresamente el derecho de la OPIC (o cualquier entidad sucesora de ésta, por ej.: un agente fiduciario nacional) de subrogarse en todos los derechos de sus clientes inversionistas, en relación a proyectos o actividades registradas ante el Gobierno del país recep-

tor, una vez que OPIC ha indemnizado al inversionista por la configuración del riesgo político como:

A. Expropiación.- Se protege al inversionista contra la confiscación -prohibida por nuestra Constitución en el art. 125º- o la nacionalización de una inversión sin justa indemnización. Este concepto incluye pérdidas derivadas de situaciones denominadas "expropiación progresiva" referidas a aquellas acciones cuyo efecto final es la de privar a los inversionistas de su derecho de propiedad.

B. Inconvertibilidad.- Se protege al inversionista contra la prohibición de convertir en dólares U.S.A. la moneda nacional del país receptor recibida como utilidades y destinada a remesarse al exterior. Incluye protección contra tasas de cambio diferenciales que discriminen contra el asegurado.

C. Guerra, Revolución y Contienda Civil.- Se protege al inversionista contra las pérdidas producidas en caso de guerra, sea declarada o no, o revolución. Asimismo, se asegura contra pérdidas derivadas de contiendas civiles o violentismo político, incluso el terrorismo y el sabotaje.

Una vez configurada la subrogación se aplica un procedimiento complejo para resolver controversias entre el Estado receptor de la inversión y la entidad aseguradora, en caso de una reclamación respecto de la interpretación del texto del convenio o que en opinión de cualquiera de los dos gobiernos entrañare una cuestión de Derecho Internacional Público que emanare de cualquier proyecto o actividad que estuviere bajo la cobertura del convenio se resolverá en primera instancia, mediante negociaciones directas entre ambos gobiernos. De no prosperar las conversaciones conciliatorias, la controversia se someterá por iniciativa de cualquiera de los dos gobiernos a un tribunal arbitral internacional previo agotamiento de las instancias internas del Estado demandado.

En relación al ICSID debemos precisar que se trata de un mecanismo de arbitraje internacional auspiciado por el Banco Mundial, correspondiendo a las siglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Este organismo extiende su jurisdicción a las diferencias que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante, siempre y cuando las partes hayan consentido por escrito someter la referida diferencia al Centro.

El ICSID, a diferencia de OPIC, no exige para someterse al arbitraje el principio del "previo agotamiento de las vías administrativas y judiciales" del país receptor de la inversión, pero sí permite, conforme a su art. 26º, pueda exigir el agotamiento previo ya sea de sus vías administrativas o de las judiciales como condición para su sometimiento al arbitraje.

Asimismo, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados establece que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido al arbitraje. Empero, en su art. 27º, abre la posibilidad de la protección diplomática como derecho susceptible de ser ejercido por el inversionista sólo cuando el Estado Contratante no acate el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

En tanto que el convenio OPIC en los diversos países que lo han suscrito declara que: "nada de lo dispuesto en el presente convenio limitará los derechos basados en el Derecho Internacional que pudiere alegar cada gobierno en el ejercicio de su capacidad de Estado soberano" reconociendo implícitamente el derecho de protección diplomática¹.

En relación al MIGA o Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones debemos precisar que propiamente es un Organismo Internacional afiliado al Banco Mundial, que entró en vigor en 1988, cuya finalidad es promover la inversión extranjera directa (IED) en los países en desarrollo que lo integran, mediante el otorgamiento de garantías contra los riesgos no comerciales a la IED proveniente de otros países miembros.

El objetivo del MIGA es propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países

miembros y en especial hacia los países miembros en desarrollo, complementando de esta manera las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y de la Corporación Financiera Internacional.

El MIGA garantiza inversiones admisibles contra una pérdida que resulte de los siguientes riesgos:

-Transferencia de moneda: Es la introducción atribuible al gobierno del país receptor de cualquier restricción sobre la transferencia al exterior de su moneda en una moneda de libre uso u otra moneda aceptable para el tenedor de la garantía, incluida la falta de actuación del gobierno del país receptor, dentro de un plazo razonable, respecto de una solicitud de dicho tenedor para esa transferencia;

-Expropiación y medidas similares: Cualquier acción legislativa o cualquier acción u omisión administrativa atribuible al gobierno receptor que tenga el efecto de privar al tenedor de una garantía de la propiedad o el control de su inversión o de un beneficio sustancial derivado de la misma, con excepción de las medidas no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos toman normalmente con objeto de regular la actividad económica en sus territorios;

-Incumplimiento de contrato: Cualquier rechazo o incumplimiento por el gobierno del país receptor de la inversión de un contrato con el tenedor de una garantía, cuando: a) el tenedor de una garantía no tiene un recurso ante un foro judicial o arbitral con objeto de resolver la reclamación de rechazo o incumplimiento; o b) dicho foro no dicta una decisión dentro de un lapso razonable a tenor de lo prescrito en los contratos de garantía de conformidad con los reglamentos del organismo; o c) no puede hacerse cumplir tal decisión; y

-Guerra y disturbios civiles: Cualquier acción militar o disturbio civil en cualquier país receptor de la inversión al que sea aplicable el Convenio.

Las diferencias entre un miembro o una dependencia del mismo y el Organismo, así como cualquier diferencia entre el Organismo y un país (o una dependencia del mismo) que haya dejado de ser miembro del Organismo se resuelven conforme a un procedimiento que incluye las siguientes etapas: negociación entre las partes, sometimiento de la controversia a un conciliador y por último sometimiento a un tribunal arbitral constituido por el convenio. Debe anotarse que el MIGA no exige el agotamiento de los recursos internos del Estado demandado, como sí lo prevee el convenio OPIC, en sus diversas versiones latinoamericanas².

1. Así aparece en los diversos convenios OPIC que hemos revisado. En el caso de Chile, por ejemplo, se es más explícito en cuanto a la finalidad al declararse que: "Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo limitará los derechos basados en el Derecho Internacional que pueda reclamar el Gobierno de los Estados Unidos en su condición de Estado soberano, diferenciados de los que pueda tener como Entidad Emisora" en el inciso a) del artículo sexto.

2. Por ejemplo, el convenio OPIC-Uruguay establece en el inciso a) del artículo cuarto que la sumisión al tribunal arbitral se "realizará conforme al principio del previo agotamiento de las vías administrativas y judiciales establecidas en el Uruguay".

II. LA CLAUSULA CALVO COMO REGLA GENERAL DEL ARTICULO 136º DE LA CONSTITUCION Y LA PRORROGA DE JURISDICCION COMO EXCEPCION

El artículo 136º de la Constitución peruana de 1979 declara, en su primera parte, que: "Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática". De este modo, la norma consagra como regla general el sometimiento a la ley y jurisdicción nacional, siguiendo el antecedente previsto en el artículo 17º de la Constitución de 1933. Desde esos tiempos la tendencia jurídica predominante en el Perú ha sido la de prohibir la sustracción del nacional de otro Estado a la jurisdicción nacional y el recurso a la protección diplomática.

Siguiendo esta tendencia, en América Latina ha sido cuestionada la suscripción de convenios internacionales como OPIC, ICSID y MIGA por vulnerar la Doctrina Calvo puesto que suponen evadir el sometimiento a la jurisdicción nacional del país receptor de la inversión recurriendo a un arbitraje de carácter internacional. Así, se desarrolló en nuestros países la Doctrina conocida como la "Cláusula Calvo" por la cual se obligaba al inversionista extranjero a renunciar a la protección diplomática para toda reclamación derivada de sus relaciones contractuales así como a recibir el mismo tratamiento de los nacionales del Estado receptor de la inversión³.

Dentro de esta misma corriente doctrinaria se genera la aprobación de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que en su artículo 51º establecía que no se admitían cláusulas que sustraigan la resolución de las controversias de la jurisdicción y competencia nacional del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus inversionistas, consagrando así a la "Cláusula

Calvo" en todos sus alcances. Empero, la referida Decisión 24 fue sustituida por la Decisión 220 que en su artículo 34 declara que: "En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o la transferencia de tecnología extranjera, los países miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas".

Frente a los defensores de la "Cláusula Calvo", los promotores de los convenios OPIC señalan que éstos, a diferencia del ICSID o MIGA, suponen respeto y sometimiento a la jurisdicción nacional de los países receptores de la IED porque el procedimiento arbitral está condicionado al agotamiento de las vías judiciales y el arbitraje sólo es viable si se produce la llamada "denegación de justicia" en los tribunales del país receptor⁴.

A este respecto, debemos precisar que se trata de una cuestión sumamente discutible y compleja que, en nuestro concepto, es fundamentalmente de Derecho Constitucional y no sólo de Derecho Internacional como pasaremos a demostrar.

Como cuestión previa cabe señalar que la Constitución peruana de 1979 permite el arbitraje como función jurisdiccional. Así, lo precisa en el artículo 233º de la Constitución que establece:

"Artículo 233º.- Son garantías de la Administración de justicia:

a) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede existir jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación..."

Asimismo, debe anotarse que la Constitución peruana de 1979 si bien reconoce a la "Cláusula Calvo" como regla general, incluye excepciones a la jurisdicción nacional en dos supuestos⁵:

a) Controversias derivadas de contratos de carácter financiero.

b) Controversias derivadas de contratos con extranjeros que pueden someterse a tribunales judicia-

3. Nótese que la protección diplomática la puede ejercer el Estado extranjero por propia iniciativa, aún cuando el particular haya renunciado a ella. Nos parece que si hay arbitraje para la solución de diferendos debe establecerse, como en el art. 27º ICSID, que no se concederá protección diplomática ni se promoverá reclamación internacional respecto de una diferencia sometida a arbitraje.

4. La fórmula de la "denegación de justicia" está incluida en algunos convenios OPIC, como lo señala DAÑINO, Roberto (La inversión norteamericana en el Perú: realidades y perspectivas, en: Relaciones del Perú con los E.E.U.U., CEPEI, Lima, 1987, pp. 262-63). En relación al concepto de "denegación de justicia" hay que precisar como sostiene BIDART, Germán (Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino T.II, Ediar, Buenos Aires, p. 335) que se produce cuando: a) el tribunal se niega a fallar; b) el tribunal demora irrazonablemente o indefinidamente su sentencia; c) el justiciable no encuentra tribunal competente para que le resuelva su pretensión; d) los tribunales no se hallan en condiciones de dictar sentencias "eficaces" que rindan utilidad.

5. Hay que subrayar que esta excepción al ámbito de la jurisdicción interna, prevista en el art. 136º, no incluye el sometimiento a leyes extranjeras como sí lo reconoce con carácter potestativo la segunda disposición complementaria del Dec. Leg. Nº 5 tratándose de contratos de carácter financiero.

les o arbitrales en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

En cuanto a la primera excepción debe anotarse que no está directamente relacionada con la problemática de la IED. Así, por ejemplo, los convenios de crédito que celebra el Estado peruano con agencias de gobiernos y organismos multilaterales por los cuales se somete a otras jurisdicciones y a fueros arbitrales y hasta a leyes extranjeras.

En ambas excepciones previstas en el segundo y tercer párrafo del artículo 136^º estamos ante lo que se conoce como prórroga de jurisdicción que consiste en sustituir la jurisdicción nacional por otra:

a) Ya sea de tribunales extranjeros tratándose de controversias derivadas de contratos de carácter financiero en procesos en los que es parte el Estado peruano.

b) Ya sea de tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú, tratándose de controversias derivadas de contratos con extranjeros en procesos en que es parte el Estado peruano o las personas de derecho público.

Sin embargo, aquellos convenios del tipo OPIC, celebrados en algunos países de América Latina, acogen la regla del agotamiento de las vías judiciales y administrativas del país demandado configurando una situación jurídica totalmente diferente porque abren la jurisdicción arbitral después de agotada la jurisdicción nacional del país receptor de la IED, generando afectación del principio de cosa juzgada interna establecido en el inciso 2 del artículo 233^º de la Constitución que declara como garantía de la administración de justicia: "La independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni puede interferir el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Esta disposición no afecta el derecho de gracia."

Esta norma consagra al principio de la cosa juzgada como parte del derecho a un debido proceso, pilar fundamental del ejercicio válido de la jurisdicción; luego no puede admitirse la revisión del fallo porque hay pronunciamiento final sobre el fondo de la controversia.

Si bien el caso de garantía de inversiones que exija el requisito del agotamiento de los recursos internos del Estado demandado puede dar lugar a sostener que propiamente no hay apelación de la cosa juzgada interna en el orden internacional porque la instancia arbitral sólo se va a pronunciar sobre las implicancias internacionales de la controversia en el sentido de determinar si el Estado causante del daño,

inclusive su Poder Judicial, ha cumplido con la obligación de resarcir, y por tanto se limitaría a una interpretación y aplicación del convenio, consideramos que tal tesis no es lo suficientemente concluyente para negar que se afecta el principio de cosa juzgada interna.

En nuestro concepto sí se puede sostener válidamente otra tesis: Que se afecta la cosa juzgada interna, porque en el fondo la pretensión es la misma aunque los órdenes jurídicos sean distintos configurándose identidad de materia en la controversia. Aunque el nivel de decisión es diferente puede generarse en la práctica una situación muy delicada si se dicta una sentencia final en la jurisdicción nacional más favorable al Estado receptor y posteriormente el tribunal arbitral resolviera en sentido más favorable a la entidad emisora de la cobertura, obligándose a la jurisdicción nacional a cumplir con el laudo arbitral. Siendo la ejecución del fallo uno de los atributos de la jurisdicción se obligaría en sede interna a restaurar el derecho que el tribunal arbitral reputó vulnerado por el Estado receptor y se ordenaría eventualmente a indemnizar a la entidad aseguradora en ejecución del laudo.

De admitirse el requisito del previo agotamiento de la vía judicial nacional, aunque el procedimiento en sede internacional es autónomo, en el fondo se volvería a juzgar lo mismo que ya se juzgó ante tribunales nacionales del país receptor de la IED, lo que implica, por lo menos "afectar" sino vulnerar el principio de cosa juzgada. Ante esta situación nuestro ordenamiento interno obliga a aplicar el art. 103^º de la Constitución que declara: "Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República."

En nuestro concepto resulta evidente que el IC-SID y el MIGA estarían enmarcados dentro de los alcances del artículo 136^º. El convenio OPIC, tal como ha sido suscrito en otros países, implica la constitución y el sometimiento a una jurisdicción supranacional agotada la vía judicial interna, lo que es ajeno al sentido de la referida norma constitucional.

Debo subrayar que bajo ningún concepto la vulneración, o por lo menos la afectación, del principio constitucional de la cosa juzgada puede evadirse acudiendo al artículo 305^º de la Constitución que establece: "Agotada la jurisdicción interna quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales y organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú".

Hay que precisar que el artículo 305^º está ubicado dentro del Título V de la Constitución ("Garantías

Constitucionales") debiendo ser interpretado técnicamente para determinar que sus alcances están referidos a la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos, siendo obvio en estos casos el requisito del agotamiento de la vía judicial interna. Más aún, si existieran dudas tenemos el artículo 39º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo que declara: "Para los efectos de lo establecido en el artículo 305º de la Constitución, los organismos jurisdiccionales internacionales a que puede recurrir quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú y que tengan la categoría a que se refiere el artículo 105º de la Constitución."

De este modo, la norma del art. 305º tiene relación en su lógica jurídico-política con el artículo 105º de la Constitución que dispone: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución."

En consecuencia, los tratados a los que alude el artículo 305º de la Constitución son tratados relativos a derechos humanos que por su contenido tienen jerarquía constitucional y por tanto, por excepción se admite que enerven el principio de la cosa juzgada interna que supone el sometimiento a una jurisdicción supranacional.

III. ORGANO CONSTITUCIONALMENTE HABILITADO PARA SUSCRIBIR CONVENIOS QUE CONSTITUYEN TRIBUNALES ARBITRALES O JUDICIALES PARA EL SOMETIMIENTO DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS CON EXTRANJEROS EN LOS QUE EL ESTADO ES PARTE

Debemos tener en cuenta como antecedente la controversia suscitada a raíz de la suscripción del protocolo al convenio entre el Gobierno peruano y el Gobierno de la U.R.S.S. para la colaboración en un proyecto de desarrollo pesquero en 1988 que fue aprobado sin intervención del Congreso. La discusión jurídica se suscitó porque la Constitución de 1979 no ha enunciado cuáles son aquellos convenios internacionales que el Presidente de la República puede celebrar y ratificar sin previa aprobación por el Congreso a los que se refiere el art. 104º de la Constitu-

ción. Esta cuestión requiere ser interpretada para determinar qué órgano está constitucionalmente habilitado para aprobar convenios de garantía de inversiones que constituyan Tribunales Arbitrales para el sometimiento de controversias derivadas de contratos con extranjeros en los que el Estado es parte.

Como sostiene García Sayán⁶ el criterio no se infiere de la nomenclatura referida a "tratados" o "convenios" para diferenciarlos, puesto que ambos términos de acuerdo a la Convención de Viena se aplican a acuerdos internacionales entre Estados y sujetos de Derecho Internacional Público. Ni tampoco la clave está en el impreciso concepto de materias de "exclusiva competencia" del Presidente de la República. En consecuencia va a requerirse de un esfuerzo interpretativo más riguroso cuando se actúe como operador de la norma constitucional con el fin práctico de aplicarla a un caso concreto como éste.

Si aplicamos el método de interpretación histórica hay que retrotraernos a la voluntad histórica del autor de la norma para descifrar lo que quiso el autor. Así, Aramburú Menchaca⁷ que fue el ponente de la norma en la Asamblea Constituyente, decía que los "executive agreements" o convenios ejecutivos de tramitación simplificada se refieren a asuntos administrativos como: "carreteras, telégrafos, o comunicaciones de cualquier género, es decir, que no sean de materia legislativa".

Asimismo, en la doctrina nacional⁸ los convenios de exclusiva competencia del Presidente de la República son meramente administrativos o reglamentarios y no suponen modificación o derogación de nuestro derecho interno ni exigencia de medidas legislativas para su ejecución.

De otro lado, si aplicamos el método de interpretación sistemática debemos considerar a la Constitución como una unidad, coordinando una norma con otra a fin de mantener congruencia y compatibilidad entre éstas. Así, hay que considerar que la atribución presidencial para suscribir los "executive agreements" debe guardar armonía con la norma del inciso 11 del artículo 211º de la Constitución: en materia legislativa es de exclusiva competencia del Presidente de la República reglamentar las leyes sin trágredirlas ni desnaturalizarlas.

En consecuencia, no estimamos que se pueda sostener jurídicamente con rigurosidad que un acuerdo internacional que sustituye la jurisdicción de los

6. GARCIA SAYAN, Diego. Constitución peruana y política exterior, en: La Constitución diez años después. Edición Fundación Neumann, Lima, 1989, p. 207.

7. Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, T.V., Publicación oficial, p. 365.

8. DE LA LAMA, Miguel, La Constitución política de 1979 y los tratados, en: La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación, Cultura Cuzco, 1987, p. 484.

tribunales peruanos por un arbitraje de carácter internacional sea considerado como de naturaleza meramente administrativa o reglamentaria o que no modifique nuestro derecho interno, como tampoco puede calificarse como "executive agreement" a un acuerdo internacional que constituya una jurisdicción supranacional agotada la vía judicial interna.

Si bien estimamos que convenios como el ICSID estaban en la voluntad histórica del constituyente del 79 cuando se aprobó el art. 136º, debe subrayarse que tales acuerdos internacionales configuran excepciones a la regla general que reconoce como norma a la "Clausula Calvo", siendo por tanto materia de interpretación restrictiva y no extensiva. De manera tal que al constituir tribunales arbitrales de carácter internacional que sustituyen a la jurisdicción interna, por su contenido, al afectar uno de los atributos fundamentales de la soberanía del Estado, son tratados internacionales que requieren de la previa aprobación por el Congreso para su posterior ratificación por el Presidente de la República por exceder manifiestamente del ámbito de la "exclusiva competencia" del Presidente de la República.

De otro lado, si un convenio de garantía de inversiones, pretendiendo en apariencia sujetarse a la "Clausula Calvo" establece una jurisdicción supranacional previo agotamiento de los recursos internos ante los tribunales nacionales, entonces es de aplicación el art. 103º de la Constitución debiendo aprobarse el tratado con el mismo procedimiento que rige la reforma constitucional puesto que se afecta una disposición de la Constitución: el principio de cosa juzgada.

ANOTACIONES FINALES

Resumiendo lo dicho es necesario formular las siguientes notas finales:

Primero: Los convenios de garantía de inversiones que constituyen tribunales arbitrales de carácter

internacional para el sometimiento de controversias derivadas de contratos con extranjeros en las que el Estado es parte, si bien se alejan de la "Clausula Calvo" están enmarcados dentro de las excepciones a la jurisdicción interna contempladas en el art. 136º de la Constitución siendo, por tanto, jurídicamente viables.

Segundo: Los convenios de garantía de inversiones que aparentando regirse por la "Clausula Calvo" incluyen la regla del previo agotamiento de los recursos administrativos y judiciales internos del país receptor de la IED como instancia previa para el sometimiento a un tribunal arbitral de carácter internacional, no están enmarcados dentro de los alcances del art. 136º de la Constitución y "afectan" disposiciones constitucionales relativas a la cosa juzgada interna establecidas en el inciso 2 del artículo 233º de la Constitución.

Tercero: Ambos tipos de convenios, por su contenido, son tratados internacionales que requieren para su suscripción de procedimiento parlamentario por no ser su materia de "exclusiva competencia" del Presidente de la República.

Cuarto: Estos convenios de garantía de inversiones deben enmarcarse dentro de una estrategia nacional en materia de inversión extranjera para asegurar estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional y la contribución al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración, en aplicación del artículo 137º de la Constitución Política del Perú.

Quinto: Como parte de esta estrategia puede considerarse como contrapartida a la suscripción de estos convenios la aprobación de instrumentos multilaterales como los códigos de conducta supranacionales sobre empresas transnacionales y transferencia de tecnología. La contrapartida podría ser un acuerdo internacional que constituya un tribunal arbitral para la solución de controversias entre Estados receptores de la IED y nacionales de otros Estados (Empresas Transnacionales) cuya jurisdicción se extendería a diferencias derivadas de infracciones a los códigos de conducta.

Apuntes sobre el denominado Abuso del Derecho

Yuri Vega Mere

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

1. NUEVAS ORIENTACIONES EN TORNO AL DERECHO SUBJETIVO Y LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS

1.1. Las vicisitudes del derecho subjetivo.-

En sede de derecho subjetivo, es lugar común hacer referencia a las teorías esbozadas el siglo pasado por Savigny¹, Windscheid² y Ihering³.

La invocación de tales tesis se debe quizá a su tratamiento y desarrollo genérico y no casuístico, dentro de los lineamientos del derecho privado vigente en su época. Sin embargo, al parecer, su origen se encontraría en la pluma del fraile franciscano Guillermo de Occam, allá por el siglo XIV⁴.

En las teorías de Savigny y Windscheid se destacó el elemento voluntad, al afirmarse que el derecho subjetivo consistía, fundamentalmente, en un poder

de la voluntad, en un espacio libre en el cual la voluntad del individuo se mostraba soberana. Ihering, contrario a la posición precedente, encontró el núcleo del derecho subjetivo en el interés que protegía, en la utilidad que el mismo ofrece a su titular, prescindiendo del elemento voluntad en su definición⁵.

Estas teorías tradicionales han sido objeto de severas críticas⁶. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que la principal objeción que se les podría oponer es la de haber destacado únicamente las ventajas, los beneficios que el derecho subjetivo representaba para sus titulares, olvidando que en el organismo o, si se prefiere, que en la estructura misma del derecho subjetivo se advierte la patencia del "interés social".

Esa desatención dio origen a una serie de posiciones negatorias del derecho subjetivo, que no vamos a recordar aquí⁷.

1. SAVIGNY, "Traité de Droit Romain", Paris, Didot, 1855, T.I, pp. 1 y ss.
2. WINDSCHEID, Bernard, "Tratado de Derecho Civil Alemán", Tomo I, Vol.I, traducción de Fernando Hinostroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, pp. 134 y ss.
3. IHERING, Rudolph Von, "El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo", Madrid, Ed. De Bailly-Baillière, 1892, T. IV, pp. 364 y ss.
4. Cf. del autor francés Michel VILLEY "Les origines de la notion de droit subjectif", en Archives de Philosophie du droit, Editions du Recueil Sirey, Paris, 1953-1954, pp. 162 a 187; y "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'OCCAM", en Archives de Philosophie du droit, No. 9, Sirey, Paris, 1964, pp. 97 a 127.
5. IHERING, loc. cit.
6. Véase, para un breve comentario de las críticas, nuestro artículo "El Derecho Subjetivo como Situación Jurídica", en San Marcos VOX LUCIS, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Num. 2, Año I, Marzo 1988, pp. 70 a 72.
7. DUGUIT, influenciado por COMTE ("Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie instituant la Religion de l'humanité", Tome Premier, 3ème édition, 1890) negó el derecho subjetivo, al afirmar que las personas sólo tienen derechos y no deberes. Vid. de DUGUIT, "Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón", Edeval, Valparaíso, 1987, así como su "Traité de droit constitutionnel", Paris, 1927, T.I. Por su parte, Kelsen, que concebía al Derecho como un orden coercitivo, eliminó el concepto de derecho subjetivo, por no tener cabida en su teoría. Cf. "Teoría Pura del Derecho", Ed. Wisla, Lima, 1987, pp. 92 y ss.

Más allá de la negación de la figura, la intención de los autores que asumieron esa orientación, se debió al uso libérrimo que se hizo del derecho subjetivo en época del individualismo. Acorazado en el poder atribuido por el ordenamiento jurídico, el titular imprimió a sus prerrogativas las direcciones que redundaban en su exclusivo beneficio, sin importarle la lesión de intereses que, por estar desprotegidos en el nivel lógico-formal del Derecho, no significaban obstáculo alguno al ejercicio de sus derechos.

La reacción era una muestra de que el sistema liberal ochocentístico se encontraba en retirada y que era necesario rescatar la dimensión social de la persona. Se trataba no de un nuevo "antropocentrismo" al estilo de los enciclopedistas, sino de un **redimensionamiento** de la vertiente coexistencial del ser humano.

La negación del derecho subjetivo condujo a diversos resultados. De un lado, a la creciente humanización o socialización del Derecho, abandonándose las concepciones patrimonialistas que habían presidido, en alguna medida, la promulgación de los códigos civiles. De otro, al "repensamiento" de diversas categorías con las cuales operaba la doctrina, entre ellas, la del derecho subjetivo.

También en la filosofía contemporánea, sin dejar de lado la preocupación por la teoría del conocimiento, se acentuó el interés por la persona⁸, lo cual se reflejó en las actitudes de la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Quizá la corriente más influyente sea el Personalismo⁹.

Asimismo, la filosofía de la existencia (que precedió al Personalismo), en especial la desarrollada por Martin Heidegger, puso en evidencia que la existencia, el ser-ahí (Dasein) es un co-mundo (Mitwelt), un ser-con-otros (Mitsein), una co-existencia (Mitdasein).

En nuestro medio, el Prof. Fernández Sessarego ha destacado la importancia de ambas corrientes filosóficas¹⁰. Según nuestro autor gracias a la penetrante intuición de estas corrientes, es posible referir-

se al ser humano no sólo como un individuo idéntico a sí mismo, sino que simultáneamente debe concebirse como un ser social. Fernández Sessarego denomina este hecho "estructura bidimensional del ser humano"¹¹.

Todos estos hechos han dislocado las diversas definiciones convencionales que se utilizaban para definir al derecho subjetivo. Del "interés jurídicamente protegido" que obviamente se refería de manera excluyente al interés del titular, se arriba a un concepto que conjuga en la composición del derecho subjetivo la presencia del interés particular y del interés social.

El proceso de **revisión** no se detuvo en una enumeración casuística de los derechos subjetivos que incluyera la protección de nacientes necesidades de la persona, sino que hoy, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, se postula la tutela más amplia y genérica de los intereses de la persona, aun cuando no preexista, alojado en el ordenamiento, el derecho subjetivo que proteja una conducta determinada, atípica, siempre que merezca tutela por derivarse de la dignidad del hombre¹².

1.2. El concepto de situación jurídica y su relación de género a especie con el derecho subjetivo.-

El **repensamiento** del concepto de derecho subjetivo, así como la de categorías afines, y aun contrapuestas, ha desembocado en la formulación de aquello que nos atreveríamos a calificar como supra-concepto: **situación jurídica**.

A nivel de la filosofía del Derecho, Legaz y Lacambra ha advertido las bondades que puede aportar el concepto de situación jurídica. Partiendo de la idea según la cual la situación debe considerarse como un elemento de la existencia y que la existencia es estar en el mundo y poder darse forma (libertad radical, cargada de destino y tarea), Legaz define las situaciones jurídicas como las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del

8. Así lo destaca BOCHENSKI en "La Filosofía actual", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1965, pp. 59-60.

9. Vid. de MOUNIER, Emmanuel, "El Personalismo", Eudeba, Buenos Aires, 1987, y "Manifiesto al Servicio del Personalismo", Taurus, Madrid, 1972.

10. El Profesor Carlos FERNANDEZ SESSAREGO ha hecho uso prolífico de los principios del Personalismo y de la filosofía de la existencia desde su tesis de bachiller realizada en 1950 bajo el título "Bosquejo para una determinación ontológica del derecho", luego editada parcialmente como "El Derecho como Libertad", Studium, Lima, 1987. Vid. también del mismo autor "Derecho y Persona", INESLA, Lima, 1990.

11. Cf. del Prof. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO "Derecho Agrario y Derechos Humanos en la Unidad del Ordenamiento Jurídico", en A.A.V.V., "Derecho Agrario y Derechos Humanos", Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 60.

12. Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, "La dignidad de la persona", Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 98-99; FERNANDEZ SESSAREGO, "Tutela jurídica de la persona", en "El Jurista", Rev. de la Facultad de Derecho de la Univ. San Martín de Porres, Lima, Año I, No. 1, enero 1991, pp. 65 y ss.

sujeto de derecho con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y el pasivo de su haber jurídico¹³.

Como afirma este autor, las situaciones jurídicas no responden a un tipo único. Existen las más diversas situaciones jurídicas por las que puede afectar a la persona e inclusive crear otras.

Leon Duguit, contrario al concepto de derecho subjetivo, lo substituyó por el de situación jurídica. La situación jurídica, según el autor, es la misma regla de derecho vista desde una óptica subjetiva, en cuanto aplicada al individuo. No hay derecho subjetivo. El hombre está situado pasiva o activamente frente a la regla de derecho. Y si esta regla no es observada se abre la vía de derecho en favor de la persona designada por el derecho objetivo. Pero ello no implica que nazca un derecho subjetivo a la reparación, ya que de un no-derecho no puede nacer un derecho¹⁴.

El comportamiento, la conducta de los sujetos, viene definido por la regla de derecho, de donde se entiende que las distintas situaciones jurídicas establecidas por aquélla son siempre objetivas.

Sin embargo, el propio Duguit establece una distinción entre situaciones jurídicas objetivas y situaciones jurídicas subjetivas. Una situación jurídica es objetiva cuando se deriva de la norma, ya sea directamente o a través de un acto que la condiciona. Esta será, de suyo, de carácter general y permanente (la situación de padre, de hijo, etc.). Una situación jurídica es subjetiva cuando es temporal y especial, y se extingue con la actuación que lleva aparejada. Sus alcances se determinan por la voluntad individual, como puede acontecer con las situaciones de las personas ligadas por un contrato¹⁵. Aun así, no genera ningún derecho subjetivo. La voluntad sólo sirve de hecho condicionante de la norma.

En la doctrina francesa, el mayor esfuerzo por sistematizar este concepto procede de Paul Roubier¹⁶. Señala este jurista que la categoría de la situación jurídica hace referencia a un complejo de derechos y deberes que se crean en torno a un hecho, a un estado o a un acto, capaz de engendrar

efectos jurídicos. También, al igual que Duguit, separa las situaciones jurídicas en subjetivas y objetivas, y agrega que las primeras suponen prerrogativas que favorecen a los beneficiarios y que éstos pueden renunciar, en tanto que las objetivas denotan un elemento de obligatoriedad.

Lo más importante, no obstante, es aquella afirmación de Roubier según la cual toda situación jurídica representa una unión de derechos y deberes más que una acostumbrada contraposición entre pretensiones y obligaciones, y que permite captar en su vivo centro conflictual al sujeto situado en las distintas solicitaciones de la experiencia jurídica.

El concepto permite advertir que cada situación jurídica supone una conjunción de derechos y deberes a cargo del sujeto "ubicado" en ella. Así, se llega a proteger tanto los intereses del sujeto "situado" como los intereses ajenos, de los terceros: el interés social.

Por ello, la situación jurídica no implica únicamente la titularidad de unos derechos subjetivos o de unas prerrogativas dadas que se presenten químicamente puras. Su concurrencia viene aparejada coetáneamente de unos deberes a cargo del mismo sujeto "ubicado", a través de los cuales se tutela los intereses de la sociedad, que cumplen una función de límites (internos) de los poderes reconocidos al particular. Le insuflan una dirección, una destinación.

Fernández Sessarego señala -con acierto- que la categoría de situación jurídica subjetiva es técnicamente útil y precisa, en la medida que es la que mejor revela y da cuenta de la posición coexistencial en que se halla el sujeto dentro de la experiencia jurídica, en la cual actúa no como un ente aislado y estático, sino como un ser "situado" en dinámica relación con "otros", con los cuales está formalmente vinculado a través de un complejo de derechos y deberes. Agrega que: "El sujeto, tal como se comprueba en la realidad, no es sólo exclusivamente portador de poderes sino que, simultánea y acumulativamente, de esos propios derechos nacen deberes a su cargo, los que fungen como límites para su acción. Aparte, claro está, de aquellos otros límites externos que emergen de los Principios Generales del Derecho"^{17 18}.

13. LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del derecho", Bosch, Barcelona, 1979, p. 723.

14. Cf. DUGUIT, "Traité...", ya cit., T.I, p. 243.

15. Cf. DUGUIT, "Traité...", ya cit., T.I, pp. 207 y ss.

16. ROUBIER, Paul, "Droits subjectifs et situations juridiques", Paris, 1963, cit. por LEGAZ Y LACAMBRA, en su op. cit. pp. 727 y 728.

17. FERNANDEZ SESSAREGO, C. "El Abuso del Derecho", en "Tratado de Derecho Civil", Universidad de Lima, Tomo I, Título Preliminar, 1990, p. 111.

18. Por nuestra parte, sostuvimos, en el art. ya cit., p. 75, interpretando el pensamiento del maestro FERNANDEZ

Asimismo, se debe tener en cuenta que la situación jurídica no es sino el efecto o los efectos que a un determinado hecho atribuye el ordenamiento, en tanto dicho acontecimiento sea jurídicamente valioso para el derecho (o disvalioso cuando se apunta a su evitación o corrección). Esas consecuencias no pueden tener otro destinatario que el ser humano, portador de unos intereses¹⁹.

Ahora bien, la confluencia de derechos y deberes en una misma situación jurídica, es decir, su imputación a un ser humano, quien siempre será el sustrato sociológico-existencial de aquélla, puede presentar diversos matices.

Si en una situación jurídica se tutela con mayor intensidad el interés del sujeto situado, y por tanto las prerrogativas tienen cierta prevalencia sobre los deberes que en ella concurren, nos encontraremos frente a una situación jurídica de poder. Sin embargo, no debemos soslayar los deberes compresentes en la posición.

Pero si acaso en una determinada situación jurídica los deberes tuvieran preponderancia sobre las prerrogativas atribuidas, el sujeto se encontrará en una situación jurídica de deber, en la que se privilegia el interés social²⁰.

Pizzorusso, que no permanece alejado al tema, señala que tanto las personas físicas como las jurídicas son titulares de las situaciones subjetivas cuyo estudio, en cuanto categorías abstractas, corresponde a la "Teoría General del Derecho".

Para este autor, las situaciones jurídicas subjetivas se distinguen en activas y pasivas, según que comporten para su titular una ventaja o una desventaja. Divide las situaciones jurídicas activas en "poderes" y "facultades" y en "derechos" e "intereses legítimos"; mientras que clasifica a las pasivas en "sujeciones", "deberes" y "cargas"²¹.

Para Pizzorusso el **poder** y las **facultades** son situaciones jurídicas activas "dinámicas", en tanto que el **derecho subjetivo** y los **intereses legítimos** son situaciones "estáticas". Ello lo desprende del significado que atribuye a cada uno. Así, el **poder** se refiere al ejercicio de las funciones públicas o al de actividades mediante las cuales los particulares quedan habilitados para producir efectos jurídicos sin el concurso de la voluntad de otros, los cuales quedan sujetos a soportar esos efectos.

La **facultad**, por su parte, representa la capacidad para realizar una actividad jurídicamente relevante que sólo produce efectos de orden material y no efectos jurídicos sobre otros. El **derecho subjetivo**, para el mismo autor, es una pretensión de cumplimiento de una obligación a cargo de otros (relativo) o de respeto de todos a una situación (absoluto). Finalmente, el **interés legítimo** supone un derecho reconocido en tanto su ejercicio no contraste con un poder ejercido por la administración pública²².

Para Pizzorusso, las situaciones jurídicas pasivas de **sujeción**, de un lado, y de **deber y obligación**, del otro, son la contrapartida de las activas de **poder** y de **derecho subjetivo**, respectivamente. La **carga**, por su parte, supone una cierta actividad para satisfacer una pretensión propia, y por ello no han faltado autores que han calificado a esta categoría como un deber libre, lo cual no deja de ser contradictorio. Un ejemplo de esta última situación pasiva es la carga de la prueba²³.

Los planteamientos de Pizzorusso no nos parecen del todo satisfactorios. Este autor separa radicalmente los **poderes, facultades, derechos e intereses**, de la **sujeción**, del **deber**, de la **obligación**, etc., y a algunos los califica de situaciones jurídicas activas y a los otros de pasivas. Con ello se mantienen, prácticamente, inalterado el concepto clásico de derecho subjetivo como puro poder, como prerrogativa que sólo atiende al interés exclusivo de su titular.

SESSAREGO que: "Si el derecho subjetivo se nos presenta no sólo como un cúmulo de poderes y facultades individuales, pues existe el deber de ser puesto en marcha de acuerdo a las pautas arriba señaladas (función social del derecho, finalidad del mismo, etc.), creemos más adecuado conceptuarlo como una situación jurídica. Es decir, como una forma del sujeto de estar en el medio, valorada por el ordenamiento, a la cual se atribuyen poderes con el respectivo deber de ejercerlos de acuerdo a la finalidad para lo cual son reconocidos, y ello, independientemente de los deberes que se le impone como contrapartida de las prerrogativas que se imputan a las demás personas, miembros de la comunidad".

19. Es en este sentido, que compartimos la opinión de PERLINGIERI cuando expresa que: *L'efficacia, la rilevanza giuridica, gli effetti del fatto in riferimento ad un centro di interessi che trova la sua imputazione in un soggetto destinatario, si traducono in situazioni soggettive giuridicamente rilevanti*, en "Il diritto civile nella legalità costituzionale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 268.

20. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", pp. 111 y 112.

21. PIZZORUSSO, A., "Lecciones de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Tomo I, pp. 207 y ss.

22. PIZZORUSSO, op. cit., T.I, pp. 207 y 208.

23. PIZZORUSSO, op. cit., T.I, pp. 208 y 209.

La situación jurídica subjetiva de **poder** o de **deber**, evoca la presencia de un sujeto que es titular de unos derechos-deberes o de unos deberes-derechos, respectivamente, de acuerdo a la prevalencia de unos sobre los otros.

Dentro de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas activas encontramos, entre otras, al **derecho subjetivo** -definible genéricamente como la posibilidad de obrar lícitamente o de exigir un comportamiento dado- al **crédito**, al **derecho potestativo**, etc. También podríamos considerar a la **libertad**, no obstante que su ámbito sea, abiertamente, superior al del derecho subjetivo.

Dentro de las situaciones jurídicas subjetivas "pasivas" se hallarían el **deber**, **l'obbligo** (o deber concreto sin contenido patrimonial), la **obligación**, la **sujección**, etc.

2. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA DOCTRINA TRADICIONAL

2.1. La conducta interpretativa del abuso del derecho.-

Se ha dicho, por algunos autores²⁴, que esta teoría surgió en el siglo precedente como un medio correctivo del uso antisocial de los derechos subjetivos, fundamentalmente gracias a la labor de la siempre progresiva jurisprudencia francesa. Esta afirmación no ha impedido que ciertos autores rastreen en la historia del Derecho privado algunos antecedentes²⁵.

La doctrina, con la intención del esclarecer cuándo y ante qué circunstancias se podía patentizar el uso abusivo de un derecho subjetivo, formuló diversos criterios.

El más antiguo, inspirado probablemente en la doctrina de la **aemulatio**, centraba el abuso de un

derecho en la conducta preñada de una intención dañosa. Este criterio que comparte, entre otros, Ripert²⁶, devino estrecho en tanto se señaló que una persona podía, por negligencia, causar un perjuicio al ejercitar un derecho.

Para comprender esta última hipótesis se sugirió la bondad del criterio de la culpa que englobaría supuestos dolosos y culposos²⁷. Sin embargo, esta posición califica al abuso de un derecho como delito o cuasidelito, es decir como la agresión sufrida en un bien tutelado jurídicamente, rasgo que, como explicaremos luego, no tiene cabida en la teoría del abuso del derecho **strictu sensu**.

También se esbozó un criterio que ha sido calificado como "criterio económico", que según su propulsor, el francés Saleilles²⁸, recusaría al ejercicio de un derecho como abusivo cuando la conducta del agente se aleja del destino económico y social atribuido al derecho subjetivo.

El criterio más influyente y polémico ha sido el formulado por Louis Josserand. Para este autor el abuso representa un acto contrario a la finalidad del derecho subjetivo, al espíritu de su institución.

Para minimizar las críticas que se le opusieron, Josserand conjugó este elemento teleológico con la idea de "motivo legítimo" que empleaban los tribunales franceses.

Según dicho autor, el acto era abusivo si el titular actuaba sin un motivo legítimo, traicionando la destinación de su prerrogativa, la misma que venía dada por los principios generales que dispusieron su creación²⁹.

En nuestro medio, Rubio Correa ha tenido la virtud de sugerir un criterio distinto a los anteriores³⁰. Nuestro autor estima que una conducta que, siendo lícita en un primer momento deviene en no-lícita por

24. Entre ellos, WARAT, Luis, A. "Abuso del derecho y lagunas de la ley", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 35 y ss.

25. Así, BARCELO, Juliette, "Les abus des droits", Themis Montreal, 1954, No. 13, pp. 23 y ss.; CHARMONT, J., "L'abus du droit", Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tome I, París, 1902, p. 119; FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", pp. 116 y ss.; MARTIN BERNAL, J.M., "El abuso del derecho", Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 19 y ss; RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, "El Abuso del Derecho", EJE, Buenos Aires, 1971, pp. 13 y ss.

26. RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", París, 1927, Librairie Générale de Législation et de Jurisprudence, p. 177.

27. MAZEAUD Y TUNC, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", EJE, 1961, Buenos Aires, T.I, Vol. 2, pp. 256 a 258.

28. SALEILLES, Raymond, "Etude sur la Theorie Générale de l'Obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand", París, 1925, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 370, n. 310, nota 1.

29. JOSSERAND, Louis, "De l'Esprit des Droits et de leur relativité", París, 1938, Dalloz, pp. 398 y ss, 415 y ss.

30. RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Para Leer el Código Civil, III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1986, pp. 40 a 45.

contrariar los Principios del Derecho. Al no contarse con una norma que restrinja aquella conducta, el juez deberá hacer uso del procedimiento de integración jurídica.

En realidad, Rubio Correa no ha advertido que la figura del abuso, tal como se ha estudiado tradicionalmente no requiere de la integración jurídica, sino de la indagación del principio que inspiró la norma de la cual se desgaja el derecho materia del abuso, para cerciorarse si su ejercicio la contradice, si hay un abuso de la norma o de la "forma", si se prefiere. Lo que no se necesita es ir en búsqueda de algún otro principio que el autor parece sugerir.

La admisión de la figura del abuso del derecho no ha sido pacífica en la doctrina.

No son pocos los juristas opuestos a aquélla. Algunos por no admitir la existencia del derecho subjetivo, como Duguit³¹, otros, como Planiol, Ripert y Esmein, por considerar que se trataba de una logomaquia (una *contradictio in terminis*), pues un acto no puede ser lícito (el que se sustenta en un derecho subjetivo) e ilícito a la vez³², posición que comparte Trazegnies³³.

2.2. Aclaración del ámbito de operatividad del llamado abuso del derecho.-

Las teorías hasta aquí apenas esbozadas olvidan un dato importante para delimitar cuál es el ámbito de operatividad del llamado abuso del derecho.

En primer término, debemos señalar que la expresión "abuso de derecho" fue acuñada por el exégeta Laurent³⁴. Sin embargo, el planteamiento de este autor belga fue erróneo. En efecto, Laurent, al estudiar la responsabilidad aquiliana planteó la posibilidad de que en el ejercicio de un derecho se cause daño a

un derecho ajeno, catalogando a este hecho como abuso de derecho.

En 1906, Marc Desserteaux³⁵, advirtió que tal como se había venido estudiando la figura del abuso, ésta revelaba fenómenos de colisión de derechos, conflictos de prerrogativas. Al inquirir sobre cuál sería el campo de operatividad del llamado abuso del derecho, Desserteaux señaló que este fenómeno se presentaba cuando en el ejercicio de un derecho se lesionaba otra prerrogativa. Con este criterio, también confundió la figura que nos ocupa con la de la colisión o conflicto de derechos.

Sin embargo, la doctrina posterior se encargó de diferenciar con precisión los datos que caracterizan el abuso del derecho, señalando que éste se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica. Distinto es, entonces, el conflicto de derechos, pues en este último se produce la lesión de un derecho ajeno (y no de un interés no tutelado), al ejercitar el propio³⁶.

3. LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO Y SU RELACION CON EL CONCEPTO DE SITUACION JURIDICA SUBJETIVA

Si el concepto tradicional de derecho subjetivo se vio resquebrajado al irrumpir la noción de situación jurídica subjetiva, la cual, además de proteger el interés del sujeto *situado*, crea a cargo del mismo deberes que nacen como efecto de la atribución de la prerrogativa para tutelar el interés social, cabe preguntarse por el impacto que este *supraconcepto* pueda tener en la figura del abuso.

Fernández Sessarego ha recurrido a la situación jurídica para señalar que el abuso significa la transgresión de los deberes que concurren con los dere-

31. PEIRANO FACIO, Jorge, "Responsabilidad Extracontractual", Ed. Temis, Bogotá, 1981, p. 283, nota 1.

32. PLANIOL, RIPERT y ESMEIN, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo VI, Cultural S.A., La Habana, 1940, p. 791. En cuanto a la calificación de la figura (acto ilícito) Pietro RESCIGNO expresa sus reservas en cuanto a la denominación de la figura cuando señala en su "Manuale del Diritto Privato", Jovene Editore, Napoli, 1981, p. 242: "In verità il concetto di 'abuso' dei diritti e la stessa parola incontrarono tenaci resistenze o aperto rifiuto, e ancora continuano a suscitare gravi riserve. Si mette in luce la contraddizione insita nell'idea che di singoli diritti, e cioè di prerogative accordate e garantite dalla legge, possa divenire illecito l'esercizio. L'illiceità della condotta potrebbe verificarsi solo al di là dei confini assegnati alla prerogativa, ma allora si tratterebbe non più di abuso, ma di eccesso del diritto soggettivo".

