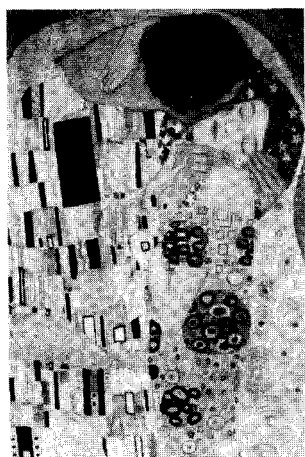


# THEMIS

Revista de Derecho



Ronald H. Coase • Gary S. Becker • Guido Calabresi • Jon T. Hirschoff • Richard A. Posner  
Alfredo Bullard • Richard Epstein • José Juan Haro • Eric Posner • Huáscar Ezcurrea  
Hugo Neira • Ricardo V. Luna • Lawrence Lessig • David G. Post  
Dino Carlos Caró • Javier A. Maestre • Enrique Bardales • José O. Salgueiro  
Antonio Cançado Trindade • Felipe Ortiz de Zavallos • Efraín Gonzáles de Olarte  
Cecilia Blume • Javier Iguñiz • Gerardo Solís • Oscar Trelles • Luis Alberto Ceruti



Gustav Klimt  
**El beso**

THEMIS

Archivo



THEMIS

---

Revista de Derecho

Prohibida la reproducción parcial o total del  
contenido de esta publicación sin autorización  
expresa de la revista.



## PRESENTACIÓN

*El Derecho es, en cierta manera, una forma. Llamamos “Derecho”, a pesar del parecer de muchos que, forzando el lenguaje, buscan abarcar con el término prácticamente todo – y acaban abarcando por ello nada, o, por lo menos, nada claro-, a una serie de reglas. Lo que, por otra parte, no quiere decir, ni mucho menos, que no haya un fondo – unas razones, unos fundamentos- que sustenten estas reglas. Sucede simplemente que ellas no son lo propiamente jurídico, sino que mas bien pertenecen a la Historia, la Sociología, la Ética, la Política, la Economía, la Filosofía y otras disciplinas dedicadas al estudio del hombre y de su actuar en el Universo. Así, por ejemplo, la afirmación que recogen tantos textos constitucionales de que el hombre es libre no se desprende del propio Derecho sino que en su lugar proviene de la Filosofía, de la Antropología, y, en muchos casos, incluso de la Religión. O la legislación de los derechos de autor, que busca fomentar la creatividad premiando a quien aporta con la suya algo a la sociedad, porque la Economía (y la Psicología Económica, dentro de ésta) le ha informado al Derecho, por así decirlo, que de lo contrario – si no se “internalizan” las ventajas que provienen de la acción del individuo, esto es- las personas no se esforzarán por crear y la sociedad acabará perdiendo mucho en su intento de generar riqueza.*

*Ahora bien, lo anterior no significa que el jurista no deba penetrar en éstas razones; todo lo contrario. La forma sólo se explica por medio del fondo que la causa y de éste debe poder deducirse aquella. En otras palabras, el abogado no podrá entender bien lo dicho en la norma sino conoce antes sus porqués. De esta forma, verbigracia, no se puede entender verdaderamente el sentido de las normas del Código Civil que trazan el diseño de la propiedad en nuestro sistema sin entender antes nociones económicas como las de “externalidades”, “sujeto maximizador”, “eficiencia” y la consiguiente necesidad de “internalizar externalidades”, entre otras.*

*Pues bien, el Análisis Económico es una corriente que, consciente de esto – de que las normas se justifican o no en base a sus consecuencias-, trata del estudio del derecho desde la perspectiva de sus resultados económicos. Es decir, somete las normas jurídicas a la prueba de la eficiencia: ¿sirve la norma para aumentar la riqueza social o, por el contrario, termina por significar un desperdicio de recursos? En un mundo que los tiene tan escasos respecto de las necesidades de los hombres que lo habitan, la pregunta no puede ser más importante. De ahí pues que THEMIS-Revista de Derecho haya dedicado este número al Análisis Económico; o, más precisamente, en la línea de la habitual calidad de THEMIS, a los más importantes autores internacionales y nacionales del tema (entre ellos ni más ni menos que dos premios Nobel, como es el caso de Ronald Coase y Gary Becker) .*

*Además, como siempre, THEMIS-Revista de Derecho trae su sección de Miscelánea – en esta oportunidad dedicada casi en su totalidad al cada vez más importante Derecho informático- y una Mesa Redonda que, como de costumbre, busca conectar teoría jurídica y actualidad – esta vez por medio de la polémica en torno al rol del liberalismo económico en el Perú de hoy. Por último, hay una interesante entrevista al Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la sección de interdisciplinarias trae un apasionante artículo de Hugo Neira en el que éste trata el tema de la fragmentación científica contemporánea, y uno en el que Ricardo Luna abarca con profundidad de análisis el tópico de “La recuperación de la idea del hemisferio occidental”.*

*En suma, una edición que THEMIS-Revista de Derecho se enorgullece de poner en sus manos y que estamos seguros contribuirá a enriquecer sus conocimientos jurídicos y, a través de éstos, sus habilidades profesionales.*

EL COMITÉ DIRECTIVO  
Julio del 2002

# THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de  
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

## COMITÉ DIRECTIVO

Andrés Bayly Letts  
Fernando Berckemeyer Olaechea  
Guillermo Bracamonte Hinostroza  
Mariella Hernández Valencia  
Úrsula Indacochea Prevost  
Oscar Montezuma Panéz

## MIEMBROS

Andrés Avelino Aramburú Piaggio  
Agnes Arbaiza Mejía  
Alvaro Ayllón Bondy  
Fabiola Baquerizo  
Úrsula Ben-Hammou Novoa  
Diego Carrión Álvarez Calderón  
Marcel Cordero Cabrera  
Cristina Ferraro Delgado  
Pamela Ferro Cornejo  
José Luis Gargurevich Valdez  
Nydia Guevara Villavicencio  
Fernando Hurtado de Mendoza Pomar  
Gianfranco Iparraguirre Romero

Mirella Miranda Ñique  
Elva Morán Rodríguez  
Lucía Olavarría Salinas  
Enrique Pasquel Rodríguez  
Luz María Pérez-Garland Gamio  
Rafael Salazar Gamarra  
Gerardo Solís Visscher  
Luciana Tataje Villalobos  
Augusto Townsend Klinge  
Jorge Trelles Castro Mendívil  
Oscar Trelles de Belaunde  
Claudia Velarde Arnáez  
Verónica Vergaray Béjar

Percy Wilman Arriarán

## COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez  
Javier de Belaunde López de Romaña  
Carlos Cárdenas Quirós  
Francisco Eguiguren Praeli  
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló  
Elvira Méndez Chang  
Juan Monroy Gálvez  
Javier Neves Mujica  
Manuel de la Puente y Lavalle

Fernando de Trazegnies Granda

**THĒMIS - Revista de Derecho** no comparte necesariamente las opiniones vertidas  
por los autores y entrevistados en la presente edición.

© Asociación Civil **THĒMIS - Revista de Derecho**

2do. piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Teléfonos: 460-2870 anexo 656.

Correo Electrónico: [themis@pucp.edu.pe](mailto:themis@pucp.edu.pe)

<http://www.revistathemis.com>

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

# ÍNDICE

---

## TEMA CENTRAL: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

<i>Ronald H. Coase</i> El Análisis Económico del Derecho en Chicago	7
<i>Alfredo Bullard</i> Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú	17
<i>Richard A. Posner</i> El movimiento del Análisis Económico del Derecho: Desde Bentham hasta Becker	37
<i>Gary S. Becker</i> La naturaleza de la competencia	55
<i>Guido Calabresi y Jon T. Hirschoff</i> Hacia un <i>test</i> para determinar la responsabilidad objetiva en el sistema de responsabilidad civil extracontractual	63
<i>José Juan Haro</i> De tin marín de do pingüé...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú	83
<i>Richard Epstein</i> El ocultamiento, uso y divulgación de la información	103
<i>Eric Posner</i> Coloquio de análisis costo-beneficio: análisis del costo-beneficio como una solución al problema principal-agente	117
<i>Huáscar Ezcurra</i> Insolvencia de empresas vs. Insolvencia de personas naturales: ¿se justifica regular la insolvencia de personas naturales?	123
<i>Gerardo Solís</i> ¿En qué se parecen Johnnie Walker y Pablo Escobar? El problema de las drogas: entre la prohibición y la libertad	135

---

## INTERDISCIPLINARIAS

<i>Hugo Neira</i> Porque la ciencia. En torno al saber múltiple	149
<i>Ricardo V. Luna</i> La recuperación de la idea del "hemisferio occidental"	159

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO EN CHICAGO\*

Ronald H. Coase\*\*

Premio Nobel de Economía 1991

Es un doble honor el haber sido invitado para dar la Conferencia Simons con ocasión de la celebración del centésimo aniversario de la Universidad de Chicago. Aunque a mi edad un siglo parece un periodo más bien corto, sabemos que la Universidad de Chicago no ha sufrido las usuales limitaciones humanas. Emergió del suelo totalmente desarrollada. No tuvo infancia, ni adolescencia y no desperdició tiempo en llegar a la cima. Empezó en la cima. La economía en la Universidad de Chicago no fue una excepción. El primer jefe del departamento de economía, J. L. Laughlin, él mismo una temible autoridad en dinero, se encargó de reclutar un grupo de docentes formidable, el cual incluía a Thorstein Veblen. Cuando yo estudiaba en el London School of Economics en 1929, unos treinta y siete años después de la formación de la Universidad de Chicago, su Departamento de Economía era reconocido como uno de los más poderosos en el mundo. Principalmente como resultado de las enseñanzas de Lionel Robbins, en ese momento estaba en nuestras mentes Frank Knight. En el London School of Economics era considerado uno de los más grandes economistas, y su libro "Risk, Uncertainty, and Profit"<sup>1</sup> era estudiado minuciosamente por todo estudiante serio de economía en dicha escuela. También estaba Jacob Vines, un economista dotado de gran habilidad y conocimiento, cuyo trabajo lo colocó entre los estudiosos más renombrados. Otro de los docentes era Henry Schultz, uno de los pioneros en econometría, cuyo trabajo empírico sobre la derivación de la demanda estadística de horarios fue consi-