33. TRAZEGNIES, Fernando de, "La Responsabilidad Extracontractual", Para Leer el Código Civil, IV, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, p. 192.

34. LAURENT, F., "Principes de Droit Civil Français", Bruxelles -Paris, Ed. Brulant-Christophe & Cie.- Librairie A. Maresq., 1887, Tome Vingtième, pp. 425 y ss.

35. DESSERTAUX, Marc, "Abus de Droit ou conflit de droits", Revue Trimestrelle de Droit Civil, Paris, 1906, p. 138.

36. Vid. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", pp. 166 y 167; CARDENAS QUIROS, Carlos, "Título Preliminar del nuevo Código Civil de 1984", en "El Derecho", Exégesis y Análisis del Código Civil de 1984, Organo del Colegio de Abogados de Arequipa, 1985, p. 40.

chos reconocidos a su titular, deberes que son impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, etc., que imponen la obligación de no ejercer de un modo antisocial las prerrogativas³⁷.

Si bien el concepto de buena fe ha servido de sustento a la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para proscribir el uso irregular de los derechos, la forma de engarzar o vincular el deber de obrar leal y correctamente aparece con una claridad evidente cuando se recurre al concepto de situación jurídica.

En efecto, el hecho de ser titular de una prerrogativa no implica tan solo una justificación del comportamiento del sujeto. También significa que el derecho atribuido está condicionado a ciertos parámetros, a ciertos deberes. Estos no son, obviamente, los que nacen de la obligación de respetar los derechos ajenos. No. Son distintos y dependen de la titularidad misma, de manera que quien no ostenta un derecho subjetivo dado, no tiene a su cargo los deberes compresentes en cada situación jurídica subjetiva.

No debe perderse de vista que todo derecho subjetivo surge como consecuencia de un conflicto de intereses, conflicto al cual se le da término precisamente con la protección de uno de aquellos intereses, quedando, los demás, desprovistos de una tutela privilegiada.

Sin embargo, el que dichos intereses queden, **prima facie**, al margen del elenco de las prerrogativas, no autoriza al titular del derecho subjetivo a dar un uso irregular a la protección calificada que se le ha atribuido.

El principio de la buena fe, esto es, la lealtad, emerge como deber que impone límites a cada derecho, concurriendo en inescindible unidad con el derecho en la situación jurídica subjetiva. Y ello, sin olvidar que cada prerrogativa, de acuerdo a su naturaleza, tiene asignada una función que no puede ser desatendida.

El abuso, consecuentemente, constituye una inobservancia de tales deberes que tienen el acto o la omisión de una ilicitud muy particular -que Fernández Sessarego califica **sui generis**- ya que con el comportamiento defectuoso únicamente se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica. Esa ilicitud se muestra palmaria cuando existe una cláusula general prohibitiva del abuso³⁸.

Además del incumplimiento de los deberes que van aparejados a los derechos en cada situación

jurídica subjetiva, el acto abusivo, por no reparar en los "otros", desconoce la estructura bidimensional del ser humano. Se orienta, sin más, a satisfacer los apetitos personales que lesionan la confianza de los terceros. Es, entonces, contrario al valor **solidaridad**.

No importa que se tenga o no una intención dolosa o deliberada de causar daño con el acto irregular. El abuso debe apreciarse objetivamente. El juez debe indagar el acatamiento o no de los deberes que correspondían al titular de los derechos.

Pero el ámbito de la figura del abuso no sólo se agota en el ejercicio de una prerrogativa o, para ser coherentes con lo dicho, no se fenomenaliza únicamente a partir de la existencia de una situación jurídica subjetiva de poder (o activa).

También el interprete debe preocuparse del posible abuso de una situación jurídica subjetiva de deber. Tal vez un caso que la doctrina alemana utiliza para otra finalidad pueda servirnos de ejemplo. Así, la invocación de la nulidad de un negocio jurídico por defecto de forma, no obstante que el deudor que conocía dicho defecto ejecutó voluntaria y concientemente la prestación, revela que un obligado puede abusar de los componentes de su situación jurídica subjetiva de deber. Podría señalarse lo mismo de un deudor, que habiendo sido contratado para dar un recital sólo a su acreedor (el obligado es un tenor o un barítono), pretende cumplir con la prestación no obstante que el acreedor ha devenido sordo y por ello la prestación no satisfará ningún interés de éste.

Por ello creemos que la doctrina debe ampliar el ámbito de la teoría del abuso y referirlo a todo tipo de situación jurídica: de poder, de deber o mixtas, como lo ha sostenido el prestigiado jurista costarricense Víctor Pérez Vargas³⁹.

Para concluir debemos hacer alguna referencia al verdadero ámbito de aplicación de la teoría del abuso.

Una de las orientaciones recientes en el Derecho, en lo que atañe a la protección de la persona, postula la necesidad de tutelar todo derecho (valor) que se derive de la dignidad de la persona, aun cuando sea atípico o innominado, es decir, que no se encuentre expresamente previsto por el ordenamiento jurídico en la miriada de los derechos subjetivos. Este principio, por los demás, fluye del artículo 4 de nuestra Constitución.

La jurisprudencia tendrá a su cargo una cardinal función, cual es la de proteger y declarar derechos subjetivos nuevos.

37. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", ya cit., pp. 140 y 141.

38. Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", ya cit., pp. 140 y ss.

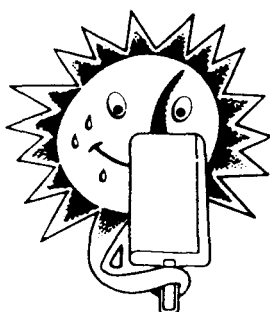
39. PEREZ VARGAS, Víctor, "Derecho Privado", Publitex S.A., San José, Costa Rica, 1988, pp. 436 y 437.

En virtud de esta tendencia, puede advertirse una fuerte restricción del ámbito de operatividad de la teoría del abuso. Si en ésta se acusa la lesión de un interés no tutelado por una norma jurídica, al ejercitarse un derecho, y si de acuerdo a los principios de protección de la persona, los jueces pueden declarar nuevos derechos que se sustentan en la dignidad de la persona, la lesión de dichos intereses existenciales que tenga como causa el ejercicio ilegítimo de una prerrogativa que integra una situación jurídica subjetiva, no podría, en modo alguno, ser considerada como un acto abusivo, ya que dicho interés sería, en realidad, un derecho (un valor protegido). Poco importará

que recién sea declarado al momento de discutirse judicialmente su violación. En una hipótesis como la descrita, nos encontraríamos ante un caso de conflicto de derechos⁴⁰.

Quizá la teoría tradicional del abuso del derecho pueda tener mayor aceptación en el derecho patrimonial, en donde se requiere que un derecho subjetivo -que integra una situación jurídica subjetiva patrimonial- esté reconocido formal y previamente por el ordenamiento jurídico para ser amparado, mas no en el terreno de los derechos de la persona.

40. Cf. FERNANDEZ SESSAREGO, "El Abuso...", ya cit., pp. 156 a 159.



D'NAFRIA

Cerca de tí

Gobiernos en el Exilio

Fabián Novak Talavera.

Bachiller en Derecho de la PUC.

Introducción

Las anexiones territoriales llevadas a cabo por Alemania e Italia en los años que precedieron al estallido de la Segunda Guerra Mundial, conjuntamente con la ocupación de territorios enemigos y neutrales por estos dos países, más la Unión Soviética y Japón durante el transcurso de la guerra, llevaron a diferentes gobiernos a abandonar sus territorios, y desplazarse hacia otros de Estados extranjeros, constituyendo lo que en doctrina se ha denominado gobiernos en el exilio.

El presente estudio tiene como propósito, abordar algunos aspectos básicos de esta vieja forma de gobierno a fin de comprender sus verdaderos alcances y efectos, tan poco estudiados y difundidos por la doctrina de los publicistas.

Definición

El gobierno, tradicionalmente, ha sido definido como la organización mediante la cual es formulada la voluntad del Estado¹.

Dado que el poder no existe sin un sujeto concreto, mirado como titular, el ordenamiento jurídico se ha cuidado siempre de expresar quién aparece como fuente del poder.

Históricamente, el destino de los gobiernos estuvo marcado única y exclusivamente por la voluntad soberana del Príncipe. Más tarde, sin embargo, con Montesquieu y Rousseau, se comprendió que la única voluntad que debía ser determinante en el destino de éstos, debía ser la voluntad del pueblo; llegando

incluso a sostener autores como Hobbes, Pufendorf y Locke la presencia de un contrato entre gobernantes y gobernados.

Años más tarde, Bodenheimer entendió también que el gobierno no era sino un mandato, que podía ser revocado, limitado o modificado a voluntad exclusiva del pueblo soberano².

La realidad, sin embargo, se ha hecho cargo de demostrar lo relativo de estas afirmaciones. Un ejemplo claro de esto lo constituyen precisamente, los gobiernos en el exilio, obligados a abandonar el territorio de su Estado a raíz del accionar de un Estado extranjero y no por la influencia del pueblo soberano a la que se refiere la doctrina constitucional.

En base a esto, podríamos ensayar una definición y señalar que debe entenderse por gobierno en el exilio, a aquella organización político-jurídica del Estado que, frente a la ocupación total de su territorio por parte de fuerzas militares foráneas, busca refugio en el territorio de un Estado extranjero, siendo reconocido como el gobierno legal del Estado por la comunidad internacional; ejerciendo similares atribuciones y facultades que cualquier otro gobierno territorial. A partir de esta definición, debemos analizar los diferentes aspectos que de ella se derivan.

Clasificación

En la doctrina, podemos encontrar hasta tres tipos de gobierno en el exilio:

1.- Cuando frente a una guerra externa, el gobierno del Estado ocupado se traslada transitoriamente a

1. FERRERO REBAGLIATI, Raúl. **Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional.** Lima. Librería Studium Editores. 1981. Pág. 301.

2. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho.** México. Fondo de Cultura Económica, 1988. Pág. 182.

territorio extranjero³. Es decir, cuando los Jefes de Estado o de Gobierno con sus respectivos gabinetes, se desplazan del territorio nacional al territorio de un Estado extranjero, al haber sido el primero ocupado totalmente por fuerzas militares agresoras.

El exilio en este caso opera, entonces, frente a una ocupación total y no parcial de territorio extranjero. Esto, debido a que la ocupación parcial implica sólo la reducción del territorio sobre el cual el Estado ejerce su poder soberano.

Por el contrario, como bien señala Bohdan Halajczuk, la ocupación total sí afecta al sujeto principal del Derecho Internacional, esto es, al Estado. Sólo durante una ocupación total, el gobierno abandona el territorio y, en consecuencia, uno de los elementos constitutivos del Estado, el Poder, pierde su vinculación con los otros dos elementos⁴.

La ocupación total de un territorio tuvo lugar pocas veces en el pasado (excepto durante las guerras de Napoleón I), pero fue muy frecuente durante y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Así, podemos citar diversos ejemplos a lo largo de la historia:

- 1936: Se produce la ocupación italiana de Etiopía, obligando al gobierno encabezado por el emperador Haile Selassie I a partir al exilio. Hacia 1941, sin embargo, Etiopía sería liberada, regresando el emperador Selassie I al trono de su país.

- 1939: Se constituye en Francia un gobierno polaco en el exilio, el cual luego se trasladaría a Londres, para organizar un ejército que combatiría junto a los aliados. Empero, cuando comenzó la ocupación soviética de Polonia, se estableció en Lublín un gobierno provisional, que anuló al de Londres y firmó un pacto con la Unión Soviética.

El mismo año, la reina Guillermina de Holanda se refugia en Londres conjuntamente con su gabinete, permaneciendo las lejanas posesiones ultramarinas del imperio colonial, bajo la autoridad directa de este gobierno.

- 1940: Noruega es ocupada también por los alemanes viéndose obligado el rey noruego Haakon VII a refugiarse en Londres. Posteriormente, se declaró depuesta la dinastía, fue disuelto el Storting (Parlamento) y entró a regir los destinos del país un gobierno títere de Alemania, con elementos fascistas

noruegos presidido por Vidkun Quisling. Al acabar la guerra en 1945 fue liberada Noruega y, con ello, se produjo el retorno del gobierno exiliado. El mismo año, se produce la ocupación de Bélgica por los alemanes y el encarcelamiento de su rey Leopoldo III, viéndose obligado el gobierno ministerial a formar un gobierno en Londres.

Igual suerte corrió el Ducado de Luxemburgo, ocupado en mayo de 1940 por los alemanes, obligando a la Gran Duquesa Carlota a refugiarse hasta 1944, fecha en la cual Luxemburgo sería liberado por el ejército aliado.

- 1941: Yugoslavia es ocupada y desmembrada con la creación del Estado independiente de Croacia y la anexión a Italia de territorio esloveno. En esta oportunidad, el rey Pedro II huyó y se refugió en Londres en donde estableció su gobierno.

En ese año, tropas germano-italianas ocupan Grecia, corriendo su rey Jorge II igual suerte. En el caso de Filipinas, el gobierno constitucional del Presidente Manuel L. Quezón, se trasladó a los Estados Unidos una vez que resultó evidente la imposibilidad de resistir la invasión japonesa.

- 1979: Tropas vietnamitas invaden Kampuchea y derrocan al gobierno de Khieu-Samphan, el cual, en 1982, forma un gobierno de coalición en el exilio conjuntamente con Norodom Sihanuk y su colaboración Son San. La ONU en reiteradas ocasiones ha reconocido formalmente la legitimidad de este gobierno, el cual, continúa en el exilio hasta nuestros días.

- 1990: Se produce la invasión iraquí al Emirato de Kuwait en el Golfo Pérsico, produciendo la huida del emir Kuwaití, jeque Jaber Al-Ahmad Al-Sabah a la región de Dhahran, en Arabia Saudita. Irak nombraría como gobernador de Kuwait a Alí Nasan al Majid, hombre que planificó la política de la tierra quemada en el Kurdistán y que fue responsable de los bombardeos con armas químicas contra la localidad Kurda de Haladja. Meses más tarde sin embargo, Irak sería derrotada y el emir Kuwaití sería repuesto en el trono.

La doctrina sobre este tipo de gobiernos en el exilio, ha sido uniforme en señalar que no existen problemas respecto a su reconocimiento, ni siquiera a nivel de conferencias internacionales.

La razón de esto radica, en que en estos gobiernos no ha existido ruptura en su continuidad legal⁵.

3. LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica de Derecho Internacional Público*. Tomo II. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1983. Pág. 98.

4. HALAJCZUK, Bohdan T. y MOYA DOMINGUEZ, María Teresa. *Derecho Internacional Público*. Ediar S.A. Editora, Buenos Aires. 1978. Pág. 562-563.

5. LLANOS MANSILLA, Hugo. Op. Cit. Pág. 98.

En efecto, estos gobiernos no necesitaron solicitar el reconocimiento formal de terceros Estados para poder permanecer como auténticos representantes de sus respectivos pueblos, ni tampoco se produjo en la práctica reconocimiento formal alguno; precisamente, en consideración a que tales gobiernos se habían constituido y formado constitucionalmente en su tiempo y a que sólo habían interrumpido su normal funcionamiento, a causa de una guerra, es decir, a causa de un ilícito internacional. Así, durante la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos de la Unión Soviética, Inglaterra y los Estados Unidos, entre otros, mantuvieron relaciones diplomáticas con los gobiernos en el exilio de los países ocupados; no cuestionándose en ningún momento la legitimidad y legalidad de éstos. Cosa similar acaeció recientemente con los Estados Unidos y el resto de los Estados miembros de la ONU, apoyando militarmente al gobierno Kuwaití en el exilio, al cual reconocieron como único y auténtico.

Esto demuestra el respaldo que la Comunidad Internacional ha brindado a este tipo de gobiernos, reconociéndolos como únicos conductores de sus pueblos, con iguales atribuciones y derechos que cualquier otro gobierno territorial.

2.- Cuando no existe ocupación territorial de tropa militar extranjera, ni conflicto bélico internacional alguno; pero se forma un gobierno en el exilio que coexiste con otro que opera en el territorio nacional. En este caso entonces, nos encontraremos más bien ante un conflicto interno y como consecuencia de ello, ante la presencia de dos gobiernos simultáneos: un gobierno territorial y otro en el exilio que busca desplazarlo, reclamándose mutuamente la titularidad internacional en el conducción del Estado.

Como ejemplos clásicos de este tipo de gobierno en el exilio se señala:

- El gobierno checoslovaco de Eduardo Benés con sede en Londres, Inglaterra, en 1939.
- El gobierno provisional de Angola de Roberto Holden, establecido en Leopoldville, capital del antiguo Congo Belga, en 1961.
- El gobierno provisional de Argelia, establecido en el Cairo, Egipto, antes de alcanzar su independencia en 1962.

En cada uno de estos casos, se puede observar la ausencia total de continuidad jurídica. En efecto, aquí no existe, como reclama el chileno Hugo Llanos, conexión legal entre el gobierno ausente y el que

opera en el territorio nacional, razón por la cual surgen ciertos problemas relativos al reconocimiento de estos gobiernos. Se entiende, que al existir un gobierno en el territorio del Estado que ejerce un control efectivo sobre la población, no es posible proclamar el reconocimiento del gobierno en el exilio, pues ello implicaría utilizar dicho reconocimiento como un arma política para intervenir en los asuntos internos del propio Estado⁶. De ahí, que la aceptación de estos gobiernos por la comunidad internacional haya sido históricamente condicionada a las resultas de la disputa interna.

No han faltado, empero, algunos casos aislados en los que terceros Estados han reconocido a estos gobiernos pese a existir un gobierno territorial. Este fue el caso del reconocimiento del gobierno republicano español en el exilio, efectuado por México ante el triunfo de Franco en 1939; y que se mantuvo a lo largo de treinta años. Tal acto fue calificado en su época como una abierta e injustificada intervención en los asuntos internos del Estado español.

Lo cierto, sin embargo, de acuerdo a la práctica general, es que en este tipo de gobiernos el reconocimiento ha solido darse tan sólo cuando el gobierno exiliado lograba imponerse definitivamente, y cuando era el único órgano que ejercía un control real y efectivo sobre la población.

3.- Finalmente, algunos autores suelen considerar como gobiernos en el exilio, a aquéllos que son derrocados por sus pueblos y huyen al territorio de un Estado extranjero⁷.

Nosotros, sin embargo, coincidimos con Verdross al señalar que si el gobierno constitucional es derribado por una revolución o un golpe de Estado, y sustituido por otro llegado al poder por vía anticonstitucional; no es ya aquél (el gobierno legal o de jure), sino éste, el que al Derecho Internacional le interesa, desde el momento en que haya logrado imponerse en todo el territorio nacional⁸. No participamos entonces del intento de calificar tales situaciones como gobiernos en el exilio. Muy por el contrario, creemos que cualquier intento de calificar a tales "gobiernos" como auténticos representantes del Estado, estaría en abierta contradicción con los principios básicos del Derecho Internacional moderno. Este, es un problema exclusivamente interno, y como tal le es ajeno al Derecho Internacional.

Derechos

La jurisprudencia y la práctica internacional de los

6. Loc. Cit.

7. KOROVIN, Y.A. *Derecho Internacional Público*. México. Editorial Grijalbo S.A., 1963. Pág. 162.

8. VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Aguilar S.A. Ediciones. Madrid. España. 1961. Pág. 250-251.

Estados, han sido definitivos en consagrar que los gobiernos en el exilio gozan en principio, de los mismos derechos y atribuciones que cualquier otro gobierno territorial.

Así tenemos, la sentencia del Tribunal Supremo Noruego de 15 de marzo de 1938 en el asunto Campuzano contra el gobierno español, o la sentencia de la High Court Británica de 27 de julio de 1938 en el caso Haile Selassie vs. Cable and Wireless; en los cuales se estableció, que hasta el reconocimiento de jure del nuevo gobierno, únicamente era el gobierno en el exilio quien podía disponer de los bienes públicos situados en el extranjero, en tanto éste gozaba de los mismos atributos y derechos que cualquier otro gobierno territorial.

Del mismo modo, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1932 en el caso Blackmer, señaló que era el gobierno en el exilio el que tenía la atribución de reclamar y sancionar a sus súbditos y no el gobierno del Estado ocupante. Y finalmente, una ley dictada por el Parlamento británico en 1941, la Diplomatic Privileges (Extensión) Act, llegó incluso a conferir privilegios diplomáticos a los miembros de los gobiernos en el exilio y su cuerpo oficial, así como a los enviados acreditados ante él. De estos ejemplos, a los cuales podríamos sumar muchos otros, podemos concluir que los gobiernos en el exilio gozan de iguales facultades que el resto de gobiernos, tales como enviar y recibir agentes diplomáticos, concluir y celebrar tratados, dirigir las fuerzas armadas, cumplir funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, imponer ciertas obligaciones especiales como el servicio militar, o seguir ejerciendo la protección diplomática y consular respecto de sus nacionales.

Existen, sin embargo, algunas limitaciones de estos gobiernos que merecen ser precisadas.

Limitaciones

La doctrina anglosajona ha sido clara en señalar las limitaciones de los gobiernos en el exilio. Una de las más importantes sin duda, está vinculada a la imposibilidad de éstos de ejercer la soberanía territorial de la cual es titular el Estado.

La soberanía territorial como se sabe, es la autoridad que ejerce el Estado sobre su territorio, teniendo como principales características la de ser total y exclusiva.

Señala William Bishop que la soberanía territorial implica la plena y suprema jurisdicción del Estado

sobre su territorio, incluyendo el poder de desarrollar toda forma de legislación estatal en el marco de su propio orden jurídico, sin ingerencia externa.

La soberanía territorial es cierto, reside en el Estado, centro de imputación de todas las órdenes; mas es el gobierno el que la ejerce sin que por ello se convierta en titular de la misma.

En el caso de los gobiernos en el exilio, empero, acontece una situación muy especial. Estos gobiernos precisamente, se ven privados de la posibilidad de ejercitar la soberanía territorial del Estado, al haber sido ocupado el territorio del mismo, por fuerzas militares extranjeras.

Esta limitación sin embargo, no implica que los gobiernos en el exilio carezcan de autoridad, de derechos o atribuciones. No olvidemos que las características de la soberanía territorial no limitan el alcance de la autoridad del Estado tan sólo dentro del territorio.

En efecto, con el progreso histórico de las relaciones internacionales entre los Estados, el ejercicio de su autoridad se ha tomado cada vez más amplio y más complejo. Pese a que el principio de la soberanía territorial está reconocido como uno de los básicos del Derecho Internacional, la noción de la autoridad del Estado tiene un significado más amplio en la actualidad. Así, la autoridad de un Estado sobre sus súbditos (la soberanía personal) no queda confinada a su territorio sino que se extiende más allá⁹.

Siguiendo este razonamiento en el caso Moraitis vs. Dolany, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que, de ordinario, el Estado ejerce la soberanía tan sólo dentro del territorio que ocupa su pueblo; pero una situación diferente se presenta, cuando el enemigo invade el territorio y el gobierno se halla en el exilio. En tal caso, concluyó la Corte, el gobierno exiliado toma el ejercicio del poder soberano únicamente sobre el pueblo. Así, el gobierno exiliado carece de soberanía territorial, pero conserva la posibilidad de ejercer lo que la doctrina denomina soberanía personal.

Alfred Verdross, siguiendo la uniforme opinión de la doctrina, considera también que "un gobierno en el exilio, con los súbditos suyos huídos al extranjero es, en cierto modo, análogo a un Estado nómada, puesto que uno y otro poseen una mera supremacía personal"¹⁰.

De todo lo expuesto podemos concluir que, si un gobierno se exilia en el extranjero perderá la posibili-

9. BISHOP, William. Autoridad del Estado: Su alcance en relación con las personas y lugares. EN: Sorensen, Max. *Derecho Internacional Público*. México. 1978. Pág. 316-319.

10. VERDROSS, Alfred. Op. Cit. Pág. 250.

dad de ejercer la soberanía territorial, mas éste podrá seguir ejerciendo desde allí, con el consentimiento del Estado que le brinde acogida, la soberanía personal sobre sus súbditos; tal como lo ha confirmado la Cámara de Apelaciones de Roma en el caso Savini, la jurisprudencia norteamericana en el caso antes citado, y la jurisprudencia alemana en el caso del edificio de la misión letona, en 1955.

Reconocimiento

El reconocimiento de gobiernos, según Michael Akehurst, "constituye uno de los temas más difíciles del Derecho Internacional, y ofrece una confusa maraña de cuestiones políticas, jurídico-internacionales y de derecho interno"¹¹.

Un problema mayor en el reconocimiento de los gobiernos en el exilio, es si el reconocimiento de éstos tiene un carácter declarativo, o si por el contrario, estamos ante un reconocimiento de características y dimensiones particulares.

Hans Kelsen, entre otros, considera que aquí se aplican los mismos principios del reconocimiento de gobiernos en general¹². Señala que el reconocimiento de gobiernos extraterritoriales no goza de característica particular alguna y que, por ende, el reconocimiento es declarativo también en este caso.

Nosotros, nos permitimos discrepar de esta posición. Creemos que si el gobierno ejerce sus funciones en el territorio nacional, resulta evidente que el reconocimiento internacional tiene simplemente carácter declarativo, en tanto este gobierno puede ejercer libremente sus funciones sin verse perturbado por la ausencia del acto formal de reconocimiento.

Sin embargo, ¿puede sostenerse lo mismo en el caso de los gobiernos en el exilio?. La doctrina y la práctica internacional parecerían consagrar algo distinto.

Como señala Jumeau, "sólo en virtud de la buena voluntad de sus aliados, pueden los gobiernos exiliados gozar de su independencia fuera del territorio nacional". En efecto -concluye el autor- la dependencia de los gobiernos emigrados del reconocimiento internacional es tal, que hace que este reconocimiento posea definitivamente un carácter constitutivo¹³. Drucker, sobre lo mismo, señala que el gobierno exiliado ejerce sus funciones en virtud de su derecho interno, pero la ejecución de sus derechos exige el

acuerdo de la potencia titular de la soberanía territorial. Este acuerdo se concede, agrega, por tratado entre los dos gobiernos, reglamentando la situación y el funcionamiento del gobierno en suelo extranjero. Sin el reconocimiento internacional, señala por último Halajczuk, el gobierno exiliado no es más que una simple organización de particulares, sin atribución de derecho público alguno, incapaz de ejercitar con eficiencia ningún derecho¹⁴.

Estas opiniones, han sido corroboradas además por la abundante jurisprudencia internacional existente en este sentido y que ha expresado reiteradamente el condicionamiento de los gobiernos en el exilio -en cuanto al ejercicio de funciones- al reconocimiento internacional. Un ejemplo claro de esto lo constituye la sentencia de la Corte Superior de Nueva York en el caso de Fields vs. Predionika I en 1942, en donde se estableció que los gobiernos en el exilio podían requisar en puertos extranjeros los buques pertenecientes a sus súbditos, siempre y cuando contaran con el asentimiento y reconocimiento del Estado territorial.

En síntesis, consideramos al igual que los autores y la jurisprudencia citada, que el reconocimiento en el caso de los gobiernos en el exilio, por sus efectos, posee un carácter netamente constitutivo. Sólo así se explica que a partir del reconocimiento de estos gobiernos, ellos puedan ejercer sus derechos y atribuciones; y que, retirado el reconocimiento, éstos no pasen de ser una mera organización particular. Bastaría, para confirmar nuestra opinión, recordar al gobierno polaco exiliado en Londres en 1939, el cual perdió su status gubernamental, precisamente en el momento en que el gobierno británico le retiró su reconocimiento, reconociendo al mismo tiempo al gobierno polaco establecido en Varsovia.

Una segunda interrogante que surge en cuanto al reconocimiento de los gobiernos en el exilio, es si éstos pueden ser efectivamente reconocidos como tales, es decir, como gobiernos, pese a la ausencia de un control efectivo de éstos sobre el territorio del Estado.

De acuerdo a la Doctrina de la Efectividad sostenida por el británico Lauterpacht, que confiere el status de gobierno a aquellas organizaciones que ejercen un control efectivo sobre un territorio y la población que en él se asienta; parecería que no. Esta doctrina que ha inspirado la práctica del Reino Unido y la de la mayoría de los Estados por el grado de seguridad jurídica que introduce, condiciona efecti-

11. AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. 2da. ed. Madrid. Alianza Editorial, 1962. Pág. 80.

12. KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1965. Pág. 248.

13. JUMEAU. *Le Réfuge du Gouvernement National á l'Etranger*. París, 1958. Pág. 12.

14. HALAJCZUK, Bohdan T. y MOYA DOMINGUEZ, María Teresa. Op. Cit. Pág. 226.

vamente el reconocimiento de un gobierno, al control que ejerza éste sobre el territorio y la población; con lo cual, al carecer los gobiernos en el exilio de este control territorial, parecería ser que tales gobiernos no deberían ser objeto de reconocimiento.

Empero, ha sido muy distinta la práctica de los Estados. En efecto, la Comunidad Internacional en su conjunto, se ha inclinado por atribuir legalidad y legitimidad a los gobiernos en el exilio, reconociéndolos y confiriéndoles funciones y atribuciones propias de todo gobierno.

Durante el período de ocupación militar de un territorio por fuerzas extranjeras, el territorio no está efectivamente bajo el control del gobierno exiliado; pero tampoco, bajo el control del gobierno del Estado ocupante; pues, como señala Kelsen, "mientras la situación jurídica del territorio sea la de una ocupación bélica, y esto significa mientras haya un estado de guerra entre el Estado ocupado y el ocupante, el dominio ejercido por este último no puede considerarse como efectivo. Fuera del hecho de estar restringido por el Derecho Internacional, no está firmemente establecido, ya que existe una guerra que tiene el propósito de restablecer la supremacía efectiva del gobierno ahora en el exilio"¹⁵.

Concordante con esto, Verdross señala que no se trata de una ficción jurídica, sino que los derechos del gobierno ausente subsisten al amparo del Derecho Internacional, pese a que el titular ha sido privado físicamente de su ejercicio.

Es preciso aclarar sin embargo, que el reconocimiento de estos gobiernos estará condicionado a que la disputa continúe, es decir, a que el gobierno en el exilio a través de sus propias fuerzas militares o con la ayuda de fuerzas militares extranjeras, realice esfuerzos por retomar el control efectivo sobre el territo-

rio, pues, una vez concluida la disputa, el principio del control efectivo se aplicará rigurosamente, y el gobierno del Estado será aquél que haya logrado imponerse definitivamente; es decir, aquél que haya logrado establecer un control real y efectivo sobre el territorio y la población.

Término

Finalmente, los gobiernos en el exilio concluyen, de acuerdo a la práctica internacional, si se presenta cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Si acabado el conflicto internacional, el gobierno en el exilio no logra retomar el control efectivo sobre el territorio. En este caso, será el gobierno del Estado ocupante el que será reconocido como el nuevo gobierno legal del Estado.

2. Si acabado el conflicto interno, el gobierno en el exilio no puede retornar a su país como consecuencia del establecimiento de un nuevo gobierno nacional, autónomo y distinto al gobierno exiliado. Este fue el caso del gobierno polaco al término de la Segunda Guerra Mundial, así como del gobierno griego en 1944 y del yugoslavo, el mismo año.

3. Por último, si acabado el conflicto internacional, el gobierno en el exilio logra imponerse y recuperar el control efectivo sobre el territorio. En este caso, el gobierno exiliado recuperará su calidad de gobierno territorial, retornando a su país y volviendo a ejercer en forma absoluta sus funciones de gobierno. Este fue el caso del gobierno serbio y del gobierno belga en el exilio, en 1918 y de todos los Estados ocupados con excepción de Polonia y Yugoslavia, en la Segunda Guerra Mundial. Un caso reciente lo constituye el gobierno Kuwaití en el exilio, el cual recuperó el control efectivo de su territorio, tras varios meses de ocupación militar iraquí.

15. KELSEN, Hans. Op. Cit. Pág. 249.

Impedimento Pasajero del ejercicio de la Posesión y su abandono en el Sistema Posesorio objetivo

Sergio Oquendo Heraud

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC y Jefe de prácticas del curso de Derechos Reales.

"La verdadera riqueza consiste en la capacidad para poseer los bienes, no en su propiedad."

Aristóteles

Retórica, Libro I, Cap. V

La posesión es quizá el derecho real¹ más importante, pues es por su intermedio que el hombre da a los bienes el destino económico socialmente querido. Si bien es el derecho de propiedad el que asigna eficientemente los recursos escasos en la sociedad, es por la posesión que se les brinda el mejor uso alternativo. Es por esto que el derecho protege a la posesión por encima de la titularidad, pues una propiedad no ejercida supone un costo social al ser una asignación ineficiente de recursos.

Si bien la posesión es defendida por publicitar propiedad o algún otro título- en tanto **signo de reconocibilidad** de un derecho-; cómo bien dice VALENCIA ZEA, "la protección posesoria acredita cómo la titularidad de un derecho no puede desprenderse de su ejercicio, es precisamente uno de esos casos en que las normas continúan nutriéndose del hecho que las engendró ... Muchas personas se contentan con una vacía titularidad y se abstienen de ejercer el derecho, para esos casos, la ley protege la posesión, correspondiendo o no a la existencia del derecho".²

Al contrario de la propiedad, la posesión suele ser propicia al conflicto de intereses. Por el solo hecho de manifestarse fácticamente y de ser protegida en cuanto tal, las posibilidades de controversia son fácilmente imaginables y verificables a diario. Así, la posesión de hecho puede corresponder a un usurpador, no obstante carecer de título válido; pues quien lo tiene, no lo ejerce.

Pero puede ocurrir, también, que ante un no ejercicio, la posesión se conserve o pierda con prescindencia de un tercero posesorio; hipótesis ambas inexplicables sólo desde el elemento material de la posesión. Pues bien, a ellas está abocado el presente artículo.

1. LA VOLUNTAD EN EL SISTEMA POSESORIO OBJETIVO.

De acuerdo al artículo 896 del C.C., la posesión es el **ejercicio de hecho** de alguno de los poderes inherentes a la propiedad ; y, con ello, ubica a nuestro sistema posesorio en los predios de la teoría objetiva de IHERING, constituyéndose como objetivo.

Como sabemos, el jurista alemán se opuso al acento subjetivo que su compatriota SAVIGNY había impreso en la posesión; para quien lo determinante en ella era la expresa intención de tener la cosa como propietario, desconociendo derecho superior al suyo (**animus domini o animus rem sibi habendi**). Este ánimo concreto, sin embargo, no debía confundirse con la convicción o creencia de tenerse realmente la propiedad (**opinio seu cogitatio domini**) , lo que explicaba la posesión del ladrón.

IHERING cuestiona esta concepción interna y subjetiva del ánimo, que juzga equivocada. Para él, el rol de la voluntad en la posesión (**animus possidendi**) no es distinto del que juega en cualquier relación jurídica, por lo que la calificada consideración del ánimo es irrelevante para determinar cuándo la vinculación con bienes está cubierta por el manto jurídico de la posesión. Es por ello que la no cobertura de un ejercicio de hecho dependerá de la existencia de

1. Somos conscientes de lo anacrónico que resulta defender la clásica distinción entre derechos reales y derechos de crédito, sustentada en un error de los glosadores heredado desde el medioevo. No es nuestro propósito tratar el tema, sólo queremos dejar sentado que no compartimos tan artificial división.

2. VALENCIA ZEA , Arturo. "La Posesión", Editorial Temis, Bogotá, 1968, pág. 204.

norma negativa contra su carácter posesorio, como ocurre por ejemplo con el **servidor de la posesión** (art. 897).

La teoría objetiva no niega el rol de la voluntad. El mismo IHERING³ afirma que "en realidad el **corpus** no puede existir sin el animus, como el **animus** tampoco puede existir sin el corpus. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación⁴ con la cosa".

Es por ello que para ser considerado poseedor según el criterio objetivo basta el poder de hecho (**corpus**), pues su solo ejercicio supone volición. La voluntad posesoria se confunde en el ejercicio material, una y otra son indisolubles.

De otro lado, debe quedar claro que el poder de hecho no supone el contacto material con la cosa; pues puede poseerse con prescindencia de aquél, como es el caso de todos los poseedores mediatos (arrendador, dador en usufructo, etc.).

En este orden de ideas, el poder de hecho o señorío efectivo, como afirma VALENCIA ZEA, no ha de caracterizarse por la simple conexión espacial, sino por la existencia de cierta **iniciativa personal** en quien tiene el poder. Ello supone, en mayor o menor grado, que todo poder de hecho debe ser voluntario; toda vez que no existe señorío efectivo exclusivamente objetivo.⁵

Resulta evidente pues la presencia de elementos subjetivos en toda relación posesoria. Más recientemente, el autor citado concluye que "una cosa es suprimir la voluntad de poseer como propietario, y

otra bien diferente, pensar que la relación posesoria no requiere ningún grado de voluntad".⁶

Subsistente el elemento voluntario en la posesión, debemos analizar qué tipo de ánimo trasunta. La voluntad presente en el sistema posesorio objetivo no es la voluntad de SAVIGNY; la intención de ejercer el derecho de propiedad en nombre propio ha sido descartada de nuestro Código. En consecuencia, del ánimo del que hablamos es otro distinto, genérico y de alguna forma objetivado, y se refiere a una "iniciativa".

Existe, sin embargo, una excepción a esta regla: la prescripción adquisitiva. En ella, el usucapiente debe acreditar la posesión como propietario (**el animus domini** de SAVIGNY), lo cual excluye **ad limine** a los poseedores inmediatos. Este ánimo calificado exige pues el público desconocimiento del derecho del propietario no poseedor⁷; lo que delata la herencia savigniana.

Habiendo precisado a qué voluntad nos referimos, veamos en que consiste el poder de hecho. No cabe duda que estamos ante un **concepto social**⁸. Así, WOLFF y RAISER⁹ lo han entendido determinable según los usos y las costumbres, por lo que será la opinión general la que, de acuerdo a la conciencia común, determine lo posesorio. Y tal ejercicio socialmente entendido es dar a los bienes su destino económico. DIEZ PICAZO y GULLON han observado que para el propio IHERING una persona no podía ser considerada poseedora si es que no daba al bien el uso o destino económico que le era usual¹⁰. Es por eso que el jurista alemán consideraba a la protección posesoria como garante del interés jurídicamente pro-

3. IHERING, Rudolf von. "La Voluntad en la posesión", traducción de Adolfo Posada, Madrid, 1876, pág. 60.

4. Aunque la explicación parezca innecesaria, ha de tenerse en claro que "relación con la cosa" no supone que pueda existir relación jurídica entre personas y cosas, pues como ha dicho BULLARD, "el derecho implica exigir comportamientos, y éstos no se exigen a las cosas, sino a las personas, respecto de ciertos bienes". (Vide BULLARD GONZALES, Alfredo. "La relación jurídico patrimonial", Lluvia editores, Lima, 1990, pág. 70).

5. VALENCIA ZEA, Arturo, op. cit., pp. 18-19. En el mismo sentido, la doctrina alemana exige cierta **estabilidad** en el poder de hecho. COSACK pone el ejemplo del depósito de un abrigo en el vestíbulo de nuestra casa cuando nos visita un amigo, en el que si bien se encontraría dentro de nuestra "esfera de protección doméstica", esto no hace nacer poder de hecho alguno en nuestro favor. (Ibidem, pág. 21). (Debemos indicar que aunque el Código Civil colombiano es savigniano, VALENCIA ZEA se está refiriendo al sistema objetivo).

6. VALENCIA ZEA. "Derecho Civil", tomo II, editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 34.

7. Como sostiene BULLARD, la usucapción supone "que la posesión sea de una calidad tal que publicite propiedad, así ésta no exista en favor del poseedor. (...) para que el poseedor pueda adquirir por prescripción no sólo debe ejercer uno de los atributos inherentes a la propiedad, sino comportarse como si tuviera todos ellos". (Vide BULLARD GONZALES, Alfredo. "La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble". En *Thémis-Revista de Derecho*, No. 7, segunda época, Lima, 1987, pág. 77.).

8. SALEILLES citado por VALENCIA ZEA, "La Posesión", op. cit. pág. 20

9. En ibidem, pág. 30.

10. DIEZ PICAZO, Luis/GULLON BALLESTEROS, Antonio. "Sistema de Derecho Civil", volumen III, 3ra. edición, tecnos, Madrid, 1986, pág. 103

tegido de la posesión, que no es otro que la utilización económica de la cosa¹¹.

Para terminar esta parte, resulta interesante formularnos la siguiente pregunta: ¿Qué pasaría si alguien nos obliga a "poseer" un objeto? ¿Podría hablarse de la existencia efectiva de la posesión si es que carecemos de todo deseo de realizar los actos impuestos? Creemos que no. Lo que ocurriría en tal supuesto es que la posesión sería ejercida por aquel que coacciona, respecto del cual el obligado sería un mero instrumento.

2. IMPEDIMENTO DEL EJERCICIO DE LA POSESION POR HECHO DE NATURALEZA PASAJERA

El artículo 904 de nuestra normativa privada prescribe que se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera.

La interrogante se presenta de inmediato ¿Cómo precisar el concepto de lo pasajero? El primer antecedente de la norma transcrita se encuentra en el parágrafo 856 del B.G.B. Dicho precepto informa que "la posesión inmediata la pierde quien pierda el poder de hecho. Un mero impedimento, pasajero por su naturaleza, en el ejercicio del poder de hecho, no trae consigo la pérdida de la posesión"¹².

Respecto de este artículo, WOLFF pone los siguientes ejemplos: un viaje, el cumplimiento de una condena, una inundación o el olvido del lugar donde hemos guardado algo. Otros ejemplos serían la toma de una fábrica por sus trabajadores o el padecimiento de una enfermedad que requiera hospitalización. En todos estos casos, la posesión subsistirá pese a no ejercitarse fácticamente; pues la imposibilidad de tal ejercicio se origina en una situación transitoria, que no perturba la voluntad de poseer.

Como se observará, colocarse en una situación que determina la imposibilidad del ejercicio del poder de hecho puede responder a razones voluntarias como involuntarias; pero aun en las voluntarias lo que se busca no es dejar el *corpus*, sino que ello resulta inevitable.

Ahora bien, no existe artículo en nuestro Código que imponga límites a lo que debemos entender por pasajero. Veamos si los artículos de defensa posesoria (921) y de interrupción del término prescriptorio (953) nos ayudan.

Según el artículo 921, el poseedor podrá defender su posesión mediante interdictos y acciones posesorias ordinarias, pudiendo repeler los interdictos que contra él se interponga si su posesión es mayor a un año. La parte final de la norma se refiere al demandado, y en ella pueden darse dos supuestos de hecho distintos.

(A) Primero, la de un poseedor (demandante) despojado por el demandado. En este caso, si el demandante ha sido despojado por más de un año habrá perdido no sólo la acción interdictal -por lo que deberá ser declarada improcedente- sino la posesión de hecho; al haber sido adquirida por el demandado.

En este primer caso, la norma tiene dos supuestos: el primero, con **efecto negativo**, consistente en la pérdida de protección jurídica cuando la posesión haya sido arrebatada durante el plazo de un año; el segundo, con **efecto positivo**, implica la posesión efectiva por un tercero durante el mismo plazo, momento a partir del cual podrá enervar las eventuales acciones interdictales que se promuevan contra él. Existe pues un mismo plazo, que se manifiesta con carácter negativo respecto del poseedor original, pero positivo respecto del tercero demandado.

El que ambos supuestos deban acaecer copulativamente, determina que el poseedor no pierda la protección del ordenamiento si es que no posee por el lapso de un año; pero si que perderá la protección en la medida que un tercero entre a poseer y mantenga dicha posesión por ese lapso. Ocurre que la **posesión no se pierde por el simple no ejercicio**.

Incluso puede mantenerse la posesión por más de un año a pesar de no haberse ejercido ningún poder de hecho. Aunque la eventualidad es remota, sería el caso, por ejemplo, de un alud de nieve que sepultara un inmueble.

(B) El segundo supuesto de hecho del artículo 921 podría denominarse de "conurrencia de derechos de defensa interdictal": cuando un poseedor legítimo es despojado, y luego de modo no inmediato por lo que no rige el artículo 920- despoja al despojante. Desde la perspectiva del artículo 921, el poseedor legítimo sólo podría rechazar la acción interdictal del despojante-despojado si su posesión es mayor al año. Sin embargo, creemos que aquí la figura es distinta; toda vez que el poseedor legítimo demandado, con prescindencia de la anualidad, habría actuado de acuerdo al ejercicio regular de su derecho.

11. IHERING, Rudolf von. *Oeuvres....* citado por LAQUIS, Manuel Antonio. En: "Derechos Reales", materiales de enseñanza, 2da, edición, PUCP, Lima, 1989, pág. 114.

12. Vide WOLFF, Martín. "Tratado de Derecho Civil", Tomo III, volumen primero, traducción de la 32 da. edición alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1936, pág. 71.

Obsérvese que en los supuestos del artículo 921, hasta que se cumpla la anualidad, existen dos posesiones: la del desposeído y la del despojante. No estamos, sin embargo, ante una coposesión, ni ante una relación mediato-inmediato (lo que es obvio); lo que grafica cómo la posesión, a diferencia de la propiedad, no implica exclusividad absoluta.

No estamos ante una coposesión porque ésta supone una titularidad común en la posesión, en donde el ejercicio conjunto es consentido. En nuestro caso, ha habido una desposesión, por lo que el despojado (o despojados, homogéneos o no) no puede (n) ejercitar actos posesorios. Si se conserva la posesión de hecho es por la existencia del plazo para su defensa, luego del cual el usurpador habrá adquirido con oponibilidad absoluta la posesión de hecho.

Así, durante el año, el despojado conservará una posesión oponible **erga omnes**, lo que no enerva la existencia de una menos oponible en el usurpador. Su menor oponibilidad radica en que no podrá rechazar el interdicto que contra su posesión **ilegítima** promueva el primero. Oponibilidad curiosa aquélla del poseedor original despojado, toda vez que no se sustenta en signo de reconocibilidad alguno (pues no posee); sino en la protección de la ley.

Volvamos al hecho pasajero. En el artículo 953 sobre interrupción del término prescriptorio, sucede algo parecido al artículo 921; toda vez que dispone que se interrumpe el término de la prescripción cuando el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa¹³ ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.

Refiriéndose a esta norma, CUADRO VILLENA ha dicho: "En este caso se estará frente a una interrupción de la posesión... pero se estimará como hecho de naturaleza pasajera cuando la desposesión dure menos de un año o si durase más de un año, se restituye la posesión por sentencia"¹⁴.

Creemos, sin embargo, que tanto el artículo 953 como el 921 no están, en rigor, delimitando al término de un año el hecho pasajero del impedido de poseer.

No puede confundirse el plazo para la defensa interdictal con la duración de un hecho pasajero. Así, aún no habiendo terminado la transitoriedad de la condena, del viaje o de la causa de la imposibilidad de poseer, otro puede hacerle perder al impedido su posesión. Lo mismo ocurriría si un poseedor en ejercicio- simple o **ad usucapionem**- es desposeído del bien y no interpone interdicto de recobrar dentro del

año de la desposesión ; en donde lo "pasajero" dependería de la diligencia del despojado. Sin duda, todo un despropósito.

De alguna manera, pues, tales preceptos están solamente limitando la **eficacia** en la conservación de la posesión no ejercida por impedimento pasajero frente a terceros, siempre y cuando su aparición sea posible. En suma, tales artículos enseñan solamente que la mera voluntad de poseer nada puede contra la misma voluntad de otro materializada en actos concretos durante el plazo de un año. Es decir, que se pierde la posesión de hecho -y por tanto la defensa interdictal- cuando otro la adquiere.