***En el siguiente artículo Ronald Coase nos relata cómo surgió el Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Chicago, explicando la importancia que tuvieron la cátedra e investigaciones de distintos profesores de dicha universidad. Como resulta lógico, Coase no puede dejar de lado su propia participación en este proceso, por ello explica las razones que lo llevaron a escribir "El Problema del Costo Social" y analiza los efectos que tuvo su obra en el nacimiento de esta nueva disciplina.***

\* Artículo anteriormente publicado bajo el título de "Law and Economics at Chicago", traducido por Cristina Ferraro bajo la supervisión de Luis Miranda Alzamora. Presentado como la Conferencia en memoria de Henry C. Simons, el 7 de Abril de 1992, en la Conferencia Centenaria de Análisis Económico del Derecho John M. Ohn, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago (7-9 de Abril de 1992). Agradecemos al Doctor José Juan Haro por habernos facilitado el acceso al presente artículo para su publicación.

\*\* Profesor Emeritus Clifton R. Musser de Economía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

<sup>1</sup> KNIGHT, Frank. "Risk, Uncertainty, and Profit". 1921. (Reimpreso en 1957).

derado un gran aporte a la economía. Finalmente estaba Paul Douglas, un hombre extraño a quien le parecía más importante e interesante ser senador de los Estados Unidos que profesor en la Universidad de Chicago. Sin embargo, su trabajo empírico sobre sueldos y el mercado laboral fue muy importante y admirado entre otros, por mí mismo. Fue conocido como quien originó la función de producción Cobb-Douglas. Tal era la fuerza de la economía en Chicago en ese momento que si se hubiera entregado un Premio Nóbel de Economía antes de la Segunda Guerra Mundial, no hay duda de que estos cuatro hombres lo hubieran recibido.

Sin embargo, de ninguno de estos hombres, posiblemente con excepción de Knight, puede decirse que contribuyó con lo que es objeto de mi conferencia, el Análisis Económico del Derecho, cuyo desarrollo está atado a la Universidad de Chicago y en particular a su Facultad de Derecho. Para entender cómo sucedió esto, debemos considerar a Henry Simons, en cuya memoria se instituyó esta serie de conferencias. Henry Simons, que había sido colega *junior* de Knight en la Universidad de Iowa, era uno de sus protegidos. Se integró al departamento de Economía de la Universidad de Chicago en 1927. Mientras que estudié los escritos de los cuatro economistas de Chicago que he mencionado anteriormente y los conocí personalmente, con excepción de Paul Douglas, no leí los escritos de Simons con gran cuidado y jamás lo conocí. Lo que sé sobre Simons se basa principalmente en lo que Aaron Director y George Stigler han señalado en un estudio sobre sus trabajos. A diferencia de los cuatro economistas de Chicago (Knight, Viner, Schultz y Douglas), Simons no era una figura internacional. Su nombre me era conocido y cuando en 1934 fue publicado su artículo “A Positive Program for Laissez Faire” compré una copia (su precio fue 25 centavos de dólar norteamericano), y lo leí. Aún conservo mi copia, pero el excelente estado en el que se encuentra confirma que no la he estudiado con gran atención.

No es difícil comprender porqué no me sentí atraído por el artículo de Simons. Es, como dice Simons, “un panfleto de propaganda”. Está escrito con pasión y el sentimiento de un final inminente: “el futuro de nuestra civilización pende de un hilo”<sup>2</sup>. No puede pretenderse que un inglés, confortado con la idea de que de una forma u otra lograremos arreglárnoslas, compartiera los temores de Simons, y en efecto no lo hice. En todo caso,

el artículo era más un ensayo de filosofía política que de economía. Y, cuando hacía referencia a ella, o en alguna medida a los temas de economía que me interesaban, sus puntos de vista me provocaban serias reservas. Él pensaba que la regulación de los ferrocarriles y los servicios públicos en general había sido un fracaso rotundo. ¿Cuál era su solución para ese problema? Argumentaba que “el Estado debía enfrentar la necesidad de realmente intervenir, apropiarse y administrar directamente ambos: los ferrocarriles y los servicios públicos, y cualquier otra industria en la cual sea imposible mantener condiciones de competencia efectiva”<sup>3</sup>. Llevar a cabo la propuesta de Simons hubiera implicado estatizar gran parte de la industria norteamericana, quizás la mayor parte. Es un extraño camino para llegar al *laissez faire*, y me recuerda las propuestas de Oskar Lange y Abba Lerner para el socialismo de mercado. Para las demás industrias, aquellas no susceptibles de estatización, Simons dijo que “aún queda una alternativa real de socialización, que es el establecer y preservar la competencia como agente regulador”<sup>4</sup>. ¿Pero cómo debía lograrse esto? Él pensó que las leyes antimonopolio debían emplearse para conseguir una reestructuración drástica de la economía norteamericana. “La Comisión Federal de Comercio tiene que convertirse en la agencia gubernamental más poderosa”<sup>5</sup>. Puedo dar un acercamiento a las ideas de Simons describiendo algunas de sus propuestas en relación a las compañías:

“Nuestras gigantescas compañías deben ser totalmente desmanteladas (...) Pocas de nuestras gigantescas compañías pueden ser defendidas con el argumento de que su tamaño actual es necesario para explotar razonablemente las economías de producción: su existencia se explica en términos de oportunidades para ganancias de promoción, ambiciones personales de “Napoleones” industriales y financieros, y ventajas del poder del monopolio. Debemos anhelar una situación en la cual el tamaño de las unidades de propiedad en cada industria esté limitada al tamaño mínimo para la producción eficiente pero altamente especializada de una planta operativa; e incluso más estrechamente limitada, si alguna vez fuera necesario para mantener la libertad de empresa”<sup>6</sup>.

Simons aclara lo que tuvo en mente en una nota a pie de página: “Será necesario revisar las nociones comúnmente aceptadas (especialmente por las cortes)

<sup>2</sup> SIMONS, Henry C. “A positive Program for Laissez Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy”. 1934. p.1.

<sup>3</sup> Ibid., pp. 11-12.

<sup>4</sup> Ibid., p. 12.

<sup>5</sup> Ibid., p. 19.

<sup>6</sup> Ibid., p. 19-21.



respecto del tamaño máximo de una empresa compatible con la competencia efectiva. La regla general y el objetivo último debe ser el de fijar un tamaño máximo de empresa en cada industria, de tal forma que los resultados se aproximen a los de una competencia perfecta, incluso si todas ellas alcanzan el tamaño máximo. Uno puede sugerir, tentativamente, que en las grandes industrias ninguna unidad de propiedad debería producir o controlar más del 5% de la producción total<sup>7</sup>.

Otro ejemplo de la posición de Simons se expresa en su actitud hacia la publicidad y otras actividades promocionales. "Es común que nuestra alardeada eficiencia en la producción sea disipada con extravagancia por el desperdicio de la comercialización (...) Si continúan las tendencias actuales, pronto podremos llegar a una situación en la cual la mayor parte de nuestros recursos sean utilizados para persuadir a las personas para que compren determinado producto en lugar de otro, y sólo una mínima porción será empleada realmente para crear los productos que van a ser comprados"<sup>8</sup>. Al hacer estas afirmaciones, en general en lo relativo a la organización industrial, Simons no ofrece pruebas empíricas que sustenten sus argumentos, y no hace ninguna investigación seria sobre los efectos que tendrían sus propuestas en la eficiencia del sistema económico, ni considera las probabilidades de que la Comisión Federal de Comercio haga lo que él propone, e incluso si quisiese hacerlo, si sería posible para ésta conseguir la información necesaria para implementar sus propuestas. El acercamiento de Simons es la antítesis misma de lo que predominaría como resultado del surgimiento de una nueva materia, el Análisis Económico del Derecho. La descripción que Stigler hace de Simons es eminentemente justa: Simons era un utopista<sup>9</sup>.

Al decir esto no es mi intención denigrar la calidad intelectual de Simons. Tomás Moro no fue una figura promedio. Aaron Director, Milton Friedman y George Stigler han reconocido la influencia de Simons en sus ideas, y sólo una mente poderosa pudo hacer algo así. Gordon Tullock ha explicado cómo el asistir al curso de Simons cambió su visión de los problemas económicos y dijo que lo mismo sucedió con Warren Nutter. El hecho de haber influido de manera tan trascendente en las visiones de estos dos hombres talentosos pero tan independientes es un tributo a su calidad intelectual. Más aun, es necesario notar que, a pesar de que Simons fue un buen teórico de precios, su interés

principal no estaba en la economía de la organización industrial, sino en la macroeconomía y, particularmente, en la política y teoría monetaria. En este tema tuvo una influencia extremadamente importante sobre el desarrollo del punto de vista que se tenía en Chicago. Por lo tanto, sería grosero enfatizar en esta conferencia las debilidades de sus ideas respecto a la organización industrial si no fuera porque el tema del Análisis Económico del Derecho trata poco sobre el sistema monetario y se relaciona íntimamente con la economía de la organización industrial. Lo que puede decirse con confianza es que Simons, quien influenció a Milton Friedman -y por tanto al mundo- en el tema monetario, jugó una parte pequeña en el desarrollo de las ideas que crearon el moderno tema del Análisis Económico del Derecho.