Una segunda interpretación del artículo 953 es posible. Como se habrá notado, dicha norma utiliza el vocablo "cesa", que implica la preexistencia de efectos que en un determinado momento fenecen. Así, habiendo recuperado -antes del año- la cosa el desposeído, e impedido consecuentemente la desaparición del término prescriptorio corrido, no estaría ante una interrupción evitada -como creemos es- sino ante un no cómputo del tiempo devengado entre la pérdida y la recuperación de la posesión.

El artículo 953, entonces, además de fijar una causal de interrupción, estaría estableciendo una **de suspensión del término prescriptorio** cuando habiéndose perdido la posesión **ad usucapionem**, ésta se recupera antes del año, o después si se restituye por sentencia. Si esto es así, el usucapiente no habría conservado posesión alguna con efectos para usucapir.

Vemos cómo los preceptos estudiados resultan notoriamente insuficientes para concretar la naturaleza pasajera del impedimento posesorio. No tenemos pues modo objetivo alguno para dar contorno definido a lo pasajero cuando no hay un tercero interviniente (e incluso cuando lo hay).

Habría de entenderse, entonces, que el artículo 904 recoge el **rol residual** de la voluntad posesoria en un sistema objetivo. Consecuentemente, la posesión se mantendrá si privado el sujeto del **corpus**, mantiene el **animus possidendi**. Pero, ¿hasta cuándo habrá de conservar la posesión sin señorío efectivo sobre la cosa?

La determinación de lo pasajero deberá hacerse recurriendo a las circunstancias que rodean al hecho. Así, una inundación que normalmente dura un periodo breve, puede prolongarse en un año excepcionalmente lluvioso; sin que esta prolongación temporal le

13. Nótese que el artículo en comentario utiliza el vocablo "cesa" que implica la preexistencia de efectos que en un determinado momento fenecen. A partir de esto, planteamos luego una interpretación particular de la norma.

14. CUADROS VILLENA, Carlos F. "Derechos Reales", Tomo I, Empresa Editorial Latina, Lima, 1988, pág. 229. Debe tenerse presente que cuando el autor se refiere a "interrupción" lo hace en términos coloquiales.

quite su naturaleza pasajera¹⁵. Del mismo modo, un viaje de especialización puede prolongarse más de lo previsto, lo que no enerva su carácter transitorio. Creemos, incluso, que en tanto no haya posibilidad para que un tercero se apodere del ejercicio de hecho, por persistir el impedimento pasajero, no podrá hablarse de pérdida de la posesión (v.g., el caso del alud ya mencionado).

Cuando el impedimento se deba a hechos voluntarios, puede surgir la duda respecto a saber en qué medida será pasajero. Es decir, si es posible establecer una zona de contacto entre el hecho de naturaleza pasajera y el abandono. **A priori** debemos decir que no, toda vez que en el primero no se ha perdido la voluntad posesoria, pérdida que caracterizaría precisamente al abandono, independientemente del tiempo transcurrido. Esto nos remite, sin embargo, al tema que analizaremos en seguida, referido al abandono como causal de extinción de la posesión.

3. EL ABANDONO COMO CAUSAL SUBJETIVA DE EXTINCIÓN DE LA POSESIÓN

El artículo 922 del Código establece las causales de extinción de la posesión, y en su apartado segundo contempla al "abandono". Habíamos dicho que la posesión no se perdía por su no ejercicio; ergo, abandonar es distinto que no ejercer los atributos inherentes a la propiedad.

El abandono es una causal de extinción **relativa**¹⁶ de la posesión, toda vez que depende de la voluntad del sujeto, y no de imposibilidad material como ocurriría en las causales **absolutas** (destrucción total o pérdida del bien, por ejemplo).

En tal sentido, siguiendo a DIEZ PICAZO y GULLON¹⁷, el abandono implica una **voluntad abdicativa**, que debe exteriorizarse colocando a una cosa en circunstancias de las que socialmente se deduzca su desapoderamiento o desposesión.

Ello supone que el abandono no se presume. Pero implica, además, que a la pérdida del **corpus** acompañará una pérdida de todo ánimo posesorio. Esto es lo que diferencia al abandono del impedimento posesorio por hecho de naturaleza pasajera, en el cual persiste la voluntad posesoria. Por tanto, la pérdida del ejercicio de hecho en el abandono es consecuencia de la intención del sujeto; en tanto que

en el impedimento pasajero, la ausencia del señorío sobre la cosa o no es querida (inundación, condena, toma de local, enfermedad) o es inevitable (viaje, excursión, estudios).

A su turno, WOLFF¹⁸ entiende que la pérdida de la posesión es una pérdida del poder de hecho. Si la pérdida es voluntaria, concibe una destrucción real del poder de hecho con la voluntad de no seguir poseyendo. Resulta claro, pues, el papel de la voluntad.

Como fluye claramente de la doctrina, el abandono constituye un caso de pérdida de la posesión por acto unilateral del sujeto; por lo que, al no haber sucesión jurídica, quien se apropie del bien abandonado empezará una nueva posesión. Asimismo, su configuración es absolutamente prescindente de factor temporal alguno, toda vez que basta la voluntad desaprensiva.

Así, el abandono de la posesión es **inmediato**, a diferencia del abandono de la propiedad inmueble (artículo 968.4 C.C.). En esta hipótesis, no basta haber entrado en estado de abandono, sino que se requiere de un abandono calificado: permanecer en él durante 20 años, en cuyo caso el predio pasa al dominio del Estado. Esta norma atenta indudablemente contra la perpetuidad del derecho de propiedad, pero se compadece del costo social implícito en una tan pobre asignación a un recurso escaso como son los predios.

Al ser meramente subjetivo, entonces, el abandono sólo podrá acreditarse por los actos objetivos del ex-poseedor que, de acuerdo a las circunstancias y a la valoración general, manifiesten el final de su voluntad posesoria. De este modo, cuando dejamos una revista en una tacho de basura de un parque, o cuando dejamos nuestro auto en un depósito de chatarra, la intención abdicativa será manifiesta.

Nada de ello es óbice, sin embargo, para quien haya abandonado la posesión pueda recuperarla en tanto no la haya tomado un tercero. Pero estaríamos ante una nueva posesión, puesto que la anterior se habría extinguido. De esto se infiere que, una vez abandonado un bien mueble registrado, no cabe defensa interdictal ante el tercero que se **apropie** de la posesión; siempre y cuando el tercero pueda probar el abandono.

15. Ejemplo de CUADROS VILLENA, *ibidem*, pág. 228.

16. VALENCIA ZEA hace la distinción.

17. DIEZ PICAZO/GULLON BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 130. Para los autores resulta bastante más claro hablar de una "voluntad abdicativa", toda vez que el sistema posesorio español sigue los dictados de SAVIGNY y su teoría subjetiva.

18. WOLFF, *op. cit.*, pág. 74.

4. CONCLUSIONES

La objetividad de un sistema posesorio no niega la voluntad del sujeto, sólo que se trata de una intención genérica, y no de la plena conciencia o animus domini de la teoría subjetiva. Este ánimo residual en el sistema objetivo, resulta trascendente para definir supuestos normativos en donde la mera factualidad posesoria no ayuda.

Así, en la configuración del hecho de naturaleza pasajera, que pese a impedir el poder de hecho no hace perder la posesión, la *ratio* está en la intención conservativa del sujeto. Normalmente los impedimentos transitorios, sean voluntarios o no, han de durar un breve plazo. Pero como el Código no pone límite temporal alguno, puede válidamente sostenerse que, en tanto dure la transitoriedad -y ningún tercero adquiera la posesión de hecho-, el impedido a ejercer su señorío mantiene la eficacia de su posesión.

En la apreciación del abandono, que al contrario del supuesto anterior supone una voluntad renunciante al ejercicio de hecho, el elemento intencional es lo determinante.

En el primer caso, la solución a lo pasajero no se encuentra reñida con el sistema objetivo; toda vez

que responde al papel habitual que desempeña la voluntad posesoria en él. En el segundo, sin embargo, creemos que el Código ha legislado con exceso subjetivo; pues lo que en última instancia determina el abandono no es la falta de ejercicio de hecho, sino la voluntad abdicativa que se traduce en un no ejercicio. Dentro de tal concepción, resultaba irrelevante calificar con algún plazo al abandono de la posesión (como se hace, por diferente motivo, con el de la propiedad).

Por el contrario, y dados los problemas que la prueba de la subjetividad del abandonante supone, creemos que el Código pudo haber optado por un criterio objetivo de abandono, en función a un plazo determinado.

Debemos terminar estas líneas con una expresión de gratitud a quienes afectuosamente han contribuido en su contenido. Percy Barreto Quineche, aportó agudas interpretaciones. Luis Pizarro Arangurén, colega de Reales, revisó el texto, planteando lúcidas observaciones cuyo procesamiento e incorporación sin duda lo han enriquecido. Igualmente, se han aprovechado las discusiones habidas en las reuniones de la práctica de Reales, en las que resulta difícil establecer autorías precisas. En cualquier caso, sin embargo, la responsabilidad por errores es únicamente del autor.

Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional*

Elizabeth Salmón Gárate

Jefe de prácticas del curso de Derecho Internacional Público.

1. PRESENTACION DEL TEMA

El problema de las reservas a las convenciones multilaterales ha sido uno de los temas más controvertidos del Derecho Internacional contemporáneo.

La reserva es la institución por la cual un Estado, mediante su declaración unilateral, pretende limitar los compromisos emanados de un tratado internacional, del cual aspira a ser parte.

Este carácter unilateral sin embargo, es relativo porque la declaración sólo surtirá efectos prácticos a partir de la aceptación -tácita o expresa- de los otros estados involucrados en el tratado internacional.

Es por ello, que coincidimos con De la Guardia y Delpech¹ cuando afirma que la reserva no puede ser analizada separadamente de su aceptación o rechazo por los demás Estados contratantes, se trataría por lo tanto, de una institución unilateral tan sólo al momento de su formulación.

Las modalidades, efectos y requerimientos de tal aceptación o rechazo han sido motivo de una ardua discusión doctrinal que perdura hasta nuestros días. Siendo además un mecanismo frecuente en las relaciones estatales, consideramos interesante abordar el tema desde una perspectiva práctica, a través del análisis de dos casos del Derecho Internacional.

El primero, sobre la Convención de Genocidio porque sienta los principios sobre los cuales la Convención de Viena de 1969 regula el tema de las reservas, y el segundo porque se trata de un caso reciente dado en el contexto americano a propósito de la reserva de Guatemala a la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

En el ámbito del artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas que encomienda promover el respeto universal a los derechos humanos y de la coyuntura especial, producto de la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General elaboró varios convenios, entre los cuales, se encontraba el de Genocidio².

En él, la Asamblea General declaró que el genocidio era un crimen internacional, por el cual los autores resultaban sujetos a un castigo, ya fueran gobernantes, funcionarios públicos o particulares.

El Convenio fue adoptado el 9 de diciembre de 1948 de manera unánime por 56 estados. No contenía disposiciones relativas a las reservas, y permaneció abierto para la firma hasta el 31 de diciembre del año siguiente.

Algunos países socialistas (URSS, Polonia y Bulgaria, entre otros) formularon reservas al Convenio en

* Con mi agradecimiento a Beatriz Ramacciotti por su colaboración y ayuda permanentes en la investigación del Derecho Internacional.

1. DE LA GUARDIA-DELPECH. El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena. Buenos Aires, FEDYC, 1980, p. 248.
2. Se define al Genocidio como "el acto cometido con la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, matando a miembros de él, causándole serios daños corporales o psíquicos, sometiendo deliberadamente al grupo a condiciones de vida capaces de lograr su destrucción física, imponiendo medidas cuyo objeto es impedir los nacimientos dentro del grupo o trasladando forzosamente a los niños de un grupo a otro" (Art. 1º de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio).

el sentido de rechazar la sumisión al Tribunal Internacional de Justicia sobre el texto del Tratado y salvaguardar la competencia de sus órganos internos.

Para setiembre de 1950 el Secretario General - que actuaba como depositario- se encontró con un total de 43 firmas al Tratado, cuatro de ellas con reservas; once Estados habían ratificado la Convención pero de ellos sólo Filipinas había formulado reservas a ciertos artículos; seis Estados se habían adherido pero sólo Bulgaria con reservas. Por su lado, Ecuador y Guatemala habían expresado su objeción a las reservas de los firmantes. El Reino Unido, firmante, también había expresado sus observaciones a dichas reservas³.

El Secretario General se encontró con el problema de si contar o no a los Estados que habían depositado instrumentos de ratificación o adhesión con reservas -a efectos de cumplir con el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigor de la Convención⁴- y solicitó instrucciones a la Asamblea General, la que a su vez decidió solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia e invitó a la Comisión de Derecho Internacional a que estudiara "con prioridad el tema".

El problema de fondo que planteaba este caso, era el delimitar si las objeciones planteadas por algunos Estados impedían que el Estado reservante fuera considerado como parte en el Tratado; es decir, si una reserva debía ser aceptada por todos los otros Estados partes o si bastaba con que algunos lo hicieran, en definitiva, decidir entre el criterio conocido por el Derecho Internacional como "integridad" del Tratado o el de la "universalidad" del mismo.

Asimismo, era necesario fijar un criterio uniforme a ser considerado para la aceptación u objeción de una reserva cualquiera.

a) Integridad vs. Universalidad.

Cuando en 1899, Gran Bretaña quiso firmar con reservas la Convención de la Haya sobre la adopción de los principios de la Convención de Ginebra a la guerra marítima, Holanda que era el país depositario le manifestó que "no podía aceptar una firma sujeta a

reservas, sin contar con el consentimiento de todos los demás firmantes"⁵.

Si esto no se daba, o sea si uno solo de los demás Estados objetaba la reserva al Estado autor de la misma -Gran Bretaña en este caso- no le quedaba más que retirar la reserva, o desistirse de ser parte del Tratado.

Más adelante en 1927, un Informe de la Comisión de Derecho Internacional concluye con este párrafo, ya clásico enunciador de la teoría de la Integridad: "...es esencial que dicha reserva sea aceptada por todas las partes contratantes como si hubiera sido formulada en el curso de las negociaciones. Caso contrario, la reserva como la firma a la que está subordinada, es nula y sin ningún valor"⁶.

Este criterio, que se erigió como práctica anterior a la Sociedad de las Naciones, tiene sus orígenes en la vieja relación que existe entre la noción de tratado y la de contrato, tomada del Derecho Privado, en especial del Derecho Romano. Como el contrato se basa en el consentimiento mutuo de las partes se consideró en la doctrina clásica y en la práctica, que era necesario el consentimiento de todas las partes interesadas para que la reserva fuera válida⁷.

Esta visión corresponde con un momento en que la Sociedad Internacional no tenía caracteres ni pretensiones de auténtica universalidad, por lo cual tal política restrictiva no era sino la manifestación de la prioridad que tenía el consentimiento estatal en las relaciones internacionales.

La teoría de la Universalidad propicia por el contrario, una política más liberal, dentro de la cual cada Estado negociador puede, por separado, aceptar o rechazar las reservas⁸. Esta teoría se presenta más acorde con la sociedad internacional actual, en la que las conferencias internacionales adoptan el texto del tratado por mayoría de dos tercios y en la cual existe una aspiración real de universalidad.

En su dictamen, la CIJ opinó -siete votos contra cinco- que la práctica del consentimiento unánime, no podía ser aceptada en convenciones como la de Genocidio y que tampoco era regla de Derecho Inter-

3. Corte Internacional de Justicia, Recueil des Cours. Ginebra 1950.

4. La Convención establecía en su artículo XIII que entraría en vigor el nonagésimo día después del depósito del vigésimo instrumento de adhesión o ratificación.

5. RUDA, José María. "Los efectos de las reservas" en: Anuario Jurídico Interamericano. OEA, 1982, p. 9.

6. Ibid, p. 10.

7. Ibid, p. 65.

8. PASTOR RIDRUEJO, José. Curso de Derecho Internacional Público. Madrid, Ed. Tecnos S.A, 1986, p. 106.

nacional actual "ya que no existe una práctica constante en esta materia".

Si bien el Tribunal fundamenta su opinión en el carácter declarativo de la Convención sobre Genocidio⁹ y en su naturaleza humanitaria para afirmar lo anterior, este dictamen es a todas luces importante porque niega el carácter de norma de Derecho Internacional a la teoría de la Integridad y porque sienta las bases de una regulación que la Convención de Viena posteriormente reconocerá.

La Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, adoptó una posición liberal y flexible en materia de reservas "porque el sentido de conjunto de las disposiciones es favorable al Estado autor de la reserva y no a los Estados que deseen objetarlas"¹⁰. Aunque se ajustó a los principios establecidos por el Tribunal hizo alguna concesión a los defensores de la regla tradicional al reconocer (artículos 20,2 y 20,3) que toda reseva es incompatible con ciertos tipos de tratados si no es aceptada unánimemente¹¹.

Es como afirma José María Ruda -actual presidente de la Corte Internacional- la consagración de la universalidad (artículo 20,4) como *lex generalis* frente a la integridad como *lex specialis*¹². Esta última, a pesar de no caracer de críticas¹³, prevalece -en los casos que se aplica- a la *lex generalis* conforme a los principios generales del Derecho, sin que por ello pierda su carácter de regla general, aplicable a todos los demás casos.

El fundamento de tal consagración, lo precisa Reuter¹⁴ cuando afirma que "la protección de las minorías discrepantes y el objetivo de la máxima aceptación del Tratado han impuesto una actitud más liberal y flexible que la del Derecho Internacional clásico en materia de resevas".

b) Objeto y Fin del Tratado.

La Corte en el dictamen del caso analizado establece la teoría según la cual la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Tratado debe ser el criterio rector tanto para el Estado reservante al momento de formular una reserva, como para el Estado objetante al rechazarla.

El análisis de este criterio, criticado por muchos como "subjetivo", le corresponde a cada Estado de forma individual, de acuerdo con su apreciación del objeto y fin del Tratado.

La Convención de Viena, consagra plenamente este criterio al establecer (artículo 19) que "Un Estado podrá formular una reserva... a menos que (ésta) sea incompatible con el objeto y fin del Tratado".

Esta regulación nos lleva a dos comentarios. Primero, que una objeción no deberá ser considerada como "justificada" o adecuada al criterio establecido, si se refiere a meras cuestiones accesorias o adjetivas del derecho u obligación objeto del Tratado (como por ejemplo plazos, competencias internas, etc.), y que en todo caso, aún modificándolas, no vaya contra el objeto y fin principal del Tratado. Segundo, que sería deseable un procedimiento especial para la controversia que pudiera surgir entre un Estado reservante y otro objetante respecto a la adecuación o no al principio establecido. Esto principalmente en el supuesto del artículo 20, 4b, caso en que el Estado objetante manifiesta inequívocamente su intención de impedir la entrada en vigor del Tratado en relación a él.

Consideramos que correspondería al Estado objetante y no al Estado autor de la reserva sustentar la incompatibilidad de ésta con el objeto y fin del Tratado. Sin embargo, ante la falta de un procedimiento, ambos Estados quedarían sujetos solamente a la norma de Derecho Internacional General que los obliga a solucionar pacíficamente sus controversias por la vía que consideren más adecuada¹⁵.

9. Tratado Declarativo es aquél que formaliza costumbres preexistentes, permaneciendo obligatorio aún para los no obligados por el tratado, en virtud de la norma consuetudinaria que lo fundamenta. Así la Corte manifestó que la Convención sobre Genocidio "se basa en principios reconocidos como obligatorios por las naciones civilizadas, aún sin ninguna obligación convencional".

10. PASTOR RIDRUEJO, José. op. cit. p. 109.

11. AKEHURST, Michael. Introducción al Derecho Internacional. Trad. de M. Medina, 2da. edición, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 149.

12. RUDA, José María. op. cit. p. 50.

13. Crítica referida al artículo 20,2. Se establece que: "cuando del número reducido de Estados negociadores ... se desprenda la integridad ... una reserva exigirá la aceptación de todas las partes". La alusión a Estados negociadores es inadecuada porque se da el caso de tratados con pocos negociadores, pero con gran número de Estados parte, en virtud de su carácter abierto. Ibidem, p. 51.

14. REUTER, Paul. Derecho Internacional Público. Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1982, p. 210.

15. MONCAYO, G.R. y otros. Derecho Internacional Público. Buenos Aires, Victor P. de Zavallia, T.I., p. 115.

3. RESERVA DE GUATEMALA A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con el depósito del instrumento de ratificación a la Convención Americana de DDHH, Guatemala introdujo una reserva al artículo 4 numeral 4, referido al derecho a la vida.

La reserva entendía que la exclusión de la pena de muerte comprendía sólo a los crímenes políticos, pero no a los crímenes del Derecho Común conexos con los políticos. Posteriormente Guatemala declaró que esta restricción debía ser comprendida como relacionada no sólo al artículo 4 numeral 4 sino "a toda disposición análoga" de la Convención¹⁶. Ante varias protestas, la Comisión de DDHH, decidió solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de DDHH, la cual se dio hacia fines de 1983.

Este caso representa para el contexto americano, la aplicación de los criterios expuestos por la Corte en el caso de la Convención de Genocidio y en la Convención de Viena. Asimismo, además de precisar la práctica americana sobre el tema, es importante porque relaciona la institución de la reserva con el problema de la participación en Tratados multilaterales de carácter normativo.

La práctica del sistema interamericano muestra que los juristas de nuestro continente han no sólo estado muy atentos a la evolución fundamental que ha habido en los últimos años, sino que también han hecho un importante esfuerzo de imaginación para adaptar el sistema a sus propias necesidades. Muchos principios incorporados a la Convención de Viena tienen su origen en la práctica interamericana o en estudios hechos en sus principales órganos jurídicos, con excepción del principio de compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado. Debe también mencionarse que a esta práctica se unió la labor de los delegados latinoamericanos en las Naciones Unidas, y que ambas pusieron fin al largo reinado del principio de la unanimidad del consentimiento¹⁷.

Se conoce así como "regla panamericana" el principio de la divisibilidad: la reserva sólo afecta la cláusula sobre la que recae, en consecuencia, el eventual rechazo de esa reserva no impide que el resto del tratado tenga vigor entre reservante y objeto¹⁸.

Es interesante anotar, de otro lado, que los principales y más conocidos problemas de reservas a

tratados se han dado en el marco del tema de los derechos humanos. Esto, debido a que no se trata de regular obligaciones convencionales recíprocas (como comercio, navegación, etc.) sino normas de carácter en esencia declarativo, de aspiración universal y humanitaria, en la cual no se trata de resguardar los intereses individuales de cada Estado, ni de obtener un balance perfecto de deberes y obligaciones.

Es por ello que -como afirma Reuter¹⁹- una reserva no es un incidente en el procedimiento de celebración de un tratado, sino una institución vinculada al problema de la participación y de la participación más amplia posible en un tratado. Esto conforme al carácter de "normas morales universales" propio de los derechos humanos.

En el caso de Guatemala, el principio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Tratado cedió ante esta necesidad de participación amplia y difundida, por cuanto se aceptó la reserva efectuada, aunque no, claro está, la posterior declaración extensiva por inoportuna.

Ciertamente la Convención Americana busca proteger íntegramente al ser humano, inclusive desde el momento de la concepción -única posición expresa contraria al aborto en esta clase de instrumentos - hasta el momento de un proceso con posibilidad de pena de muerte. Las garantías con las cuales se rodea el proceso, los derechos de solicitar amnistía, indulto o conmutación de la pena y las obligaciones de no agravar surgidas del artículo 4, delimitan un régimen altamente protectivo de la vida que no permite, necesariamente, la formulación de una reserva como la de Guatemala. Su compatibilidad con el objeto y fin del Tratado, no era por lo menos, evidente.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En la actualidad ha tenido lugar una gran expansión de las reservas contractuales por medio de Tratados multilaterales, pero al mismo tiempo la comunidad internacional se basa todavía en el concepto de la soberanía del Estado.

La existencia de estos dos factores, unido al problema de la mayor participación, han hecho necesario revisar viejas fórmulas en lo que se refiere a la aceptación de las reservas.

16. COMBACAU, Jean. *Droit des Traités*. Texto fotocopiado.

17. RUDA, José María. op. cit, p. 17.

18. LLANOS MASILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1983, p. 166.

19. REUTER, Paul. op. cit, p. 106.

En el mundo contemporáneo, las reservas cumplen un papel útil, porque permiten a las partes "resguardar la esencia del acuerdo permitiendo al mismo tiempo cierta flexibilidad para poder contemplar las necesidades particulares de un Estado determinado"²⁰.

El Derecho Internacional ha sabido adaptarse a las nuevas circunstancias con un criterio flexible. En este sentido, el tratamiento al tema de las reservas representa un esfuerzo interesante de "democratizar" las obligaciones internacionales surgidas de una Convención multilateral.

20. RUDA, José María. op. cit., p. 65.

NOTARIO PUBLICO

J. ANTONIO DEL POZO V.
ABOGADO

Horario de Atención

Invierno: 9 am. – 1 pm.
2 pm. – 5.30 pm.
Verano : 8.30 am. – 12.30 pm.
1.30 pm. – 4.30 pm.

Las Begonias 656 Of. 29 "A" S. Isidro Telf: 422120, 408128, 420181 Fax 427232

asesoría LABORAL

Año II
No. 14

FEBRERO
1992

Caballero, Obregón & Flores
Consultores Laborales S.A.



Caballero Bustamante

Informe : rentas del trabajo
temas de actualidad
principios
internacional
casos prácticos
regímenes especiales
carta laboral
legislación
datos económicos
datos tributario-laborales
jurisprudencia
derecho colectivo
seguridad social
cartas de los suscriptores
procesal
sector público

**No es sólo la revista más completa
en su género, sino todo un servicio
integral de consultoría**

Informes y Ventas

DISTRITO	DISTRIBUIDORAS	TELEFONOS	DISTRITO	DISTRIBUIDORAS	TELEFONOS
ATE	NC S.A.	75-0986	SAN ISIDRO ESTE	NC S.A.	75-0986
BARRANCO	Cesar Maury	82-3957	SAN ISIDRO OESTE	Merida Cano de P.	710179
BREÑA	Germán Villavicencio	32-2641anexo 227	SAN BORJA	NC S.A.	75-0986
CARABAYLLO	NC S.A.	75-0986	SAN JUAN DE LURIG.	NC S.A.	75-0986
COMAS	NC S.A.	75-0986	SAN JUAN DE MIRAF.	NC S.A.	75-0986
CHACLACAYO Y			SAN LUIS	NC S.A.	75-0986
CHOSICA	NC S.A.	75-0986	SAN MARTIN		
CHORRILLOS	César Maury	82-3957	DE PORRES	NC S.A.	75-0986
EL AGUSTINO	NC S.A.	75-0986	SAN MIGUEL	NC S.A.	75-0986
INDEPENDENCIA	NC S.A.	75-0986	SANTIAG. DE SURCO	NC S.A.	75-0986
JESUS MARIA	NC S.A.	75-0986	SURQUILLO	NC S.A.	75-0986
LA MOLINA	J. Macedo	62-1927		CALLAO	
LA VICTORIA	NC S.A.	75-0986	CALLAO	Leiva Caballero	27-1825 - 28-5602
LIMA CERCADO	NC S.A.	75-0986	BELLAVISTA	Leiva Caballero	27-1825 - 28-5602
LIMA INDUSTRIAL	RESERVE S.R.L.	40-6033	CARMEN DE LA LEGUA	Leiva Caballero	27-1825 - 28-5602
MIRAFLORES	Caballero Service	46-5858	LA PERLA	Leiva Caballero	27-1825 - 28-5602
PUEBLO LIBRE	Manuel Chahu E.I.R.L.	27-3277	LA PUNTA	Leiva Caballero	27-1825 - 28-5602
RIMAC	Caballero Service	46-5858	VENTANILLA	Leiva Caballero	27-1825 - 28-5602

Acerca de la Autonomía Municipal y el Transporte Urbano

Braulio Rosillo Laríos

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC.

Egresado de la Maestría de Derecho de la PUC.

I. ANTECEDENTES

El 25 de julio último se publicó en el diario "El Peruano" el Decreto Legislativo (D.L.) 651, en virtud del cual: (i) se estableció la libre competencia en la tarifas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país; (ii) se declaró el libre acceso a las rutas del servicio público de transporte urbano de pasajeros autorizadas por los Concejos Provinciales, eliminándose, en consecuencia, todas las restricciones administrativas y legales; (iii) se estableció que cuando por razones de orden operativo no sea posible el libre acceso a determinadas vías, a propuesta de los Concejos Provinciales y mediante resolución suprema del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se establecerán las condiciones que permitan el acceso a dichas vías en el marco de la libre competencia; y, (iv) se autorizó excepcional y transitoriamente a las personas naturales o jurídicas para que en cualquier vehículo que no sea camión o vehículo de dos ruedas brinden el servicio público de transporte urbano.

Nos referiremos en este artículo sólo a los dos primeros puntos. Ello porque son los más conflictivos y los de mayor relevancia jurídica.

Desde determinados sectores del espectro político, y especialmente desde la Municipalidad de Lima Metropolitana, se ha cuestionado la constitucionalidad del D.L. 651. El cuestionamiento principal, desde el punto de vista legal, radica en que esta norma violaría la autonomía municipal al regular asuntos que la Constitución señala como de competencia exclusiva de las Municipalidades¹.

A propósito de lo anterior, en el presente trabajo intentaremos dar respuesta a las siguientes interrogantes: (1) ¿se viola la autonomía municipal si el Gobierno Central dicta normas sobre transporte urba-

no?, (2) ¿la competencia municipal sobre transporte colectivo es exclusiva? y (3) ¿es inconstitucional el D. L. 651 al dejar que las tarifas del transporte urbano se determinen por la libre competencia?.

Antes de comenzar el análisis debemos tener en cuenta las siguientes premisas: (i) Toda opinión de derecho, implica un previo posicionamiento ideológico y por ello valorativo sobre la idea del Estado y la sociedad. Las normas jurídicas y los conceptos que ellas encierran, llevan consigo un postulado ideológico y político, ya sea de quien las crea, o de quien las aplica; (ii) la opinión que el intérprete puede dar sobre una norma específica, está en cierta forma enmarcada por su posición frente a ella. Una norma es como un prisma, y analizada desde distintos ángulos (cada ángulo supone un interés) puede llevarnos a conclusiones totalmente dispares; (iii) nuestra Constitución adolece de una fuerte ambivalencia en aspectos de carácter económico y político. Ello como resultado de la concertación de las fuerzas políticas que participaron en la Asamblea Constituyente. Es así que tenemos una Carta Política en la que liberales y socialistas, de todos los colores, creen -y pueden- encontrar sustento para sus propios postulados; (iv) las normas constitucionales como cualquier otra norma toleran varias interpretaciones, dependiendo de la intencionalidad del intérprete, el énfasis que éste ponga en determinados aspectos de la norma, o el método que utilice; y (v) en virtud de lo expuesto en el punto anterior, diremos en el presente artículo que una norma es constitucional, si es que logra elaborar un argumento coherente sobre la base de normas constitucionales.

II. LA AUTONOMIA MUNICIPAL Y EL TRANSPORTE URBANO

La Constitución en su art. 252 establece que "Las Municipalidades son los órganos del Gobierno Local.

1. Comunicados publicados en el diario "El Comercio" (11.08.91) y "La República" (17.09.91).

Tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia". Por su parte el art. 254 inciso 5, establece que las Municipalidades son competentes para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito. De lo que se trata entonces es de definir qué es la autonomía municipal y hasta dónde llega ésta en el ámbito del transporte colectivo.

En términos generales, se entiende por autonomía la facultad de las personas o entes para crear normas y autodirigirse de acuerdo a ellas. En el Derecho Privado esta facultad se expresa en el contrato, que siendo fruto de la autonomía de la voluntad permite a los individuos crear derechos y obligaciones.

En el campo del Derecho Público tenemos la llamada autonomía política y la autonomía administrativa. Esta última consiste en la "facultad inherente a algunos entes públicos de organizarse jurídicamente, de darse derecho propio, el cual no sólo es reconocido como tal por el Estado, sino que es adoptado por éste para integrar su propio sistema jurídico y declararlo obligatorio con sus propios reglamentos y leyes"².

La autonomía administrativa puede estar circunscrita a un territorio determinado (autonomía territorial) o destinada a regular una materia específica (autonomía material). Se trata en ambas situaciones de una atribución de Derecho Público pero limitada. Es decir, que no emana de un ente soberano. El Estado, institución soberana y depositaria del poder público, reconoce esta facultad³.

Dos ópticas concurren cuando queremos calificar las autonomías. Una primera las aborda históricamente: las autonomías se erigen desde este punto de vista, como elemento democratizador al interior de un Estado autocrático. Resultan así, de un enfrentamiento histórico y son a fin de cuentas limitaciones de carácter regional o local a un poder central.

Desde otra óptica, puede entenderse la autonomía como una distribución del poder público funcional al sistema. Lo que se persigue con las autonomías es entonces hacer más eficaz el poder, descentralizando sus funciones en distintos órganos.

En el caso que nos ocupa, la autonomía de los Gobiernos Locales y la descentralización del poder es

un logro democrático alcanzado en largas luchas históricas. No puede negarse sin embargo, que la Constitución es fruto de una concertación, y en tal medida, evidencia un proyecto funcional al sistema político, en el cual el sentido de unidad está presente. Efectivamente, en la Constitución se define nuestro gobierno como unitario, representativo y descentralizado (art. 79). Se establece así un poder central representativo a nivel nacional, y acto seguido se sanciona una serie de autonomías (territoriales y materiales) a fin de hacer este poder central más funcional y descentralizado.

Las autonomías constitucionales (la autonomía municipal entre ellas), son así consecuencia de un proceso de descentralización, en virtud del cual el gobierno central transfiere algunas de sus tradicionales atribuciones a distintos órganos del Estado.

Es así que en virtud de la distribución de competencias efectuadas por la Constitución, tanto el Gobierno Central como los Gobiernos Locales dictan una serie de normas que deben ser coordinadas. En ese sentido, se darán situaciones en que la norma local no puede ser derogada por la norma del Gobierno Central, ni ésta puede determinar el contenido de las normas locales (descentralización perfecta), y otras ocasiones en que las normas centrales podrán establecer el marco general dentro del cual deben desarrollarse las normas locales (descentralización imperfecta)⁴.

En ambos casos -en la descentralización perfecta como en la imperfecta- hay limitaciones. La primera tiene relación con la jerarquía normativa: Las normas de los Concejos Municipales están sometidas jerárquicamente a las disposiciones legislativas nacionales⁵. La segunda limitación es de carácter territorial, las normas locales rigen sólo en la circunscripción territorial municipal. El tercer límite es el de la graduación que debe haber entre los intereses locales y el interés nacional.

Lo anterior tiene estrecha relación con el hecho que la autonomía no significa soberanía sino que está supeditada a ésta. El Tribunal Constitucional español sancionó la siguiente jurisprudencia al respecto: "Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites- y dado que cada organización territorial dotada de autonomía

2. FERNANDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Buenos Aires, Editorial Astrea 1981, pág. 63.

3. BAZAN, Iván. Organos Autónomos. En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco Eguiguren, Editor. Cultural Cuzco. Lima 1987, pág. 569.

4. KELSEN, Hans. Citado por Iván Bazán, en la obra mencionada, pág. 555.

5. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUC, pág. 52.

pura es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido ..."⁶.

Podemos concluir que la autonomía municipal es una facultad otorgada a las municipalidades para dictar normas en asuntos de interés de la comunidad, determinadas constitucionalmente, cuidando que las normas y políticas municipales guarden concordancia con el sentido de unidad que el Gobierno Central se encarga de plasmar a través de sus políticas y normas de carácter nacional. El Gobierno Central, por su parte, debe abstenerse de legislar aquellos asuntos de interés exclusivamente local (descentralización perfecta).

Ahora bien, en lo que respecta al transporte colectivo, la circulación y el tránsito, lo que interesa es determinar si el mandato constitucional impide al Gobierno Central dictar mediante normas de rango legal, políticas de carácter general. Para ello tenemos que atender, en nuestra opinión, a si se trata de un servicio de interés exclusivamente local o si, por el contrario, puede interesar a la nación en su totalidad y en consecuencia admitir normatividad del Gobierno Central.

Es difícil precisar el contenido objetivo de la competencia del Municipio. **Existe una amplia "zona incierta" en la cual el Municipio y el Estado concurren con la finalidad de prestar atención al mismo género de necesidades**, es decir, al mismo servicio. **Esta "zona incierta" es una órbita fijada por el Estado y variable a voluntad del mismo**, en función de diversas circunstancias de orden político y geográfico⁷.

Creemos que el servicio público de transporte urbano de pasajeros pertenece a esta zona, en la cual la regulación admite normas tanto del Gobierno Central como de la Municipalidad.

Ello debido a que la prestación de los servicios públicos y la estructura que éstos tengan, es un aspecto importante en la elaboración de cualquier política a nivel nacional.

De otro lado, la norma constitucional no es suficiente para determinar las competencias específicas de las Municipalidades en lo que a regulación de transporte colectivo se refiere. Es necesario una reglamentación mediante normas de rango legal. Estas normas son la Ley Orgánica de Municipalidades y otras leyes que sobre transporte colectivo, circulación y tránsito puedan dictarse.

Corresponde al Gobierno Central expedir las normas de carácter general que tienen vigencia a nivel nacional, y a las Municipalidades regular la prestación de ese servicio, atendiendo a las características concretas de su circunscripción y sujetándose a las normas generales de rango legal.

III. EL DECRETO LEGISLATIVO No. 651

a) El D.L. 651 y la autonomía municipal

Hasta la fecha ha prevalecido el sistema de concesiones para la prestación del servicio público de transporte urbano. Este sistema, por medio de una serie de normas legales, otorgó a los Concejos Provinciales la facultad de fijar las tarifas y señalar las condiciones para el acceso a las rutas.

El D.L. 651 elimina el sistema de concesiones al establecer la libre competencia para la fijación de las tarifas del servicio público de transporte urbano y declarar, por otra parte, el libre acceso a las rutas.

Este acto es técnicamente válido, pues como señala Serrano Triana "la organización de un servicio público (...) es modificable en cualquier momento. Esta posibilidad de modificación resulta de la obligación que incumbe a los agentes públicos de hacer funcionar lo mejor posible el servicio a su cargo. Ningún obstáculo puede impedir esa modificación"⁸. Lo que debe resaltarse es que ninguna modificación a la organización de un servicio público puede llevar a su total eliminación.

La Municipalidad de Lima considera que con la puesta en vigencia del D.L. 651, se le sustraen facultades otorgadas constitucionalmente. Nos parece conveniente insistir en que las facultades municipales en este rubro (fijación de tarifas y administración de las rutas) forman parte del sistema de concesiones, el cual fue establecido por normas de rango legal y no constitucional. En efecto, la Constitución no regula cómo ha de brindarse el servicio público de transporte urbano.

La Ley Orgánica de Municipalidades (art. 69, inciso 1) sí se refiere al sistema de concesiones para la prestación del servicio de transporte urbano, pero no puede decirse que de manera única o exclusiva, pues habla tanto de licencias como de concesiones.

Esta misma norma, remite para el otorgamiento de esas licencias o concesiones, a los reglamentos

6. Congreso de los Diputados. Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Citado por Iván Bazán. Obra citada, pág. 557.

7. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Municipal. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., pág. 236.

8. SERRANO TRIANA, Adolfo. La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado Bienestar. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid 1983, pág. 7.

de la materia que no pueden ser otros que los dictados por el Gobierno Central⁹.

Coincidentemente con esta interpretación, el D.L. 329 sí establece que el servicio de transporte será otorgado en concesión a los particulares. Señala además que las concesiones relativas al transporte público urbano de pasajeros, serán otorgadas por los Concejos Provinciales de acuerdo a los reglamentos dictados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones¹⁰.

Hasta ahora hemos pretendido demostrar que la dación de normas sobre transporte público por parte del Gobierno Central no viola la autonomía municipal.

Es importante indicar que hasta diciembre de 1986, las tarifas del transporte urbano eran fijadas por la Comisión Reguladora de Tarifas. Es con la Ley No. 24619 que esa facultad es transferida a los Concejos Provinciales. Si como algunos afirman, la competencia municipal en esta materia fuera exclusiva y excluyente, cabe preguntarse: ¿Podría un Concejo Provincial cualquiera, durante el régimen de concesiones, dejar la determinación de las tarifas de transporte urbano a la libre competencia en su circunscripción? La respuesta obvia es que no, porque normas de rango legal las tenían sujetas a control.

Tampoco viola la autonomía municipal el sólo hecho que se dejen las tarifas a la libre competencia, eliminando el sistema de concesiones para la prestación del servicio.

En el marco de una economía social de mercado (modelo planteado por la Constitución) la libre competencia no necesariamente excluye la noción de servicio público. Lo importante es que en cualquier esquema planteado esta noción se mantenga.

b) El D.L. 651 y el servicio público

Por servicio público se entiende "toda prestación concreta del Estado o de la actividad privada, que

tendiendo a satisfacer necesidades públicas, es realizada directamente por los particulares, mediante concesión, arriendo o una simple reglamentación legal, en la que se determinan las condiciones técnicas y económicas en que debe prestarse, a fin de asegurar, sin mayor costo, efectividad, continuidad y eficacia"¹¹.

En opinión de Adolfo Serrano, históricamente el poder público se habría emancipado indebidamente imponiéndose sobre la sociedad civil que lo creó. La idea de servicio público sería entonces, una idea buscada a tientas durante siglos para que la colectividad pudiera ostentar un título jurídico preciso que le permitiera establecer los límites definidos de la actuación del Estado. De acuerdo a esta idea, el poder público fue creado para coadyuvar en la mejora existencial de los ciudadanos a través de prestaciones efectivas, es decir, fue creado en definitiva para servir al ciudadano y no a la inversa¹².

Esta idea del servicio es irrenunciable. "El Estado nace según la teoría democrática para garantizar la paz (...). Hoy la paz social es desde luego una tarea más compleja que pasa por la procura existencial, a todos los ciudadanos, en forma de prestaciones suficientes directa o indirectamente garantizadas por el poder público, haciendo posible las declaraciones "formales", con el contenido "real" de lo definido como libre e igualitario y accesible para todos los grupos sociales"¹³.

En sentido estricto, la desaparición del servicio es una aniquilación de la función moderna del Estado. "El Estado democrático no conoce otra técnica más idónea que la servicial para repartir justicia económica, cultural y social..."¹⁴.

Medidas semejantes a las que pretenden implantarse ahora, han sido ensayadas en países como Gran Bretaña y Chile con distintos resultados. En estos países, sin embargo, no se abandonó en ningún momento la noción del servicio público como elemento rector que debía guiar las políticas a adoptarse. La liberalización de las tarifas se hizo progresivamente y

9. Ley 23853, art. 69: "Son funciones de las Municipalidades en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito: 1) regular el transporte urbano y otorgar las licencias o concesiones correspondientes de conformidad con los reglamentos de la materia ..."

10. D. L. 329, art. 28: "Las concesiones relativas al transporte público urbano de pasajeros serán otorgadas por la Municipalidad Provincial (...) sujetándose a los Reglamentos para la prestación de este servicio público. Los Reglamentos que regulan el servicio público de transporte urbano de pasajeros serán dictados por Decreto Supremo, refrendado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dichos Reglamentos serán coordinados previamente con las Municipalidades Provinciales".

11. GRECA, Alcides. Citado por Alzamora Valdez, Mario. Obra citada, pág. 221-222.

12. SERRANO TRIANA, Adolfo. Obra citada, pág.

13. Ibid., pág. 18.

14. Ibid., pág. 69.

de manera selectiva. Las rutas, si bien es cierto dejadas a la iniciativa privada, recibían el control de la autoridad correspondiente a través de mecanismos claros y expeditivos. Especialmente en Gran Bretaña, no se descuidó el servicio preferencial hacia los sectores menos favorecidos.

Pero, ¿qué ocurre con el D.L. 651? Se limita a declarar que las tarifas -todas las tarifas- se sujetan a la libre competencia; y que hay libre acceso a las rutas autorizadas por los Concejos Provinciales. Se aprecia en esta norma una tácita renuncia a la idea del servicio público.

Debemos recalcar que el carácter servicial del Estado se encuentra recogido en nuestra Constitución no sólo como idea que subyace a lo largo de todo su texto. Desde su preámbulo, la Constitución hace expresa su decisión de crear una sociedad en que la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía. El art. 80 de la Carta Política señala como deber primordial del Estado "promover el bienestar general basado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado del país". Se reconocen además, en la Carta Política, una serie de derechos que sólo pueden llevarse a la práctica a través de la armonización del interés privado con el interés general y la prestación efectiva de servicios garantizados por el Estado (aunque no sean brindados directamente por éste).

Partiendo de un análisis técnico y formal, el D.L. 651 no es inconstitucional en nuestra opinión, por lo que legisla (como hemos señalado, el Gobierno Central tiene facultades para legislar sobre transporte colectivo; y la libre competencia no es excluyente de la noción de servicio), lo es, sin embargo, en cuanto deja de legislar. En efecto, es inconstitucional en la medida que no establece el marco efectivo en que esa libre competencia debe desarrollarse, ni el rol que el Estado va a cumplir en la prestación del servicio.

El servicio público de transporte, como todo servicio público, debe estar sujeto a controles si es que se ha optado porque sea brindado a través de la actividad privada. Ello porque la actividad privada guiada por su propia lógica, se orienta al lucro personal. Si en el caso del transporte urbano, una ruta no le resulta rentable, entonces la dejará por otra que sí lo sea. El fin del servicio público en cambio, es asegurar al beneficiario las prestaciones requeridas, pues la satisfacción de esa necesidad interesa a toda la comunidad, independientemente del interés personal de quien brinda el servicio.

El control que se ejerza debe orientarse conforme

a la Constitución, a la armonización de la iniciativa privada con el interés social (art. 115); debe prestar las suficientes garantías para los usuarios; debe promover una equitativa distribución de ingresos (art. 110) si fuera necesario a través de adecuados mecanismos de subsidios. El Estado debe ejercer su actividad empresarial pues ésta tiene, entre otros fines, el de prestar servicios públicos (art. 113).

IV. UNA OBSERVACION FINAL

En este artículo hemos desarrollado un análisis estrictamente técnico y formal en el que se ha tratado de establecer hasta dónde toleran las normas constitucionales la oleada liberal del actual gobierno. Sobre la base de este análisis podemos afirmar, que una libre competencia sin controles mínimos es inconstitucional, no porque viole la autonomía municipal, sino porque elude la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. Este análisis no puede, sin embargo, ser suficiente para establecer la constitucionalidad de una norma.

En efecto, la Constitución es una norma básicamente política, resume una propuesta de Estado. Las normas son inconstitucionales o no, en tanto se conciben con ese modelo propuesto en la Carta Política, en la medida que colaboren a que sea alcanzado.

Un análisis alternativo es el que parte de los hechos concretos hacia la norma. Desde esta perspectiva considero que el D.L. 651, dadas las características del servicio público de transporte urbano, la desigual distribución de ingresos y el proceso de recesión en el que estamos, no contribuye a formar una sólida economía social de mercado, no atiende al interés de los consumidores ni regula iniciativa privada para que concuerde con el interés social. En tal medida es inconstitucional. El D.L. 651 no es, a nuestro parecer, un modo de organizar un servicio público, es más bien una renuncia del Estado a su papel tutelar y orientador de la marcha económica del país. Debemos reconocer, sin embargo, que esta afirmación traslada el ámbito de la discusión de lo jurídico a lo económico.