Y aun habiendo dicho esto, no hay duda de que Simons tuvo un rol fundamental para establecer el programa de Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho. Fue el primer economista en formar parte de la plana docente de la Facultad de Derecho y desde entonces nunca ha faltado uno ahí (y algunas veces ha habido más de uno). Sin embargo, la llegada de Simons no se debió a una necesidad de los profesores de la Facultad de Derecho de tener un colega economista experimentado. Surgió accidentalmente como una respuesta parcial a problemas del Departamento de Economía. Cuando en 1934 surgió en el Departamento de Economía la cuestión de renovar el contrato de Simons, hubo una fuerte oposición a su renovación, particularmente de Paul Douglas. Simons no era un profesor popular y había publicado poco. Sin embargo, Simons tenía un fuerte defensor, Knight, quien no escondía sus sentimientos. Simons fue nombrado nuevamente como profesor en el Departamento de Economía, pero luego recibió un nombramiento de tiempo parcial en la Facultad de Derecho, donde tenía algunos amigos. Esto tuvo que haber aplacado en alguna medida a aquéllos en el Departamento de Economía que se opusieron a su renovación. Nombrado profesor asistente en 1927, no fue promovido a profesor asociado hasta 1942 y, como señala Stigler, "sólo con el apoyo de la Facultad de Derecho"<sup>10</sup>. Unos dieciocho años después de haber formado parte de la docencia, en 1945, Simons obtuvo un puesto permanente, primero en la Facultad de Derecho y luego en el Departamento de Economía<sup>11</sup>. En la Facultad de Derecho, donde parece haber

<sup>7</sup> Ibid., p. 38.

<sup>8</sup> Ibid., pp. 31-32.

<sup>9</sup> STIGLER, George J.. "The Economist as Preacher and Other Essays". 1982. p. 170.

<sup>10</sup> Ibid., p. 167.

<sup>11</sup> STIGLER, George J. "Memoirs of an Unregulated Economist". 1988. pp. 187-90.

sido un profesor más popular que en el Departamento de Economía, Simons enseñó teoría del precio. Walter Blum cree que, aunque Simons tuvo amigos en la Facultad de Derecho, el otro departamento o bien estaba en contra o bien era indiferente respecto de su nuevo nombramiento. No sé qué tanto discutió Simons con sus colegas, o cuánto de sus ideas expresadas en "A positive Program for Laissez Faire" incluyó en sus enseñanzas, pero si lo hizo, a los profesores de derecho su soltura de pensamiento debió haberles parecido genial, y ciertamente no hubiera sido una amenaza para sus formas de pensar, como más tarde lo fue el Análisis Económico del Derecho. En cualquier caso, Simons inició la tradición de tener un economista entre los docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Pero Simons iba a tomar un paso que ayudaría a hacer posible todo aquello que el Análisis Económico del Derecho lograría en Chicago. Tuvo un papel importante en traer a Aaron Director a la Facultad de Derecho. Sin embargo, la historia no es tan simple. El distinguido estudioso, y colega mío, Friedrich Hayek, quien como algunos de ustedes saben murió recientemente en Alemania a los noventa y dos años, tuvo un papel de igual importancia –y en algunos aspectos de mayor importancia que Simons– en lograr la llegada de Aaron Director a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

Aaron Director obtuvo su licenciatura en Yale en 1924. Luego fue director de los Trabajadores Educativos de la Federación Laboral Estatal de Oregon y jefe del Portland Labor College. En 1927 vino a la Universidad de Chicago a hacer estudios de post-grado en economía y en 1930 fue nombrado instructor de economía, habiendo sido instructor de economía laboral en 1929 en Northwestern mientras aún estudiaba en Chicago. Fue asistente de investigación de Paul Douglas y escribió con él "The Problem of Unemployment", publicado en 1931. En 1935, Aaron Director empezó a trabajar para el Departamento de Tesorería y en 1937-1938 visitó el London School of Economics. A finales de su estadía en el London School of Economics, Frank Knight le escribió a Lionel Robbins preguntándole su opinión sobre Director, aparentemente con la intención de usar lo que le fuera dicho para asegurar un puesto en la universidad para Director. En su respuesta<sup>12</sup>, Robbins habló de "el encanto, urbanidad y extensa cultura" de Director,

aunque prefirió hacer hincapié en su "criterio, escolaridad y habilidad analítica". En una carta referida a esto<sup>13</sup>, Robbins se refirió a Director diciendo: "un singular equilibrio de cualidades, un hombre totalmente civilizado". Director se fue a Washington D.C., donde estuvo en varios puestos gubernamentales hasta 1946.

Ahora debemos retornar a Simons para comprender cómo la Universidad de Chicago pudo valerse de lo que Robbins llamó "un singular equilibrio de cualidades". En 1945, o tal vez un poco antes, Simons concibió la idea de establecer un "Instituto de Economía Política". La finalidad sería reunir un grupo de economistas "liberales" o "tradicionalmente liberales", organizar visitas de profesores "liberales" de otras instituciones y apoyar sus trabajos<sup>14</sup>. Parecería que Simons vio la formación del instituto como el último esfuerzo de mantener vivas ideas en peligro de perderse. Sus comentarios frecuentemente sonaban un tanto desesperados. El instituto "no debe preocuparse principalmente de la teoría económica formal, ni involucrarse sustancialmente en la investigación empírica. Debe centrarse en problemas prácticos de la política económica y estructura gubernamental norteamericana. Debe proporcionar un centro al cual los economistas liberales de todas partes puedan acudir para apoyo y liderazgo intelectual. Debe buscar influenciar básicamente en las opiniones profesionales y conservar al menos un lugar en el cual puedan formarse de manera integral, en las líneas tradicionales liberales, algunos economistas políticos del futuro"<sup>15</sup>. Simons continúa explicando por qué Chicago debe ser aquel lugar. Esto es lo que dijo: "la economía en Chicago aún tiene una connotación tradicional liberal y cierto prestigio. Aquí, más que en cualquier otro lugar, el proyecto sería el de mantener vivo algo que todavía no se ha perdido o sumergido del todo- y algo que aquí, también, se perderá si no se toman las medidas necesarias"<sup>16</sup>. Como esto indica, Simons pensaba que la situación era precaria hasta en Chicago: "El panorama en Chicago, aunque es mejor que en otros lugares, no es muy prometedor. Nuestro decano no comprende el liberalismo económico y tiene una particular hostilidad hacia éste, y lo mismo puede decirse de la mayoría de personas de los otros departamentos de ciencias sociales. Entre los más altos cargos administrativos hay, en el mejor de los casos,