Lo cierto es que en el actual momento político parece poco probable que se declare la inconstitucionalidad del D.L. 651¹⁵. Las Municipalidades, sin embargo, tienen constitucionalmente la facultad de regular el transporte colectivo. En la medida que el Gobierno Central ha establecido el marco dentro del cual se brindará el servicio (libre competencia), corresponde a las Municipalidades fijar las reglas de esa libre competencia para que armonice con el interés social.

15. Al momento de escribir este artículo, un grupo de diputados había demandado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales que se declare la inconstitucionalidad del D. L. 651



**PRODUCIMOS
PETROLEO
PARA EL
DESARROLLO
DEL PERU**

OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU
SUCURSAL DEL PERU

Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral *

Guido Calabresi ** y Douglas Melamed ***

I. INTRODUCCIÓN

Es muy extraño que se realicen aproximaciones a los temas de la Propiedad y la Responsabilidad Civil Extracontractual, desde una perspectiva unificadora. Escritos recientes de abogados entendidos en Economía y de economistas entendidos en Derecho sugieren, sin embargo, que un intento de integrar las variadas relaciones legales tratadas por estas materias resultaría de utilidad tanto para principiantes como para doctos en el tema¹. Así, por medio de articular

un concepto de "titularidades", protegidas por reglas de propiedad, responsabilidad o inalienabilidad, presentamos a continuación un esquema para una aproximación de este tipo². Luego analizaremos algunos aspectos del problema de la contaminación y de las sanciones penales, para demostrar cómo el modelo nos permite percibir relaciones que han sido ignoradas por otros autores en dichos campos.

El primer tema que debe ser abordado por cualquier sistema legal es el llamado problema de la

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Harvard Law Review, Vol 85, no. 6, Abril 1972, pp 1089-1128. La traducción y publicación se hace bajo la autorización expresa del Harvard Law Review y de Guido Calabresi y Douglas Melamed. La traducción ha sido efectuada por Ximena Zavala L. y Eduardo Sotelo C. bajo la coordinación y revisión de Alfredo Bullard G. Cualquier error en la redacción es directamente imputable a los traductores, no existiendo ninguna responsabilidad en cualquier error de este tipo por parte de los autores.

** Al escribir este artículo Guido Calabresi era "John Thomas Smith Profesor of Law" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. BS. Yale 1953; B.A. 1955; LL. B. Yale 1958; M.A. Oxford 1959. En la actualidad es Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y Decano de dicha Facultad.

*** Miembro de la Barra del Distrito de Columbia, B.A. Yale University, 1967; J.D. Harvard University, 1970.

**** Nota del traductor. El presente artículo es un clásico en la doctrina jurídica norteamericana, en especial en la tendencia conocida como Análisis Económico del Derecho o "Law and Economics". En ella los autores hacen un brillante análisis de cómo organizamos nuestros sistemas jurídicos y cómo establecemos distintas reglas legales según los objetivos que, como arquitectos de un marco legal, queremos alcanzar.

1. Ver, p.e., Michelman, Pollution as a tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs, 80 Yale L.J. 647 (1971) (análisis de tres reglas alternativas en problemas de contaminación); Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967) (Vol. 2- Papers and Proceedings) (análisis de la propiedad como un medio de internalización de costos que ignora las alternativas de la regla de responsabilidad)

2. Desde que una aproximación completamente integral es probablemente imposible, debemos enfatizar que este artículo se ocupa sólo de una de las posibles maneras de ver y analizar los problemas legales. Siendo así, no debiéramos dirigirnos hacia aquellas cuestiones legales fundamentales que se centran sobre qué instituciones y qué procedimientos son los más convenientes para realizar decisiones, a no ser que éstas se refieran directamente a los problemas de selección de titularidades iniciales y los modos de proteger dichas titularidades. Mientras no desestimemos la importancia, o mejor la primacía, de las consideraciones del proceso legal, ver pp.79-80 infra, estamos meramente interesados en la luz que una muy diferente aproximación puede arrojar sobre los problemas frecuentemente vistos como fundamentales desde el punto de vista del proceso legal.

Como el profesor Harry Wellington gusta decir sobre muchas discusiones de Derecho, este artículo intenta ser sólo una de las pinturas de Monet en la Catedral de Rouen. Para conocer la Catedral uno debe verlas todas. Ver G. Hamilton, Claude Monet's Paintings of Rouen Cathedral 4-5, 19- 20, 27 (1960).

"titularidad". Toda vez que, dentro de un Estado, se presentan conflictos de intereses entre dos o más personas, o dos o más grupos, es éste quien debe decidir a qué parte favorecer. Si tal decisión faltara, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma sería decidido sobre la base de "el poder crea el derecho" - quien es más fuerte o más astuto vencerá.³ Luego, el rol fundamental del Derecho consiste en decidir cuál de las partes en conflicto prevalecerá. La titularidad para hacer ruido contra la titularidad para gozar del silencio, la titularidad para contaminar contra la titularidad para respirar aire puro, la titularidad para tener hijos contra la titularidad para evitarlos: son éstas las decisiones legales de primer orden.

Habiendo realizado su elección inicial, la sociedad debe luego hacer efectiva su decisión. La simple determinación de la titularidad no evita el problema de "el poder crea el derecho"; un mínimo de intervención estatal es siempre necesaria⁴. Nuestras nociones convencionales hacen esto fácil de comprender cuando se refiere a la propiedad privada. Si Taney es propietario de un sembrío de coles y Marshall, quien es más grande, quiere una col, la tomará a menos que el Estado intervenga⁵. Pero no resulta tan obvio que el Estado deba también intervenir cuando se escoge la titularidad opuesta: la propiedad comunal. Si el gran Marshall ha cultivado algunas coles comunales y

decide negárselas al pequeño Taney, esto requerirá de una acción del Estado para reforzar la titularidad que Taney posee respecto a las coles comunales. La misma simetría se aplica respecto a la integridad corporal. Consideremos, por ejemplo, la lastimosa situación de un débil sujeto de apenas 98 libras de peso y sexualmente inhibido, en un Estado que nominalmente le da titularidad a la integridad corporal pero que no va a intervenir para reforzar dicha titularidad contra una voluptuosa Juno. Consideremos luego la lastimosa situación -en ausencia de intervención estatal- del mismo sujeto de noventa y ocho libras quien desea hacer suya a la, ahora, inhibida Juno, en un Estado que nominalmente otorga titularidad a cualquiera para hacer uso del cuerpo de cualquiera otro.

La necesidad de intervención se presenta de una forma ligeramente más complicada para el caso de la responsabilidad civil extracontractual. Cuando una pérdida es dejada donde cae (es decir en la víctima) en un accidente automovilístico, no es porque Dios lo haya así ordenado. Mas bien, es porque el Estado ha garantizado al causante del daño una titularidad para resultar librado de responsabilidad y su intervención para evitar que los allegados de la víctima, si fueran más poderosos, logren una compensación del causante⁶. En otros casos la pérdida podrá ser trasladada al causante debido a que el Estado ha otorgado

3. Por supuesto, uno podría ver al Estado como simplemente una amplia coalición de amigos diseñada para hacer efectivas las reglas que satisfacen meramente los deseos de la coalición dominante. Las reglas de Derecho no serían entonces mas que "el poder crea el derecho", más amplias declaraciones de tal perspectiva no nos parecen plausibles si fuera la única razón en la que el Estado se basara para decidir muchos temas en respuesta a muchas coaliciones diferentes. Este hecho, por sí mismo, requerirá de una forma de análisis diferente a aquélla que se requiere para explicar las titularidades resultantes del uso más directo y descentralizado de "el poder crea el derecho".

4. Para una excelente presentación de este punto general hecha por un economista, ver Samuels, *Interrelations Between Legal and Economic Processes*, 14.J. Law & Econ. 435 (1971).

Nosotros no intentamos sostener que el Estado cuenta con fuerza suficiente para reforzar todas o la mayoría de titularidades.

Tampoco queremos dar a entender que en ausencia de intervención estatal, sólo la fuerza vencerá. El uso por parte del Estado de sentimientos de obligación y reglas de moral como medios de reforzar la mayoría de titularidades, es no sólo crucial sino terriblemente eficiente. Contrariamente, en ausencia del Estado, los individuos probablemente acordarían reglas de comportamiento que gobernarían titularidades en todas las series de situaciones sobre la base de un criterio distinto al del "poder crea derecho". Que esas reglas puedan reflejar por sí mismas los mismos tipos de consideraciones que analizaremos como base para titularidades legales es, de hecho, imposible. Pero la que sí resulta importante es que estos "convenios sociales" darán lugar, al igual que las titularidades legales, a lo que podemos llamar obligaciones. Estas obligaciones en cambio harán que las personas se comporten de acuerdo con el convenio, en casos particulares, no obstante, la existencia de una fuerza predominante. En este artículo no estamos tan interesados en el funcionamiento de tales obligaciones como con las razones que pueden explicar las reglas que por sí mismas dan nacimiento a las obligaciones.

5. "Más grande" obviamente no se refiere simplemente al tamaño, sino a la suma de recursos con que cuenta un individuo. Si el grupo de Marshall posee una inteligencia y músculos superiores a los de Taney, el grupo de Marshall obtendrá las coles.
6. Diferentes culturas tratan el problema de distintas maneras. Vean el siguiente caso: La cobertura del "seguro de vida" es por 4 toros y \$1200. Port Moresby, New Guinea. Peter Howard probó que él valoró su vida en más de 4 toros y \$1200. Pero él quiere \$24 y un cerdo a cambio.

Mr. Howard le dió el dinero y el ganado a los miembros de la Tribu Jiga, quienes intentaron matarlo porque él había matado a un miembro de la tribu en un accidente automovilístico el último 29 de octubre.

La policía aprobó el acuerdo de extorsión luego de decirle al Sr. Howard de 38 años de edad que ellos no podrían protegerlo del juramento de venganza de la tribu, que vive en Mt. Hagen, como a 350 millas al noreste de Port Moresby.

una titularidad a la compensación y va a intervenir para evitar que el causante, esta vez el más poderoso, rechace las demandas de compensación de la víctima.

El Estado no sólo debe decidir a quién otorga la titularidad, sino también, y al mismo tiempo, realizar una serie de decisiones de segundo orden pero igualmente difíciles. Estas decisiones van desde la forma en que las titularidades son protegidas, hasta si se permite o no a un individuo vender o negociar dicha titularidad. Por ejemplo, en una disputa cualquiera, el Estado debe decidir no sólo cuál de las partes es la que vence, sino también la clase de protección a otorgar. Es a este último tipo de decisiones, decisiones que enmarcan la subsecuente relación entre el vencedor y el perdedor, a las que el presente artículo está principalmente referido. Nosotros vamos a considerar tres tipos de titularidades: titularidades protegidas por reglas de propiedad, titularidades protegidas por reglas de responsabilidad y titularidades inalienables. Las categorías no son, por supuesto, absolutamente puras pero resultan de utilidad al permitir revelar algunas de las razones que nos conducen a proteger ciertas titularidades de determinada forma.

Una titularidad es protegida por una regla de propiedad en el sentido que alguien que desea removerla de su poseedor deberá comprársela en una transacción voluntaria, en la cual el valor de la titularidad es fijado por el vendedor. Es la propia forma de la titularidad la que da origen a la menor intensidad de intervención estatal: una vez que la titularidad original es decidida, el Estado no trata de determinar su valor⁷, sino que deja a las partes decir cuánto vale la titularidad para cada una de ellas, y da al vendedor la posibilidad de rechazo en caso que el comprador no ofrezca lo suficiente. Las reglas de propiedad implican así, la decisión colectiva de a quién se le debe otorgar la titularidad inicial, decisión que no alcanza a la determinación del valor de la titularidad misma.

Cuando alguien puede violar un derecho inicial en caso de estar dispuesto a pagar luego por ella un valor objetivamente determinado, la titularidad resulta entonces protegida por una regla de responsabilidad.

Y la queja de su poseedor en el sentido que él hubiera pedido más por ella, no lo beneficia una vez que el valor objetivamente determinado ha sido fijado. Obviamente, las reglas de responsabilidad implican un grado adicional de intervención estatal: no sólo es la protección de las titularidades, sino también que su transferencia o destrucción sea permitida sobre la base de una valuación determinada por algún órgano del Estado, antes que por las partes mismas.

Una titularidad es inalienable en el sentido que su transferencia no es permitida entre un comprador que la desea y un vendedor dispuesto a cederla. El Estado interviene aquí no sólo para determinar quién está inicialmente titulado y fijar la compensación que debe ser pagada si la titularidad es tomada o destruida, sino también para prohibir su venta bajo ciertas o todas las circunstancias. Las reglas de inalienabilidad resultan así bastante diferentes a las reglas de propiedad o de responsabilidad. A diferencia de las dos últimas, las reglas de inalienabilidad no sólo "protegen" la titularidad, sino que también pueden ser vistas como limitando o regulando el otorgamiento de la titularidad misma.

Debe pues quedar claro, que muchas de las titularidades para gran parte de los bienes son mixtas. La casa de Taney puede estar así protegida por una regla de propiedad en situaciones en las cuales Marshall desea adquirirla; por una regla de responsabilidad cuando el gobierno decide expropiarla; y por una regla de inalienabilidad cuando Taney es un ebrio o incapaz. El presente artículo explorará dos preguntas elementales: (1) ¿En qué circunstancias debemos otorgar una titularidad particular? y (2) ¿En qué circunstancias debemos elegir, para proteger esa titularidad, utilizar una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad?

II. LA DETERMINACION DE LAS TITULARIDADES

¿Cuáles son las razones para decidir otorgar a las personas una titularidad para contaminar o para prohibir la contaminación, para tener hijos libremente o para limitar la procreación, para tener la propiedad o

El Sr. Howard, de Cambridge, Inglaterra, fue atacado y golpeado cruelmente por los hombres de la tribu luego del accidente.

Ellos dijeron que iban a asesinarlo a menos que el pago del dinero y los toros fuera hecho de acuerdo a las tradiciones tribales. Fue la primera vez que un hombre blanco fue forzado a someterse a las leyes tribales en Nueva Guinea.

Luego de hacer el pago, el Sr. Howard demandó ser compensado por el asalto del que fue objeto por los hombres de la tribu. El dijo que quería \$24 y un cerdo. Un representante Jiga le dijo que la tribu "pensaría al respecto". *New York Times*, feb. 16, 1972, at 17, col. 6.

7. Una regla de propiedad requiere menos intervención estatal sólo en el sentido que la intervención es necesaria para decidir y reforzar la titularidad inicial pero no para el problema de determinar el valor de la titularidad. De este modo, si una titularidad de propiedad particular es especialmente difícil de proteger -por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en áreas urbanas- la cantidad de intervención estatal puede resultar muy alta y podría, incluso, exceder a aquélla requerida para algunas titularidades protegidas por reglas de responsabilidad fácilmente administrables.

para compartirla? Podemos agrupar dichas razones bajo tres títulos: eficiencia económica, preferencias distributivas, y otras consideraciones de justicia⁸.

A. Eficiencia económica

Quizás la razón más simple de una titularidad en particular es minimizar los costos administrativos de su ejecución. Esta fue la razón que Holmes dio para dejar que, en los accidentes, los "costos" queden donde han caído (es decir en la víctima) a menos que se obtenga un claro beneficio para la sociedad al trasladarlos⁹. Por sí misma esta razón nunca justificaría otro resultado excepto el de dejar que el más fuerte gane, porque obviamente este resultado minimiza los costos de ejecución. Sin embargo, la eficiencia administrativa puede ser relevante para decidir las titularidades cuando otras razones son tomadas en cuenta. Esto puede ocurrir cuando las funciones aceptadas son indiferentes entre titularidades en conflicto y una titularidad es menos onerosa de ejecutar que las otras y, también, cuando las razones no son indiferentes pero nos llevan sutilmente a preferir una sobre la otra y la primera es considerablemente más onerosa de ejecutar que la segunda.

Pero la eficiencia administrativa es sólo uno de los aspectos del más amplio concepto de eficiencia económica. La eficiencia económica requiere que escojamos el conjunto de titularidades que llevaría a

una distribución de recursos que no pueda ser perfeccionada, en el sentido que un cambio adicional no mejoraría la condición de aquéllos que se beneficiaron por ello, a tal medida que pudiera compensar a aquéllos que perdieron con la misma y permanecer aún en mejores condiciones que antes. Este es el concepto llamado 'óptimo de Pareto'¹⁰. Para dar dos ejemplos, la eficiencia económica requiere esa combinación de titularidades para llevar a cabo actividades riesgosas y para resultar libre de daños ocasionados por actividades riesgosas, la cual muy probablemente conducirá a la mínima suma en costos de accidentes y en costos de prevención de accidentes¹¹. Esto requiere que se determine aquella forma de propiedad, privada o comunal, que lleva a maximizar el producto de la actividad de producir.

Recientemente se ha argumentado que bajo cierto supuesto, usualmente llamado ausencia de costos de transacción, el 'óptimo de Pareto' o la eficiencia económica, ocurrirán sin tomar en cuenta la titularidad inicial¹². Para sustentar esto, los "costos de transacción iguales a cero" deben ser entendidos de una forma extremadamente amplia como para abarcar tanto el conocimiento perfecto como la ausencia de cualquier impedimento o costo de negociación. Los costos de negociación incluyen, por ejemplo, al costo de excluir a los probables individuos que se beneficiarían sin asumir ningún costo (FREELOADERS) de los frutos de las transacciones que se dan en el merca-

8. Ver en general G. Calabresi, *The Costs of Accidents* 24-33 (1970) (de aquí en adelante citado como *Costs*).
9. Ver O.W. Holmes, Jr. *The Common Law* 76-77 (Howe ed. 1963). Para una crítica de la justificación aplicada a los accidentes hoy en día, ver *Costs* 261-263. Pero comparar Posner, *A Theory of Negligence*, *I.J. Legal Stud.* 29 (1972).
10. No estamos interesados aquí en las muchas variaciones de definición que encierra el concepto de óptimo de Pareto. Muchas de estas variaciones parten del hecho que a menos que la compensación ocurra, en efecto, luego de un cambio (y esto por sí mismo presupone la preexistencia de un set de titularidades desde el cual uno hace el cambio hacia otro orden óptimo según Pareto), la redistribución de riqueza implícita en el cambio puede muy bien hacer que el regreso a la posición anterior también parezca óptimo en términos de Pareto. Hay cierto número de variaciones sobre este tema que han sido extensamente estudiadas por economistas. Desde que en el mundo en el que deben vivir los abogados, cualquier cosa cercana a la eficiencia de Pareto, incluso si desada no resulta asequible, estos refinamientos no exigen que nos detengamos, aun cuando ellos sean cruciales para una completa comprensión de este concepto.

La mayoría de versiones del óptimo de Pareto están basadas en la premisa que los individuos saben bien lo que es mejor para ellos: En consecuencia, ellos asumen que para determinar si aquéllos que ganaron debido a un cambio pueden compensar a aquéllos que perdieron, uno debe ver los valores que los individuos mismos dieron a las ganancias y pérdidas. La eficiencia económica puede, sin embargo, presentar una amplia noción que no depende de esta premisa individualista. Puede ser que el Estado, por razones paternalistas, ver pp. 77-78 *infra*, es más apto para determinar si la ganancia total de los vencedores es mayor que la pérdida total de los perdedores.
11. La palabra "costos" está usada aquí de forma amplia para incluir todas las pérdidas y gastos resultantes de un accidente y de su prevención. Como tal, ésta no está limitada a costos monetarios, ni a aquéllos que pudieron, en algún sentido, ser "monetizables", pero en cambio incluye pérdidas, gastos o "costos" -por ejemplo, la pérdida de la pierna para un individuo- cuya expresión en términos monetarios nos parecería insensible. Una de las consecuencias de no ser capaz de poner valores monetarios sobre algunas pérdidas o "costos" es que el mercado nos sirve de poco para medir su valor, y esto en cambio da lugar a una de las razones por las que las reglas de responsabilidad, o inalienabilidad pueden ser usadas en vez de las de propiedad.
12. Esta proposición fue establecida por primera vez en el clásico artículo de Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960), y ha sido revisado en subsecuente literatura. Ver, p.e., Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules-A comment*; 11 *J. Law & Econ.* (1968); Nutter, *The Coase Theorem on Social Cost: A Footnote*, 11 *J. Law & Econ.* 503 (1968). Ver también G. Stigler, *The Theory Of Price*, 113 (3rd ed. 1966); Mishan, *Pareto Optimality and the Law*, 19 *Oxford Econ. Papers* 255 (1967).

do¹³. En tal sociedad sin fricciones, las transacciones ocurrirían hasta que nadie pueda estar en mejores condiciones como resultado de transacciones adicionales sin dejar a algún otro en peores circunstancias. Esto, sugerimos, es un necesario (en realidad tautológico) resultado de la definición del 'óptimo de Pareto' y de los costos de transacción que hemos mencionado.

Tal resultado no significa, sin embargo, que la misma distribución de recursos existiría si no tomáramos en cuenta el conjunto inicial de titularidades. La disposición de Taney para pagar por el derecho a hacer ruido puede depender de cuán rico sea; la disposición de Marshall para pagar por el silencio puede depender también de su riqueza. En una sociedad que titula a Taney a hacer ruido y que fuerza a Marshall a comprar el silencio de Taney, Taney resultaría más rico y Marshall más pobre de lo que cada uno sería en una sociedad que tuviera el conjunto inverso de titularidades. Dependiendo de cuánto varían el deseo de Marshall por ruido y el de Taney por silencio debido a su riqueza, una titularidad para hacer ruido resultaría de negociaciones que llevaran a un nivel diferente de ruido del que se tendría con una titularidad para el silencio¹⁴. Esta variación en la cantidad de ruido y de silencio puede ser vista como un

simple ejemplo de que la bien aceptada proposición de lo que es una solución óptima, o de eficiencia económica, para Pareto, varía con la distribución inicial de la riqueza. El óptimo de Pareto es óptimo cuando se da una cierta distribución de riqueza, pero diferentes distribuciones de riqueza implican cada una su propia distribución óptima de recursos según Pareto¹⁵.

Todo esto nos sugiere el por qué las distribuciones de riqueza pueden afectar la elección de titularidades de una sociedad. Pero no resuelve por qué la eficiencia económica debe afectar la elección, si asumimos un costo de transacción igual a cero. Sin embargo, en la práctica, nadie asume que los costos de transacción son iguales a cero. Como el supuesto de ausencia de fricción de los físicos o la Ley de Say en macroeconomía, el supuesto de costos de transacción iguales a cero puede ser un útil punto de partida, un artificio que nos ayuda a ver cómo, a medida que los diferentes elementos que pueden ser llamados costos de transacción devienen relevantes, el objetivo de la eficiencia económica empieza a preferir una distribución de titularidades sobre otra¹⁶.

Como quiera que uno de nosotros ha escrito ya extensamente sobre cómo, ante la presencia de di-

13. El "freeloader" es la persona que rehusa ser vacunado contra la viruela porque, dado el caso que casi todos los demás están ya vacunados, el riesgo de contagiarse es, para él, menor que el riesgo de daño al vacunarse. Es la persona que se rehusa a pagar por un parque común, aunque él también lo desee, porque cree que otros van a poner el dinero suficiente para que al final el parque resulte también disponible para él. Ver Costs 137 n.4. Los costos de excluir al freeloader de los beneficios por los cuales él se negó a pagar pueden ser considerables, como lo sugieren los dos ejemplos arriba mencionados. Esto es especialmente así porque estos costos pueden incluir la ineficiencia para fijar el precio de un bien como el parque, una vez que éste existe, por encima de su costo marginal para de ese modo forzar al freeloader a revelar su verdadero deseo de usarlo, permitiéndonos así cobrarle parte del costo de establecerlo inicialmente.

Es la capacidad del mercado para inducir a revelar las preferencias individuales lo que hace teóricamente posible para el mercado ejecutar intercambios que conducen al óptimo de Pareto. Pero la situación del freeloader es sólo una de las muchas en donde el mercado no logra obtener tal revelación. Si asumimos la existencia de un conocimiento perfecto, definido más ampliamente de lo que normalmente se hace, para incluir el conocimiento de las preferencias individuales, entonces tales situaciones no importan problema alguno. Esta definición de conocimiento perfecto, aunque quizás implícita en el concepto de costos transaccionales nulos, no sólo haría alcanzar fácilmente el óptimo de Pareto a través del mercado, sino que haría igualmente fácil el establecer un resultado similar por medio del mandato colectivo.

Para una discusión mayor acerca de lo que implica una definición amplia de costos de transacción nulos, ver nota 59 infra. Para una discusión sobre otros procedimientos que puedan inducir a los individuos a revelar sus preferencias, ver nota 38 infra.

14. Ver Mishan, Pareto Optimality and the Law, 19 OXFORD ECON. PAPERS 255 (1967). A menos que los deseos de ruido y silencio de Taney y de Marshall no sean en absoluto afectados por su riqueza, esto es, que sus deseos sean totalmente inelásticos con respecto a sus ingresos, un cambio en su riqueza alterará el valor que cada uno otorga al ruido y al silencio y en consecuencia alterará el éxito de sus negociaciones.
15. Debería no existir implicancia alguna en que una solución de acuerdo al óptimo de Pareto sea en algún sentido mejor que una solución que no concuerda con él y que resulta en una distinta distribución de riqueza. La única implicancia sería que dada la misma distribución de la riqueza el óptimo de Pareto resulta en algún importante sentido preferible a un óptimo distinto al de Pareto.
16. Ver Demsetz, When Does the Rule of Liability Matter?, 1 J. Legal Stud. 13, 23-28 (1972); Stigler, The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars, 1 J. Legal Stud. 1, 11-12 (1972). El problema con el término "costos de transacción nulos" es que cubre una multitud de defectos del mercado. La respuesta colectiva apropiada, si el objetivo fuera aproximarse al óptimo de Pareto, variará dependiendo de cuáles sean los impedimentos actuales para una amplia negociación en cualquier caso determinado. Ocasionalmente, la respuesta apropiada puede ser ignorar los impedimentos. Si los impedimentos son solamente los costos administrativos de establecer un mercado, puede ser que

versos tipos de costos de transacción, una sociedad tomaría la decisión por un conjunto de titularidades en el campo del derecho de accidentes¹⁷, es suficiente señalar aquí: (a) que la eficiencia económica por sí sola dictaría ese conjunto de titularidades que favorece las elecciones cognoscibles entre los beneficios y los costos sociales de obtenerlos y entre esos costos sociales y los costos sociales de evitarlos. (b) que esto implica, en la ausencia de certeza sobre si un beneficio vale lo que le cuesta a la sociedad, que el costo debe ser colocado sobre la parte o actividad que está en mejor posición para hacer el análisis de costo-beneficio; (c) que en contextos particulares como (los de) accidentes o contaminación ambiental esto sugiere colocar los costos sobre la parte o actividad que pueda evitarlos de manera menos onerosa; (d) que en la ausencia de certeza sobre a quién corresponde esa parte o actividad, el costo debe ser puesto sobre la parte o actividad que pueda actuar con el mínimo costo de transacción en el mercado para corregir un error en las titularidades induciendo a la parte que puede evitar los costos sociales de forma menos costosa a hacerlo¹⁸; y (e) que desde que nos encontramos en un área en la que por hipótesis los mercados no funcionan a la perfección -existen costos de transacción- una decisión a menudo tendrá que ser hecha sobre si las transacciones del mercado o el mandato colectivo son más adecuados para aproximarnos al resultado óptimo que, en términos de Pareto, el mercado perfecto podría alcanzar¹⁹.

Aunque complejo, este resumen puede sugerir la forma en la que la elección de titularidad se llevará a cabo; en la práctica, el criterio que ella representa nos indicará a menudo qué distribuciones de titularidades nos conducirán de manera más probable a las decisiones óptimas de mercado entre: poseer un carro extra o tomar un tren, obtener una col extra y gastar menos tiempo trabajando bajo el ardiente sol, y tener más "widgets" y respirar la contaminación que implica la producción de "widgets". La eficiencia económica no es, sin embargo, la única razón que induce a una sociedad a elegir un conjunto de titularidades. Las preferencias de distribución de riqueza es otra de ellas, y por ello, es hacia los fundamentos distributivos para las diferentes titularidades hacia donde debemos dirigirnos ahora.

B. Objetivos distributivos.

Existen, sugeriríamos, por lo menos dos tipos de consideraciones distributivas que pueden afectar la elección de titularidades. Estas implican la distribución de la riqueza misma y la distribución de ciertos bienes específicos, que han sido algunas veces llamados bienes-mercedos.

Todas las sociedades tienen preferencias en la distribución de riqueza. Resulta, no obstante, más difícil hablar de ellas que de los objetivos de eficiencia. Los objetivos de eficiencia pueden ser discutidos

hacer nada sea preferible a intentar corregir estos costos, porque los costos administrativos de la acción colectiva pueden ser incluso mayores. Del mismo modo, si los impedimentos son consecuencia de una deficiencia del mercado para causar un develamiento adecuado de las preferencias de los freeloaders, puede ser que la colectividad no pueda realizar algo mejor.

17. Ver COSTS 135-197.

18. En *The Costs of Accidents*, el criterio aquí resumido es largamente discutido y dividido en un subcriterio que se relaciona con la prevención de distintos tipos de exteriorización y con el encuentro del "mejor sobornador". Tan detallado análisis es necesario para la aplicación del criterio a cualquier área específica del Derecho. Al nivel de generalidad de este artículo esto no nos parece necesario.

19. En el Derecho de Accidentes esta elección toma la forma de una decisión entre disuasivos generales o de mercado y disuasivos específicos, en la cual el nivel y la modalidad permitidos de las actividades causantes de accidentes son determinados colectivamente. Por ejemplo, la sociedad puede decidir otorgar una titularidad para conducir y una titularidad a ser compensado por accidentes ocasionados al conducir, y permitir las decisiones de las partes individuales para determinar el nivel y la manera de conducir. Pero un mayor grado de disuasión específica podría ser alcanzado seleccionando un conjunto diferente de titularidades iniciales para de ese modo concordar con el análisis colectivo del Costo-Beneficio, al, por ejemplo, prohibir los automóviles de más de ciertos caballos de potencia.

La desventaja principal del desincentivo específico, comparado con el desincentivo general, es que aquél requiere que el que toma la decisión central no sólo determine los costos de cualquier actividad dada, sino también que mida sus beneficios, para de esa forma determinar el nivel óptimo de actividad. Resulta excesivamente dificultoso y costoso para cualquier tomador de decisiones centralizado estar totalmente informado acerca de los costos y beneficios de un amplio rango de actividades. La ironía es que el mandato colectivo funciona mejor en un mundo de información perfecta sin costo; pero aún en un mundo de transacciones sin costo, incluida la información sin costo, la distribución óptima sería alcanzada por las transacciones de mercado, y no surgiría la necesidad de considerar la alternativa del mandato colectivo. Podríamos sin embargo, visualizar la ironía de modo inverso, y decir que el mercado trabaja mejor bajo supuestos de conocimiento perfecto donde el mandato colectivo trabajaría perfectamente, transformando al mercado en innecesario. El hecho que ambos, el mercado y las determinaciones colectivas, enfrenten dificultades para alcanzar el resultado óptimo de Pareto que el conocimiento perfecto y la ausencia de costos de transacción permiten, no significa que las mismas dificultades sean siempre tan grandes para las dos aproximaciones. Así, existen muchas situaciones en las cuales podemos suponer con mediana seguridad que el mercado actuará mejor que el árbitro colectivo, y otras en donde podemos suponer que lo opuesto será verdad. Ver COSTS 103-13.

en términos de un concepto general como el óptimo de Pareto para el cual las excepciones -como el paternalismo- pueden ser advertidas²⁰. Las preferencias distributivas, en cambio, no pueden ser discutidas seriamente bajo un solo esquema conceptual. Hay algunas preferencias de clara aceptación general (preferencias de clase en una sociedad, mayor igualdad en otra sociedad). Hay además diferencias que están vinculadas a conceptos dinámicos de eficiencia (los productores deben ser recompensados ya que son ellos quienes lograrán que al final cada uno esté en mejores condiciones). Finalmente, existe un gran número de preferencias muy individualizadas, como quién debe ser más rico y quién más pobre, que no tienen relación con la igualdad o la eficiencia, así, los amantes del silencio deben ser más ricos que los amantes del ruido sólo porque son más valiosos²¹.

Aunque difíciles de analizar, es obvio que las preferencias en la distribución de la riqueza juegan un rol crucial en el campo de las titularidades. La asignación de titularidades tiene un efecto fundamental en la distribución de la riqueza en una sociedad. Si una sociedad desea una igualdad absoluta no es suficiente comenzar cada uno con la misma cantidad de dinero. Una sociedad financieramente igualitaria, que otorgue a los individuos el derecho a hacer ruido hace inmediatamente a los potenciales ruidosos más ricos que a los solitarios amantes del silencio²². Del mismo modo, una sociedad que concede la titularidad a una persona inteligente a conservar lo que su astucia le reporta realiza una distinta distribución de riqueza que una sociedad que demanda de cada uno de acuerdo a su relativa habilidad pero que da a cada uno de acuerdo a su relativo deseo. Podemos ir más lejos y considerar que una mujer bonita o un hombre bien parecido está en mejores condiciones en una sociedad que concede a los individuos la titularidad a la integridad corporal que en una que concede a todos el uso de toda la belleza disponible.

La consecuencia de todo esto es que resulta muy difícil imaginar una sociedad en la que exista una

completa igualdad de riqueza. Tal sociedad debería estar integrada por personas que fueran todas exactamente iguales o debería compensar por las diferencias de riqueza causadas por un conjunto de titularidades determinado. Lo primero es, por supuesto, ridículo, incluso si consideráramos a las personas autómatas o robots. Y lo último sería muy difícil, ya que implicaría conocer los gustos de cada uno y hacer tributar a cada poseedor de una titularidad de acuerdo a una tasa que sea suficiente para compensar por los beneficios que esa titularidad le ha otorgado. Ello implicaría, por ejemplo, imponer un tributo a todo aquél que tenga una titularidad para el uso de su belleza o su inteligencia que sea suficiente como para compensar a aquéllos menos favorablemente dotados pero que, sin embargo, desean lo que la belleza o la inteligencia podría darles.

Si la igualdad perfecta es imposible, una sociedad debe escoger qué titularidades desea tener sobre la base de un criterio distinto al de la igualdad perfecta. Para realizar esto, una sociedad tiene a menudo una selección de métodos, y los métodos escogidos tendrán importantes implicancias distributivas. La sociedad puede, por ejemplo, otorgar una titularidad gratuitamente y luego, pagando a los poseedores de la titularidad para limitar su uso, proteger a aquéllos que se encuentren perjudicados por la titularidad gratuita. Inversamente, la sociedad puede permitir a las personas hacer una determinada cosa sólo si ellas le compran tal derecho al gobierno. De este modo, una sociedad puede decidir si concede la titularidad a las personas a tener hijos y luego las induce a ejercer control en la procreación, o si en primer lugar exige que las personas compren el derecho a tener hijos. Una sociedad también puede decidir si titula a las personas a estar libres del servicio militar y luego las induce a enrolarse, o si exige a todas el servicio militar pero permite que cada uno pague su salida. La titularidad que una sociedad decida vender u otorgar probablemente dependerá en parte de la determinación que promueve la distribución de riqueza que la sociedad favorece²³.

20. Para una discusión sobre el paternalismo, ver pp. 77-78 *infra*.

21. El primer grupo de preferencias raramente coincide con aquellas nociones que autores como Fletcher, siguiendo a Aristóteles, denominan justicia distributiva. El segundo y tercer grupos, en cambio, se relacionan presumiblemente con la justicia "correctiva" de Fletcher- recompensas basadas sobre lo que las personas hacen en vez de lo que ellas son. Ver Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537; 547 No. 40 (1972). Dentro de la categoría de justicia "correctiva" nuestros segundo y tercer grupos distinguen aquellas preferencias que están transparentemente ligadas a nociones de eficiencia de aquéllas cuyos fundamentos son menos obvios. Si hubiera una teoría generalmente aceptada, uno no podría hablar en términos generales sobre el rol que juega el tercer grupo de la misma forma como uno tiende a hablar sobre el rol del primero o segundo grupo. No creemos que una adecuada teoría -aun cuando fuera posible- esté actualmente disponible. Ver además pp. 71-73 *infra*.

22. Esto supone que no existe espacio suficiente para que quien hace el ruido y el amante del silencio coexistan sin entrometerse el uno con el otro. En otras palabras, esto implica que estamos tratando con un problema de distribución de recursos escasos; si no fuera así, no habría necesidad de establecer la titularidad inicial. Ver en general Mishan, *supra* nota 12.

23. Cualquier titularidad otorgada libremente implica una recíproca por la que se debe pagar. Así, junto a todos aquéllos que gustan de los niños, están aquéllos a quienes les resulta molesto; junto a los que detestan el ejército, están aquéllos

Si la elección de titularidades afecta la distribución de riqueza de manera general, también lo hace respecto a las oportunidades que tienen las personas de obtener lo que algunas veces se ha llamado bienes merecidos²⁴. Siempre que una sociedad desee maximizar las oportunidades de los individuos de tener por lo menos una mínima dotación de algunos bienes particulares -educación, vestido, integridad corporal- empezará, probablemente, otorgando a los individuos una titularidad para ellos. Si la sociedad considera tal dotación como esencial, a pesar de los deseos individuales, convertirá, por supuesto, la titularidad en inalienable²⁵. ¿Por qué, entonces, la sociedad concedería a los individuos titularidades sobre bienes específicos en vez de sobre el dinero con el cual puedan comprar lo que deseen, a menos que considere que ella puede decidir mejor que los individuos lo que beneficia tanto a éstos como a la propia sociedad; o en otras palabras, la sociedad desee convertir una titularidad en inalienable?

Hemos visto que una titularidad sobre un bien o sobre el bien recíproco es esencialmente inevitable²⁶. O estamos titulados para tener silencio o titulados para hacer ruido ante determinadas circunstancias. O tenemos el derecho a nuestra propiedad o cuerpo o el derecho a compartir la propiedad o el cuerpo de otros. Podemos comprarnos o vendernos para llegar a la

posición opuesta, pero debemos empezar en alguna parte. Bajo estas circunstancias una sociedad que prefiere que las personas guarden silencio, o que sean propietarias, o que conserven su integridad corporal, pero que no fundamenta sus preferencias como para que sean lo suficientemente fuertes para justificar el rechazo de las preferencias contrarias de otros individuos, daría tales titularidades de acuerdo a la preferencia colectiva, aun cuando ello les permita luego venderlas.

Cuando las transacciones para vender o comprar titularidades son muy onerosas, tal elección inicial de titularidad será casi tan efectiva en asegurar que los individuos tengan el bien-merecido como lo sería convertir la titularidad en inalienable. Desde que la coerción es inherente por el hecho que un bien no puede prácticamente ser vendido o comprado, una sociedad sólo puede elegir hacer que un individuo posea el bien, otorgándoselo, o impedirle que lo obtenga dándole dinero a cambio²⁷. En tales circunstancias la sociedad escogerá la titularidad que ella considere favorable para el bienestar general y no se preocupará respecto a la coerción o la alienabilidad; ella habrá aumentado las oportunidades de que los individuos tengan un bien particular sin aumentar el grado de coerción impuesto sobre los individuos²⁸. Un ejemplo común de ello puede ocurrir cuando el bien compro-

a quienes les gusta lo que el ejército lleva a cabo. De otro modo, no tendríamos ningún problema con la escasez de recursos y por lo tanto, ningún problema de titularidad. Luego, uno no puede simplemente decir que dar una titularidad gratuitamente es ser progresista mientras que venderla es ser reaccionario. Es verdad que mientras mayor cantidad de bienes "gratuitos" exista menos será la desigualdad de riqueza, pero siempre que todo lo demás permanezca igual. Pero si una titularidad gratuita implica un costo recíproco, las titularidades no resultan en este sentido bienes gratuitos, y la cuestión de su carácter progresista o reaccionario debe depender del deseo relativo para la titularidad como contra su recíproca sobre la parte del rico y del pobre.

Estrictamente hablando, esto es cierto sólo si el dinero necesitado para financiar los planes alternativos, o para ponerlos a disponibilidad del gobierno, como resultado de los planes, es aumentado y ajustado de una forma que sea precisamente neutral con respecto a la distribución de riqueza. El punto es simplemente el siguiente: Hasta un alto impuesto progresivo ayudaría a la igualdad de riqueza si el dinero que él produce es gastado totalmente para beneficiar a los ciudadanos más pobres. Y hasta un sistema de socorro externo para el rico arruinado ayudaría a la igualdad de riqueza si los fondos que ella requiere son obtenidos gravando sólo a los más ricos de los ricos. Así, siempre que se hable de un programa impositivo, programa de gastos, o un sistema de titularidades como progresivo o regresivo, uno debe asumir que la forma en que el dinero es gastado (si es un tributo) o la forma en que es producido (si es un programa de gasto) no contraría el efecto distributivo del programa mismo.

24. Cf. R. Musgrave, *The Theory of Public Finance* 13-14 (1959).

25. Las razones dadas comúnmente de por qué una sociedad puede elegir hacer esto son discutidas, *infra* pp.76-79. Todas ellas son, por supuesto, razones que explican por qué tales bienes son frecuentemente categorizados como bienes-merecidos. Cuando una sociedad subsidia un bien, hace una decisión similar basada en fundamentos similares. Presumiblemente, sin embargo, en tales casos los fundamentos sólo justificarían hacer la posesión del bien menos costosa (lo que sería el caso sin intervención del gobierno) antes que hacer inevitable la posesión del mismo bien.

26. Esto es verdad a menos que estemos preparados a dejar a las partes establecer el asunto sobre la base de "el poder crea derecho", lo cual puede también ser visto por sí mismo, como una forma de titularidad.

27. Para una discusión de este problema inevitable, y por tanto irrelevante grado de coerción en el contexto del accidente, Ver *COSTS* 50-55, 161-73.

28. La situación es análoga a aquella que implica escoger entre sistemas de distribución de costos de accidentes que minimizan los cambios rápidos en la riqueza (por medio de distribuirlos socialmente) y aquéllos que no lo hacen. En realidad, si el evitar los cambios rápidos en la riqueza es visto, por sí mismo, como un bien merecido, la analogía es completa. En el campo de los accidentes, gran parte de la atención ha sido dedicada al problema de los rápidos cambios en la riqueza. Ver, p.e., Morris & Paul, *The Financial Impact of Automobile Accidents*, 110 U.P.A.L.REV. 913, 924 (1962). No obstante, ver W. Blum & H. Kalven, *Public Law Perspectives on a Private Law Problem - Auto Compensation Plans* (1965).

metido es la certeza actual de ser capaz de comprar un beneficio futuro, cuando un mercado futuro de ese bien es demasiado oneroso para ser factible²⁹.

C. Otras razones de justicia.

A las razones finales para la elección de la titularidad inicial que realiza una sociedad las hemos llamado "otras razones de justicia"; debemos admitir además que resulta difícil saber qué contenido puede haber en este término, sobretodo debido a las excesivamente amplias definiciones de eficiencia económica y objetivos distributivos que hemos usado. Existe, en otras palabras, una razón que influiría en la elección que la sociedad realiza de la titularidad inicial y que no puede ser comprendida en términos de eficiencia y distribución? Un par de ejemplos ilustrarán el problema.

A Taney le gusta el ruido, a Marshall le gusta el silencio. Ellos son, asumamos, vecinos inevitables. Asumamos también que no hay costos de transacción que puedan impedir las negociaciones entre ellos. Asumamos finalmente que no conocemos la riqueza de Taney y de Marshall o, en realidad, nada sobre ellos. Bajo estas circunstancias sabemos que el óptimo de Pareto -eficiencia económica- será alcanzado si escogemos una titularidad para hacer ruido o para tener silencio. Además nos resulta indiferente, desde un punto de vista general de distribución de riqueza, la posición de la titularidad inicial, porque no sabemos

si ella conducirá a una mayor igualdad o desigualdad. Esto nos deja sólo con dos razones sobre las cuales basar nuestra elección de la titularidad. La primera es el valor relativo de los amantes del silencio o de los amantes del ruido. La segunda es la compatibilidad de la elección, o su aparente compatibilidad, con otras titularidades en la sociedad.

La primera razón suena atractiva, y al parecer justa. Pero es difícil de abordar. ¿Por qué, a menos que nuestra elección afecte a otras personas, deberíamos preferir una sobre la otra?³⁰ Decir, por ejemplo, que deseamos hacer al amante del silencio relativamente más rico porque preferimos el silencio no es respuesta, sino simplemente una reafirmación de la pregunta. Por supuesto, si la elección afecta a otras personas distintas a Taney y Marshall, entonces tenemos una base válida para la elección. Pero el hecho de que tales efectos externos sean extremadamente comunes e influyan en gran parte nuestras decisiones no nos ayuda mucho. Esto sugiere que el alcanzar el óptimo de Pareto es, en la práctica, un asunto muy complejo, precisamente por la existencia de muchos efectos externos, que los mercados encuentran difíciles de enfrentar. Y también sugiere que con frecuencia existen consideraciones distributivas generales entre Taney y Marshall y el resto del mundo, que afectan la elección de la titularidad. Sin embargo, ello no nos sugiere de ningún modo que para la elección entre Taney y Marshall exista más que el óptimo de Pareto y consideraciones distributivas. En otras pala-

29. Una completa discusión sobre esta justificación para el otorgamiento de bienes en "especie" va más allá del objetivo de este artículo. Una indicación de lo que comprende resulta, sin embargo, adecuada. Una de las muchas razones por las que el derecho a votar es otorgado en especie, en vez de dar a los individuos aquella cantidad de dinero que les asegurará, en una sociedad sin voto, todos los beneficios que tener el voto les daría, es que en cualquier momento determinado el precio de aquellos beneficios en el futuro es completamente incierto y, por ende, virtualmente ninguna cantidad de dinero aseguraría a los individuos el obtener aquellos futuros beneficios. Este no sería el caso si un empresario pudiera ser comprometido para garantizar aquellos beneficios futuros a cambio de un pago de dinero presente.

El grado de incertidumbre sobre el costo de los futuros beneficios del voto es tal, sin embargo, que un (futuro) mercado no sería factible, o, lo que es lo mismo, sería demasiado oneroso para valer la pena. En tales circunstancias, la alternativa fuera de mercado de dar el bien en especie parece más eficiente. Muchos de los bienes de mérito que son, en realidad, dados en especie en nuestra sociedad -por ejemplo, la educación- comparten esta característica de comprender derechos presentes para beneficios futuros, en circunstancias en las cuales no existe un futuro mercado y, a primera vista, parece muy difícil de organizar a un bajo costo. No sugerimos que esta sea la única explicación para la manera en que el derecho a voto es tratado en nuestra sociedad. Por ejemplo, ella no explica por qué el voto no puede ser vendido. (Una explicación para ello puede ser encontrada en el hecho que el beneficio que Taney obtiene con el voto puede depender de que Marshall no obtenga más del voto que él). Esto, sin embargo, añade otra explicación, pocas veces mencionada, para la distribución ocasional de bienes a los individuos en vez de dinero.