<sup>12</sup> ROBBINS, Lionel. Respuesta en el archivo de la oficina del decano, Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> SIMONS, Henry C. Memorandum I sobre la propuesta de un Instituto de Economía Política. p.2. En los trabajos de Henry C. Simons en los archivos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, sin fecha.

<sup>15</sup> Ibid., p. 12.

<sup>16</sup> Ibid., p. 5.

indiferencia o tolerancia temporal hacia esta política económica. Algunos miembros de la Facultad de Derecho y de la de Administración están interesados o simpatizan, como algunos docentes aislados aquí y allá. En el Departamento de Economía nos estamos convirtiendo en una pequeña minoría<sup>17</sup>. Los oscuros presagios de Simons resultaron ser totalmente injustificados. En el año 1946 se nombró a Aaron Director en la Facultad de Derecho y a Milton Friedman en el Departamento de Economía. Por supuesto, Friedman nunca pensó que ser una pequeña minoría fuese una desventaja.

Es momento de introducir a Friedrich Hayek en esta historia. Durante la guerra Hayek escribió su famoso libro *"The Road to Serfdom"*,<sup>18</sup> en el cual argüía que el socialismo, de cualquier clase, era una grave amenaza para las libertades políticas y económicas. Al no conseguir Hayek una casa editorial en Estados Unidos que publique su libro por su supuestamente limitado atractivo, por recomendación de Aaron Director la University of Chicago Press aceptó publicarlo. Ustedes saben lo que sucedió. *"The Road to Serfdom"* se convirtió en un *best seller*: vendió más de 200,000 copias, un resumen fue publicado en *"Reader's Digest"* y fue traducido a dieciséis idiomas. Como resultado del interés que surgió hacia su trabajo debido a este éxito, Hayek fue contactado con H. W. Luhnnow del Fondo Volker de la Ciudad de Kansas. Más que esto no sé, pero resultó que el Fondo Volker empezó a apoyar las actividades de Hayek. A fines de la guerra, Hayek estaba preocupado porque la civilización europea, con sus valores e ideas, estuviese en peligro de desintegrarse. Para contrarrestar este peligro, Hayek estaba ansioso porque se establezcan, cuanto antes, contactos entre estudiosos de todos los países, beligerantes y neutrales, que creyeran en los valores de una sociedad liberal. De los esfuerzos de Hayek de cultivar esta colaboración se formó la Mont Pelerin Society. Sin embargo, Hayek también tuvo un rol crucial en los eventos que resultarían en el nacimiento del programa de Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

No conozco los detalles de la historia que estoy a punto de contar, pero creo que los puntos centrales son correctos. Simons, supuestamente conociendo los objetivos generales de Hayek y su conexión con Luhnnow le envió, en 1945, una copia de su propuesta de establecer un instituto de política económica,

incluyendo la sugerencia de tener a Aaron Director como jefe de dicho instituto. La elección de Director para este cargo fue recibida con entusiasmo por Hayek, quien más allá de la gratitud que pudiera sentir debido a la ayuda que le prestó para publicar su libro *"The Road to Serfdom"*, ciertamente compartía la muy favorable opinión de Robbins sobre Director, la cual formó durante su estadía en el London School of Economics. Se preparó, probablemente a solicitud de Hayek, un esquema de un proyecto de investigación llamado *"Un Estudio del Libre Mercado"*. Este proyecto de investigación vino a reemplazar la propuesta de Simons de un instituto de economía política. Hayek parece haber asumido que, como resultado de su desarrollo normal, el proyecto sería asumido por Director. Desde entonces en adelante, Hayek se convirtió en la figura central: negociaba con Robert Maynard Hutchins, rector de la Universidad de Chicago, con Wilber Katz, decano de la Facultad de Derecho, con el Fondo Volker y con Aaron Director, en lo referente al desarrollo del proyecto en la Universidad de Chicago y sobre las condiciones en las que Director sería nombrado para dirigir el llamado, por Katz, *"Proyecto de Investigación Hayek"*. Finalmente, se decidió nombrar a Director como asociado de investigación por cinco años con el grado de profesor para dirigir lo que en un memorandum<sup>19</sup> enviado al Fondo Volker se denominó *"un estudio sobre un marco legal e institucional adecuado para un sistema de competencia efectivo"*. Sin embargo, Simons falleció antes de realizar los arreglos finales y Katz solicitó que se modifiquen las condiciones originales bajo las cuales el financiamiento del Fondo Volker se otorgó para permitir que Director pudiese enseñar<sup>20</sup>.