30. La respuesta usual está en razones religiosas o trascendentales. Pero esta respuesta presenta problemas. Si ella significa que Chase, un tercero, sufre si el que produce el ruido es preferido, debido a que su creencia considera al silencio más valioso que el ruido, entonces los terceros están siendo afectados por la elección. Cuando Chase sufre, allí existe un efecto externo. Pero esa posibilidad fue excluida en nuestra hipótesis. En la práctica tales efectos externos, frecuentemente llamados moralismos, son extremadamente comunes y complican mucho el alcanzar el óptimo de Pareto. Ver pp. 77-78, *infra*. Las razones religiosas o trascendentales pueden, sin embargo, ser de otra especie. Chase puede preferir el silencio no porque le importe a él mismo, ni porque sufra si los que producen el ruido obtienen lo mejor de ello cuando su creencia considera más valiosos a los amantes del silencio, sino porque cree que Dios sufre si tal ruido es hecho. Ninguna suma en compensación va a ayudar a Chase en esta situación desde que él sufre algo que no puede ser compensado, y compensar a Dios por la elección equivocada no es factible. Tal razón para una elección es, sugerimos, una verdadera razón de no-eficiencia y no- distributiva. Si esto juega o no algún rol en el presente, es otro asunto.

bras, si los supuestos de costos de transacción nulos e indiferencia hacia las consideraciones de la distribución, hechas entre Taney y Marshall (donde son poco probables), pueden ser aplicados al mundo como un todo (donde son imposibles), el hecho de que la elección entre el ruido de Taney o el silencio de Marshall pudiera afectar a otras personas no nos daría ninguna guía. Entonces, lo que podría parecer un estándar de justicia es simplemente una manera hábil de introducir eficiencia y nociones de distribución demasiado diversas y generales en sus efectos para ser totalmente analizadas en la decisión de un caso específico.

La segunda razón nos parece también atrayente, en una forma diferente ya que suena como "tratar igual casos desiguales". Si la titularidad para hacer ruido en los oídos de otras personas por puro placer es vista por la sociedad como muy semejante a la titularidad para golpear a las personas por placer, y si las buenas razones de eficiencia y distribución existen para no permitir a las personas golpear a otras para sentir placer, entonces allí puede existir una buena razón para preferir la titularidad a gozar del silencio a una para gozar del ruido en el caso Taney-Marshall. Debido a que las dos titularidades son aparentemente consistentes, la titularidad para el silencio fortalece la titularidad para estar libre de golpes gratuitos la cual, hemos asumido, estuvo basada sobre buenas razones de eficiencia y de distribución³¹. Y lo hace disminuyendo los costos de reforzar la titularidad para resultar libres de golpes gratuitos; la titularidad para el silencio reitera y refuerza los valores protegidos por la titularidad para librarse de golpes y reduce el número de discriminaciones que las personas deben hacer entre una actividad y la otra, simplificando así, la tarea que implica imponer su obediencia.

El problema con este raciocinio para la elección es que él también nos conduce hacia la eficiencia y las razones distributivas. Preferimos a los que guardan silencio porque esa titularidad, aun cuando no afecta por sí misma a la deseada distribución de riqueza o nos conduce lejos de la eficiencia en el caso Taney-Marshall, nos ayuda a alcanzar aquellos objetivos en otras situaciones donde existen costos de transacción o donde tenemos preferencias distributivas. Y lo hace porque las personas no advierten que la coherencia es sólo aparente. Si pudiésemos explicarles, racional y emocionalmente, las razones

de eficiencia y de distribución de por qué el golpear gratuitamente a las personas es ineficiente o conduce a una indeseable distribución de riqueza, y si pudiésemos explicarles también por qué una titularidad para el ruido antes que una para el silencio, en el caso Taney-Marshall, nos conduciría a la ineficiencia o a una mala distribución, y por lo tanto el perjuicio secundario de la titularidad para la integridad corporal no ocurriría. Es sólo debido a que resulta oneroso, aun cuando sea factible, destacar la diferencia entre ambas situaciones, cuando la aparente similitud entre ellas persiste. Y evitar esta clase de costo inútil, aun siendo una muy buena razón para hacer elecciones, no es, claramente, sino una parte del objetivo de eficiencia económica³².

No obstante, debemos admitir que explicar las titularidades sólo en términos de eficiencia y distribución, incluso en sus términos más amplios, no parece completamente satisfactorio. La razón para que hasta ahora simplemente hayamos explicado las titularidades en términos de eficiencia y distribución es finalmente tautológica. Hemos definido la distribución abarcando todas las razones, distintas a la eficiencia, sobre la base de lo que debiéramos preferir para hacer a Taney más rico que Marshall. Así definido, obviamente no hay espacio para cualquier otra razón. Los fundamentos distributivos abarcan ideas ampliamente aceptadas como la "igualdad" o, en algunas sociedades, las "preferencias sociales", y unas muy específicas como "favorecer al amante del silencio". Hemos usado esta definición porque existe una utilidad en juntar a todas aquellas razones para preferir a Taney antes que a Marshall que no puede ser explicada en términos de un deseo por poner a cada uno en mejores condiciones, y en contrastarlas con las razones de eficiencia, Paretianas o no, que puedan ser explicadas de este modo.

Juntarlas, sin embargo, tiene algunas desventajas analíticas. Pareciera asumir que no podemos decir nada adicional sobre las razones para elegir algunas preferencias distributivas sobre otras. Por ejemplo, parece asumir un similar reconocimiento universal del fundamento para considerar a los amantes del silencio como relativamente más valiosos que el considerar la igualdad como deseable. Y éste, obviamente, es un supuesto peligroso. Para evitar este peligro, el término "distribución" es limitado a menudo a relativamente pocas razones generales, tales como la igualdad. Y aquellas preferencias que no pueden ser

31. Lo contrario sería cierto si hacer ruido fuera pensado como semejante a lo que es la industria, y conducir el silencio, al letargo y a la ociosidad respectivamente; y tenemos muy buenas razones distributivas o de eficiencia para preferir la industria al letargo.

32. No pretendemos subestimar la importancia de una aparente consistencia como fundamento de las titularidades. Lejos de ello, es deseable que una sociedad a menudo prefiera una titularidad aunque lleve a leves ineficiencias o malas distribuciones de riqueza entre, digamos, Taney y Marshall, debido a que esa titularidad tiende a ser soporte de otras titularidades que son cruciales en términos de eficiencia o distribución de la riqueza en la sociedad toda, y porque el costo de convencer a las personas de que las situaciones son en verdad diferentes, no equivale a lo que se ganaría en el caso de Taney y Marshall.

explicadas fácilmente en términos de estas relativamente pocas preferencias distributivas generalmente aceptadas, o en términos de eficiencia, son llamadas razones de justicia. La dificultad con este término es que algunas veces es tomado para implicar que el brillo moral de justicia está reservado a estas diferencias residuales y no se aplica a las preferencias distributivas generales o a las preferencias basadas en eficiencia. Y, por supuesto, esto es erróneo, ya que muchas titularidades que propiamente son descritas en nuestra sociedad como basadas en la justicia, podrían fácilmente ser explicadas en términos de preferencias distributivas generales o de eficiencia, o de ambas.

Usando el término "otras razones de justicia" esperamos evitar esta dificultad y enfatizar que las nociones de justicia adhieren a la eficiencia y a más amplias preferencias distributivas, así como a otras nociones mucho más idiosincráticas. En la medida que alguien desee contrastar la diferencia entre la eficiencia y otras razones para la elección de ciertas titularidades, de lo único que necesitará es del enunciado bipolar de eficiencia-distribución. Asimismo, para alguien que desee ahondar en razones que, no obstante haber estado posiblemente vinculadas en su origen con la eficiencia, tienen ahora una vida propia, o en razones que, aunque distributivas, no pueden ser descritas en términos de principios tan generales como la igualdad, un enunciado que admita "otras razones de justicia", parecería de mayor utilidad³³.

III. REGLAS PARA PROTEGER Y REGULAR LAS TITULARIDADES

Siempre que una sociedad elige una titularidad inicial, debe, además, determinar si protege la titularidad por medio de las reglas de la propiedad, por las reglas de responsabilidad o por las reglas de inalienabilidad. De acuerdo a nuestro esquema, gran parte de lo que generalmente llamamos propiedad privada puede ser vista como una titularidad que se encuentra protegida por una regla de propiedad. Nadie puede tomar la titularidad sobre la propiedad privada de su titular a menos que el titular la venda voluntariamente y al precio al cual él subjetivamente la valora. Por otra parte, puede existir una molestia por razón de vecindad ("nuisance", como los daños causados por los humos de una fábrica a sus vecinos), con la suficiente utilidad pública como para no admitir la prohibición judicial de la molestia, que conceda, en efecto, el derecho de tomar la propiedad ajena a cambio de una compensación. En tal circunstancia, la titularidad para la propiedad se encuentra tan sólo protegida por lo

que llamamos una regla de responsabilidad: un estándar objetivo y externo de valuación es utilizado para facilitar la transferencia de la titularidad del titular al causante de la molestia³⁴. Finalmente, en algunos casos no permitiremos siquiera la venta de la propiedad, esto es, convertiremos ocasionalmente la titularidad en inalienable.

En esta parte, consideraremos las circunstancias en las cuales la sociedad empleará estas tres reglas para resolver situaciones de conflicto. Debido a que la regla de propiedad y la regla de responsabilidad están muy relacionadas y dependen cada una, para su aplicación, de las deficiencias de la otra, las trataremos de manera conjunta. La inalienabilidad la discutiremos separadamente.

A. Reglas de Propiedad y de Responsabilidad

¿Por qué no puede una sociedad simplemente decidir, sobre la base de los criterios mencionados, quién es el que debe recibir una determinada titularidad y luego dejar que su transferencia ocurra a través de una simple negociación voluntaria? ¿Por qué, en otras palabras, no puede la sociedad limitarse ella misma a la regla de propiedad? Para lograrlo sólo necesitaría proteger y hacer efectiva la titularidad inicial contra todo ataque, quizás a través de sanciones penales³⁵, y reforzar, a su vez, los contratos voluntarios para su transferencia. ¿Por qué necesitamos, después de todo, reglas de responsabilidad?

En términos de eficiencia económica la razón es muy fácil de ver. A menudo, el costo de establecer el valor de una titularidad inicial por medio de la negociación es tan grande que aun cuando una transferencia de esa titularidad beneficiaría a todos los involucrados, tal transferencia jamás ocurrirá. Si en su lugar fuera admitida una determinación colectiva del valor, la transferencia beneficiosa sería rápidamente realizada.

Las facultades del Estado para expropiar son un buen ejemplo. Asumiendo que un parque en Guidacres -una extensión de tierra perteneciente a 1000 propietarios de 1000 parcelas respectivamente- resultaría de tal utilidad para un pueblo vecino que los 100,000 habitantes de dicho pueblo estarían, cada uno, dispuestos a pagar un promedio de \$100 para obtenerlo. El parque sería deseable en términos de Pareto si los propietarios de las parcelas de tierra en Guidacres valúan efectivamente sus titularidades en menos de \$10'000,000 o en un promedio de \$10,000 cada parcela. Asumamos que en efecto las parcelas

33. Ver, sin embargo, Fletcher, supra nota 21, 547 n. 40.

34. Ver, e.g., *Boomer V. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y. 2d 219, 309, N.Y.S. 2d 312, 257 N.G. 2d 870 (1970) (evitar la prohibición condicionado al pago de daños permanentes a los demandantes).

35. La relación entre las sanciones penales y las titularidades de propiedad serán examinadas infra pp. 84-86.

son todas iguales y que todos los propietarios las valoran en \$8,000. Bajo esta premisa, el parque sí resultaría deseable, en términos de eficiencia económica (de acuerdo a los valores predeterminados su costo sería de \$8'000,000 y su valor para los compradores de \$10'000,000). Pero aún, después de este análisis, ello no podría ser determinado con toda certeza. Así, si muchos de los propietarios piden más de \$10,000, para de ese modo obtener una mayor porción de aquellos \$2'000,000 que creen los compradores están dispuestos a pagar por sobre la valuación que los vendedores estiman, el precio demandado sería mayor que \$10'000,000 y no habrá parque alguno. Los vendedores tienen así un motivo para esconder su verdadera valuación y de este modo el mercado no tendría éxito en establecer el parque.

Un ejemplo igualmente válido puede ser formulado respecto de los compradores. Supongamos que los vendedores de Guidacres han acordado un precio de venta \$8'000,000 (ellos son todos parientes y en una cena familiar han decidido que exigir más les haría perder el negocio). No se deduce de ello que los compradores puedan elevar mucho más ese precio, aun cuando cada uno de los 100,000 pobladores en realidad valúa el parque en \$100. Algunos pobladores tratarán de beneficiarse sin asumir el costo y dirán que el parque sólo vale \$50 o, aun, que no tiene valor alguno para ellos, esperando con esto que muchos otros pobladores acepten que tienen un mayor interés en él y llegar así al precio de \$8'000,000. Nuevamente, no hay razón para creer que el mercado -un sistema descentralizado de valuación- hará que las personas expresen sus verdaderas valuaciones y por ende produzcan resultados que, en realidad, serían considerados por todos como deseables.

Siempre que este sea el caso, se puede rápidamente formular un argumento para pasar de una regla de propiedad a una regla de responsabilidad. Si la sociedad pudiera apartar del mercado la valuación de cada parcela de tierra, decidir el valor colectivamente, e imponerlo, se eliminaría el problema de las falsas expectativas. Del mismo modo, si la sociedad pudiera valorar colectivamente el interés individual de cada poblador de tener un parque y basado en ello, imponer un impuesto a los "beneficios" obtenidos, se

eliminaría el problema de los pobladores que quieren beneficiarse sin asumir el costo. Si la suma de los tributos resultara mayor a la suma del justiprecio que debe pagarse, el parque se construirá.

Por supuesto, pueden concebirse situaciones donde resulte barato excluir a todos los pobladores que no asumieron el costo del parque de sus pretensiones sobre el mismo, o racionar su uso en concordancia con lo que estaban originalmente dispuestos a pagar. En tal caso, los motivos para tratar de beneficiarse sin asumir el costo habrían sido eliminados. Pero esas exclusiones, aun cuando fueran posibles, no son generalmente baratas. El mismo puede ser el caso de los métodos del mercado que podrían evitar el problema de las expectativas, del lado de los vendedores.

Por otro lado, aun cuando los problemas de las expectativas y el de los pobladores que tratan de beneficiarse sin asumir los costos pueden ser factiblemente enfrentados por medio del mercado, quedaría aún un argumento para emplear una regla de responsabilidad. Asumamos que en nuestro supuesto, los pobladores que no contribuyen para el parque pudieran ser excluidos a un costo de \$1'000,000 y que todos los propietarios de parcelas en Guidacres pudieran ser convencidos, utilizando \$500,000 en propaganda y cocktails, de que la venta se efectuaría sólo si ellos revelaran sus verdaderas valuaciones de la tierra. Desde que los \$8'000,000 más \$1'500,000 suman menos que \$10'000,000 el precio del terreno habrá quedado determinado. Pero si la valuación colectiva de las parcelas y de los beneficios que el terreno traería consigo costaran menos de \$1'500,000, habría sido inviable establecer el valor del terreno por medio del mercado, un mercado cuyo costo no habría razón para asumir³⁶.

Por supuesto, los problemas con las reglas de responsabilidad son igualmente reales. No podemos estar seguros que el propietario Taney no esté mintiendo o negándose a revelar su valuación cuando asegura que su tierra vale \$12,000 para él. El hecho que varios vecinos vendan parcelas idénticas a \$10,000 no ayuda mucho; Taney puede estar sentimentalmente ligado a su tierra. Como resultado, la expropiación puede subvaluar gruesamente lo que

36. Puede argüirse que, dada la información imperfecta, el mercado es preferible debido a que pone un límite- el costos de establecer un mercado- al tamaño de la posible pérdida, mientras los costos de coerción no pueden ser definidos y pueden ser infinitos. Esto puede ser cierto en algunas situaciones pero no resulta ser siempre el caso. Si por ejemplo, supiéramos que los propietarios que creen que les pagaron más venderían por \$ 500,000 más de lo que se ofrece, porque recientemente ofrecieron la tierra en un precio mayor, coercionarlos para vender en un precio objetivamente determinado entre la oferta del vendedor y la oferta del comprador no resultará perjudicial si no se excede de \$ 500,000. Así, los costos de la coerción pueden también no ser infinitos.

Tampoco es una respuesta decir que aquél que vendería por un precio más alto pero es presionado a recibir uno menor sufre un costo no monetario infinito además de la diferencia en el precio, por el hecho de que es coercionado y ello lo resiente, porque si bien esto puede ser cierto, el mismo resentimiento no monetario puede también estar presente en aquéllos que desean el parque pero no lo obtienen porque el mercado es incapaz de excluir a los que se niegan a expresar su verdadera valuación. En otras palabras, los costos indeterminables de un resentimiento pueden existir debido tanto a la coerción como a una deficiencia del propio mercado.

Taney está actualmente dispuesto a aceptar por su propiedad, aun cuando busque darle su verdadera valuación de su parcela. En la práctica, es tan difícil determinar la verdadera valuación de Taney que la expropiación simplemente le hace conocer lo que la tierra vale "objetivamente", en el convencimiento de que puede resultar por sobre o por debajo de la compensación; lo mismo puede decirse respecto al comprador. Los impuestos a los "beneficios" raramente intentan, dejando de lado por un instante su eficacia, medir el deseo relativo de un ciudadano individual por medio del citado beneficio. Dichos impuestos se justifican porque, aun cuando no miden de manera precisa cada deseo individual por el beneficio, la alternativa del mercado nos parece peor. Por ejemplo, cincuenta familias diferentes pueden otorgar diferentes valores a una nueva vereda que correrá al costo de sus propiedades. Sin embargo, debido a que es difícil medir, cuando ello es posible, cada una de las valuaciones de esas familias, acostumbramos imputar a cada familia una cantidad igual.

El ejemplo de la expropiación es simplemente uno de los numerosos casos en los que la sociedad utiliza las reglas de responsabilidad. Los accidentes consti-

tuyen otro de dichos casos. Si fuéramos a dar a las víctimas una titularidad de propiedad para no ser agraviadas accidentalmente requeriríamos que todos los que intervienen en actividades que pueden causar perjuicio a los individuos, negociaran con ellos antes de un accidente y comprarán el derecho a dañar un brazo o una pierna³⁷. Tales negociaciones, anteriores al accidente, serían extremadamente raras y a menudo prohibitivas³⁸. Exigirlas haría, en realidad, imposibles muchas actividades que juzgamos valiosas. Y luego del accidente, el que perdió un brazo o una pierna siempre podrá tranquilamente negar que las ha vendido al precio que el comprador había ofrecido. En realidad, cuando las negociaciones se realizan después del accidente -por ejemplo las que tienen lugar antes del juicio- es porque la alternativa es por la valuación colectiva de los daños.

No es nuestro objetivo delinear aquí todas las situaciones teóricas -dejando a un lado las prácticas- donde los mercados pueden ser muy caros o fracasar y donde las valuaciones colectivas parecen ser más deseables. La literatura económica muchas veces ha abordado el tema de manera tal a hacerlo inteligible para los abogados³⁹. Escapa a nuestros propósitos

37. Aun cuando ello fuera posible, debe quedar claro que el bien vendido no sería el mismo del que ahora se le priva. Si Taney renuncia por \$1,000 al derecho de recobrar la pierna perdida, si alguna vez la perdiera, lo que estaría haciendo es negociando un producto indiviso, el cual puede ser descrito como "gusto o aversión por el riesgo" y "su deseo de tener una pierna". El producto actualmente tomado, sin embargo, es una pierna. Que los dos bienes sean diferentes puede ser apreciado a partir del hecho que un hombre que pide \$1,000 por una probabilidad de uno en mil de perder una pierna puede bien exigir más de \$100,000 por una probabilidad de uno en diez de perderla, y más de \$1'000,000 por la venta de su pierna a alguien que la requiera para un trasplante. Ver en general COSTS 88-94. Esto no significa que el resultado de tales transacciones, si fueran factibles, sería necesariamente peor que el resultado de las valuaciones colectivas. Simplemente significa que tal situación, aun cuando factible, es diferente de aquella en la cual Taney vende su casa en un precio determinado.

38. Tales negociaciones, anteriores al accidente, entre las potenciales víctimas y los causantes del perjuicio, no son a veces tan costosas. Así, en una típica situación de responsabilidad por producto, el costo de negociación sobre un daño potencial no necesariamente es prohibitivo. El vendedor de una máquina podadora puede ofrecer vender a un precio reducido si el comprador acepta no demandar en caso de resultar perjudicado. Sin embargo, la sociedad a menudo prohíbe tales negociaciones al juzgarlas indeseables. Esto puede suceder debido a las razones sugeridas en la nota 37 supra, o por cualquier otra razón que nos haga convertir alguna titularidad en parcial o totalmente inalienable. Se han hecho intentos para enfrentar situaciones donde las negociaciones *ex ante* no son factibles debido a estrategias fiscales diseñadas para hacer que la gente revele sus preferencias. Una de ellas consiste en requerir a los individuos declarar una valuación de sus propiedades, o aun de sus miembros y pagar un impuesto sobre ese autoavalúo. Ese valor sería el valor del bien si resultara dañado en un accidente o por la expropiación. Ver en general N. Tideman, *Three Approaches to Improving Urban Land Use*, ch. III (1969) (Disertación Ph.D. ante el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago, no publicado, en archivo. Biblioteca de Derecho de Yale). Por supuesto, si bien es sólo dañado como resultado de un accidente o de la expropiación, el problema del riesgo descrito en la nota 37 supra permanecerá. Si, en cambio, la propiedad o el miembro pudieran ser tomados a voluntad al valor autodeterminado, surgirían serios problemas por el hecho de existir enormes costos no monetarios lo mismo que monetarios, involucrados en hacer dar a la gente un valor a todas sus preferencias y sus miembros. Un problema adicional, aunque quizás solucionable con los impuestos autodeterminados, es que el precio tomado excluirá cualquier utilidad del consumidor. Esto puede no tener significancia en términos de eficiencia económica, pero si creemos que la existencia de una utilidad para el consumidor en muchas transacciones de mercado tiene en su totalidad un favorable efecto en la distribución de la riqueza, puede bien ser una razón por la cual los impuestos autodeterminados son vistos con escepticismo. Cf. Little, *Self-Assessed Valuations: A Critique* (1972) (documento no publicado, en archivo. Biblioteca de la Escuela de Leyes de Harvard). El lector puede preguntarse razonablemente por qué muchos individuos que ven a los impuestos autodeterminados con escepticismo no muestran la misma actitud por lo que puede ser una estrategia muy parecida, el seguro opcional de primera persona, que cubre el dolor y los daños sufridos en los accidentes automovilísticos. Ver, e.g., Calabresi, *The New York Plan: A Free Choice Modification*, 71 COLUM. L. REV. 267, 268 n.b (1971).

39. Para una buena discusión inteligible para los abogados, ver Bator, *The Anatomy of Market Failure*, 72 Q.J. ECON. 351 (1958).

apuntar que una razón muy común, quizás la más común, para preferir una regla de responsabilidad a una de propiedad para proteger una titularidad es que la valuación que de ella hace el mercado es considerada ineficiente, esto es, que resulta invalorable o demasiado cara de realizar comparada con una valuación colectiva.

Debemos también reconocer que la eficiencia no es el único punto a tomarse en cuenta para preferir el empleo de las reglas de responsabilidad sobre las reglas de la propiedad. Así como la titularidad inicial es a menudo decidida en base a razones distributivas, también la elección de una regla de responsabilidad es a menudo hecha porque facilita una combinación de los objetivos de la eficiencia y la distribución que sería difícil de conseguir con una regla de propiedad. Como veremos en el contexto de la contaminación, el uso de una regla de responsabilidad puede permitirnos llegar a un nivel de redistribución que sólo podría ser alcanzado con un sacrificio prohibitivo de eficiencia si empleáramos la respectiva regla de propiedad.

Con frecuencia, una vez que una regla de responsabilidad es elegida, quizás por razones de eficiencia, ésta es del mismo modo utilizada para favorecer objetivos distributivos. Nuevamente, los accidentes y la expropiación constituyen buenos ejemplos. En ambos casos la indemnización que se otorga varía claramente con los objetivos distributivos de la sociedad, y no puede ser fácilmente explicada en términos de dar a la víctima el equivalente más cercano posible, objetivamente determinado, del precio en el cual ella hubiera vendido aquello de lo que se le ha privado.

No debiera sorprendernos que esto ocurra así a menudo, aun en aquellos casos en los que la razón para una regla de responsabilidad sea una razón de eficiencia. Dado que los objetivos distributivos son caros y difíciles de alcanzar, y la valuación colectiva implicada en las reglas de responsabilidad conduce, por sí misma, fácilmente a promover objetivos distributivos⁴⁰. Esto no significa que los objetivos distributivos resulten siempre cumplidos de este modo. La toma de decisiones ad-hoc es siempre problemática, y las dificultades son especialmente agudas cuando la transacción de los conflictos entre las partes es utilizada como un vehículo para la solución de otros problemas distributivos más generalizados. Sin em-

bargo, de esta forma los objetivos distributivos pueden ser más fácilmente logrados que de otra⁴¹.

B. Titularidades inalienables

A esta altura, hemos ya abordado las preguntas de cuándo la sociedad debería proteger una titularidad por las reglas de propiedad o de responsabilidad. Sin embargo, existen muchas titularidades que implican un grado aún mayor de intervención estatal: la ley no sólo decide quién es el titular de algo y qué precio deberá pagarse por ello si es violado o destruido, sino que además regula su venta; por ejemplo, estableciendo pre-condiciones para que la venta sea válida o prohibiendo del todo su venta. Aunque estas reglas de inalienabilidad son sustancialmente diferentes a las reglas de propiedad y responsabilidad, su uso puede ser analizado en términos de los mismos objetivos distributivos y de eficiencia que subyacen al uso de las otras dos reglas.

Mientras que en una primera aproximación los objetivos de eficiencia pueden parecer disminuidos por las limitaciones a la capacidad para comprometerse en transacciones voluntarias, un análisis más detenido sugiere que hay instancias, quizás muchas, en las cuales la eficiencia económica resulta mucho más cercana a causa de las mismas limitaciones. Esto puede ocurrir cuando una transacción crea externalidades significativas (costos a terceras personas).

Por ejemplo, si se permite que Taney venda su tierra a Chase, un contaminador, perjudicará a su vecino Marshall al ocasionarle una pérdida de valor en el terreno de su propiedad. Es posible que Marshall quiera pagar a Taney para que no venda su tierra; pero debido a que existen muchos otros "Marshalls" perjudicados, el problema de los que quieren beneficiarse sin asumir el costo y los costos de información hacen que tales transacciones sean prácticamente imposibles. El Estado podría proteger a los "Marshalls" y aun facilitar la venta de la tierra dándoles una titularidad para prevenir la venta de Taney a Chase pero sólo protegiendo tal titularidad por una regla de responsabilidad. Podría, por ejemplo, gravar todas las ventas de tierra a contaminadores con un tributo que sería equivalente al estimado de todos los costos externos que la venta ocasionaría a los "Marshalls". Pero allí donde existen tantos perjudicados, que el precio requerido por la regla de responsabili-

40. La valuación colectiva de los costos hace también más fácil de valuar los costos en los que la sociedad cree deben ser valuados por la víctima en lugar de lo que la víctima los valoraría en un mercado libre si tal mercado fuera factible. La primera clase de valuación es por supuesto, paternalista, lo cual no significa que sea indeseable; el peligro es que el paternalismo que no es deseable entraría inadvertidamente dentro de la valuación del costo, dado que la valuación es hecha necesariamente en forma colectiva. Ver pp. 77-78 infra.

41. Para sugerencias de que los programas distributivos sistemáticos pueden a veces causar una peor distribución de recursos que las decisiones ad hoc, ver Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 Yale L.J. 1093, 1157-97 (1971); Calabresi, *supra* nota 12.

dad resultaría probablemente tan alto que nadie estaría dispuesto a pagarlo, poner en marcha la maquinaria de la valuación sería una pérdida de tiempo y recursos. Prohibir la venta a los contaminadores será la medida más eficiente dado que es claro que prevenir la contaminación es más barato que pagar sus costos, incluyendo los costos para los perjudicados.

Otra instancia donde los costos externos pueden justificar la inalienabilidad, se da cuando los costos externos no se prestan, ellos mismos, a la medición colectiva, que debe ser una medición aceptablemente objetiva y no-arbitraria. Esta imposibilidad de expresión en términos monetarios es característica de una categoría de costos externos, la cual en la práctica parece frecuentemente conducirnos a las reglas de inalienabilidad. Tales costos externos son a menudo llamados costos morales.

Si se permite que Taney se venda a sí mismo como esclavo, o que asuma riesgos indebidos que le hagan quedar en la indigencia, o vender un riñón, Marshall podría sufrir un daño, debido simplemente a que Marshall es un hombre sensible que sufre al ver a alguien como esclavo, o en la miseria o muriendo porque vendió un riñón. Nuevamente, Marshall pagaría a Taney para que no vendiera su libertad al esclavista Chase; pero otra vez Marshall no sería el único, sino uno de muchos perjudicados, el problema de los que quieren beneficiarse sin asumir el costo y los costos de información harían tales transacciones prácticamente imposibles. De nuevo, el Estado podría intervenir valuando objetivamente el costo externo para Marshall y exigiendo a Chase pagarlo. Pero dado que el costo externo ocasionado a Marshall no es susceptible de una medición objetivamente aceptable, tales reglas de responsabilidad no resultan adecuadas.

En el caso de Taney vendiendo tierras a Chase, el contaminador, las ventas eran inapropiadas porque nosotros **sabíamos** que los costos para Taney y todos

los perjudicados excedían los beneficios para Chase. Así, aun cuando no estamos seguros de cuál sería el resultado de un análisis costo-beneficio, las reglas de responsabilidad resultan inadecuadas porque la valoración monetaria es, por hipótesis, irrealizable. El Estado debe, en consecuencia, o ignorar los costos externos de Marshall o si lo considera más importante, prohibir la transacción que los ocasiona, haciendo inalienable la libertad de Taney⁴².

Obviamente, no siempre valüaremos lo suficientemente el daño externo a lo moral a un punto tal como para prohibir la venta⁴³. Y también obviamente, costos externos diferentes a los morales pueden resultar tan difíciles de valorar como para justificar crear las reglas de inalienabilidad apropiadas en ciertas circunstancias; sin embargo, esta razón para justificar las reglas de inalienabilidad aparece en la mayoría de los casos vinculada a situaciones en las que se encuentra implicado lo moral.

Existen otras dos razones de eficiencia para prohibir la venta de titularidades bajo ciertas circunstancias: auto-paternalismo y verdadero paternalismo. Ejemplos del primero son Ulises atándose al mástil, o los individuos aprobando una Declaración de Derechos para estar prevenidos de sucumbir ante tentaciones momentáneas que juzgan perjudiciales para ellos mismos. Este tipo de limitación no es en ningún sentido un paternalismo real. Es más bien totalmente compatible con el criterio de eficiencia de Pareto, basado en la idea que, sobre la multitud de casos, nadie mejor que el propio individuo para saber qué es lo mejor para sí mismo. Dicho criterio permite al individuo escoger lo que le resulta mejor en el largo plazo antes que en el corto plazo, aunque esta elección implique abandonar, en cierta medida, la libertad de elegir en el corto plazo. El auto-paternalismo puede llevarnos a requerir algunas condiciones previas para permitir la venta de una titularidad; y puede asimismo ayudarnos a explicar muchas situaciones

-
42. Otorgar a Taney un derecho inalienable a ser libre es en muchos aspectos lo mismo que otorgar a la mayoría de la gente una titularidad de propiedad para mantener a Taney libre. La gente puede negociar y decidir entregar su titularidad, por ejemplo, para cambiar la ley, pero existen límites a la factibilidad de este tipo de transacciones que hacen que las titularidades públicas sean virtualmente inalienables.
 43. Por ejemplo, permitirme comprar y leer los libros que desee, o vender mi casa a quienquiera que elija sin tomar en cuenta si con ello hago infelices a mis vecinos. Estas titularidades podrían ser una forma de autopaternalismo del lado de los vecinos que temen que una regla diferente los perjudique más en el largo plazo, o que pudieran ser seleccionados por haber fortalecido titularidades aparentemente similares. Ver 71-72 supra. Pero las mismas pueden a su vez reflejar la idea de que el daño sufrido por mis vecinos resulta de un moralismo compartido por ellos pero no tan extendido como para hacer más eficiente el hecho de otorgarles una titularidad para evitar mi transacción. En otras palabras, las personas dañadas por mi transacción son aquellas que evitan de manera más barata los costos, i.e., el costo que importa para ellos el permitírseme transar libremente es menor que el costo para mí y para otros similarmente situados en una titularidad inversa.
 44. El hecho que la sociedad haya hecho inalienable una titularidad no significa, por supuesto, que no habrá compensación para el poseedor de la titularidad si es que ella le es arrebatada. Así, aun cuando una sociedad prohíba la venta de riñones, probablemente compensaría a la persona cuyo riñón resulta destrozado en un accidente automovilístico. Las situaciones son distintas y el riñón es protegido por reglas diferentes de acuerdo a la situación en que nos encontremos.

de inalienabilidad, tales como la nulidad de los contratos celebrados por una persona en estado de embriaguez o en casos de dolo o violencia. Pero esto probablemente no nos dé aún una total explicación de las situaciones descritas⁴⁵.

El verdadero paternalismo nos lleva un paso adelante en la explicación de tales prohibiciones y otras de mayor envergadura -por ejemplo, las prohibiciones de toda una clase de actividades por los menores de edad-. El paternalismo se basa en la idea que al menos en algunas situaciones los "Marshalls" saben mejor que Taney lo que mejorará su situación⁴⁶. No estamos hablando aquí acerca de la ofensa causada a Marshall debido a la opción de Taney por la literatura pornográfica, o a la venta que de sí mismo hace al esclavista, sino más bien al criterio de que Taney no estaba en la posición de elegir bien por sí mismo, cuando optó por la pornografía o la servidumbre⁴⁷.

Al primer concepto lo hemos llamado un moralismo y constituye una frecuente e importante razón para la inalienabilidad. Pero esto es consistente con las premisas del óptimo de Pareto. El segundo concepto, el paternalismo, es a su vez, una importante razón de eficiencia económica para la inalienabilidad, pero por el contrario no resulta consistente con las premisas del óptimo de Pareto: la "torta" más eficiente no es más grande que aquella que se obtendría a

través de los convenios sin costos, ya que una persona puede salir en mejores condiciones si se le prohíbe negociar y contratar.

Finalmente, de la misma forma en que los objetivos de la eficiencia dictan algunas veces el uso de reglas de inalienabilidad, también lo hacen, por supuesto, los objetivos distributivos. El hecho que la titularidad pueda o no ser vendida con frecuencia afecta directamente al más rico y al más pobre. Prohibir la venta de niños hace más pobres a aquéllos que pueden producirlos a bajo costo y más ricos a aquéllos que a través de una red ajena al mercado obtienen gratis un niño "no deseado"⁴⁸. Prohibir las cláusulas eximentes de responsabilidad en la venta de productos hace más ricos a aquéllos perjudicados por los defectos en el producto y más pobres a aquéllos no perjudicados que deben pagar más por el producto porque la cláusula limitativa de responsabilidad fue prohibida⁴⁹. Favorecer al grupo específico que ha resultado beneficiado puede o no haber sido la razón para la prohibición de negociar. Lo importante es que, dejando de lado la razón para prohibir un contrato, un grupo gane con la prohibición.

Lo dicho basta para ponernos al tanto de qué motivos directamente distributivos pueden subyacer bajo los campos calificados de no-distributivos de la inalienabilidad, sea el paternalismo, el autopaternalismo o las externalidades⁵⁰. Esto no significa que darle

45. En la práctica, desde que es frecuentemente imposible limitar el efecto de una regla inalienable a aquéllos que la desean por razones de autopaternalismo, éste último podría llevar a algunas restricciones para aquéllos que desearan vender sus titularidades. Esto no hace al autopaternalismo menos consistente con el óptimo de Pareto; sólo es otro reconocimiento de que en un mundo imperfecto, el óptimo de Pareto puede ser alcanzado de mejor manera por sistemas que implican cierta coerción que por sistemas de negociaciones totalmente libres.
46. Esta afirmación deja abierta la cuestión de si el bienestar futuro de Taney será finalmente decidido por el propio Taney o por los muchos Marshalls. Lo último implica un alejamiento adicional de las premisas de Pareto. Lo primero que podría ser típico del paternalismo con los menores de edad implica simplemente que los menores no saben lo suficiente como para ejercitar el autopaternalismo.
47. Algunas veces el término paternalismo es utilizado para explicar el uso de una regla de inalienabilidad en situaciones en las que la inalienabilidad no hará que los muchos Marshalls o el forzado Taney estén en mejor posición alguna. Se dice que la inalienabilidad es impuesta porque los muchos Marshalls creen que convertir a la titularidad en inalienable es actuar conforme la voluntad de Dios, esto es, que una venta o transferencia de la titularidad injuriaría a Dios. Asumiendo que esta situación se diera en la práctica, nosotros no la denominaríamos paternalismo, porque esta palabra implica cuidar los intereses de la parte coercionada ...ver nota 30 supra.
48. Esto presupone que una prohibición a la venta de niños no deseados puede ser efectivamente impuesta. Si esto es posible, aquellos niños no deseados que son producidos, resultan de ningún provecho financiero para sus padres naturales, y logran un incremento en el bienestar de aquéllos a quienes se permite adoptarlos gratuitamente y como resultado de una distribución fuera del mercado. Si la prohibición de vender bebés fuera sólo parcialmente imponible, el resultado distributivo sería más complejo. Sería igual para aquéllos que pudieran obtener los bebés en adopción legal, i.e., para aquéllos que los reciben sin pagar sobornos. Igual sucedería con los padres naturales que obedecen la ley, desde que ellos seguirían sin recibir compensación alguna. De otro lado, el adquirente ilegal pagaría probablemente, y el vendedor ilegal recibiría un precio más alto del que pagaría si la venta de bebés fuera legal. Esto causaría un mayor efecto distributivo dentro del grupo de vendedores y compradores ilegales que el que existiría si tales ventas fueran permitidas.
49. Ver nota 37 supra.
50. En la práctica, es a menudo imposible decir si una titularidad ha sido hecha parcialmente inalienable por alguna de las muchas razones de eficiencia mencionadas, o por razones distributivas. ¿Prohibimos que la gente venda su cuerpo por razones de costo paternalista, autopaternalista o moralista? ¿Sobre qué fundamentos prohibimos a un individuo tomar, por un precio alto, una oportunidad de tres de dar su corazón a un sujeto saludable que necesita de un transplante? ¿Evitamos un mercado en recursos médicos por razones distributivas o algunas de las razones de eficiencia discutidas?

a los objetivos distributivos la importancia que se merecen sea indeseable. Claramente es deseable cuando en términos de eficiencia a la sociedad le es indiferente que la titularidad sea alienable o inalienable, o que los objetivos distributivos favorezcan una u otra aproximación. Incluso podría ser desearable aun cuando los objetivos distributivos sean alcanzados incurriendo en determinados costos de eficiencia. El peligro podría ser, sin embargo, que lo que se está justificando, como por ejemplo el paternalismo, sea realmente una forma oculta de incrementar los beneficios distributivos de un grupo que, por otra razón, no desearíamos beneficiar. Por ejemplo, podemos utilizar ciertos tipos de zonificación para preservar espacios abiertos que harán a los pobres más felices, aunque ellos no lo sepan el día de hoy. Los espacios abiertos pueden en realidad hacerlos más felices en el largo plazo. Pero la zonificación que preserva los lugares abiertos puede al mismo tiempo hacer que la edificación en los suburbios sea más cara y puede ocurrir entonces que toda su planificación se oriente a asegurar los beneficios distributivos en favor del habitante del suburbio sin atender a la felicidad de los pobres⁵¹.

IV. EL PROBLEMA DE LOS QUE SE BENEFICIAN SIN ASUMIR LOS COSTOS Y LAS REGLAS PARA EL CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN

La contaminación es una de las áreas más interesantes donde la pregunta de a quién se le otorgará una titularidad y de cómo será luego protegida, se encuentra en constante debate⁵². Tradicionalmente, y

de forma muy hábil en un reciente artículo del profesor Michelman, el problema del perjuicio-contaminación es examinado tomando en cuenta tres reglas⁵³. La primera: Taney no puede contaminar a menos que su vecino (asumiendo que sea su único vecino), Marshall lo permita (Marshall puede prohibir la actividad contaminante de Taney)⁵⁴. La segunda regla dice que Taney puede contaminar pero deberá compensar a Marshall por los daños ocasionados (se produce el perjuicio y el remedio se limita a los daños)⁵⁵. Y la tercera, que Taney puede contaminar a discreción y sólo podrá ser detenido por Marshall si éste lo remunera adecuadamente (la polución causada por Taney no es considerada un perjuicio para Marshall)⁵⁶. En nuestra terminología, las reglas uno y dos (prohibición de causar las molestias y perjuicio con resarcimiento de daños solamente) son titularidades otorgadas a Marshall. La primera es una titularidad para librarse de la contaminación y se protege con una regla de propiedad; la segunda es también una titularidad para librarse de la contaminación, pero protegida por una regla de responsabilidad. La regla tres (no-perjuicio) es, por otro lado, una titularidad en favor de Taney protegida por una regla de propiedad, ya que solamente **comprando a Taney su derecho**, al precio que él establezca, podría Marshall acabar con la contaminación.

La exposición de estas tres reglas en el contexto de nuestro esquema de trabajo nos sugiere que existen algunas omisiones. Lo que falta pues es que una cuarta regla represente la titularidad de Taney para contaminar, pero una titularidad que sea sólo protegida por una regla de responsabilidad. La cuarta

51. Hay otro tipo de razones que nos llevan a prohibir las ventas de algunas titularidades y que en algunos casos son denominadas distributivas; este tipo de razones nos llevan a prohibir la venta de algunas titularidades debido a que la distribución de la riqueza que subyace nos parece indeseable. Estas razones creemos no constituyen verdaderos fundamentos distributivos. Ellos son, en verdad, fundamentos de eficiencia que devienen válidos debido a la original mala distribución. Así, ellos pueden, una vez más, ser categorizados como consecuencia de externalidades, al autopaternalismo y al paternalismo puro: (1) Marshall resulta ofendido porque Taney, debido a su pobreza, vende un riñón, y luego Marshall opina por la prohibición de tales ventas (un moralismo); (2) Taney, buscando evitar la tentación ocasional debido a su pobreza, opina por la prohibición de tales ventas (autopaternalismo); y (3) la ley prohíbe a Taney vender su riñón porque, sin tomar en cuenta las creencias de Taney, una mayoría piensa que Taney estará en mejores condiciones más tarde si se le prohíbe vender que si se le deja en libertad de hacerlo influido por su propia pobreza (paternalismo puro). No queremos minimizar estas razones al señalar que ellas no son estrictamente distributivas. Las llamamos no distributivas simplemente para distinguirlas de la forma más directa en la que consideraciones distributivas afectan la alienabilidad de las titularidades.
52. Debe quedar claro que el problema que aquí tocamos realmente es sólo una parte de un problema mayor, aquél del planeamiento del uso de la tierra en general. Mucho de este análisis puede luego resultar relevante para otros temas sobre el uso de la tierra, por ejemplo zonas exclusivas, convenios restrictivos, y restricciones ecológicas. Ver nota 58 infra.
53. Michelman, *supra* nota 1, 670. Ver también RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, secciones 157-215 (1965). Michelman también discute la posibilidad de la inalienabilidad. Michelman, *supra*, 684. Para una discusión sobre el uso de reglas de inalienabilidad en el contexto de la contaminación, ver p. 84 infra.
54. Ver, e.g., Department of Health & Mental Hygiene v. Galaxy Chem. Co., 1 ENVIR. REP. 1660 (Md. Cir. Ct. 1970) (proscribe emanaciones químicas); Ensign V. Walls 823 Mich. 49, 34 N.W. 2d 549 (1948) (proscriben la prohibición de crianza de perros en los barrios residenciales).
55. Ver, e.g., Boomer V. Atlantic Cement Co., 26 N.Y. 2d. 219, 309 N.Y.S. 2d. 312, 257 N.E. 2d. 870 (1970) (evitar la prohibición condicionado al pago de daños permanentes a los demandantes).
56. Ver, e.g., Franciso v. Department of Institution & Agencies, 15 N.J. Misc. 663, 180 A. 843 (Ct. Ch. 1935) (demandantes no tienen título para proscribir el ruido y olores de sanitario adyacente); Rose v. Socony-Vacuum Corp., 54 R.I. 411, 173 A. 627 (1934) (la contaminación de aguas filtradas no es prohibible en ausencia de negligencia).

regla, en realidad una suerte de derecho de expropiación parcial unido a un tributo sobre los beneficios, puede ser enunciada como sigue: Marshall puede detener la contaminación que causa Taney, pero si lo hace debe indemnizarlo.

Como cuestión práctica, resulta fácil de ver por qué juristas tan astutos, como el profesor Michelman, han ignorado esta regla. A diferencia de las tres primeras, la cuarta regla no se presta fácilmente a la decisión judicial por un número de buenas razones legales de procedimiento. Por ejemplo, aun cuando en la práctica los daños causados a Taney pudieran ser medidos, el prorrateo de la obligación de compensar entre muchos Marshalls presentaría problemas, para los cuales las cortes no se encuentran bien preparadas. Si sólo se exigiera pagar la indemnización a aquellos Marshalls que voluntariamente alegaran su derecho a decidir sobre la contaminación que produce Taney, habría problemas insuperables vinculados a quienes quieren beneficiarse sin asumir los costos de tales beneficios. Por otro lado, si la regla de responsabilidad otorgara titularidad a uno solo de los Marshalls para decidir sobre la contaminación y exigiera a todos los Marshalls que resultaron beneficiados pagar su parte de la compensación, las cortes se enfrentarían con la inmensamente difícil tarea de determinar quiénes son los beneficiados; todo esto como consecuencia de los límites procesales dentro de los cuales se espera que las cortes funcionen⁵⁷.

La cuarta regla no forma, pues, parte de aquellos casos leídos por los estudiantes de Derecho al estudiar responsabilidad civil extracontractual, por lo que, fácilmente, ella les resulta desconocida. Pero esta regla se muestra valiosa, y puede, en algunos casos, dar mayor sentido que cualquiera de las otras tres aproximaciones. En realidad, de una u otra forma, puede constituir el recurso más frecuentemente empleado⁵⁸. Para apreciar la utilidad de la cuarta regla y compararla con las otras tres, examinaremos a continuación cuáles son las razones por las que deberíamos elegir cada una de las reglas dadas.

Emplearíamos la regla uno (titularidad para librarse de la contaminación, protegida por una regla de propiedad) desde una perspectiva de eficiencia económica si creyéramos que el contaminador Taney, pudiera evitar o reducir los costos de la contaminación a un menor precio que el contaminado, Marshall. O visto desde otro ángulo, a Taney se le prohibiría contaminar si estuviera en mejor posición para determinar los costos de la contaminación contra los costos de la no contaminación. Emplearíamos la regla tres (titularidad para contaminar, protegida por una regla de propiedad), nuevamente desde un punto de vista de eficiencia económica, si hiciéramos el juicio inverso, sobre quién puede determinar mejor el daño causado por la contaminación con los costos de su prohibición. Si nuestros juicios estuvieran equivocados y si las transacciones entre Marshall y Taney se

57. Este problema es de mucho mayor dificultad que aquél que surge bajo la regla dos, en el cual los muchos Marshalls serían compensados por los perjuicios debidos a la contaminación. Bajo la regla dos, cada víctima puede actuar como un individuo, tanto en la búsqueda de compensación en primera instancia como eligiendo ser o no parte de una clase en búsqueda de compensación. Si lo desea y es capaz de convencer a la Corte (por medio de algún standard objetivo aceptado) de que ha sido perjudicado, será compensado. Tal acción individual es cara, y así puede ser ruinosa, pero no presenta especiales problemas en términos del trabajo tradicional de las cortes. Pero si la clase en cuestión consiste no en aquellos con derecho a proscribir, sino en quienes deben pagar para proscribir, los problemas de quienes beneficiándose no quieren asumir los costos requieren que la Corte determine que un indeseado Marshall ha sido beneficiado y debe ser requerido para pagar. La dificultad básica es que si empezamos con la premisa que usualmente subyace a nuestra noción de eficiencia -esto es, que los individuos saben lo que es mejor para ellos- nos enfrentamos con la anomalía de compeler al pago de una compensación a alguien que niega haber obtenido un beneficio, pero a quien requerimos que pague porque la Corte cree que fue beneficiado.

Este problema es análogo a las dificultades que presentan los cuasi contratos. En términos de la teoría de nuestro objetivo de eficiencia económica, el caso para exigir una compensación no negociada debido a beneficios (con frecuencia accidentales) es similar al argumento para compensar a las víctimas de daños y perjuicios. Aún así, las cortes, como regla general, exigen compensación en los cuasi contratos sólo cuando existe tanto un beneficio indiscutible (usualmente de naturaleza pecuniaria o económica) como un reconocimiento afirmativo de la existencia de un beneficio subjetivo (usualmente una subsecuente promesa de pago). Ver A. CORBIN, *CONTRACTS* secciones 231-34 (1963). Esta duda sugiere la falta de seguridad de las Cortes sobre su capacidad para distinguir beneficios reales de ilusiones. Quizás mucho más importante es que sugiere que las cortes reconocen que lo que claramente aparece como un beneficio "objetivo" puede no ser para el supuesto beneficiario un beneficio subjetivo, si sin más razón que ésta, los cambios indeseados del status quo a menudo exigen costos psicológicos. Si éste es el caso, no habría existido beneficio alguno en términos de nuestro criterio de eficiencia.

58. Ver A. KNEESE & B. BONER, *Managing Water Quality: Economics, Technology, Institutions* 98-109 (1968); Krier, *The Pollution Problem and Legal Institutions: A Conceptual Overview*, 18 U.C.L.A. Rev. 429, 467-75 (1971). Virtualmente todas las apropiaciones por expropiación debido a un uso indebido parecen ser ejemplos de esta aproximación. Restricciones por razones ecológicas pueden constituir otro buen ejemplo. Una ordenanza de zonificación local puede requerir a uno de los que la llevan a cabo que contribuya con una porción de su tierra para un parque o para la construcción de una escuela. En compensación por tomar la titularidad de éste, la localidad pagará "daños": los que le permitirán incrementar la tasa normal de densidad de sus restantes propiedades. La cuestión de la determinación del daño involucrado en restricciones ecológicas origina problemas similares a aquéllos que surgen en la determinación del beneficio involucrado en la cuestión de los cuasi contratos. Ver nota 57, supra.

realizaran sin costo alguno o a un costo muy bajo, la titularidad bajo las reglas uno o tres sería negociada y en cualquiera de los casos se llegaría a un resultado eficiente vía un acuerdo⁵⁹. Si le diéramos a Taney la titularidad para contaminar y Marshall valorara el aire limpio más de lo que Taney valora la contaminación, Marshall pagaría a Taney para que deje de contaminar aun cuando no existiera derecho a acción legal alguna. Si, en cambio, le diéramos a Marshall una titularidad para decidir sobre la contaminación y el derecho de contaminar valiera para Taney más que la libertad de contaminar para Marshall, Taney pagaría a Marshall para que no pidiera su prohibición o compraría la tierra de Marshall y la vendería luego a alguien que aceptara no exigir tal prohibición. Si, como hemos asumido, nadie más resulta perjudicado por la contaminación, Taney podría ahora contaminar aunque la titularidad inicial, basada en el supuesto equivocado de quién era el que mejor lograba evitar el costo implicado, permitiera que la contaminación fuera prohibida. Cada vez que las transacciones entre Taney y Marshall resulten fáciles de realizar y la eficiencia económica sea nuestro objetivo, podremos emplear titularidades protegidas por reglas de propiedad aun cuando no estemos seguros de que la titularidad elegida sea la correcta. Las transacciones, tal como han sido descritas más arriba, subsanarían el error. Mientras la titularidad pueda tener importantes efectos distributivos, la eficiencia económica no se verá sustancialmente afectada.

Sin embargo, desde el momento en que asumimos que las transacciones no son baratas, la situación sufre un dramático cambio. Supongamos que tenemos poder sobre Taney y que existen 10,000 Marshalls perjudicados. Ahora bien, **aun cuando** el derecho de contaminar fuera más valioso para Taney que el derecho de estar libres de contaminación para todos los Marshalls, la prohibición probablemente permanecería. El costo de comprar su titularidad a todos los Marshalls, dado los problemas generados al ocultar ellos sus preferencias exagerando sus pretensiones, parecería ser insuperable, y se necesitaría un equivalente al derecho de expropiar para Taney para alterar la prohibición inicial. De manera inversa, si negamos la posibilidad de prohibir la contaminación a los 10,000 Marshalls, éstos sólo podrían con gran dificultad, dado el problema que muchos quisieran obtener los beneficios sin asumir los costos, juntarse para comprarle a un Taney su titularidad y así evitar la contaminación. Esto ocurriría así, aún en el caso de que el daño de la contaminación fuera mayor que el valor que Taney asigna al derecho de contaminar.

Si los costos de transacción no fueran, sin embargo, simétricos, aún podríamos ser capaces de utilizar la regla de propiedad. Asumamos que Taney puede comprar las titularidades de los Marshalls fácilmente porque no existe el problema del ocultamiento de las verdaderas preferencias, pero que los Marshalls tienen grandes problemas para resolver la situación de que muchos se quieren beneficiar sin asumir los costos para comprarle a Taney su titularidad. En este supuesto, la titularidad será otorgada a los Marshalls a menos que estemos seguros de que los Marshalls sortean de manera más barata los costos de la contaminación. Ahí donde no identifiquemos quién evita de manera más barata los costos resultará mejor otorgar a los Marshalls la titularidad para librarse de la contaminación dado que, aun cuando nos equivoquemos en la colocación inicial de la titularidad, esto es, aún en el caso de que los Marshalls sean los que sorteen de manera más barata los costos, Taney compraría su titularidad a los Marshalls y se obtendría la eficiencia económica. Si hubiéramos elegido la titularidad inversa y ésta fuera equivocada, los Marshalls no podrían comprar a Taney su titularidad. Desafortunadamente, los costos transaccionales son a menudo altos en ambos lados y una titularidad inicial, aunque incorrecta en términos de eficiencia económica, no sería alterada por el mercado.

Bajo estas circunstancias -normales en el campo de la contaminación- resulta oportuno pasar a las reglas de responsabilidad, toda vez que no estamos seguros si es el contaminador o son los contaminados quienes pueden sortear de la manera más barata los costos de la contaminación. Sería adecuado utilizar reglas de responsabilidad sólo allí donde no estemos seguros, porque allí donde lo estemos, los costos de las reglas de responsabilidad -esencialmente los costos de la valuación colectiva de los daños que afectan a todos los involucrados más el costo de la coerción contra aquéllos que no venderán en la suma colectivamente determinada- serán innecesarios. Y son innecesarios porque los costos transaccionales y las barreras a la negociación devienen irrelevantes cuando conocemos con certeza quién es el que sortea los costos de manera más barata, la eficiencia económica será, en este caso, otorgada sin transacciones al conceder la titularidad inicial correcta.

En la práctica ocurre que muy a menudo no estamos seguros de quién es el que puede evitar los costos de manera más económica. En tales casos, la doctrina legal tradicional, tiende a buscar un perjuicio y sólo impone a Taney el pago de los daños ocasionados.

59. Para una discusión de si la eficiencia podría ser alcanzada tanto en el largo como en el corto plazo, ver Coase, supra nota 12; Calabresi, supra nota 12 (resaltando que si "los costos de transacción nulos" significan que no hay impedimentos de negociar en el corto o largo plazo, y si el óptimo de Pareto significa una distribución de recursos que no puede ser mejorada por las negociaciones, las asunciones de costos de transacciones nulos y de la racionalidad implicarán, necesariamente, al óptimo de Pareto.); Nutter, supra nota 12 (una demostración técnica de la aplicabilidad del Teorema de Coase a los problemas de largo plazo), ver también Demsetz, supra nota 15, 16-22.

nados a los Marshalls⁶⁰. De este modo, si el monto de los daños que Taney está obligado a pagar resulta cercano al perjuicio causado, la eficiencia económica habrá realizado su labor; pero si no es así, el perjuicio generará más daños que beneficios. Sin embargo, la titularidad de los Marshalls para estar libres de contaminación, a no ser que fueran compensados, habría sido otorgada no porque se hubiera pensado que contaminar probablemente valía menos para Taney que la libertad para contaminar para los Marshalls, ni porque, basados en algún criterio distributivo, prefiramos hacer soportar el costo a Taney antes que a los Marshalls, sino porque simplemente no sabíamos si Taney desaba contaminar más de lo que los Marshalls deseaban estar libres de la contaminación; y la única forma con la que creímos podríamos determinar el valor de contaminación era por medio de una regla de responsabilidad. Esta era la regla dos, el pago de daños por las molestias por razón de vecindad a Taney. Esta sería la posición de una corte, comprometida con la eficiencia económica, que crea que sus únicas opciones son las regla uno, dos y tres.

La regla cuatro da, al menos, la posibilidad de que la titularidad opuesta pueda, a su vez, llevar a la eficiencia económica en una situación de incertidumbre. Supongamos por un momento que existe un mecanismo para evaluar colectivamente el beneficio obtenido por cada uno de los Marshalls a causa de dicha cesación. Luego -asumiendo el mismo grado de precisión en la valuación colectiva al existente en la regla dos (regla del pago de daños por molestias)- los Marshalls detendrían la contaminación si ésta les dañara más de lo que beneficiara a Taney. Si esto es posible, luego, aún si creyéramos necesario usar una regla de responsabilidad, estaríamos todavía en la libertad de dar la titularidad a Taney o a Marshall por la razón que quisiéramos; sea ésta de eficiencia o distributiva.

En realidad, el asunto es mucho más complejo. Así como los costos de transacción no son necesariamente simétricos bajo las dos titularidades recíprocas basadas en la regla de propiedad, del mismo modo los equivalentes de una regla de responsabilidad en términos de costos de transacción -el costo de valorar colectivamente y coercionar la adecuación con dicha valuación- podrían no ser simétricos bajo las dos reglas de responsabilidad recíprocas. Los daños por molestias pueden ser muy difíciles de valorar, y los costos de informar a todos los perjudicados de sus derechos y hacerlos acudir a los tribunales pueden resultar prohibitivos. En vez de ello, la estimación del daño objetivo causado a Taney por impedirle contami-

nar, puede resultar barata, y lo mismo puede ocurrir con la determinación de los beneficios relativos que estar libre de contaminación trae a todos los Marshalls. Lo opuesto puede también darse. Como resultado, así como la elección de cuál de las titularidades de propiedad podría basarse en costos de transacción asimétricos y por tanto a la flexibilidad de ser susceptible de correcciones por el mercado, del mismo modo puede la elección entre las titularidades de responsabilidad estar basada en la asimetría de los costos de una determinación colectiva de la indemnización.

La introducción de consideraciones distributivas hace más significativa la existencia de una cuarta posibilidad. Para demostrarlo ya no se necesita investigar todas las variaciones de las posibles relaciones entre los objetivos de eficiencia y los distributivos bajo las cuatro reglas. Un simple ejemplo puede bastar. Pensemos en una fábrica que, por el uso de carbón barato, contamina al estamento adinerado de un pueblo y emplea a trabajadores pagándoles salarios bajos para fabricar un producto que es adquirido principalmente por los pobres; supongamos también la existencia de un objetivo distributivo que favorece la igualdad de riqueza entre todos. La regla uno -prohibir la contaminación- habría posiblemente logrado resultados deseables de eficiencia económica (si la contaminación daña a los pobladores más de lo que permite ahorrar a la fábrica en costos de carbón), pero tendría desastrosos efectos distributivos. La misma regla tendría también indeseables efectos de eficiencia si el juicio inicial sobre los costos de prevención hubiera sido equivocado y los costos de transacción fueran en realidad altos. La regla dos -pago de daños causados por la contaminación- permitiría examinar la capacidad de la eficiencia económica para eliminar la contaminación aun en presencia de altos costos de transacción, pero pondría, muy posiblemente a la fábrica fuera de funcionamiento o disminuiría su producción y así tendría los mismos efectos en la distribución del ingreso que la regla uno. La regla tres -permitir la contaminación- tendría efectos distributivos favorables ya que protegería el ingreso de los trabajadores. Pero si el daño de la contaminación fuera, para los pobladores, mayor que el costo de evitarlo usando un mejor carbón, y si los costos de transacción -problemas de ocultamiento de preferencias- fueran tales que los pobladores no pudieran unirse para pagar a la fábrica para que use mejor carbón, la regla tres tendría insatisfactorios efectos de eficiencia. La regla cuatro -pago de daños a la fábrica después de permitir a los pobladores compelerla o usar mejor carbón, e imposición del costo de estos daños a los

60. Ver, e.g., *City of Harrisonville v. W.S. Dickey Cllax Mig. Co.*, 289 U.S. 334 (1933) (los daños son un remedio apropiado cuando la prohibición perjudica un interés público importante); *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.*, 113 Tenn., 331, 83 S.W. 658 (1904) (daños apropiados debido a la demora de diez años del demandante en solicitar se prohiban los humos).

pobladores- sería la única que satisfaría tanto los objetivos distributivos como los de eficiencia⁶¹.

Podemos construir una hipótesis que resulte igualmente buena para cualquiera de las reglas. No obstante, los problemas de coerción pueden, en la práctica, ser extremadamente graves bajo la regla cuatro. ¿Cómo decidirán los propietarios detener el uso por parte de la fábrica de un carbón corriente? ¿Cómo fijaremos y asignaremos proporcionalmente los daños en términos de beneficios para los pobladores? Pero problemas equivalentes pueden aparecer en caso de aplicar la regla dos. ¿Cómo valuaremos los daños para cada uno de los pobladores? ¿Cómo informar a los pobladores de sus derechos a los daños? ¿Cómo evaluaremos y limitaremos los gastos administrativos de la actuación de la corte, que ésta solución genera?.

La complejidad del problema bajo cada una de las reglas de responsabilidad depende del número de personas a quienes los "beneficios" o "daños" deban ser imputados y del gasto y la probabilidad de error

en tal imputación. Es necesario dar respuesta a estas interrogantes para lograr una evaluación de los posibles beneficios en términos de eficiencia económica de emplear una regla con preferencia a otra. La relativa facilidad para realizar tal imputación a través de diferentes instituciones puede explicar el por qué empleamos a menudo a las cortes para la regla dos y por qué llegamos a la regla cuatro sólo a través de cuerpos políticos que pueden, por ejemplo, prohibir la contaminación o "tomar" la titularidad para construir un avión supersónico gracias a una especie de derecho de expropiar, pagando una compensación a aquéllos perjudicados por estas decisiones⁶². Pero todo esto, de ninguna manera disminuye la importancia del hecho de que la conciencia de la posibilidad de una titularidad para contaminar, protegida sólo por una regla de responsabilidad, puede en algunos casos mejorar nuestra capacidad para combinar nuestros objetivos distributivos y de eficiencia.

Habíamos dicho que hablaríamos poco acerca de la justicia, y así lo haremos. Mas debe resultar claro

61. Cualquiera de las reglas de responsabilidad puede también ser utilizada de distinta manera para lograr los objetivos distributivos. Por ejemplo, si las víctimas de la contaminación fueran pobres, y si la sociedad deseara una distribución más equitativa de la riqueza, podrá incrementar intencionalmente el resarcimiento de los daños "objetivos" si la regla dos fuera utilizada; inversamente, podría disminuir la compensación a los dueños de la fábrica, sin ningún miramiento respecto de la eficiencia económica, si la regla cuatro fuera elegida. Existen obvias desventajas en este método ad hoc de alcanzar los objetivos distributivos. Ver p. 76 supra.

62. Por supuesto, variantes de las otras reglas pueden también ser administradas a través de instituciones políticas. La regla tres, otorgar una titularidad de propiedad a un contaminador, puede ser materializada a través de créditos contra impuestos u otros incentivos tales como los subsidios para los combustibles no contaminantes ofrecidos para la voluntaria disminución de la contaminación. En tales términos, al igual que con la regla cuatro, las instituciones políticas son usadas para efectuar determinaciones comprensivas de los beneficios y superar los problemas de agentes que quieren beneficiarse sin asumir los costos de tal beneficio, y que pueden ser encontrados en una solución de mercado más descentralizado. Sin embargo, esta centralización -en la medida que reemplaza los pagos voluntarios de las víctimas individuales de la contaminación con pagos colectivos no unánimemente acordados- resulta una solución híbrida. El contaminador debe consentir en la venta de su titularidad, pero el grado de disminución de la contaminación buscado y el precio pagado por cada una de las víctimas de la contaminación no es subjetivamente determinado ni voluntariamente consentido por cada una.

La relación de híbridos como los de arriba para las cuatro reglas básicas puede ser establecida de una manera más general. El comprador de una titularidad, sea que la titularidad esté protegida por reglas de propiedad o de responsabilidad, puede ser visto como poseyendo lo que en realidad sería un derecho de propiedad de no comprar la titularidad. Pero cuando abundan los problemas de individuos que quieren beneficiarse sin asumir los costos, ese derecho de propiedad puede en cambio ser otorgado a una clase de potenciales compradores. Esta "clase" puede ser una municipalidad, una autoridad sanitaria, o cualquier otro cuerpo que pueda decidir comprar una titularidad y compeler a aquéllos beneficiados a pagar un precio objetivo. Cuando esto se efectúa, los individuos al interior de la clase tienen ellos mismos sólo una titularidad para no adquirir la titularidad del vendedor protegida por una regla de responsabilidad. Como hemos podido observar, al poseedor de una titularidad puede serle permitido venderla a su propio precio o ser compelido a venderla a un precio objetivo; él podría tener una titularidad protegida por una regla de propiedad o de responsabilidad. Desde que en cualquier transacción el comprador podría tener una titularidad de propiedad o de responsabilidad de no comprar y el vendedor podría tener igualmente una titularidad de propiedad o de responsabilidad de no vender existen, en efecto, cuatro combinaciones de reglas para cada posible colocación original de la titularidad: vendedor voluntario y comprador voluntario; vendedor voluntario y comprador compelido; vendedor compelido y comprador voluntario; vendedor compelido y comprador compelido. Aún más, desde que la titularidad de aquéllo que se está comprando o vendiendo puede haber sido originalmente otorgada a la parte opuesta, existen, en efecto, ocho posibles reglas en vez de cuatro.

No queremos sostener por lo dicho arriba que sugiríamos que las instituciones políticas son usadas sólo para distribuir colectivamente derechos de propiedad. Todo lo contrario, la regla dos por ejemplo, da a las víctimas de la contaminación una titularidad protegida por una regla de responsabilidad para evitar la contaminación. Esta regla puede ser administrada por una fijación descentralizada del daño como en un litigio, o ser efectuada por técnicas tales como tarifas para contaminar a cargo de los contaminadores. Este último tipo de intervención colectiva puede ser preferible cuando se involucra a un gran número de personas y los costos de la valuación descentralizada de los daños son altos. Pero aún bajo cualquiera de los sistemas, el "precio de venta" es colectivamente determinado, de tal forma que el carácter básico de la titularidad de las víctimas no varía.

que si la cuarta regla mejora nuestra habilidad para combinar los objetivos de eficiencia con los objetivos distributivos, ella a la vez nos capacita mejor para combinar los mismos objetivos de eficiencia con otros objetivos que con frecuencia son descritos en el lenguaje de la justicia. Por ejemplo, asumiendo que la fábrica en nuestra hipótesis hubiera estado usando carbón barato **antes** que cualquiera de las casas de las familias adineradas fuera construida. Bajo estas circunstancias, la regla cuatro no sólo alcanzaría la eficiencia deseada y los resultados distributivos mencionados líneas arriba, sino que también concordaría con cualquiera significación de "justicia" que se entienda vinculada con haber estado allí antes que los vecinos. Y esto es así, tanto si vemos ese significado de justicia como parte de un objetivo distributivo, o como parte de un objetivo de eficiencia de largo plazo basado en expectativas de protección, o, en fin, como parte de un concepto independiente.

Hasta ahora no hemos tomado en cuenta la posibilidad de emplear reglas de inalienabilidad para resolver los problemas de contaminación. Una política general que prohíba la contaminación nos parece irreal⁶³. Pero las reglas de inalienabilidad pueden ser usadas apropiadamente para limitar los niveles de contaminación y para controlar el nivel de actividades que causan dicha contaminación⁶⁴.

Un argumento a favor de la inalienabilidad puede estar en la difundida existencia de moralismos contra la contaminación. Así, puede resultar dañoso para los Marshalls -hacendados-agricultores-el ver como Taney, un ciudadano acostumbrado a la sofocación de la ciudad, vende su titularidad para estar libre de contaminación. Un tipo diferente de externalidad o de moralismo puede resultar aún más importante. Los Marshalls pueden sentirse dañados por las expectativas que, mientras la generación presente puede soportar los actuales niveles de contaminación con leves daños a la salud, las generaciones futuras con seguridad enfrentarán más tarde desoladas y riesgosas condiciones ambientales, las cuales les resultarán imposibles de revertir⁶⁵. Este campo para la inalienabilidad pudiera ser fortalecido si es que obtuviéramos

una conclusión similar en el ámbito del auto-paternalismo. Finalmente, la sociedad podría restringir la alienabilidad apoyándose en fundamentos paternalistas. Los Marshalls podrían creer que aunque Taney mismo lo ignore, él estaría en mejores condiciones si realmente pudiera ver las estrellas en la noche, o respirar un aire sin 'smog'.

Cualesquiera sean los campos para la inalienabilidad, debemos volver a enfatizar que los efectos distributivos deben ser cuidadosamente evaluados al realizar la elección por o contra la inalienabilidad. Así, a los habitantes de un pueblo puede otorgárseles una titularidad para evitar la contaminación del agua a causa de la descarga de desperdicios de una fábrica de químicos; y dicha titularidad puede ser hecha inalienable basados en que, de esta forma, los habitantes del pueblo realmente estarán, en el largo plazo, en mejores condiciones para acceder a playas limpias. Pero la titularidad puede también ser hecha inalienable para asegurar el mantenimiento de una bella área de reserva para gente rica, dejando, al mismo tiempo, a los habitantes del pueblo sin trabajo⁶⁶.

V. EL ESQUEMA PLANTEADO Y LAS SANCIONES PENALES

Obviamente, no podemos extender la relevancia de nuestra aproximación a muchas áreas del Derecho. Pero sí la creemos útil para examinar una adicional: aquella de los crímenes contra la propiedad y la integridad corporal. La aplicación del esquema para el uso de sanciones penales en los casos de robo o violaciones de la integridad corporal es útil en tanto puede contribuir a la comprensión de las materias tratadas con anterioridad, especialmente al ayudarnos a distinguir diversos tipos de problemas legales y a identificar los diferentes modos de resolver tales problemas.

Los estudiantes novatos, instruidos inicialmente en las nociones de eficiencia económica, se preguntan algunas veces por qué no debe un ladrón simplemente quedar obligado por el valor de la cosa robada. La misma pregunta se la han planteado alguna vez

63. Ver Michelman, *supra* nota 1, 667.

64. Esta es la analogía exacta del disuasivo específico de las actividades causantes del daño, ver COSTS 95-129. Aunque pueda parecernos caprichoso, existe por supuesto la posibilidad de que un Estado desee otorgar una titularidad inversa: Una titularidad inalienable para contaminar en algunas instancias. Esto puede suceder cuando el Estado cree que, en el largo plazo, todos estarán en mejor condición, permitiendo a los productores de la contaminación fabricar sus productos, sin tomar en cuenta si el contaminador cree ventajoso aceptar una compensación por dejar de contaminar.

65. Ver Michelman, *supra* nota 1, 684.

66. Cf. Frady, *The View from Hiton Head*, HARPER'S, may, 1970, 103-112. (el conflicto sobre la propuesta de establecer una fábrica de químicos que contaminaría el área de las playas en la económicamente deprimida comunidad de Carolina del Sur; grupos ambientalistas opuestos a la fábrica, apoyados en los promotores de reservas para gente adinerada en el área, los promotores de la fábrica apoyados por los habitantes desempleados del pueblo).

los filósofos del Derecho⁶⁷. ¿Si la cosa robada fue más valiosa para el ladrón que para el propietario, una sanción de este tipo, no cumple acaso suficientemente con el objetivo de la eficiencia económica?. Nuestras respuestas a tal pregunta tienden a tomar un tono altisonante al incursionar en consideraciones morales de indudable relevancia. Pero estas consideraciones con frecuencia no resultan de mucha ayuda para la persona que nos cuestiona, ya que se sustentan en la existencia de obligaciones a cargo de los individuos que les impiden robar por un precio fijo y la pregunta original sería entonces por qué debemos después de todo imponer tales obligaciones.

Una respuesta simple a tal pregunta sería que los ladrones no son capturados todas las veces que roban y por lo tanto los costos del ladrón deben al menos tomar en cuenta la improbabilidad de la captura⁶⁸. Pero ello no resolvería totalmente el problema, ya que aun si los ladrones fueran siempre apresados, la pena que desalentamos sería siempre mayor que los daños objetivos causados a la persona robada.

Una posible explicación, más amplia, se apoya en la consideración de la diferencia existente entre las titularidades de propiedad y las titularidades de responsabilidad. Para nosotros, imponer al ladrón una pena igual al valor objetivamente determinado de la propiedad robada sería convertir todas las titularidades basadas en la regla de propiedad en titularidades basadas en la regla de responsabilidad.

Sin embargo, la pregunta permanece. ¿Por qué no convertir todas las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad? La respuesta es por supuesto, obvia. Las reglas de responsabilidad representarán sólo una aproximación del valor del objeto para su propietario original y la disposición a pagar tal valor aproximado no es indicativa de que valgan más para

el ladrón que para el propietario. En otras palabras, aparte del costo para llegar colectivamente a tal valuación objetiva, no es garantía de la eficiencia económica de la transferencia⁶⁹. Si esto es así con la propiedad, con mayor razón con la integridad corporal, y no pretenderemos colectiva ni objetivamente, valuar el costo de la violación para la víctima contra el beneficio del violador aun cuando la eficiencia económica fuese nuestro único motivo. Incluso cuando nos aproximamos al área de la integridad física pisamos campos en los que no admitimos que una titularidad sea vendida y donde la eficiencia económica participa, si es que llega a participar, en una manera mucho más compleja... Pero aún en los casos en que los objetos tomados o destruidos son cosas que permitimos sean vendidas, no impondríamos al vendedor un precio de venta objetivo a no ser que lo exijan razones especiales.

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que no sólo debemos tener reglas de responsabilidad sino que, con frecuencia, aunque sólo sea por motivos de eficiencia económica, requeriremos de reglas de propiedad, la respuesta que daríamos a aquellos estudiantes novatos se torna clara. Así, aun cuando en un caso determinado podamos estar seguros que el valor del objeto robado no es más de "x" dólares, y el ladrón ha sido apresado y está listo para compensar, no estaremos satisfechos si simplemente le obligamos a pagar "x" dólares. Dado que en la mayoría de los casos no podemos estar seguros de la eficiencia económica de la transferencia operada por el robo, debimos agregar a cada caso una sanción que representa la necesidad por parte de la sociedad de evitar que las reglas de propiedad sean convertidas, a voluntad, en reglas de responsabilidad⁷⁰. En otras palabras, imponemos sanciones penales como un medio de desalentar futuros intentos de convertir reglas de propiedad en reglas de responsabilidad⁷¹.

67. Uno de los últimos artículos del Profesor Giorgio del Vecchio se aproxima a hacerse esta pregunta, ver Del Vecchio, *Equality and Inequality in Relation to Justice*, II NAT. LAW FORUM 36, 43-45 (1966).

68. Ver, e.g., Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. (1968).

69. Se podría señalar que muy a menudo un ladrón no tendría el dinero para hacer frente al precio objetivamente determinado del objeto robado; en efecto, su falta de recursos es probablemente su principal motivación para el robo. En tales casos, la sociedad, si insiste en una regla de responsabilidad, tendrá que compensar al poseedor inicial de la titularidad desde las arcas del Estado. Cuando esto sucede el ladrón no sentirá el impacto de la regla de responsabilidad y en consecuencia no estará suficientemente disuadido de incurrir en una actividad similar en el futuro. cf. COSTS 147-48.

70. Si no estuviéramos interesados en la integridad de las reglas de propiedad y por ende no estuviéramos usando una sanción, presumiblemente aún trataríamos de ajustar la cantidad de daños imputados al ladrón para así reflejar el hecho que sólo un porcentaje de ladrones sean apresados; esto es, que fijaremos un precio-penal que reflejaría el valor del bien y el riesgo de la captura.

71. Un problema relativo a las sanciones penales es aquél de los daños punitivos en los daños intencionales. Si Taney prepara una escopeta con el propósito de matar o mutilar a cualquiera que traspase su propiedad, Taney sabe lo que está haciendo y cuáles son los riesgos involucrados, lo cual implica un vínculo más directo con el criminal del que existiría entre un conductor negligente y la víctima de un accidente. Pero debido a que Taney no sabe con precisión cuáles de los muchos Marshalls será la víctima de sus acciones, las negociaciones ex ante parecen difíciles. ¿Cómo justificaremos luego el uso de sanciones penales y el pago de algo más que daños compensatorios? Probablemente la respuesta está en el hecho que asumimos que los beneficios del acto de Taney no valen el daño que ocasionan si tal daño fuera valuado totalmente. Suponiendo que este hecho, en contraste con lo que implica un simple caso de

El estudiante de primer año podría, sin embargo, insistir y preguntar por qué tratamos al ladrón o al violador en forma diferente a aquél que causa daños en un accidente automovilístico o contaminador. ¿Por qué permitimos reglas de responsabilidad en dichos casos? En cierto sentido, ya hemos respondido a esta pregunta. Los únicos casos en los que, antes del accidente, el conductor puede negociar el valor de aquello de lo que pudiera privar a su víctima potencial, son aquéllos en los que las transacciones son demasiado costosas. El ladrón o el violador, por otro lado, pueden haber negociado sin gasto excesivo (al menos si el bien era uno de aquéllos cuya venta está totalmente permitida) porque asumimos que él sabe lo que va a hacer y a quién se lo hará. El caso de un accidente es diferente porque allí el conocimiento sólo llega al nivel de decidir conducir o quizás al de hacerlo rápidamente, y a ese nivel las negociaciones con las víctimas potenciales no resultan usualmente factibles.

El caso de la contaminación parece, sin embargo, diferente. Allí el contaminador sabe lo que hará y, a menudo, a quién le resultará perjudicial. Pero, como ya hemos señalado, los problemas de aquéllos que quieren beneficiarse sin asumir los costos o de los que ocultan sus expectativas reales pueden con frecuencia impedir cualquier negociación exitosa entre el contaminador y las víctimas de la contaminación; adicionalmente, nos resulta casi siempre incierto conocer quién es el que evita de manera más barata los costos de la contaminación. En tales circunstancias, una regla de responsabilidad que por lo menos permitiera que la eficiencia económica de la transferencia de titularidades propuesta fuera probada, parecería apropiada, aun cuando permitiera tomar la titularidad en forma no-accidental y sin consentimiento. Debemos enfatizar, sin embargo, que allí donde los costos de transacción no impidan las negociaciones entre el

contaminador y las víctimas, o donde podamos estar suficientemente seguros de quién es el que evita de manera más barata los costos, no existirán razones de eficiencia para permitir despojos intencionales y las reglas de propiedad, apoyadas en prohibiciones o sanciones criminales, resultarán apropiadas⁷².

VI. CONCLUSION

El presente artículo ha tratado de demostrar cómo una amplia variedad de problemas legales pueden recibir una útil aproximación en términos de un esquema específico. Este esquema o modelo conceptual adolece de dos defectos o limitaciones. El primero es que los modelos pueden resultar equivocados ante una visión global del fenómeno, del mismo modo como las relaciones legales son demasiado complejas para ser todas pintadas en un único cuadro. El segundo consiste en que los modelos generan compartimentos dentro de los cuales uno se siente compelido a forzar situaciones que en realidad no encajan en ellos. En compensación, existen, sin embargo, algunas ventajas. Los estudiantes de Derecho, precisamente porque han tendido a escapar de los modelos conceptuales, con frecuencia han procedido de una manera ad-hoc, mirando los casos y viendo qué categorías emergían de ellos. Pero esta aproximación sólo nos da una visión y perspectiva de la Catedral. Esta puede hacernos perder de vista algunas relaciones entre los problemas involucrados en los casos que la construcción del modelo puede percibir, precisamente porque ésta genera compartimentos o categorías. El esquema que hemos empleado puede ser aplicado a varias áreas distintas del Derecho. Creemos que su aplicación facilita la percepción y definición de la solución del problema de la contaminación ambiental. Así, tenemos fe en que la pintura resultante bien valía el óleo empleado.

negligencia, fuera, y en cierto sentido pudiera ser, conocido por el autor en el momento en que actúa, obtendríamos daños extras. Nuestra opinión es que muchos actuarían diferente si una verdadera carga costo-beneficio pudiese ser impuesta. Dada tal opinión y la imposibilidad de imponer una verdadera carga costo-beneficio por medio de valuaciones colectivas -debido a un conocimiento inadecuado- estamos seguros que si erramos lo haremos por sobreestimación de costos. Puede existir una dimensión adicional. A diferencia de las multas u otras sanciones penales, los daños punitivos conllevan una compensación extra para la víctima. Y esto puede no ser del todo provechoso. Una vez que se decide que los daños considerados intencionales son menos deseables que los daños no intencionales -sea porque se espera que sean menos eficientes o porque es menos justificable para el que agravia el no haber obtenido la titularidad en negociaciones ex ante-, luego pudiera ser que el actual perjuicio subjetivo para la víctima del daño sea más grave. Alguien cuyo automóvil es destruido accidentalmente sufre por la pérdida de su auto; alguien cuyo automóvil es destruido intencionalmente sufre por la pérdida de su auto y los perjuicios son agravados por el hecho de saber que la pérdida fue intencional, voluntaria o de algún modo evitable.

72. Cf. pp. 76-77.

No hemos discutido los objetivos distributivos en su relación con las sanciones penales. En parte debido a que hemos asumido la asignación de la titularidad inicial hemos asumido que la víctima de un crimen obtuvo la titularidad sobre el bien robado o su integridad corporal. Existe, sin embargo, otro aspecto de los objetivos distributivos que se relaciona a la regla particular que escogimos para proteger la titularidad inicial. Por ejemplo, alguien puede sugerir la pregunta de unir la severidad de la sanción penal a la riqueza del criminal o de la víctima. Aunque este aspecto de los objetivos distributivos sería ciertamente un área fructífera para la discusión, se encuentra fuera del alcance del presente artículo.

La Ley Antimonopolio: ¿por qué y cómo aplicarla?

Jorge Fernández-Baca

Economista. Profesor- Investigador de la Universidad del Pacífico.

INTRODUCCIÓN

Las recientes discusiones en torno a un proyecto de ley sobre delitos económicos han hecho evidente la necesidad de establecer un marco jurídico que proteja los derechos de los consumidores y las empresas en el Perú. Sin embargo, la principal debilidad de dicho proyecto es la ausencia de un reglamento que permita tipificar los delitos económicos a fin de poder determinar qué tipo de prácticas constituyen delito y bajo qué circunstancias.

Una de las áreas donde más se nota esta ausencia es la de las prácticas monopólicas, especialmente porque se trata de uno de los campos más complejos del derecho y donde se requiere de un mayor trabajo conjunto de abogados y economistas. Pese a que la Constitución de 1979 prohíbe expresamente los monopolios, han habido muy pocos avances en esta área, lo que en buena medida refleja el escaso desarrollo que ha tenido la "jus-economía" ("law and economics") en el Perú.

El presente artículo tiene justamente como objetivo hacer una presentación de los fundamentos básicos de la teoría de la ley antimonopolio y de los problemas que implica aplicarla correctamente. En la medida que este artículo despierte el interés de abogados y economistas se estaría también contribuyendo a iniciar la discusión interdisciplinaria de una serie de temas de mutuo interés, lo que a su vez permitiría mejorar la eficiencia de las leyes en el Perú. Muchas de las ideas que aquí se discuten están basadas en un trabajo anterior del autor sobre el tema (ver Fernández-Baca, J., 1989).

LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS LEYES

"Al momento de elegir entre distintos arreglos sociales...debemos tomar en cuenta que un cambio en el sistema existente que conduce a una mejora en

algunas decisiones, también puede conducir a un empeoramiento en otras. Adicionalmente, debemos considerar los costos que involucra poner en operación los distintos arreglos sociales, ya sea en manos del mercado o de un departamento gubernamental. En el momento de diseñar y elegir entre arreglos sociales distintos tenemos que tomar en cuenta el efecto total. Este es, por encima de todo, el cambio de enfoque que estoy proponiendo" (Ronald Coase, 1960).

Con esta frase Coase no sólo cerró su célebre artículo sobre el problema de las externalidades (o del daño, en el lenguaje del derecho), sino que al mismo tiempo abrió las puertas para el desarrollo de un campo totalmente nuevo de la teoría económica, que es justamente el de la jus-economía. Tomando como referencia una larga serie de casos legales ingleses y norteamericanos, Coase demostró que las decisiones de los jueces con respecto al "daño" suelen estar basadas en principios cuestionables, muchas veces contradictorios entre sí, sin tomar en cuenta el efecto total de sus decisiones sobre el conjunto de la sociedad. Es decir, los beneficios y los costos de prohibir o inhibir una actividad que produce algún tipo de molestia.

El análisis de Coase comienza demostrando que el daño siempre tiene una naturaleza recíproca. Prohibir o inhibir una actividad "dañina" siempre involucra una pérdida económica para el causante, quien también es parte de la sociedad, así como para otros agentes económicos que se beneficiaban directa o indirectamente con esta actividad, principalmente los consumidores y proveedores. Cuando los costos de llegar a un acuerdo (costos de transacción) son suficientemente bajos, la negociación directa entre las partes (es decir, sin la intervención directa del Estado) va a garantizar la mejor asignación de recursos.

Coase cita el caso *Sturges versus Bridgman*, ocurrido en 1879, de un panadero que operaba en un

local con dos máquinas (una de las cuales ya venía funcionando allí desde hacía 60 años) sin que nadie se queje del ruido. Sin embargo, un día vino un médico a instalarse en una casa vecina y presentó una demanda judicial contra el panadero quejándose de que el ruido de las máquinas le impedía atender debidamente a sus pacientes. Este es obviamente un caso de mutua incompatibilidad, y lo que interesa desde el punto de vista de la sociedad es cuál de las dos actividades, la del médico o la del panadero, genera servicios más útiles operando en dicho lugar, y para ello podemos comparar los ingresos que cada uno genera. Si el médico es capaz de obtener mayores ingresos, y por lo tanto valora el lugar más que el panadero, entonces él puede sobornarlo para que se vaya a otro lugar. En caso contrario, el panadero seguirá operando. En uno u otro caso se ha obtenido el resultado socialmente óptimo sin intervención del Estado.

Sin embargo, cuando los costos de llegar a un acuerdo privado son altos, la intervención del Estado, más precisamente del Poder Judicial, se hace necesaria. Por esta razón los jueces tienen que considerar los costos y beneficios de sus decisiones. La mejor decisión vendría a ser aquella que genera el menor costo para la sociedad, lo que en algunos casos puede significar la necesidad de legalizar el daño. El caso del ruido que producen los aviones al momento de aterrizar en los barrios próximos a un aeropuerto, donde la molestia que sufren los vecinos puede verse ampliamente compensada por los beneficios para los pasajeros y las líneas de aviación de que el aeropuerto esté ubicado justamente en ese lugar, es uno de los varios ejemplos con que Coase ilustra este problema. Un fallo judicial que trate de eliminar el daño causado a los vecinos puede terminar originando un daño aún más grande a la sociedad.

Coase también dejó entrever que la ausencia de criterios de beneficio-costos era un problema generalizado a nivel de todas las decisiones del sector público: El Ejecutivo, El Parlamento y El Poder Judicial.

El mismo razonamiento es válido para el diseño de una ley antimonopólica: si bien hay ciertos tipos de prácticas o acuerdos comerciales que pueden generar daño a terceros, también es posible que la sociedad termine en peor situación al prohibirlos o desalentarlos.

LOS BENEFICIOS Y LOS COSTOS DE UNA LEY ANTIMONOPOLIO

Un monopolista es un vendedor (o grupo de vendedores) que tiene la capacidad de modificar el precio de venta de su producto cambiando la cantidad puesta en venta en el mercado. La esencia del concepto económico de monopolio radica entonces en el "poder sobre el precio" que pueden tener los vendedores sobre algún bien o servicio específico.

Prácticas monopólicas son todos los actos y acuerdos que implican no sólo el ejercicio de un poder ya adquirido por el vendedor, de modificar el precio de venta de su producto, sino la búsqueda de dicho poder.

Cuando se analiza un caso de monopolio o de práctica monopólica es importante considerar que el admitirlo o prohibirlo siempre implica una serie de beneficios y costos, y que en última instancia la actuación del Estado debe estar orientada a la maximización del beneficio social neto. Pero, ¿cuáles son los beneficios y los costos que están involucrados en el problema de los monopolios? Para responder a esta pregunta primero hay que tener bien en claro los objetivos que están detrás de una legislación de este tipo.

El primer objetivo que suele citarse, y quizás el más importante, es el de la eficiencia. Un resultado bien conocido entre los economistas es que si la demanda de un bien o servicio es inelástica al nivel del precio competitivo, el monopolista siempre terminará cobrando un precio mayor, lo que a su vez va a significar una reducción en la cantidad demandada. La suma del valor de los bienes que dejan de estar disponibles para la sociedad (descontando el costo de producirlos), y el mayor gasto para los consumidores de recurrir a sustitutos más caros (para reemplazar las unidades que dejan de consumirse), representan lo que los economistas denominan el costo social o la "pérdida de eficiencia social" (PES) de un monopolio. Así, por ejemplo, si una empresa monopoliza la producción de aceite vegetal, vendiendo las botellas por encima de su precio competitivo, el costo social o PES estará constituido, en primer lugar, por el valor de las botellas de aceite vegetal que la sociedad deja de consumir (descontando su costo de producción). Y, en segundo lugar, por el mayor gasto para los consumidores que encuentran demasiado caro el precio de este tipo de aceite y tienen que recurrir a sustitutos de mayor precio e inferior calidad, con relación a lo que habría sido un mercado de aceite competitivo. Es decir, el mayor costo de emplear otros productos como la manteca, margarina, mantequilla o aceite compuesto; ya sea porque tienen un precio más alto o porque generan molestias adicionales como mal sabor, problemas estomacales y otras incomodidades.

Las utilidades netas del monopolista (habiendo considerado dentro de los costos de operación el costo de oportunidad del capital invertido), también pueden ser consideradas como un costo adicional, en la medida en que representan el valor máximo de los recursos que la empresa está dispuesta a gastar para mantener su posición monopólica, recurriendo a un comportamiento típicamente "rentista", es decir, a través de sobornos, sabotaje, competencia desleal, campañas periodísticas y políticas, y otras actividades improductivas cuyo objetivo es el de crear barreras a

la competencia. Así por ejemplo, si una empresa monopolística tiene una ganancia neta de 100, ella estará dispuesta a invertir recursos hasta por un máximo de 100 para impedir la entrada de otras empresas al mercado. En un mundo donde los recursos son escasos, esto significa distraer horas de trabajo, insumos y bienes de capital, que podrían haber estado dedicadas a producir bienes y servicios socialmente útiles, pero que ahora se utilizan con fines improductivos. La sociedad deja entonces de contar con bienes y servicios valiosos hasta por un valor máximo de 100.

Sin embargo, siempre desde el punto de vista de la eficiencia no siempre los monopolios son socialmente indeseables. Existen casos especiales donde la competencia puede reducir el incentivo para producir más y reducir costos. Así por ejemplo, la libertad irrestricta de copiar nuevos productos o procedimientos técnicos inhibe a las empresas de realizar innovaciones puesto que las imposibilita de recuperar los gastos en investigación y desarrollo. Las leyes de patentes son justamente normas que le conceden un derecho monopolístico al inventor, reconociendo que la competencia tendería mas bien a retrasar la innovación. El mismo principio opera para las leyes que protegen los derechos de autor para las obras literarias, musicales, teatrales o artísticas en general, de impresión para las casas editoriales y de exhibición para las productoras cinematográficas.

Otro caso interesante es el de los llamados "monopolios naturales", donde los costos fijos pueden ser tan altos que la única manera de reducir costos es dejando que una sola empresa cope el mercado. La producción de energía eléctrica y de servicios telefónicos tienen esta característica: debido al alto costo de instalar una planta, la existencia de varias empresas competidoras sólo haría aumentar el costo por unidad producida, en perjuicio del consumidor. Otro caso de naturaleza un tanto distinta, pero al que también se cataloga como "monopolio natural" es el de la explotación de un recurso agotable. Si el recurso es declarado como bien libre, la entrada irrestricta de productores sólo ocasionaría el agotamiento del recurso. La única manera de garantizar que el recurso sea explotado de forma racional es otorgando el derecho exclusivo de explotación a una sola empresa.

Por otro lado hay que considerar que un monopolio no es intrínsecamente dañino para la sociedad. Una empresa puede gozar de una posición monopolística simplemente por el hecho de haber sido la primera en ingresar a un determinado mercado, o por haber sido más eficiente que sus anteriores competidores. En este caso la empresa va a estar permanentemente interesada en ser lo más eficiente posible, produciendo a un precio lo suficientemente bajo como para disuadir a los potenciales competidores. El mismo principio se aplica al caso de un cartel o grupo de empresas que se ponen de acuerdo para fijar el

precio de su producto. Los problemas surgen cuando la empresa monopolística o el cartel erigen barreras a la entrada, por sus propios medios o con ayuda del Estado, para impedir o limitar la entrada al mercado de empresas competidoras.

Sin embargo, aún en el caso donde existan barreras a la entrada, no se puede afirmar categóricamente que la presencia de un monopolio implica ineficiencia y un bajo incentivo para la innovación. En la medida en que el objetivo de una empresa es el de maximizar ganancias, la empresa monopolística o el cartel siempre van a estar interesados en minimizar costos para aprovechar al máximo el potencial de ganancias monopolísticas. El monopolio tiene por lo tanto incentivos para "simular" la lucha competitiva por la sobrevivencia, creando dentro de la empresa centros generadores de ganancias que compiten unos con otros para minimizar costos. Como bien dice Stigler (1976, pag. 16) al "monopolista inteligente" sólo le interesa eliminar la competencia al nivel donde ésta resulta dañina para la empresa (en la formación del precio de su producto), manteniéndola en aquellas áreas donde le permite aumentar ganancias. Es obvio que este razonamiento no se aplica necesariamente al caso de las empresas estatales, donde la búsqueda de objetivos de orden político puede reducir (o incluso eliminar) el incentivo para ser eficiente.