Aaron Director dijo que el proyecto de investigación *"nunca logró mucho"*, pero no sucedió lo mismo con su docencia<sup>21</sup>. Tanto dentro como fuera del aula, Director era un maestro muy eficaz y tuvo una influencia muy profunda en los puntos de vista de algunos estudiantes y también en los de algunos de sus colegas en la Universidad de Chicago, tanto en derecho como en economía. En un principio, Director enseñó *"Análisis Económico y Política Pública"*, esencialmente un curso de teoría del precio, pero luego Edward Levi lo invitó a colaborar con él en el dictado del curso de antimonopolio. Después de intentar la enseñanza conjunta, se decidió dividir el

<sup>17</sup> Ibid., pp. 5-6.

<sup>18</sup> HAYEK, Friedrich. *"The Road to Serfdom"*. 1944.

<sup>19</sup> Memorandum en el archivo de la oficina del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

<sup>20</sup> KITCH, Edmund W. *"The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970"*. En: *Journal of Law and Economics*, No. 26, 1983, pp. 180-181. Este artículo es una transcripción de una discusión editada por Kitch, quien también participó del panel. Kitch, además, realizó una introducción, conclusiones y notas al pie de página.

<sup>21</sup> Ibid., p. 181.

curso; Levi dictaba cuatro días y Director uno. Algunos de los alumnos que llevaron el curso explicaron lo sucedido. Wesley Liebeler ha dicho que: "Levi desarrollaba el derecho durante cuatro días cada semana, usando las técnicas tradicionales del razonamiento legal para relacionar los casos entre sí y llegar a una conclusión (...) con la cual los abogados están familiarizados. Era todo un logro (...) Ed hacia esto por cuatro días, y un día de cada semana Aaron Director nos decía que todo lo que Levi nos había dicho los cuatro días anteriores no tenía sentido. Usaba el análisis económico para demostrarnos que el análisis legal no era coherente"<sup>22</sup>. Robert Bork ha comentado: "uno de los placeres de ese curso era ver a Ed agonizar mientras esos casos en los que creía y en los que había trabajado eran convertidos sistemáticamente en frases incoherentes. Ed luchó de manera brillante durante años antes de finalmente ceder"<sup>23</sup>. De ahí en adelante, la superioridad del Análisis Económico del Derecho, al menos en el área de antimonopolio, se sostuvo firmemente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Esta convicción se fortaleció con el establecimiento del Proyecto Antimonopolio, el cual atrajo, entre otros, a John McGee, Robert Bork y Ward Bowman a la Facultad de Derecho para dirigir investigaciones en problemas de antimonopolio. El trabajo de ellos y de otros alumnos de Director, ya que él publicó poco, llevó sus ideas al mundo académico fuera de Chicago. Pero el Proyecto Antimonopolio hizo más que esto. Fue del Proyecto Antimonopolio que evolucionó el Programa de Análisis Económico del Derecho.

Yo me incorporé a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago en 1964 (en un principio ejercía un cargo simultáneamente en la Facultad de Administración). Poco tiempo después se retiró Director y me convertí en el responsable del Programa de Análisis Económico del Derecho. Mi situación era muy distinta a la que enfrentó Director cuando llegó a la Facultad de Derecho. Director creó el Programa de Análisis Económico del Derecho. Yo lo heredé. En ese momento, debido a las enseñanzas de Director, el Análisis Económico del Derecho no era una idea sino un hecho. Existía el "Journal of Law and Economics". Se otorgaban pensiones de análisis económico con el programa

totalmente financiado por el Volker Fund. Adicionalmente, ahora había profesores de derecho que participaban activamente en el programa, lo cual fue extremadamente importante; primero Kenneth Dam y Edmund Kitch, a quienes luego se uniría Richard Posner. Hubo un elemento adicional que llevó a un cambio en el énfasis del programa: la publicación en el tercer volumen del "Journal of Law and Economics" de "El Problema del Costo Social"<sup>24</sup>. Explicaré algo sobre cómo llegue a escribir este artículo y sobre su influencia en el tema de Análisis Económico del Derecho. Es difícil ser objetivo cuando uno habla sobre su propio trabajo, pero lo intentaré.

En el London School of Economics fui responsable del curso sobre economía de los servicios públicos, lo cual me llevó a estudiar, entre otras industrias, las finanzas y organización de la televisión británica. Estos estudios tuvieron como resultado la publicación de un libro en 1950, "La televisión Británica: un Estudio del Monopolio". En 1951 emigré a los Estados Unidos. Una vez ahí, comencé un estudio general de lo que llamé "economía política de la radio y televisión". En 1958 pasé un año en el Centro para Estudios Avanzados en Ciencias Conductuales de Stanford. Invertí mi tiempo en investigar el trabajo de la Comisión Federal de Comunicaciones, en especial su política en la asignación del uso del espectro para frecuencias radiales. El artículo resultante fue publicado en el segundo volumen del "Journal of Law and Economics"<sup>25</sup>. En una sección de aquel artículo sugerí que el uso del espectro de frecuencia radial debía determinarse, no por decisiones administrativas, sino por un mecanismo de precios. Se ha dicho que yo introduje la idea de usar precios para la asignación del espectro. Pero esto no es cierto. La primera vez que esto se propuso por escrito lo hizo un estudiante, Leo Herzel, en un artículo en el "University of Chicago Law Review" en 1951<sup>26</sup>. Cuando por primera vez leí este artículo me pareció, y era bastante natural pensar así, que Leo Herzel estaba influenciado por Aaron Director y Milton Friedman, lo cual tampoco era cierto. Mientras fue un estudiante, Herzel se interesó mucho en el debate de si en el socialismo sería posible o no tener un sistema eficiente y racional de asignación de recursos. Por ello leyó "La Economía del