Desde el punto de vista de la eficiencia, por lo tanto, la existencia de un monopolio o de un acuerdo monopolístico (cartel) implica una serie de costos y beneficios que es necesario evaluar antes de tomar una decisión. Sin embargo, los no economistas suelen fijarse en otros criterios de orden más bien socio-político, que como veremos a continuación no tienen un sustento tan fuerte como el de la eficiencia:

a) El primer argumento es que los monopolios transfieren riqueza de los consumidores a los accionistas de las empresas monopolísticas, es decir de los pobres a los ricos. Esto no es necesariamente cierto puesto que, como ya hemos explicado, en la medida en que estas empresas tienen que gastar recursos para mantener su posición en el mercado, las utilidades monopolísticas se disipan en la compra de insumos.

b) Un segundo argumento es que la existencia de monopolios facilita la manipulación de las autoridades del gobierno (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) con el fin de obtener normas de protección. Sin embargo, también es posible que la concentración de poder económico en una industria facilite el funcionamiento de acuerdos privados que minimicen la necesidad de manipular el proceso político.

c) Otro argumento es que al imponer leyes que promuevan la competencia limitando el poder monopolístico de las grandes empresas se va a favorecer a las empresas pequeñas. Sin embargo, es difícil

imaginar en qué medida una ley antimonopólica puede servir como instrumento de apoyo a la pequeña empresa. Incluso la ausencia de leyes contra los monopolios puede desfavorecerla dado que la brecha entre precio y el costo de producción que se genera en los mercados monopolizados abre un espacio para empresas pequeñas marginales ineficientes, que sobreviven gracias a que pueden vender a un precio relativamente alto.

En síntesis, el enfoque que estamos aquí proponiendo consiste en que no debe considerarse a los monopolios ni a las prácticas monopólicas como situaciones o hechos intrínsecamente dañinos a la sociedad, sino sólo en la medida en que produzcan resultados indeseables desde el punto de vista de la eficiencia. Es decir, que como resultado de su existencia se produzcan incrementos en el precio de venta y reducciones en la cantidad producida, respecto a lo que sería una situación competitiva.

Esto significa que antes de tomar una decisión respecto a si debe o no prohibirse o sancionarse una situación de monopolio o una práctica monopólica, debe aplicarse un análisis de beneficio-costos que identifique y trate de cuantificar los efectos positivos y negativos que están generando. También hay que considerar el peligro de desperdiciar recursos en perseguir y sancionar prácticas que no generan mayor daño a la eficiencia, que bien podrían dedicarse a investigar otras prácticas mucho más perjudiciales desde el punto de vista de la sociedad.

ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE UNA LEY ANTIMONOPOLIO

Uno de los casos típicos de aplicación de leyes antimonopólicas es el que se refiere a los carteles, o sea los acuerdos entre dos o más empresas para fijar precios. La práctica común en varios países ha sido la de considerar la intención de fijar precios como un acto ilegal per se, incluso antes de que se haya concretado. Sin embargo, la aplicación del análisis económico sugiere que sólo se debería prestar atención a aquellos acuerdos que se realizan en mercados donde efectivamente existen las condiciones para fijar precios monopólicos. Algunas de estas condiciones son las que citamos a continuación:

a) Un mercado altamente concentrado. Stigler (1976) propone la regla de observar si las cuatro mayores empresas concentran 60% o más de las ventas totales del mercado.

b) Una demanda inelástica para el bien en cuestión. Esto implica la presencia de pocos bienes sustitutos, es decir, que cumplan la misma función con características similares.

c) Un alto costo de entrada al mercado, lo que podría medirse en base al volumen de los costos fijos

y a la dificultad de aprovisionarse de los insumos y bienes de capital necesarios para producir.

d) La frecuencia con que se realizan licitaciones con sobre cerrado. Contrariamente a lo que se suele pensar, este tipo de licitaciones abarata el costo de funcionamiento de un cartel, puesto que en la medida en que la empresa que gane la licitación no sea la que designó el cartel, se hace más fácil detectar a la empresa que no cumplió el acuerdo.

Otro caso, que está muy relacionado con el anterior, es el de los acuerdos de concentración horizontal, es decir, cuando una empresa adquiere los activos de otras empresas del mismo ramo, o simplemente se fusionan dos o más empresas, y de esta manera se incrementa el grado de concentración dentro de la industria. Aquí es muy importante saber de antemano cuán concentrada estaba previamente la industria y en qué medida se va a aumentar el grado de concentración. De lo contrario puede estarse desalentando prácticas que no sólo ocasionan poco o ningún daño a la eficiencia sino que incluso podrían estar promoviendo. A manera de ejemplo podemos poner el caso de una industria donde los cambios en las condiciones de la oferta y la demanda determinan que aumente el tamaño mínimo eficiente de planta. Un cambio tecnológico que haga necesario aumentar el tamaño de planta para reducir el costo unitario de fabricación sería una situación de este tipo. Una intervención estatal en contra de fusiones o absorciones en industrias de este tipo podría ser sumamente perjudicial para la eficiencia económica puesto que impediría que se reduzca el precio de venta.

Otras prácticas que también merecen un análisis previo detallado son los acuerdos de exclusividad y las cláusulas de atadura, que en determinadas circunstancias pueden estar promoviendo la eficiencia. El caso de un fabricante que sólo vende a través de distribuidores exclusivos (caso de Sony con Carsa), puede estar reflejando simplemente el deseo del productor de trabajar con casas comerciales de garantía que brinden buena información y servicios de reparación para evitar que la marca se desprestigie. Una situación muy similar es la que ocurre cuando el fabricante impone condiciones de venta o uso al consumidor o distribuidor. Un caso típico es la fijación de un precio mínimo de venta, que podría estar reflejando el deseo del fabricante de que los distribuidores compitan entre sí no a través del precio al minorista, sino de los servicios al cliente. La competencia vía precios implicaría la reducción de los servicios al cliente, lo que restaría prestigio al producto.

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El análisis que hemos presentado en este artículo ha estado orientado a demostrar la necesidad de enfocar con un criterio económico, más específicamente el de la eficiencia, el problema de los monopo-

lios. Así como un monopolio o una práctica monopólica pueden generar efectos nocivos en cuanto a precio y cantidad, también pueden constituir una respuesta eficiente, e incluso socialmente deseable. Por esta razón es que es sumamente necesario el trabajo conjunto de abogados y economistas, que hayan estudiado el tema y estén familiarizados con la experiencia extranjera, especialmente la norteamericana y la de la Comunidad Económica Europea, que son las más ricas en cuanto a trabajo analítico y recomendaciones prácticas.

BIBLIOGRAFIA

COASE, RONALD H. 1960, "The Problem of Social Cost", The Journal of Law and Economics, vol. III, October pp. 1-44.

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. 1989, La Ley Antimonopolio, Instituto Libertad y Democracia, Lima.

POSNER, Richard A. 1976, Antitrust Law: An Economic Perspective, The University of Chicago Press, Chicago and London.

EICA CONSULTORES S.A.

**INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS. GERENCIA DE PROYECTOS**

**Av. República de Chile Nº 388
Lima 11 Perú**

**Telf. : 335524
Fax : (51-14) 332696**

PRO-DERECHO

Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Universitaria s/n Pueblo Libre

A nuestros amigos:

En 1992 la Pontificia Universidad Católica del Perú cumplirá 75 años de vida. Para esa importante fecha ya contaremos con un moderno Pabellón y nos gustaría tener también el Auditorio terminado. Es nuestra meta inaugurar el Auditorio con un evento internacional que se realizará con motivo de dicha celebración.

Hace dos años, cuando se inició la construcción del nuevo local, pusimos todas nuestras esperanzas en ustedes y, a pesar de la difícil situación que atravesaba nuestro país, juntos logramos culminar la obra. Hoy, aún sabiendo que la situación no ha variado sustancialmente, volvemos con la misma fe a solicitar su ayuda. Sabemos que sin ustedes nuestros objetivos no serán alcanzados y confiamos como la primera vez en que juntos podremos dar el ULTIMO PASO.

Sin perjuicio de otras contribuciones que nuestros amigos benefactores nos puedan brindar, Pro-Derecho ha considerado oportuno que cada butaca del auditorio sea un testimonio del esfuerzo y del apoyo de sus colaboradores.

Por ello se ha establecido un mecanismo mediante el cual existan donaciones para la "compra" de las 350 butacas.

En reconocimiento del presente esfuerzo, el nombre de cada donante aparecerá simbólicamente en las propias butacas del auditorio.

El valor de cada butaca es el siguiente:

<i>Butaca "Sección A"</i>	<i>US\$ 500.00</i>
<i>Butaca "Sección B"</i>	<i>US\$ 350.00</i>
<i>Butaca "Sección C"</i>	<i>US\$ 200.00</i>

“¡Al fondo hay sitio!”

¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?

Alfredo Bullard González

Abogado. Profesor de Derecho Civil de la PUC.

1. INTRODUCCION

El Decreto Legislativo 651 publicado el día 25 de julio de 1991 en el Diario Oficial “El Peruano” estableció la liberalización del transporte público. Esto quiere decir que, en términos generales, una actividad sometida a un estricto control estatal ha pasado a ser regulada por las leyes del mercado. La entrada y salida de rutas preestablecidas será libre, y las tarifas serán determinadas por el libre juego de la oferta y demanda entre transportistas y pasajeros.

El problema del transporte público ha sido una constante por años en el país. Unidades de transporte destartaladas, que no brindan la más mínima garantía, un parque automotor escaso para las necesidades del país, estándares de manejo temerarios por parte de los choferes y descortesías constantes por parte de los cobradores, continuos accidentes de tránsito, huelgas y conflictos entre los transportistas y las entidades encargadas de regular las tarifas, son sólo algunas de las expresiones de un problema que todos buscan solucionar pero que nadie parece arreglar.

La última medida aparece como una decisión radical, quizás revolucionaria en el sentido de romper con los patrones establecidos. Aparentemente impulsados por la idea que el esquema controlista anterior está agotado y que dentro de él nada se puede lograr, el Gobierno decide lanzarse a la aventura de probar otro sistema, otro universo con sus propias leyes y principios. No es tan importante en la decisión el convencimiento que el nuevo sistema va a resolver el problema, sino el convencimiento que el anterior jamás lo iba a hacer.

No es mi intención entrar al análisis de la conveniencia o no de la medida adoptada. De hecho al momento en que se escribe este artículo es imposible apreciar y predecir los efectos que la medida generará. El ejemplo es sólo una excusa (por lo demás bastante buena) para hacer una introducción a lo que se conoce como Análisis Económico del Derecho¹. Así, la idea es usar el caso para ver cómo esta disciplina puede ayudarnos a entender la racionalidad que se oculta tras la decisión adoptada, por un lado, y para intentar predecir qué efectos puede generar por el otro. En pocas palabras la intención es tomar conciencia de las limitaciones del análisis jurídico tradicional, y descubrir cómo el carácter instrumental del Análisis Económico del Derecho puede ayudarnos a ver las cosas desde otro punto de vista.

Quizás la mejor forma de definir el Análisis Económico del Derecho es diciendo que se trata de la aplicación del método de razonamiento económico al Derecho. Debe destacarse, sin embargo, que no se pretende reemplazar el razonamiento jurídico. Sólo se pretende complementarlo a través del uso de una perspectiva diferente.

La forma más ilustrativa de ver qué puede aportar el Análisis Económico al Derecho reside quizás en el ejemplo usado por Richard Posner: si un cazador desprevenido dispara su arma y como consecuencia deja tuerto a un tercero, el abogado se preguntará cómo resolver el problema concreto del cazador y de la víctima. ¿Debe el cazador reparar el daño causado?, ¿Es justo dejar las cosas como quedaron o debemos hacer pagar al cazador por su negligencia?. Para el economista el accidente es un capítulo cerrado. La pérdida del ojo ya se consumó y con ello la

* Master Yale Law School

1. El Análisis Económico del Derecho ha tenido un desarrollo extraordinario en los Estados Unidos, donde es conocido como “Law & Economics” o “Economics of Law”. Si bien es difícil encontrar su partida de nacimiento, quizás lo más justo sea considerar el aporte de Ronald Coase como la primera expresión sistemática del uso de esta disciplina.

pérdida social resulta, en sentido estricto, irreparable. Las preguntas no se dirigen a resolver el problema entre este cazador y esta víctima. El problema real es cómo resolver el caso para evitar que más ojos se pierdan en el futuro². Trasladando el ejemplo a nuestro caso, el accidente de tránsito que causa víctimas por la volcadura de un microbús es un asunto acabado. Al Análisis Económico del Derecho le interesa principalmente la regla que evite que los accidentes se produzcan en el futuro, por un lado, pero que no desincentive la actividad de los microbuseros a niveles tales que no exista el transporte que nuestra sociedad necesita.

Como dijimos, el análisis económico no busca reemplazar al razonamiento jurídico. No se pretende que los abogados dejemos de analizar la situación concreta entre el cazador y la víctima. Sólo busca que ampliemos nuestra perspectiva para que, al decidir una controversia jurídica, tomemos en cuenta no sólo los efectos privados que la decisión puede tener, sino también los efectos económicos y sociales.

Dentro de esta línea el Análisis Económico del Derecho es en principio ajeno a especulaciones jurídicas sin sentido. No se aproxima a las instituciones jurídicas desde perspectivas meramente abstractas y doctrinarias. Por el contrario, trata de explicar las instituciones jurídicas desde la perspectiva de la función económica y social que desarrollan. En otras palabras, es una aproximación funcionalista.

Para lograr facilitar el análisis los economistas acuden al uso de modelos. En ellos la realidad se simplifica para hacerla comprensible. Esto nos permite establecer las relaciones de causa y efecto que se producen entre las distintas variables en la realidad, aunque luego tengamos que aceptar que el modelo no es la realidad misma.

2. EL AREA COMÚN ENTRE DERECHO Y ECONOMÍA.

Como Posner nos dice, muchos abogados piensan que la Economía se vincula al estudio de la inflación, el desempleo y otros misteriosos fenómenos macroeconómicos, lejos de las preocupaciones diarias del sistema jurídico. Actualmente, sin embargo, el campo de acción de la Economía es mucho más

amplio. La Economía es una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo -como el nuestro- en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer³. Dentro de esta línea la idea es determinar cómo tomar decisiones racionales que permitan un mejor aprovechamiento de los recursos existentes o, dicho de otra manera, alcanzar decisiones eficientes. Así un punto central es la idea de eficiencia. Siendo que el Derecho incumbe a una serie de decisiones que afectan la asignación y uso de los recursos, la Economía tiene algo que decir respecto a cómo deben tomarse las decisiones legales y cómo deben diseñarse las instituciones jurídicas. En tal sentido la Economía puede ayudarnos a crear un Derecho eficiente.

Esta idea de un sistema orientado por una meta como la eficiencia, ha generado duras críticas que acusan al análisis económico como deshumanizante y ajeno a valores morales, en especial ajeno a la idea de justicia. Creo que la crítica es injustificada. En primer lugar estas críticas olvidan que el análisis económico no pretende reemplazar el análisis jurídico ni excluir a otras disciplinas de poder vincularse con el Derecho. La idea es complementar todo otro elemento de análisis con aquél vinculado con el no desperdicio de los recursos escasos.

En segundo lugar, incluso el propio concepto de eficiencia contiene una serie de valores humanos y morales que no pueden ser dejados de lado. Como Calabresi ha señalado, se ha criticado al Análisis Económico del Derecho por reemplazar la idea de justicia por la de eficiencia. Dentro de ciertos alcances esto es cierto. Pero en un mundo en el que los recursos son escasos, desperdiciar es injusto⁴.

En su base el Derecho enfrenta el mismo problema que la Economía: cómo asignar los recursos escasos. Así encontramos el problema común que requiere del uso del estudio interdisciplinario. Es difícil entender cualquier controversia jurídica entre dos partes si no es a través de la escasez que se encuentra en la base del problema. Una acción reivindicatoria busca determinar cuál de dos personas debe poseer un bien. Este bien es un recurso escaso en el sentido que dos quieren usarlo exclusivamente de una determinada manera a pesar que esto es

2. POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law." Little, Brown & Company. 1986. pp 21-22. En realidad el asunto es más complejo que el simple hecho de evitar la pérdida de más ojos. Por ejemplo una regla de responsabilidad demasiado estricta puede desincentivar la actividad de los cazadores. Ello puede no ser deseable. Si los cazadores no salen a cazar podemos pasar hambre todos. Por tanto el economista no sólo piensa en cuántos ojos salva, sino en cuántos venados son socialmente necesarios y establecerá la regla de responsabilidad a la luz de ambos conceptos a fin de maximizar la utilidad social.

3. POSNER, op cit, p. 3.

4. CALABRESI, Guido. "First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?" en *Iowa Law Review*. Vol. 69, p. 834.

materialmente imposible. Una acción exigiendo el cumplimiento de un contrato se dá porque el bien o servicio materia del acuerdo entre las partes no puede ser sometido a dos usos que simultáneamente satisfagan los intereses de las partes involucradas. Una acción reclamando los daños y perjuicios producidos por un accidente tiene en su base el problema de si vamos a permitir que el dinero del causante se use para reparar los daños ocasionados. Si el mismo dinero permitiera indemnizar a la víctima y realizar el viaje que el causante tenía planeado hacer por sus vacaciones, carecería de sentido toda discusión. En cambio nadie iniciará una acción contra su vecino para evitar que éste respire el aire de la atmósfera. La abundancia del aire hace que éste no se considere un recurso escaso. Por tanto su uso no necesariamente implica excluir a los demás⁵.

Sólo a título de ejemplo, hagamos un breve análisis de las tres instituciones básicas del Derecho Civil Patrimonial para ver cómo su diseño atañe directamente al problema de escasez de los recursos.

El primer caso es la propiedad. Por ella se concede a su titular la facultad de usar y disfrutar un bien excluyendo a los demás. Esta facultad de exclusión absoluta, universalmente aceptada, no es otra cosa que el reconocimiento de la escasez de los bienes, de la mano con la necesidad de asignar los recursos a alguien a fin que éstos sean utilizados de manera eficiente. Si no asignamos los bienes de manera exclusiva a un titular no habrá auténticos incentivos para conservar y explotar los bienes. Así, el campesino en un mundo sin propiedad no sembrará y mejorará la tierra pues sabe que al final de la

cosecha los demás, a los que no puede excluir, se llevarán el producto de su esfuerzo e inversión. Así nos dirigimos a un mundo que desperdicia los recursos o, lo que es lo mismo, no los aprovecha.

El segundo caso es el derecho contractual. Permitir que las partes intercambien recursos (titularidades) a través de un acuerdo voluntario es crear una tendencia para que los bienes escasos se asignen a sus usos más valiosos. Si el vendedor acepta transferir una casa al comprador es porque éste último valoriza la casa más que el primero. De lo contrario jamás llegarían a un acuerdo. Así termina con la casa aquél que puede darle un uso más valioso⁶, lo que permite maximizar el beneficio social de un recurso considerado escaso.

El tercer caso es el sistema de responsabilidad civil extracontractual. Si se produjo un accidente compete a la decisión jurídica cómo usar mejor los recursos. Por ejemplo, usar las indemnizaciones como un mecanismo para desincentivar accidentes es razonable si las actividades que se desincentivan generan costos a la sociedad superiores a sus beneficios⁷. Ello llevará a un uso racional de los recursos escasos. Por el lado de la compensación a la víctima, puede ser que aquél que causó el daño esté en mejor situación que la víctima para compensarlo, minimizando el sufrimiento social que el accidente produce⁸.

3. EL TEOREMA DE COASE

Como mencionamos antes, el primer estudioso que realmente sistematizó los alcances del Análisis Económico del Derecho es Ronald Coase, a quien se

5. Esto sin embargo viene cambiando. Gran parte del desarrollo del Derecho Ambiental se basa en el hecho que la evolución tecnológica viene tomando en escasos, recursos que ordinariamente hemos venido considerando abundantes. Así, es posible encontrar en algunas ciudades de Japón casetas donde depositando algunas monedas se puede tomar unas bocanadas de aire puro.
6. Esto se puede apreciar más claramente con el uso del concepto de "precio de reserva". El precio de reserva del vendedor es la cantidad mínima que estaría dispuesta a recibir para desprenderse de su casa, y que refleja obviamente en qué nivel la valoriza (y que a su vez es consecuencia de los costos de producción del bien). Imaginemos en el caso que es S/. 100,000. El precio de reserva del comprador es lo máximo que estaría dispuesto a pagar por la casa, y que también refleje su valorización (y que está determinada por el rendimiento esperado del bien para quien lo adquiere). Imaginemos que es S/. 150,000. En este contexto el precio que acuerden las partes en un valor que se encuentra necesariamente entre el precio de reserva del vendedor y el del comprador, que puede ser, por ejemplo, S/. 125,000. Si hay contrato el mercado nos está indicando que un bien se transfirió de un uso menos valioso a un uso más valioso.
7. Así, no quiere evitarse todo accidente. Si admitimos que los automóviles circulen a 60 kph es porque aceptamos que el costo que los automóviles generan por la vía de los accidentes producidos a esa velocidad es el "precio" que la sociedad tiene que pagar por gozar de los beneficios de la existencia de automóviles. De lo contrario prohibiríamos la existencia de automóviles, o los obligaríamos a circular a velocidades inofensivas (como 5 kph). En sí, el ejemplo es el mismo que citamos antes respecto al cazador que le vuela un ojo a un tercero. No se trata de evitar siempre estos accidentes pues ello llevaría a prohibir la caza, lo que podría llevar a la sociedad al hambre. Se trata de crear los incentivos para que la actividad de los cazadores, sin perjuicio de seguir ocasionando accidentes, genere costos inferiores a los beneficios involucrados.
8. Esto se puede lograr, por ejemplo, trasladando el costo del accidente al que más tiene, o distribuyendo socialmente el costo del accidente a través del sistema de seguros o del sistema de precios. Esto implica que el más rico sufre menos pagando 1,000 que lo que sufre el más pobre pagando lo mismo, por un lado, o que estamos asumiendo que se minimiza el sufrimiento social si 1000 pagan 1, antes que 1 pague 1,000.

le atribuye el Teorema que lleva su nombre⁹. La obra de la que se desprende el Teorema, nunca formulado por él en esos términos, es "El Problema del Costo Social"¹⁰. Este famoso Teorema tiene dos formulaciones. La primera de ellas puede ser resumida como sigue:

"Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes, a través de acuerdos voluntarios entre ellas, llegarán a la solución más eficiente."

¿Qué cosa son los "costos de transacción"? Pues son el concepto medular en la concepción de Coase. Como él dice, no es posible entender las transacciones que se producen en el mercado sin tomar en consideración que en orden a llevarlas a cabo es necesario "descubrir con quién desea uno tratar, informarse acerca de qué se desea intercambiar, establecer los términos en que habrán de llevarse a cabo, proceder a las negociaciones que llevarán al acuerdo, preparar los términos del contrato y comprometer la inspección necesaria para asegurar que sus términos están siendo observados", todo lo que puede llevar a que existan costos importantes para celebrar un contrato, y que, en ciertos casos, pueden llevar a que no se culmine una transacción por más que su realización podría ser eficiente¹¹.

En términos sencillos los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes.

Dentro de la primera formulación del Teorema se asume que estos costos no existen. Cabe hacer la analogía entre el mundo de Coase en el que las transacciones se desarrollan sin costos y el mundo de los físicos donde los cuerpos se mueven sin tener la resistencia de la fricción del aire. Obviamente, la primera formulación no puede interpretarse en el sentido que sólo funciona cuando los costos de transacción son iguales a cero (situación absolutamente ficticia e imposible de alcanzar) sino en el sentido que los costos de transacción son razonables como para

no interferir de manera significativa en la transacción y en general en el funcionamiento del sistema de mercado.

Un segundo concepto que es importante definir para entender el Teorema de Coase es el de externalidad o costo externo. Una externalidad puede ser definida como un costo no contratado. Por ejemplo, si un microbús no revisa sus frenos incrementa las posibilidades de causar un accidente. Si el accidente ocurre y el microbusero no responde por él, está externalizando parte del costo de su actividad a la eventual víctima. Como el microbusero no asume los costos que genera, no hará las reparaciones adecuadas a sus frenos. Imaginemos que el microbusero obtiene una utilidad de S/.1,000 por el uso de su vehículo. El hecho de no reparar los frenos hace que los potenciales daños a las víctimas se eleven en, digamos, S/. 2,000¹². Resulta que reparar los frenos sólo tiene un costo de S/.200. Los S/. 2000 son una externalidad. Son parte del costo social de la actividad de los microbuseros, pero no del costo privado de los mismos. Esto crea una divergencia entre el costo social, que es el verdadero costo que una actividad genera a la sociedad, y el costo privado, que es el que toman en cuenta los individuos para decidir cómo comportarse, y que se identifica con el costo de producción de un recurso. La reparación de los frenos es socialmente deseable. Con una inversión de S/.200 se evita una pérdida de S/.2,000 en daños. Se da pues un ahorro de S/.1,800. Pero si el microbusero no tiene que pagar los daños que genera no encontrará razón lógica para gastar S/.200 que reducen un costo que él nunca asume.

Si cambiamos la regla de no responsabilidad por una de responsabilidad las cosas son diferentes. Si el microbusero tiene que pagar los daños que ocasiona, su utilidad de S/.1,000 se convierte en pérdida de S/.1,000. Recibe beneficios por S/. 1,000, pero al tener que pagar indemnizaciones por S/.2,000 sufre una pérdida. Sus opciones son dos. O se retira del negocio, pues no es razonable trabajar a pérdida, o arregla sus frenos. Retirarse del negocio no genera ganancias pero tampoco pérdidas. Deja de ganar S/.1,000, pero también deja de causar daños por S/.2,000 que tendría que indemnizar.

9. Mientras se terminaba de revisar el presente artículo se dio la noticia que Ronald Coase había sido galardonado con el Premio Nobel de Economía correspondiente al año 1991, precisamente por el desarrollo de las ideas que se exponen en el presente artículo. Sin duda, como veremos más adelante, su principal aporte radica en el descubrimiento de la importancia de los llamados "costos de transacción" en el desarrollo de las instituciones económicas, y en lo que nos atañe directamente, en el diseño de las instituciones jurídicas. Esto puede darnos una idea de la importancia de sus teorías y de la trascendencia que está tomando el Análisis Económico del Derecho.

10. COASE, Ronald. "The Problem of the Social Cost" en *Journal of Law and Economics*, No. 3, p. 1.

11. *Ibid*, p. 18.

12. Esto no quiere decir que un accidente concreto genere un costo de S/.2,000. Esto quiere decir que, por ejemplo, por no tener frenos, se incrementa en un 20% las posibilidades de generar un daño de S/.10,000. Así, $0.2 \times 10,000 = 2,000$.

La segunda opción, reparar los frenos, resulta más razonable. Asumirá un costo de S/.200, con lo que su utilidad se reduce a S/.800. Pero elimina un costo en indemnizaciones de S/.2,000. Como ganar S/.800 es mejor que no ganar nada, y si no existe otra actividad en la que puedan utilizarse los mismos recursos a un rendimiento mayor, el microbusero decidirá arreglar sus frenos.

¿Cómo entender la primera formulación del Teorema de Coase a la luz de los dos conceptos señalados?. Si los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para hacer viable una solución contractual, la existencia de una regla legal es inocua para alcanzar el resultado final. Imaginemos que los peatones, potenciales víctimas de los accidentes, pueden llegar a celebrar un acuerdo con los microbuseros. Esto implica que reunirlos a todos es posible, que la información entre las partes es perfecta, y que ningún costo es lo suficientemente alto como para impedir que este supuesto contrato se perfeccione.

Dentro de este mundo ideal, si se establece una regla que asegure la irresponsabilidad de los microbuseros, existe un incentivo en los peatones para cambiar la situación. Ellos sufren daños por S/.2,000 y los causantes de ese daño reciben beneficios por S/.1,000. Obviamente es posible, si los costos de transacción son iguales a cero o son razonablemente bajos, que los microbuseros y los peatones se sienten en una mesa a negociar y que lleguen a un acuerdo. En dicha negociación los peatones están dispuestos a pagar hasta S/.1,999 para evitarse el daño por S/.2,000. Por el contrario los microbuseros estarán dispuestos a recibir más de S/.1,001 a fin de detener su actividad. Podrán guardar su microbús en un garage y dedicarse a recibir una renta superior a la que producían antes. En tal sentido, por un pago de S/. 1,500 los microbuseros estarán dispuestos a detener su actividad y los peatones se sentirán más seguros, recibiendo un beneficio de S/.500 (los S/. 2,000 de daños que sufrían menos los S/.1,500 que tienen que pagar a los microbuseros por el mérito del contrato). Pero obviamente esa no es la mejor solución. Si la información es perfecta y los peatones identifican que a un costo de S/.200 el problema queda solucionado, ofrecerán a los microbuseros pagarles la reparación de sus frenos. Se eliminará la pérdida de S/.2,000 a un costo de S/.200 para los peatones y los microbuseros seguirán recibiendo una utilidad de S/.1,000.

Invertamos la regla. Si hacemos a los microbuseros responsables por los potenciales daños que generen, internalizarán los costos de los accidentes que ocasionen. Como tienen que asumir un costo de S/.2,000, que puede ser evitado con una inversión de

S/.200, los microbuseros elegirán hacer esto, a pesar que verán reducida su utilidad a S/.800.

En uno y otro caso se llega a la solución más eficiente: la instalación de los frenos. Debemos destacar, sin embargo, que si bien el resultado en materia de eficiencia es indiferente a la regla legal que se adopte, no sucede lo mismo en términos de distribución del ingreso. Mientras en el primer caso son los peatones los que pagan de su propio bolsillo la reparación de los frenos, en el segundo, este costo es asumido por los microbuseros. Pero el Teorema de Coase no va dirigido a destacar el efecto en términos de distribución, sino de eficiencia.

Pero en el caso entre peatones y microbuseros es difícil imaginar la no existencia de costos de transacción que nos lleven a soluciones como las mencionadas. El gran número de peatones y microbuseros, los costos de información, la posibilidad de sentarlos a negociar y llegar a acuerdos a un costo razonable hacen el acuerdo impensable. Los costos de transacción hacen la solución de mercado inviable. Esto nos lleva a la segunda formulación del Teorema de Coase:

"Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí interesa la regla legal que se adopte para llegar a una solución más eficiente."

Como hemos dicho es impensable un sistema contractual que pueda solucionar el problema de las relaciones entre microbuseros y peatones. Vimos también que si no existe acuerdo, la regla de irresponsabilidad generaba una discrepancia entre el costo privado y el costo social (producido por las externalidades presentes) que llevaba a decisiones ineficientes que producen una inadecuada asignación de recursos. En cambio, el sistema de responsabilidad civil, al internalizar las externalidades, genera el incentivo en los choferes para que éstos reparen sus frenos a pesar del costo que esto les significa.

En pocas palabras los costos de transacción hacen la diferencia y justifican que en ciertos casos, en que los costos de transacción son elevados, el Derecho intervenga para identificar la solución más eficiente. Como señala Torres López, las funciones del Derecho bajo esta perspectiva son dos: reducir los costos de transacción que pudieran existir y proceder a una atribución de derechos que lleve consigo elecciones eficientes¹³. Dicho en otras palabras, se trata de facilitar el funcionamiento del mercado, y en los casos en que superar los impedimentos resulte demasiado difícil o imposible, el Derecho debe actuar,

13. TORRES LÓPEZ, Juan "Análisis Económico del Derecho". Tecnos, 1987, p. 53.

como señala el propio Torres López, como un auténtico "mercado simulado"¹⁴.

4. EL PROBLEMA DEL TRANSPORTE PÚBLICO A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

No es mi intención hacer un análisis profundo y detallado utilizando el Análisis Económico del Derecho, y que nos permita encontrar cuál es la solución a adoptarse. Más bien es mi intención graficar muy superficialmente su utilidad y su función instrumental para comprender casos concretos y encontrar problemas que aparecen ocultos, cuando utilizamos el razonamiento jurídico tradicional.

En principio, desde una perspectiva liberal, sólo se necesitan tres instituciones básicas para el funcionamiento del sistema jurídico patrimonial privado:

a) Un sistema de derechos de propiedad (quizás sería mejor hablar de un sistema de titularidades) que garantice una distribución inicial de los recursos. Estas titularidades deben conceder la facultad de excluir a los demás para crear los adecuados incentivos para la explotación y conservación eficiente de los recursos escasos.

b) Un sistema de derecho de contratos que garantice el fluido intercambio de bienes entre los individuos a fin que éstos puedan ir asignándose a sus usos más valiosos. Si asumimos, como lo hace la perspectiva liberal, que la decisión individual es el mejor mecanismo de asignación de recursos, los contratos se convierten en la expresión jurídica del sistema de mercado. Obviamente el sistema contractual sólo nos llevará a las soluciones más eficientes ahí donde los costos de transacción, en términos coasianos, no sean significativos. Incluso es función del sistema contractual la reducción de estos costos precisamente para favorecer las soluciones de mercado¹⁵.

c) Un sistema de responsabilidad civil extracontractual que garantice la simulación del mercado en aquellas circunstancias en las que los costos de transacción impidan al mercado asignar los recursos de manera eficiente.

Cuando se habla de la privatización del transporte público de lo que se está hablando en realidad es de trasladar esta actividad dentro de un sistema de derecho patrimonial privado que se base en las tres instituciones que hemos descrito. Se requiere una asignación inicial de derechos de propiedad sobre las

unidades de transporte público y quizás la definición de titularidades sobre las rutas.

En segundo lugar se determina que la transferencia de estos recursos debe hacerse de acuerdo a un libre intercambio. Esto implica una libre tarifa, por un lado, y una libre entrada de microbuseros al uso de las rutas, por el otro. La libre tarifa generará inicialmente una elevación del precio del transporte, principalmente porque la oferta de microbuses el día de hoy es inferior a la demanda. De alguna manera habrá inicialmente un precio monopolístico, reforzado por la organización de "carteles" que fijarán precios entre sus miembros, como parece ser está sucediendo con la Federación de Choferes del Perú. Pero esta tarifa superior al precio de equilibrio en un mercado competitivo incentivará la entrada de nuevas unidades de transporte, elevando el nivel de viajes ofrecidos y, consecuentemente, reduciendo el precio del transporte.

En tercer lugar, no todos los problemas de la circulación de microbuses pueden ser resueltos por el sistema contractual. Los costos de transacción con terceros son elevados, y por tanto pensar que por ejemplo, los peatones "compre" seguridad a los microbuseros aparece como imposible. En tal virtud, el sistema de responsabilidad extracontractual puede internalizar las externalidades que el transporte público genera y con ello creará incentivos para un comportamiento eficiente, tal como señalamos antes.

Claro que algún lector suspicaz podrá cuestionar esta idea con el argumento que los microbuseros trasladarán este costo a sus pasajeros y por tanto no habrá incentivo a tomar las precauciones necesarias (como por ejemplo reparar los frenos). Pero si tenemos en cuenta que el mercado es competitivo, descubriremos que un microbusero descuidado tendrá que cobrar una tarifa superior a la que cobra un microbusero cuidadoso, pues el primero tendrá más accidentes. El segundo en cambio será más competitivo y estará en la posibilidad de desplazar al más ineficiente de su ruta pues los pasajeros preferirán pagar menos.

Pero quizás el problema más interesante en el transporte público no está por el lado de las externalidades que sufren los terceros, sino precisamente en las que sufren los pasajeros. Si tenemos una aproximación simplista al problema diremos que siendo los costos de transacción bajos entre el microbusero y sus pasajeros todos los problemas pueden solucionarse desde el punto de vista del sistema contractual.

14. Ibid, p. 27.

15. Dos mecanismos que desarrollan la función de reducción de los costos de transacción son la existencia de normas supletorias a la voluntad de las partes que reducen la necesidad de prever todas las contingencias en el período de negociación y la existencia de cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión que reducen los costos de transacción al reducir la necesidad de negociación entre las partes.

La base para afirmar que los costos de transacción son bajos radica en que habiéndose celebrado un contrato de transporte, queda claro que ha sido posible que las partes negocien y lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambos. Así, el pasajero, consciente de los riesgos que asume al subir a un microbús determinado, negociará con el microbusero quien responderá por sus daños si sucede un accidente. Las posibles soluciones son dos. Puede ser que el pasajero acuerde asumir ese riesgo. Así conseguirá un pasaje más barato, pero implícitamente añadirá al precio que paga el costo esperado de los accidentes que pudiera sufrir, dado el estado de funcionamiento del microbús, pues de suceder el accidente el pasajero tendrá que pagar sus propios daños. Es en base a estos dos costos que él decidirá si viaja o no. Así los microbuseros no sólo tratarán de ofrecer tarifas atractivas sino unidades de transporte seguras y cómodas que hagan que el pasajero reduzca en su cálculo el monto esperado por los accidentes. Esta reducción implica que en términos reales el pasajero "paga" menos por viajar.

La segunda solución es que acuerden que sea el microbusero el que asuma el costo. Así el microbusero "asegurará" al pasajero contra todo accidente, incluyendo una cláusula en estos términos en el contrato de transporte correspondiente. Pero obviamente por hacer esto cobrará una tarifa más elevada que le sirva para cubrir los daños que sus pasajeros pudieran sufrir, o para contratar un seguro.

¿De qué dependerá que sea el pasajero o el microbusero el que asuma el costo? Pues ello depende de quién puede neutralizar o reducir el monto del daño a menor costo. Normalmente el microbusero, principalmente por la información que dispone, puede reducir la cantidad y gravedad de los accidentes a menor costo que el pasajero. Si eso es así se logrará a través del sistema contractual una reducción de costos. En la negociación este hecho saldrá a relucir y entonces el microbusero asumirá el costo del accidente (o de las precauciones necesarias para evitarlo) beneficiando a ambas partes. El pasajero asumirá un menor costo (a pesar que le trasladen el costo de los accidentes o precauciones vía la tarifa, éste será menor a lo que él tendrá que pagar por accidentes o por tomar medidas de precaución) lo que a su vez determinará que hayan más pasajeros pues el microbusero será más competitivo. Si el costo de las precauciones es razonable, lograremos microbuses seguros y cómodos a tarifas competitivas. En otras palabras, igual como el mercado produce un "precio de equilibrio", produce también condiciones de equilibrio en la prestación de los servicios.

El problema es que todos intuimos que tal mundo es difícil de alcanzar. Existe un costo de transacción importante: el costo de información. Estos costos son insuperables en muchos casos. Así es difícil imaginar que cada vez que suba un pasajero al microbús éste

pueda hacer una inspección de los frenos, por ejemplo, para negociar cuál es la tarifa razonable y quién debe asumir el riesgo dado el estado operativo de la unidad de transporte. Que exista un contrato no quiere decir que se hayan superado todos los costos de transacción. Incluso entre dos partes que han llegado a un acuerdo existen aspectos de su relación que no pueden ser solucionados por el sistema contractual dada la existencia de costos de transacción, pues una o ambas partes pueden enfrentar costos de información sustantivos.

Si como dijimos la diferencia entre el ámbito de acción de los contratos y el de la responsabilidad extracontractual radica en la existencia o no de costos de transacción que puedan evitar una eficiente asignación de los recursos, entenderemos que la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no radica en la existencia o no de un contrato entre las partes, sino en la posibilidad que ante una situación dada, en la que se considera necesaria una correcta asignación de los recursos y de los riesgos, el sistema de contratación pueda resolver el problema de manera idónea o esté impedido de hacerlo.

Imaginemos que sucede un accidente. Un microbús se sale de la pista, atropella a unos peatones y se vuelca, ocasionando daños a parte de sus pasajeros. No existe razón para considerar la responsabilidad respecto a los peatones extracontractual y respecto a los pasajeros contractual. En ambos casos el sistema contractual es incapaz de llegar a una adecuada solución. En el caso del peatón, porque los costos de identificar y reunir a todos los interesados (peatones y microbuseros), hacerlos negociar y llegar a un acuerdo antes del accidente son insuperables. En el caso de los pasajeros porque, sin perjuicio de la existencia de un contrato, éste no puede resolver el problema de la asignación de los riesgos por accidentes por los altos costos de información al pasajero respecto a la situación operativa del microbús y el costo esperado de los accidentes. En ambos casos se necesita una regla legal que simule la solución a la que hubiera llegado el mercado si los costos de transacción no existieran.

Obviamente el problema de las precauciones adecuadas puede ser solucionado mediante regulación administrativa. Así, por medio de revisiones técnicas y precauciones obligatorias cuyo incumplimiento implica sanciones, se podría, en teoría, llegar a que se desarrollen conductas adecuadas. Sabemos por experiencia que esto no ha funcionado hasta ahora, pero si se crea un mecanismo de control eficiente podríamos pensar en esta opción como una alternativa. En todo caso la liberalización de tarifas de manera paralela a una desregulación de la actividad (eliminación de controles y sanciones administrativas) implicaría creer, de alguna manera o que los

costos de transacción son reducidos o que el sistema de responsabilidad civil peruano es efectivo en simular las soluciones a las que llegaría el mercado. Creo que éste sería uno de los problemas principales en el caso de una desregulación total de la actividad, pero no es mi intención tratar ese problema en este trabajo.

Hemos explicado muy superficialmente, quizás simplistamente, el esquema que se encuentra bajo la liberalización del transporte. El análisis económico nos puede arrojar luces sobre cómo aprovechar mejor y no desperdiciar los recursos, y sobre qué soluciones pueden darse a cada uno de los problemas. Pero obviamente es un análisis incompleto. Otros valores y principios terminan influyendo en la decisión final. No he pretendido agotar el tema. Menos aún creo que de la forma como hemos desarrollado el análisis puedan extraerse auténticas conclusiones. Sólo he querido usar el caso del transporte público como una excusa para introducir al lector en algunos principios básicos del Análisis Económico del Derecho.

5. CONCLUSIÓN.

Los enfoques expuestos en este artículo tienen una perspectiva eminentemente liberal. En este sentido no se requiere mucho esfuerzo para convencer a los liberales de las bondades del Teorema de Coase, y del propio Análisis Económico del Derecho. Creo, sin embargo, que sin perjuicio del punto de partida ideológico, esta perspectiva puede ser dotada de un importante carácter instrumental, incluso para aquellos que ideológicamente no consideran el sistema liberal como el mejor. Nos puede servir para que los abogados tomemos conciencia que las decisiones legales generan y alivian una serie de costos y beneficios en la sociedad. Como sugirió Calabresi, si bien no podemos agotar la idea de justicia en el objetivo de evitar el desperdicio, tampoco podemos olvidar que desperdiciar es injusto. El Análisis Económico del Derecho nos hace recordar a los abogados que vivimos en un mundo donde los recursos son escasos, y que por tanto es parte de nuestra misión tratar que las necesidades humanas sean satisfechas de la mejor manera posible de cara a esta escasez.

No quiere el presente título, en medida alguna, aparecer dando una connotación peyorativa a los artículos que aquí se reúnan. Lo que haremos en este espacio será, simplemente, presentar trabajos sobre temas jurídicos diversos cuya extensión, o la del tema mismo, no lleguen a cubrir el número de páginas requerido. Con este fin, creímos encontrar en el trillado "Cajón de Sastre" -que más parece ya "de Abogado"-, del que tantas veces hemos escuchado hablar a nuestros maestros, el concepto más adecuado para denotar, en forma aséptica y bona fides, el preciso sentido y alcance para nuestro espacio. Y con él, rotulamos la presente nueva sección.

"La Pontificia Universidad Católica del Perú y el Centenario del Código Civil Español"

Jack Bigio Chrem. Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC.

Como es de público conocimiento, en 1989 el Código Civil español cumplió un siglo de existencia. Con motivo de tal histórica vigencia, que pocas codificaciones civiles en el mundo han alcanzado, la prestigiosa **Universidad Complutense de Madrid**, a través de su Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, decidió dedicar un libro a la conmemoración del centenario de este Código Civil. Esta obra, de significativa importancia doctrinaria y de trascendencia universal debido al acontecimiento que conmemora, ha sido finalmente publicada en España. Y el Perú ha podido hacerse presente en tan magna obra a través de una de sus mejores universidades, la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dos jóvenes y prestigiosos abogados formados en esta universidad, y catedráticos de la misma, han colaborado con excelentes ensayos jurídicos a dicha obra. Se trata de, los ahora conocidos internacionalmente, **Carlos Cárdenas Quirós** y **Miguel Torres Méndez**.

En la obra, compuesta por cinco volúmenes de unas 600 páginas cada uno aproximadamente, han contribuido los más destacados juristas internacionales de la hora presente con interesantísimos y versados trabajos,

constituyendo la misma un justo y necesario homenaje no sólo tan ilustre Código Civil; sino también a la memoria de Don **MANUEL ALONSO MARTINEZ**, eminente jurista, ejemplar político y artífice principal de dicho Código. Los cuatro primeros volúmenes están dedicados respectivamente a **JOSE CASTAN TOBEÑAS**, **ANTONIO HERNANDEZ GIL**, **FEDERICO DE CASTROY BRAVO** y **JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO**; cuatro de los más grandes exponentes de la doctrina civilista española, "maestros" universitarios y defensores del Código centenario. Por todo ello, debe resaltarse la presencia peruana a través de los nombrados, sobretudo porque los mismos representan a la nueva hornada de investigadores y juristas peruanos -**Carlos Cárdenas Quirós (33)**, **Miguel Torres Méndez (27)**-; en la que la **Pontificia Universidad Católica del Perú** siempre ha tenido hegemonía. El aporte del primero de los nombrados ("**Límite Temporal de las Normas Jurídicas: Cesación de su Vigencia**") constituye un interesante ensayo sobre la vigencia de las normas jurídicas, tema de latente actualidad que es trabajado por el autor tomando como punto de referencia el Artículo I del Título Preliminar del vigente Código Civil

peruano. No menos interesante es el aporte del segundo (**"La Individualización Ficta en el Código Civil Español"**), pues es un versado estudio sobre el nada fácil tema de la teoría del riesgo, concretamente sobre la transferencia del riesgo en la compraventa por peso, número o medida. En este trabajo el autor estudia y analiza una norma del Código Civil español, siendo el único autor extranjero que en esta obra comenta una norma del homenajeado Código centenario.

La estructura de los volúmenes es idéntica en todos y se dividen en tres partes: Primera, "Homenaje de la Doctrina Extranjera al Código Civil"; Segunda, "Estudios Jurídicos de Autores Españoles" y Tercera, "La España del Código Civil (1881-1889)" o, lo que es lo mismo, "El Código Civil en su Ambiente", con trabajos de diversas materias sobre esta época (Filosofía, Medicina, Toros, Fuerzas Armadas, Música, etc.). Esta magna obra ha sido patrocinada, además de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense, por el "Seminario de Derecho Civil José Castán Tobeñas", por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Han colaborado a esta magna obra, con excelentes e interesantes ensayos jurídicos, juristas de la talla de **Guido Alpa, Giovanni Ferri, Rafael Alvarez Vigaray, José Bonet Correa, José Antonio Doral García, José María Chico y Ortiz, Enrique Lalaguna Domínguez, José María Martínez Val, Enrique Ruiz Vadillo, Guillermo Borda, Antonino Cataudella, Simon Fredericq, Juan Vallet de Goytisolo, Michael Schlingensiepen, Jesús López Medel, José Castán Vázquez, Francisco Rico Pérez**; entre otros.

Todo lo expuesto y reseñado demuestra la trascendental importancia de esta obra que enriquece sobremanera la literatura jurídica universal, constituyéndose en una excelsa obra de consulta para los hombres de Derecho*. Basta citar algunos de los testimonios que a nivel mundial se vienen dando sobre esta obra: "Es un libro precioso y prestigioso, envidiable, el que las Universidades de Pinoso, Alicante y Complutense de

Madrid, han dedicado al centenario del Código Civil español" (**Université PARIS-VAL de MARNE**), "Por su contenido y presentación, el libro dedicado al Centenario del Código Civil español es realmente una obra impactante" (**Universidad de Lund, Suecia**), "La bellísima edición del libro en honor del Centenario del Código Civil de España merece muchas felicitaciones" (**Università di Roma**), "La edición está cuidadísima, con letras iniciales de gran belleza y viñetas terminales de suma originalidad. La encuadernación es igualmente noble, al estilo de las más bellas de pasta española, con hermosos tejuelos en rojo y azul" (**Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid**, 5/1989), "Se trata de una obra realizada con todo cuidado, con una nitidez admirable en sus letras e impresión, al estilo de los libros medievales. En ella colaboran ilustres Profesores de Derecho Civil y juristas del mundo entero" (**Voz de Portugal**, Rio, Brasil, 3 de agosto de 1990), "La aportación de esta obra al Derecho Civil constituye un hito importante en la doctrina" (**Enrique MUGICA HERZOG**, Ministro de Justicia), "Constituye una labor extraordinaria de recopilación de tantos estupendos trabajos de juristas extranjeros y españoles, y la idea del sello conmemorativo es francamente original y muy acertada al igual que la preciosa medalla" (**Antonio GARRIGUES**, Embajador de España y ex Ministro de Justicia), "Ha sido una gran idea la emisión del sello de correos y la edición del libro conmemorando el Centenario del Código Civil" (**Eduardo GARCIA DE ENTERRIA**, Catedrático y Académico).

Satisfactoria y muy honradamente, por todo lo expuesto, el Perú se encuentra presente en esta monumental y trascendental obra jurídica internacional gracias a la destacada participación de dos versados y brillantes catedráticos peruanos de la **Pontificia Universidad Católica del Perú**, en la que, hoy por siempre, se encuentra la mejor Facultad de Derecho del Perú.

* Los interesados en consultar la obra pueden hacerlo en las bibliotecas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Colegio de Abogados de Lima.

Alan Dershowitz y el "abogado perfecto"

Arturo Ferrari C. Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC.

Maruja Barrig en un interesante estudio realizado algunos años atrás sobre la justicia en la literatura peruana, nos refiere lo siguiente: "Un empresario, narra una historia popular, quiso tener un día la certeza de saber cuánto sumaban dos más dos. Llamó al contador de su empresa quien, premunido de máquina calculadora y matemática jerga, le demostró que dos más dos sumaban cuatro. Insatisfecho de la respuesta, el empresario llamó a su jefe de relaciones industriales quien, luego de una larga disertación acerca de los cambios sociales del país -que podían haber alterado hasta verdades universales- concluyó, siempre concediéndole el beneficio de la duda a su patrón, que dos más dos aun sumaban cuatro. El empresario continuó llamando a otros funcionarios subalternos y obtenía invariablemente la misma respuesta: dos más dos sumaban cuatro. Llamó al abogado de su empresa y le formuló la consabida pregunta. Este cerró sigilosamente la puerta de la oficina y le preguntó astuto: "Ud. cuánto quiere que sean" ".

Dicho relato nos transmite de manera clara y precisa una de las características que el grueso de la sociedad atribuye a los abogados y a quienes estamos a punto de serlo: la incondicionalidad respecto a quien contrata nuestros servicios profesionales. Es esa incondicionalidad la que -según el común de las personas- nos hace capaces de cometer una serie de actos -por decisión propia o a pedido de nuestro cliente- reñidos con aquéllo que juramos defender al salir de la aulas universitarias, es decir, el Derecho y la Justicia. Todo ello con tal de beneficiar a quienes se supone nos debemos en cuerpo y alma.

A modo de ejemplo podemos decir que desde diferentes perspectivas y con distintos criterios de

valoración, autores como Julio Ramón Ribeyro, Manuel Scorza y José María Arguedas se han ocupado del tema dentro de la literatura de nuestro país. Asimismo, el actor, crítico y director teatral Ricardo Blume en las páginas de un número anterior de esta misma revista se expresó sobre el tratamiento que los abogados han recibido en el teatro². Ambas manifestaciones son un claro testimonio de cómo la sociedad ve nuestra actuación en su seno.

El cine -de alguna manera el tema de este artículo- también se ha ocupado del asunto. En los últimos meses se han estrenado en las salas cinematográficas limeñas algunas películas cuya trama principal gira alrededor de abogados, jueces y fiscales.

Entre las principales podemos mencionar, "Se presume inocente", película dirigida por Alan Pakula y que tiene como actor principal al conocido Harrison Ford. Este, que hace de ayudante de un fiscal de distrito de Philadelphia, es acusado del asesinato de un colega suyo -la bella Greta Scacchi- por quien estaba sexualmente obsesionado. Ford es absuelto gracias a la habilidosa defensa hecha por un abogado amigo suyo, descubriéndose hacia el final de la película que el asesino era su propia esposa. En torno a este argumento principal aparecen otros, como el que busca revelar todo lo que hay detrás de la elección de un fiscal en los Estados Unidos o el que trata sobre las debilidades morales del juez ante cuyo despacho se ve el caso de Ford.

Una película mejor lograda nos pareció "Mucho más que un crimen", film dirigido por el realizador griego Costa Gavras y donde actúan en los papeles principales la extraordinaria Jessica Lange y Armin Mueller Stahl. Este último es un ciudadano húngaro

1. BARRIG, Maruja. La Ley es la Ley. La justicia en la literatura peruana. CEDYS. Lima, 1980. pp. 17-18.
2. BLUME, Ricardo. Los abogados y el teatro. En: THEMIS No. 17, Segunda Epoca. Lima, 1990.

que emigró a los Estados Unidos después de finalizada la Segunda Guerra Mundial y que cuarenta años después es pedido por la autoridades de su país por supuestos crímenes de guerra. Su hija, Jessica Lange, es abogada y asume su defensa. La ciega confianza en la inocencia de su padre va cediendo paso, poco a poco, a una serie de dudas sobre la verdad de ello, especialmente cuando comienzan a declarar las personas que son llamadas como testigos; pero una buena defensa y la falta de pruebas evitan la extradición a Hungría. Jessica Lange sufre sin embargo una aguda crisis emocional al enterarse luego, por unas fotografías descubiertas de manera casual dentro de una cajita de música, de la verdad de los cargos que se le imputaban a su padre.

La televisión también se ha ocupado del tema al reponer en la pantalla chica hasta dos veces la película "Al filo de la sospecha". Aquí la notable actriz Glenn Close encarna a una abogada que asume la defensa de un marido acusado del asesinato de su esposa. Al igual que en "Mucho más que un crimen", en muchos pasajes del juicio la inicial confianza en la inocencia de su defendido tambalea, sin embargo, como su abogada, Glenn Close sigue hasta conseguir la absolución de su patrocinado, quien al final de cuentas resultó que era culpable.

Toda esta clase de películas buscan siempre contraponer frente al deber -que como profesionales del Derecho tienen los abogados- lo que ellos íntimamente piensan acerca de la inocencia o culpabilidad de su cliente. El saber manejar todos los elementos que la ley pone en nuestras manos ha mostrado ser de gran utilidad para lo que se supone es nuestro fin último, es decir, el obtener las mayores ventajas y beneficios en favor de nuestro cliente.

Sin embargo, el film que respecto del tema, más nos ha impresionado hasta el momento ha sido "El Misterio von Bulow". Esta película, del realizador Barbet Schroeder y basada en una historia real, cuenta con la participación de Glenn Close y del británico Jeremy Irons, quien recibió por su actuación aquí, el Oscar al mejor actor de 1990.

Irons, como Claus von Bulow, es acusado de intentar asesinar a su esposa -Glenn Close- inyectándole una exagerada dosis de insulina, quedando ésta postrada en estado vegetal en la cama de un hospital. A pesar de las muy buenas actuaciones de los dos actores antes mencionados no es sobre ellos de quienes nos vamos a ocupar. Para ser mas precisos,

no es sobre un actor de quien vamos a hablar aquí, sino más bien de un personaje de la vida real y que pertenece al mundo del derecho; el abogado Alan Dershowitz, interpretado por el actor Ron Silver.

Dershowitz es un abogado salido de Harvard que es contratado por Claus von Bulow para que asuma su defensa. El reúne a su alrededor a todo un equipo de colaboradores, entre los cuales reparte una serie de tareas que tienen que ver con los distintos problemas que el caso presenta. Dershowitz desarrolla una labor que por momentos se aparta de la que realizan estrictamente los abogados, para entrar al campo de la investigación policial; viéndose en varios instantes ante la disyuntiva que ya hemos planteado: su íntima convicción acerca de la inocencia o culpabilidad de su cliente, frente a los mecanismos que el Derecho le otorga y que pueden ser utilizados en favor de este último.

Dershowitz logra al final de cuentas que Claus von Bulow sea absuelto. Ello gracias a una jurisprudencia encontrada por uno de sus colaboradores y que encuadra perfectamente para el caso. El, como abogado, utiliza de la mejor manera uno de los tantos elementos que el Derecho ponía a su disposición, sin tomar en consideración lo que él pensaba sobre su cliente. Es en esta historia sobre la que el mismo Alan Dershowitz se basó para escribir "The reversal of the fortune", novela que dió origen a la película que aquí comentamos.

A pesar que la crítica llegó a considerar al actor Ron Silver como "la conciencia moral del film"³ y que a lo largo de éste es posible apreciar la lucha interior que ocurre en Dershowitz al producirse la disyuntiva antes mencionada, creemos que él de alguna manera se comportó de acuerdo a lo que podía esperarse de un profesional del Derecho. Claus von Bulow había contratado sus servicios profesionales pagando una muy buena suma de dinero por lo que Dershowitz estaba en la obligación de dar lo mejor de sí. Este, a través de la actuación del actor Ron Silver, pudiera pensarse que busca expiar un sentimiento de culpa que quizás le haya quedado una vez finalizado el juicio. Ello, sin embargo, no es cierto ya que Dershowitz ha vuelto a actuar de la misma manera en la vida real.

Semanas atrás leíamos una noticia publicada por el diario El Comercio⁴ en que la apasionada defensa de un abogado de Harvard había conmovido a un jurado de Carolina del Norte, consiguiendo reducir la pena

3. El Comercio. Revista SOMOS, No. 230. Lima, 1990.

4. EL Comercio. Sección B, 24 de agosto de 1990.

del tele-evangelista Jim Bakker de 45 a 18 años de prisión. Bakker, un predicador que construyó el imperio millonario conocido como "Praise the Lord" (PTL) a base de miles de estafas místicas, había sido condenado por ese hecho en octubre de 1989 a 45 años de prisión. Tras la reducción de la pena a 18 años, las leyes estadounidenses permiten que el predicador pueda disfrutar, una vez transcurridos seis años, de libertad condicional bajo fianza.

Por supuesto que ustedes ya habrán intuído quién es ese abogado del que la noticia hablaba. Así es, el mismo Alan Dershowitz. Este dijo al jurado que su cliente había reconocido sus errores y que no los iba volver a repetir porque cuando fue por el camino equivocado estaba fuera de control. Describió a Bakker como un hombre que dió tumbos y apeló a los corazones de quienes lo escuchaban para hacerles considerar que un hombre arrepentido y no peligroso no debe verse privado de poder criar a su hijo adolescente o de abrazar al nieto que tiene pero que no conoce.

Dershowitz aparece una vez más en escena haciendo gala de alguna de sus habilidades que ya le

conocíamos de antemano. Con el profesionalismo que le es característico, asume la defensa de Jim Bakker dispuesto a obtener el máximo beneficio posible para su cliente. No sabemos si aquí también reunió a un equipo de colaboradores, pero lo que si es cierto es que actuó con la misma mentalidad que en el caso von Bulow.

Como profesional, Dershowitz cumple a cabalidad la misión que se le encomendó y por lo visto quizás nos encontremos frente a uno de los mejores abogados norteamericanos de la hora actual. El utiliza lo mejor posible los mecanismos que el sistema le ofrece y que pueden ser aprovechados, sin distinción, por cualquier persona. La manera de comportarse de este abogado norteamericano lo lleva a convertirse en el paradigma por excelencia de los siempre tan cuestionados profesionales del Derecho.

Pensamos que no debería extrañarnos, si dentro de poco tiempo, aparece algún libro escrito por el mismo Dershowitz acerca de Jim Bakker y sus estafas místicas y que esto, luego dé origen a una película que sea premiada con el Oscar de la Academia.

El Valor de la Cosa Juzgada en el Perú*

Jorge Luis Zubiarte Herici.

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC.

I. RESOLUCION SUPREMA

EXPEDIENTE Nº 2391-88-Lima.

Lima, cuatro de setiembre de mil novecientos noventa. VISTOS Y CONSIDERANDO: Que la cuantía de la causa se determina en la demanda con la pretensión jurídica que ésta contiene y en su caso con la reconvencción, que en el presente caso la pretensión jurídica se concreta al Contrato de Compra Venta de fojas cuarentiocho y estando a su monto y fecha del concesorio del recurso de nulidad de fojas trescientos ochenta vuelta declararon NULO el concesorio de fojas trescientos ochenta vuelta su fecha cinco de setiembre de mil novecientos ochentiocho e improcedente el recurso de nulidad, en los seguidos por Renato Sambuceti Migone con Yolanda Falco Squadrito de Gonzales y otros sobre Otorgamiento de Escritura. Interviniendo los doctores Quiroz Amayo y Guevara de los Ríos, de conformidad con el artículo ciento veintitrés de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los devolvieron.- SS. Beltrán Rivera.- Alfaro Alvarez.- Peralta Rosas.- Guevara De los Ríos.- Quiroz Amayo.- se publicó conforme a ley.- Bernardo Del Aguila Paz, Secretario General de la Corte Suprema.

II. DECRETO DE FOJAS 384

Resolución número ochentisiete.- Expediente 759-84. Lima, once de diciembre de mil novecientos noventa.- Por devueltos, cúmplase lo ejecutoriado, con citación. Fdo. Manuel Lora Almeida.- Juez. Baltazar Guevara Salazar.- Secretario.

III. RAZON

Lima, tres de mayo de mil novecientos noventa. En la fecha doy cuenta a la Sala del Exp. 2391-88, que no ha sido notificado, por no haber querido recibir la cédula el Colegio de Abogados de Lima, por no estar dentro del término que establece la Ley, ha-

biendo hecho la notificación según aparece en tablilla, pero se me fue traspapelado la cédula al momento de notificar. Washington Pérez Arévalo.

IV. RESOLUCION SUPREMA

EXPEDIENTE 2391-88. Lima.

Lima, ocho de mayo de mil novecientos noventa.- VISTOS: Estando a la razón que antecede: Declararon NULAS la vista de la causa y la Resolución Suprema de fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa: Mandaron se remita a este Supremo Tribunal el presente proceso; oficiándose al respecto; impusieron la medida disciplinaria de apercibimiento al notificador Washington Pérez por la irregularidad anotada. Interviniendo el doctor Reyes Ríos de conformidad con el artículo ciento veintitrés de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- SS. Nugent.- Beltrán Rivera.- Portugal Rondón.- Urrello Alvarez.- Reyes Ríos.

COMENTARIO

Los hechos son bastante claros. La Primera Sala Civil de la Corte Suprema anuló su propia sentencia, luego de que ésta había pasado en autoridad de Cosa Juzgada y mandada cumplir por el juzgado de origen. El fundamento del fallo, como es fácil de advertir, consiste en que el abogado defensor de la parte vencida supuestamente no fue citado a informe oral a la vista de la causa.

Del fallo en análisis podría extraerse una conclusión: que la inmutabilidad de la Cosa Juzgada no es absoluta, puesto que puede ser anulada si se detectan vicios de procedimiento no subsanados, los cuales podrían corregirse luego de que el proceso ha concluido por sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada, por el mismo Tribunal que dictó la sentencia supuestamente viciada de nulidad.

* Al Doctor Carlos Montoya Anguerry, maestro y amigo.

Cabe preguntarse entonces si tal conclusión es constitucional y legalmente válida, y en todo caso, si un precedente de tal naturaleza es saludable para nuestro sistema judicial.

Particularmente anticipamos una respuesta negativa a ambas interrogantes, dejando, claro está, a quienes se tomen la molestia de leer esta líneas, arribar a sus propias conclusiones. A continuación nuestras razones:

1. La Garantía Constitucional de la Cosa Juzgada

El Art. 233 inciso 11) de nuestra Constitución, contiene una de las garantías más importantes de la administración de justicia, y por ende, del DEBIDO PROCESO LEGAL; LA GARANTIA DE LA COSA JUZGADA, PROHIBIENDO EXPRESAMENTE LA POSIBILIDAD DE REVIVIR PROCESOS FENECIDOS.

Quien esto escribe, creía conocer con alguna precisión el concepto, fundamento y alcances de dicha garantía. No obstante, y como quiera que el fallo que es materia del presente comentario echó por tierra tal suposición, hemos creído conveniente repasar algunos conceptos.

Ante todo la idea del PROCESO, entendido en su sentido más amplio.

Como bien señala el Dr. Aníbal Quiroga León, "LA IMPORTANCIA DEL PROCESO APARECE GRAFICADA EN SU PRINCIPAL FUNDAMENTO: LA SUSTRACCION AL HOMBRE, LA POSIBILIDAD DE DAR SOLUCION PRIVATIVA A SUS CONFLICTOS PARTICULARES" ¹.

Así, el proceso se entiende como el medio idóneo para la solución de los conflictos de intereses con relevancia jurídica, mediante acto de la jurisdicción que adquiere autoridad de Cosa Juzgada.

Vemos pues, que el proceso tiene una naturaleza fundamentalmente teleológica, ya que su fin es lo que lo caracteriza: LA COSA JUZGADA, cuyo fundamento, a su vez, no es otro que la búsqueda de la paz social mediante la solución definitiva de los conflictos, consolidando así el derecho de los justiciables y evitando que los procesos se hagan interminables.

El maestro uruguayo Eduardo J. Couture nos define con singular precisión y claridad el concepto de la Cosa Juzgada: "ES LA AUTORIDAD Y EFICACIA DE UNA SENTENCIA JUDICIAL CUANDO NO EXIS-

TEN CONTRA ELLA MEDIOS DE IMPUGNACION QUE PERMITAN MODIFICARLA" ².

Desarrollando la definición, el mismo autor nos señala que la medida de la eficacia de la Cosa Juzgada se resume en tres posibilidades: que es inimpugnable, en el sentido que está vedado cualquier ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia; que es inmutable, en el sentido que ninguna autoridad puede alterar los términos de la sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada, para finalmente señalar que toda sentencia pasada en dicha autoridad es susceptible de ser ejecutada.

Creemos que nadie puede poner en duda la vigencia y validez de los conceptos reproducidos líneas arriba. Por ello mismo, y estando a la jurisprudencia materia del presente comentario, no cabría duda alguna sobre su grosera inconstitucionalidad.

En efecto, la sentencia del 4 de setiembre de 1990 puso fin al proceso; fue mandada cumplir el 11 de diciembre del mismo año, y se cumplió en la misma fecha, puesto que la sentencia de vista que quedó firme, era de carácter constitutiva. Sin embargo, el 8 de mayo de 1991, el mismo Tribunal -evidentemente conformado por otros distinguidos Vocales- anuló la sentencia del 4 de setiembre y pidió los autos para emitir un nuevo fallo.

En nuestra opinión no existe ningún argumento que justifique que autoridad alguna, ni la misma Corte Suprema, anule una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada, debidamente mandada cumplir. La Constitución respalda lo dicho.

No obstante ello, y sin perjuicio de lo ya expuesto, nos proponemos analizar el fundamento del fallo que motivó la anulación de la primera sentencia para despejar cualquier duda sobre la inconstitucionalidad del mismo.

Aunque no lo dice expresamente, el fallo, vista la razón emitida por el notificador de la Sala, estimó que se había colocado en estado de indefensión a la parte vencida al no haber citado a su abogado defensor a prestar informe oral a la vista de la causa, por lo que se habría cometido un vicio procesal que ameritaba anular la sentencia y sacrificar en consecuencia la garantía de la Cosa Juzgada. Nos colocamos entonces en el campo de la impugnación de las nulidades procesales, materia que abordamos a continuación.

2. Impugnación de las nulidades procesales

1. QUIROGA LEON, Aníbal. Conceptos Básicos en el Estudio del Derecho Procesal: A Propósito de la Ciencia del Proceso. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988, p. 245.

2. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma 3ra. Ed., 1979, p. 40.

El régimen de la impugnación de las nulidades procesales es quizá la materia de derecho procesal civil que más ha evolucionado en los últimos tiempos, al merecer la atención de connotados procesalistas de todas las latitudes. La razón es muy sencilla.

La nulidad procesal, en sentido estricto, es la sanción que priva de eficacia un acto que no cumple con las formas establecidas. Como todos bien sabemos, la nulidad procesal es usada, con mayor frecuencia que lo imaginable, como el mejor medio para dilatar los procedimientos hasta hacerlos casi eternos. Tal situación se debía -en nuestro ordenamiento aún lo es- a la falta de una adecuada reglamentación del régimen de la nulidad del acto jurídico procesal, y de un elenco de principios que lo regulara.

Felizmente, en la actualidad y gracias al trabajo fundamentalmente doctrinario y jurisprudencial, la totalidad de los códigos procesales modernos regulan de manera especial la materia.

No es el momento para describir la trayectoria que ha seguido el régimen hasta su regulación actual, por lo que haciendo un esfuerzo de síntesis, diremos que el régimen ha evolucionado del formalismo ritualista en el que el desviamiento de las formas establecidas por mínimo que fuese, traía como consecuencia la nulidad del acto -la nulidad por la nulidad misma- hasta la doctrina procesal moderna, donde la nulidad sólo se justifica si se viola alguna forma esencial de procedimiento que origina la indefensión de alguna de las partes, es decir, si se ocasiona algún perjuicio, habiéndose llegando a decir que donde no existe perjuicio no existe nulidad.

Si bien no existe consenso sobre cuáles son aquellas formas de procedimiento cuya omisión causan la indefensión, sí existe consenso en que ésta es la única causa que justifica una declaración de nulidad.

En nuestra opinión, debe entenderse como formas esenciales, todas aquellas cuya desviación viola alguna de las garantías del DEBIDO PROCESO LEGAL ocasionando la indefensión de alguna de las partes; no interesa pues la causa, sino el efecto.

Ahora bien, en lo que respecta a las posibilidades de impugnación de las nulidades procesales, existen según cada ordenamiento diversas vías para solicitar la declaración de nulidad, aunque la mayoría coincide en que son básicamente cuatro, a saber: la excepción, el recurso de apelación, el recurso de nulidad y el incidente de nulidad.

Todos los medios antes señalados tienen una especial regulación para su admisibilidad según su propio ordenamiento, aunque para el caso que nos ocupa, basta decir -y esto irrefutable- que sólo pueden ejercitarse dentro de un procedimiento no concluido.

Especial atención merecería el aspecto relacionado con la declaración de nulidad de oficio, pero al igual que en los casos anteriores, tal facultad del órgano jurisdiccional sólo puede ejercitarse dentro de un proceso no concluido.

Las razones de ello, para uno u otro caso, son las mismas. En primer término, se enfrentan al principio de preclusión procesal, en virtud del cual, luego de que se pasa de una etapa del procedimiento a otra, las nulidades procesales en que se hubiere incurrido en la etapa anterior quedan convalidadas, toda vez que según dicho principio, concluida una etapa del procedimiento, debe seguirse necesariamente la siguiente.

En segundo término, se enfrentan al obstáculo insalvable de la garantía constitucional de la Cosa Juzgada, la cual una vez producida convalida todas las nulidades, sean o no esenciales, que se hayan cometido a lo largo del procedimiento. Chiovenda es concluyente al señalar:

".... Que en su totalidad, los motivos de nulidad desaparecen al hacerse definitivo el resultado de un proceso"³.

Líneas arriba hemos manifestado que a nuestro juicio no existe ninguna razón que justifique que autoridad alguna revoque una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada.

Si bien no hemos agotado el tema ni menos aún efectuado un profundo análisis del mismo, estimamos que las razones expuestas respaldan nuestra posición. Siendo esto así, es fácil advertir que el fallo materia del presente comentario, no podía ser revocado por el mismo Tribunal que lo dictó, quedando en evidencia su inconstitucionalidad.

Sin embargo, como casi todo en derecho, las reglas admiten excepciones; nos referimos concretamente a la posibilidad de revocar una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada.

Al enumerar los medios para impugnar las nulidades procesales, nos referimos a los usualmente aceptados por los diversos ordenamientos y la doctrina en general.

3. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo III, 1940, pp. 405-406.

Aunque parezca contradictorio con todo lo ya expuesto, debemos decir que se admite la existencia de un medio para obtener la declaración de nulidad de una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada, el cual es recogido en pocas legislaciones y no es aceptado por la mayoría de la doctrina.

Así, existen autores de la talla de Couture, Chioventa, Carnelutti, Peyrano, Berinzonze, Morello, Gelsi Bidart, entre otros, que sostienen que la Cosa Juzgada, inspirada en razones de seguridad jurídica, puede ser sacrificada en determinados casos. Por ejemplo, Chioventa señala:

"Nada ofende en sí a la razón, que la ley admite la impugnación de la Cosa Juzgada; pues la autoridad misma de ella, no es absoluta y necesaria, sino que se establece por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal suerte que esas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar que sea sacrificada para evitar la perturbación y el daño mayores que se producirían de conservarse una sentencia intolerablemente injusta"⁴.

En la misma línea de pensamiento se ubica Carnelutti, quien afirma:

"..... cuando la materia de la decisión sea de tal índole, que su injusticia aparezca socialmente intolerable, la justicia puede prevalecer sobre la certeza, hasta el extremo de excluir en todo caso la inmutabilidad"⁵.

Así, frente al valor seguridad jurídica en que se inspira la Cosa Juzgada, puede oponerse el valor justicia que inspira nuestro ordenamiento constitucional, resultando factible la revocación de la Cosa Juzgada.

Los autores citados admiten sin excepción y con discrepancias que no van más allá del aspecto estrictamente procesal, la posibilidad de solicitar en **vía de acción** la nulidad de la Cosa Juzgada en aquellos casos en que las garantías del Debido Proceso Legal, hayan sido vulneradas de modo excepcional y extremadamente grave.

Es importante puntualizar para los efectos del presente comentario, que si bien puede admitirse la posibilidad de revocar la Cosa Juzgada, dicha declaración de nulidad sólo puede obtenerse en una acción posterior y siempre que el supuesto de la Cosa Juzgada- la sentencia- no se haya obtenido como consecuencia de un Debido Proceso Legal.

De todo lo expuesto se desprende, con meridiana claridad, la inconstitucionalidad de la jurisprudencia materia del presente comentario.

Si bien es cierto que la sentencia pretende corregir un vicio de procedimiento que originó la indefensión de una de las partes, no deja de ser cierto que el mismo Tribunal no podía anular su propia sentencia, toda vez que tal declaración sólo excepcionalmente -y no creemos que este sea el caso- podría obtenerse vía una acción posterior.

Cualquier otro camino, como el que adoptó la Corte, sería a nuestro entender flagrantemente inconstitucional.

Si fuese de otro modo, estimamos que un precedente de tal naturaleza convertiría en letra muerta a la garantía constitucional de la Cosa Juzgada, a la seguridad jurídica y a la paz social que ella busca, en una mera ilusión.

Finalmente, cabría preguntarse si dentro de nuestro ordenamiento legal resulta factible solicitar la revocación de la Cosa Juzgada vía una acción posterior.

En nuestra opinión tal posibilidad no existe dado que una acción de tal naturaleza, al permitir la transgresión de una garantía constitucional expresamente consagrada, debería estar necesariamente prevista en nuestra Constitución.

De otro lado, y como ha quedado indicado, la interposición de una acción autónoma para obtener la declaración de nulidad de una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada, sólo se justifica si se han violado gravemente las garantías del Debido Proceso Legal, que no son otras, que las garantías de la administración de justicia contenidas en el Art. 233 de nuestra Constitución.

Así, la única posibilidad de revocar una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada obtenida con violación de cualquiera de las garantías de la administración de justicia sería, a nuestro entender, mediante la interposición de una Acción de Amparo.

En efecto, en el caso materia del presente comentario se privó del derecho de defensa a la parte vencida, el mismo que se encuentra consagrado en el Art. 233 inciso 9) como una de las garantías de la administración de justicia, las cuales, qué duda cabe, constituyen derechos fundamentales de la persona humana.

Al respecto, los Doctores Enrique Bernales Ballesteros y Marcial Rubio Correa, señalan al comentar tales garantías, que "... la violación de estas garantías por los Tribunales, amerita a nuestro juicio la interposición de la Acción de Amparo. El fundamento consiste en que estos son verdaderos derechos humanos (...) y por lo tanto, resultan amparados por la norma

4. CHIOVENTA, Giuseppe. Op. cit., Op. 405-406.

5. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Uthea, 1944, Tomo I., p. 350.

del Art. 4 de la Constitución de 1979. En verdad, esta posibilidad enerva el carácter de Cosa Juzgada que debieran asumir las resoluciones jurisdiccionales que causan estado, (...) Constituiría esta situación por lo tanto, una excepción constitucional al principio de la Cosa Juzgada" ⁶.

Tan autorizada opinión nos releva de mayores comentarios en lo que respecta a la posibilidad de obtener vía la Acción de Amparo la revocación de una sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada.

Sin perjuicio de ello y previendo el reparo que podría oponerse a esta tesis, debemos decir, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 6 inciso b)

de la Ley 23506, que el Amparo procede en caso que la resolución judicial que se impugna se haya dictado en un procedimiento irregular, entendiéndose por tal "... aquel en que se han incurrido en violación cierta e inminente de algún derecho constitucional de la persona, (...) o una garantía constitucional de la administración de justicia" ⁷.

Así pues, y dando por cierto que en el presente caso se produjo la indefensión de la parte vencida, creemos que el único modo para corregir tal violación es mediante la interposición de una Acción de Amparo y no vía una declaración de nulidad del mismo Tribunal que dictó la sentencia viciada de nulidad, pasada en autoridad de Cosa Juzgada.

6. BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. Constitución y Sociedad Política. Lima, Mesa Redonda Editores, 1985, p. 423.

7. ZUBIATE REYNA, Fernando. Acción de Amparo. Lima, Editorial Cuzco, 1985, p. 37.

Las Nuevas Modalidades de Distribución Comercial: Instrumentación Jurídica, Jurisprudencia y Aplicación en la Práctica"

Gladys Triveño Chan Jan

Tesis sustentada el 2 de setiembre de 1991 ante los doctores Jorge Avendaño Valdez, Beatriz Boza Dibós, Alfredo Bullard Gonzáles. SOBRESALIENTE.

El tema de los contratos de distribución es uno de permanente actualidad en el marco de una economía social de mercado. Dicho sistema económico supone el libre flujo de bienes y servicios desde la producción hasta su consumo final. La distribución comercial es el mecanismo que integra las distintas fases de dicho proceso y al variado número de agentes económicos que participan en él, es decir a los productores, intermediarios mayoristas, minoristas, ambulantes y consumidores. Resulta, pues, imperioso tanto para el comerciante como para el abogado conocer la vigencia de los sistemas de distribución y entender las diferencias que hay entre cada una de las nuevas modalidades comerciales que se han desarrollado.

¿Cuándo conviene celebrar un contrato de agencia? ¿Cuáles son las ventajas de la concesión frente a un contrato de distribución? En caso de incumplimiento de un contrato de franquicia ¿puede el franquiciante exigir que se le indemnice por la

clientela? ¿Viola el pacto de no competencia el mandato constitucional que impide el uso de prácticas que restringen la competencia? ¿Qué conjunto de normas debe aplicar el juez en estos casos? Estas son algunas de las inquietudes que el trabajo de investigación de Gladys Triveño busca dar respuesta.

En tal sentido, la referida obra constituye un valioso aporte al estudio de la distribución comercial en el Perú. Quizás el mayor mérito del trabajo consiste en la aproximación práctica que la autora ha querido darle. La tesis no pretende limitarse a un estudio teórico-doctrinario del tema sino que busca evaluar la racionalidad económica y vigencia social de los contratos de distribución en nuestro medio. En tal virtud la autora hace un prolijo y novedoso estudio de las actividades de empresas líderes en el mercado nacional, tales como la Coca-Cola, Backus y Johnston, Nicolini, D'Onofrio, Nissan Motor del Perú, Heladerías 4D, Avícola San Fernando, Hertz, Monterrey y el Instituto de Idiomas de la PUC. Por lo demás, la autora analiza de manera sencilla y asequible la problemática real de los mecanismos de distribución, de manera que el trabajo constituye una guía importante no sólo para abogados sino incluso para comerciantes y empresarios en general.

Gladys Triveño ha sentado las bases para la sistematización de las nuevas modalidades de distribución comercial, las mismas que a la fecha en la práctica se solían confundir con frecuencia. Con tal fin, se

enfatisa la necesidad de manejar conceptos de marketing para decidir qué modalidad de distribución debe utilizarse.

En el plano conceptual, Gladys Triveño, establece una clara distinción entre la agencia, la distribución, la concesión y la franquicia. Según la autora, la principal obligación del agente es promover la venta de determinado bien o servicio cuando las condiciones socio-económicas de determinado mercado o el volumen de la demanda no le justifican al productor asumir de manera directa la cobertura de ese mercado, es decir, tener un empleado en el mismo. Tal es el caso, por ejemplo, de las agencias de viajes o de seguros.

El distribuidor en cambio se obliga a vender determinado bien o servicio de forma masiva en una zona determinada ya sea porque el productor no cuenta con los recursos para comercializarlos por sí mismo o porque la propia naturaleza del bien o servicio requiere de una distribución indirecta. Tal es el caso, por ejemplo, de la distribución de películas, de chocolates El Tigre, helados y dulces D'Onofrio, conservas Del Mar, cerveza Cristal o papel, cartulina y cartón de Industrial Papelera Atlas.

En virtud del contrato de concesión el concesionario se compromete a vender determinados bienes y a prestar servicios de garantía. Este es el caso, por ejemplo, de los productos Electrolux o la venta de automóviles Nissan por parte de Maquinarias S.A.

Finalmente, el franquiciante tiene el derecho de manejar un negocio o vender un producto o servicio bajo una marca y know-how determinados y de acuerdo a procedimientos establecidos. Tal es el caso, por ejemplo, de la Coca-Cola, Kentucky Fried Chicken, Hertz, Avícola San Fernando, Monterrey S.A., Heladería 4D, Cibertec, Instituto de Idiomas PUC y las confiterías D'Onofrio.

Otro aporte importante de la tesis está referido a las cláusulas especiales que suelen incluirse en este tipo de contratos, como son la cláusula de no competencia, exclusividad y protección de derechos de propiedad industrial. Toda vez que las cláusulas de exclusividad y no competencia imponen obligaciones de no hacer cuyos efectos trascienden a personas ajenas al marco negocial, la autora sostiene que deben estar limitadas en el tiempo y espacio.

La tesis contiene además dos apéndices que enumeran las consideraciones que deben tomarse en cuenta para negociar, elaborar y analizar las distintas modalidades de distribución. Con ello, el abogado y el hombre de negocios tienen en esta obra una guía muy importante.

Gladys Triveño ha puesto los cimientos para el análisis de las nuevas formas comerciales de distribución y a ha dado pie a una serie de inquietudes. Entre ellas destaca la necesidad de regular las modalidades de distribución como contratos típicos y evaluar la conveniencia de proteger a determinada parte en la relación. La autora propone que sean los comerciantes los que adapten estos contratos a las necesidades del mercado y que sólo cuando se hayan cimentado estas prácticas se legisle el tema. En este punto la bondad de la tesis radica en permitirnos discrepar acerca de cuándo va a ser oportuno dictar la legislación a la que alude la autora.

El excelente trabajo de Gladys Triveño constituye un valioso volumen

de consulta para todos aquellos que estén interesados en familiarizarse con la problemática de los contratos de distribución. La aproximación práctica, método y disciplina con que Gladys Triveño llevó a cabo su investigación deben servir de ejemplo para inspirar a quienes se propongan estudiar la vigencia real de nuestras instituciones. En lo que a Gladys se refiere, confío que éste será sólo el primer paso en su trayectoria de servicio a la difusión de las Ciencias Jurídicas en nuestro medio. (BEATRIZ BOZA DIBOS).

"Consideraciones sobre la formación de Contratos a partir de Propuestas al Público en el Código Civil"

José Alvaro Quiroga León

Tesis sustentada el 3 de junio de 1991 ante los doctores Humberto Jara Flores, Carlos Cárdenas Quirós y Manuel de la Puente y Lavalle. SOBRESALIENTE.

El Código Civil de 1936 no tenía disposición alguna respecto a la oferta al público, de tal manera que durante su vigencia se dio a las propuestas hechas al público el trato de ofertas.

En la Ponencia original presentada por el doctor Max Arias Schreiber a la consideración de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, se consignó un artículo cuyo texto era el siguiente:

"Artículo 65.- La oferta al público vale como propuesta si contuviera los extremos esenciales del contrato, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos o costumbres.

La revocación de esta oferta, si fuere hecha en la misma forma de la propuesta o en una forma equivalente, es eficaz aun respecto de

quien no haya tenido noticias de ella".

Tomando en consideración que en un régimen de obligatoriedad de la oferta, como era el adoptado por dicha Ponencia, la oferta original obligaría al oferente frente a todos los que aceptaran esta oferta, lo cual en muchos casos no sería posible, se varió el criterio en las Ponencias sucesivas hasta llegar al Código Civil de 1984, que adoptó la posición siguiente:

"Artículo 1388.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal".

Desde que entró en vigencia el nuevo Código Civil este artículo fue el centro de una polémica entre los defensores y los detractores de la solución adoptada en dicho artículo. José Alvaro Quiroga se coloca en esta segunda posición y en su tesis desarrolla con gran coherencia los argumentos que lo han motivado para hacerlo.

Parte del principio que toda oferta, para serlo, debe tener carácter recepticio, entendiéndose por ello que debe ser una declaración que tiene un destinatario determinado.

Consecuente con este principio, plantea que el carácter recepticio de la oferta impone la necesidad de identificar al destinatario, desde que éste va a ser una de las partes de la relación jurídica obligacional creada por el contrato. Dado que toda relación jurídica de esta naturaleza debe contar entre sus elementos necesariamente a los sujetos de la relación, la oferta que no los determina no es completa.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el señor Quiroga sostiene que la propuesta al público se diferencia de la oferta contractual en que le falta carácter recepticio y, en tal

virtud, no tiene la condición de oferta.

Precisamente, la propuesta al público, por no ser recepticia, no resulta vinculante para el oferente y se ubica en el campo de los tratos previos. La invitación a ofrecer, por su parte, tampoco es vinculante y hay que ubicarla, por ello, también en la etapa de los tratos previos. Dar a la propuesta al público el valor de una invitación a ofrecer significa para el señor Quiroga que un trato previo, de cierto tipo, tiene el valor de un trato previo, pero de otro tipo, lo cual es una inconsecuencia.

Refiriéndose a la propuesta al público en el marco de la contratación en masa, el señor Quiroga sostiene que ello debe analizarse a través de los contratos por adhesión y de los celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, llegando a la conclusión que, en estos casos, no son tales clases de contratos.

La originalidad del planteamiento, la seriedad del estudio y la manera tan clara y ordenada como se han desarrollado los argumentos que justifican la posición adoptada por el señor Quiroga, todo ello unido a una impecable exposición oral, llevaron justificadamente al jurado a conceder a su tesis el calificativo de "sobresaliente".

Personalmente, quiero felicitar sinceramente al señor Quiroga por su valiosísimo aporte para la solución de la problemática de la oferta al público. (MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE)

"El Aforismo Jura Novit Curia y el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil"

**Renzo Jorge Luis
Viani Velarde**

El principio judicial *Jura Novit Curia* no nace en el Derecho Romano,

como se podría pensar, sino en el medioevo, con los post-glosadores, y se cuenta que además de tener sustento en el lento pero fructífero avance del Derecho Procesal, nace casi de un exabrupto de un juez cansado de tediosas disquisiciones de un abogado, cuando le increpa: **¡Advocatus, venite ad factum, Curia Novit Ius!**

Es a partir de allí que surge un sucedáneo al principio: **Da mihi factum, dabo tibi ius** (dadme los hechos, que os daré el derecho). Estos principios de interpretación judicial y de aplicación básicamente procesal, han ido calando hondo cada vez más y hoy se puede afirmar que es uno de los Principios Generales del Derecho Procesal que determinan la actuación jurisdiccional en la solución de los conflictos intersubjetivos que son su principal razón de ser. Pero en nuestro medio jurídico nacional ello cobra aún mucho mayor importancia, como lo revela el propio título de la tesis pues tal principio ha sido positivizado en norma jurídica expresa contenida en el Art. VII del Título Preliminar del Código Civil.

La temática de las tesis es, entonces, novedosa, enjundiosa y profunda. Para desarrollar este principio el autor se adentra con singular agudeza en la Teoría General del Proceso saliendo airoso del trance. Y es por ello que la tesis, centrada en el estudio de uno de los principios del Derecho Procesal, termina analizando grandes principios y presupuestos procesales que son de particular interés para el estudio.

Punto importante que la tesis aborda en esta temática -y que quizás sea lo más difícil de explicar y aplicar- constituyen los límites judiciales para la aplicación del mismo, de modo tal que el Juez en su facultad de reconducir la correcta calificación jurídica de la pretensión accionada, no termine sustituyéndose en la defensa de alguna de las partes en detrimento inequitativo de la otra. Para ello, la tesis desarrolla ejemplarmente una serie de pautas teóricas y requisitos de aplicación

que deben ser observados en tales casos.

Como se puso de relieve en la sustentación del grado, se trata de un trabajo de investigación académica de excelente factura, muy bien redactado, serio, prolijo y extenso - como que le tomó al autor casi dos años en su culminación-. Revela, además, un manejo singular de las esencias procesales que hacen su lectura muy interesante y de revisión obligatoria para quienes, como el autor, decidan desentrañar la Ciencia del Proceso, cuya finalidad no es otra de ser cada día instrumento humano más perfeccionado en la ansiosa búsqueda de la justicia humana, aunque sea aquella incompleta y limitada que suele satisfacer a los hombres, al decir de Devis Echeandía. Y en ello, el presente trabajo constituye un notable aporte. El unánime calificativo de "sobresaliente" resultó, a la postre, sólo un acto de justicia académica. (ANIBAL QUIROGA LEON).

Negocios Fiduciarios, Doctrina e Implicancias en la Legislación Nacional

**Guillermo Alfredo
Bouroncle Calixto**

Tesis sustentada ante los Drs. Francisco Moreyra, Lizardo Taboada y Miguel Torres Mendez. SOBRESALIENTE.

La tesis en mención constituye a nuestro modo de ver un trabajo doctrinario de primer orden, no sólo por la importancia del tema en la Teoría General del Negocio Jurídico y la gran dificultad que el mismo encierra, dada la existencia de diversas teorías sobre el particular que se disputan el mérito de explicar satisfactoriamente la naturaleza y estructura del Negocio Jurídico Fiduciario como una figura dentro de la categoría general de los negocios anómalos, sino fundamentalmente por la propiedad y profundidad con que se ha abordado y desarrollado el tema. El autor de la

tesis demuestra a lo largo de todo el trabajo no sólo un profundo conocimiento de la figura del Negocio Jurídico Fiduciario, sino también un adecuado conocimiento sobre la Teoría General del Negocio Jurídico, un poco satanizada en nuestro medio por su gran complejidad, dado su altísimo grado de abstracción, pero que felizmente resulta perfectamente aplicable a nuestro Código Civil, pues existe uniformidad en la Doctrina Local, como en el resto de la Doctrina iberoamericana de que el Acto Jurídico heredado de la Doctrina Francesa Clásica es exactamente igual al Negocio Jurídico elaborado por la Doctrina Alemana. En este sentido, un primer mérito de esta tesis que comentamos, lo constituye el hecho de dedicar un estudio bastante serio a uno de los aspectos de la Doctrina del Negocio Jurídico. Evidentemente, el aporte fundamental lo constituye la posición que adopta el autor sobre la figura misma del Negocio Jurídico Fiduciario, ya que somete a una crítica implacable la Teoría del Doble Efecto que, desde siempre, ha intentado explicar la estructura del Negocio Jurídico Fiduciario como uno con efectos reales y efectos obligacionales. Debe

destacarse también, el fino manejo que hace el autor del concepto de la Causa, tampoco no muy grato para nuestro medio jurídico dada su enorme complejidad conceptual, y fundamentalmente, debido a la existencia de múltiples teorías que encarnizadamente se disputan también el mérito de fundamentar adecuadamente su concepto. En este aspecto, la tesis bajo comentario constituye también un sólido aporte para la consolidación y aceptación de la Teoría del Negocio Jurídico en nuestro medio, principalmente para un correcto entendimiento en el sentido que la causa constituye uno de los tópicos fundamentales sobre el cual giran a su alrededor la mayor parte de los múltiples aspectos de la Teoría General del Negocio Jurídico. La tesis comentada no es sino una comprobación de que no se puede conocer y entender el negocio jurídico y todas sus variantes sin un sólido conocimiento de la Doctrina de la Causa. Además de ello, el autor critica con insistencia a lo largo de todo el trabajo, dos dogmas, que desgraciadamente en nuestro medio todavía se mantienen en vigencia, cuales son el dogma de la voluntad y el dogma de la dirección de la voluntad a los efec-

tos Jurídicos, los cuales han sido plenamente descartados por la moderna concepción del Negocio Jurídico, habiendo tomado conciencia de ello felizmente la mayor parte de la moderna doctrina iberoamericana. Es necesario destacar también la posición que asume el autor respecto del Negocio Jurídico Fiduciario frente a nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional. La posición del autor es la de no aceptar el Negocio Jurídico Fiduciario como negocio válido dentro del Código Civil Peruano, lo cual constituye una posición de vanguardia, que amerita aún más el trabajo intelectual realizado. Por todas estas razones, consideramos que la tesis comentada constituye un excelente trabajo jurídico, que merece ser estudiado por todos aquellos que gusten de la Teoría General del Negocio Jurídico y por todos aquellos que pretendan conocer adecuadamente la figura del Negocio Jurídico Fiduciario y su posibilidad de aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico. Tesis como esta, son siempre un incentivo para seguir trabajando en nuestro medio en favor de la aceptación total y definitiva de la Teoría General del Negocio Jurídico.

Todos aquellos interesados en colaborar con Thémis mediante sugerencias, comentarios, o la publicación de artículos y/o investigaciones podrán comunicarse directamente con cualquiera de los miembros de la revista, acercarse a su oficina en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11. Los trabajos no deberán exceder de 12 carillas formato A-4, a doble espacio y deberán entregar dos ejemplares.

Thémis agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

La preparación del presente número de thémis, se inicio con la participación de los ex-miembros del Comité Directivo: Martín Mejorada Chauca y Fernando Pardo Segovia.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Carlota Lombardi de Zavala, Armando Lazarte, Filiberto Tarazona, Silvia Granda, Marina Pacheco, Wally Joly, María Ysimura, Fiorella Alvarado, Renata Alvarado, Gloria Quincot, Paula Calderón, Ana María Asmat, Ismael Pinto, César Rodríguez, Francisco Navarro, Elvira Suito, Patricia Carreño, Luisa Cuya, Javier Ghezzi.