<sup>22</sup> Ibid., p. 183.

<sup>23</sup> Ibid., p. 184.

<sup>24</sup> COASE, R.H. "The Problem of Social Cost". En: Journal of Law and Economics, No. 3. 1960.

<sup>25</sup> COASE, R.H. "The Federal Communications Comisión,". En: Journal of Law and Economics, No. 2, 1959.

<sup>26</sup> HERZEL, Leo. "Public Interest and the Market in Color Television Regulation". En: University of Chicago Law Review, No. 18, 1951. pp. 802-816.

Control” de Abba Lerner, poco después de que fuera publicado en 1944<sup>27</sup>. Este debate fue su inspiración y, en especial, la detallada propuesta de Lerner de un socialismo de mercado en “La Economía del Control”. La diferencia entre el esquema de Lerner y el de Herzel es que, como indica en su artículo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema socialista, en su propuesta los transmisores operarían “en función de su propio interés económico (...) para aumentar ganancias” y no tendrían que seguir reglas abstractas<sup>28</sup>. Yo por supuesto entendí la lógica del argumento de Lerner y Herzel, y estuve de acuerdo con ésta. Abba Lerner había sido mi compañero de estudios y mi colega en el London School of Economics y teníamos una relación muy amigable. Yo estaba al tanto de sus puntos de vista y conocía la solidez de los mismos. Sin embargo, al leer el artículo de Herzel no llegué inmediatamente a la conclusión de que un mercado de precios sería mejor que uno regulado por la Comisión Federal de Comunicaciones. Fue necesario tomar en cuenta los costos de transacción. Sin embargo, mis investigaciones en Stanford me convencieron de que establecer un sistema de derechos de propiedad que puedan ser objeto de transacción no era tan difícil como uno suponía, y me resultó claro que la forma de conducirse de la Comisión Federal de Comunicaciones sufría de muchas imperfecciones. Finalmente, me convencí de que debía usarse el precio para asignar el uso del espectro de frecuencia radial al leer la respuesta al artículo de Herzel que apareció en un siguiente número de el “University of Chicago Law Review”, escrita por Dallas Smythe, quien había sido el economista principal de la Comisión Federal de Comunicaciones<sup>29</sup>. Sus objeciones fueron tan increíblemente débiles (me refiero a ellas en mi artículo) que concluí que, si esto era lo mejor que podía decirse en contra de la propuesta de Herzel, entonces claramente Herzel tenía razón.

A pesar de esto, considero que lo más relevante de mi artículo sobre la “Comisión Federal de Comunicaciones” para la economía no fue la propuesta de instituir el precio (esto sería importante como un asunto de política al considerar el espectro de frecuencia radial), sino el discutir sobre los derechos que serían, o debían ser, adquiridos por el postor ganador, lo cual raramente, si es que alguna vez, hacían los economistas al

tratar el tema de los precios de los recursos. Esta discusión sobre la racionalidad de los derechos de propiedad, con su ataque a Pigou, fue considerada errónea por los economistas de Chicago. Incluso me sugirieron que omita esa sección del artículo. Pero me rehusé, argumentando que aun en el caso de que fuese un error, era un error bastante interesante. Sus objeciones se centraron en lo que más tarde Stigler llamaría el “Teorema de Coase”. Al ser invitado para dictar un taller en Chicago, acepté hacerlo si habría también una oportunidad para discutir mi error con ellos. En su autobiografía, Stigler realiza una descripción, muy a su estilo, de lo sucedido. Una noche, en casa de Aaron Director, me reuní con Milton Friedman, George Stigler, Arnold Harberger, John McGee, Reuben Kessel, entre otros, y luego de una larga discusión se acordó que yo no había cometido un error<sup>30</sup>. Después de esto fui invitado a escribir mis argumentos para su publicación en el “Journal of Law and Economics”. Esto hice y titulé mi artículo “El Problema del Costo Social”, título adaptado del artículo de Frank Knight “Falacias en la Interpretación del Costo Social”<sup>31</sup>. Knight también criticó a Pigou, pero más importante, desde mi punto de vista, fue que mis argumentos podían verse como una extensión natural de la opinión de Knight de que instituir derechos de propiedad aseguraría que la inversión excesiva, la que según Pigou realizarían las empresas privadas en industrias en las cuales exista un retorno en disminución, en realidad no se daría. En “El Problema del Costo Social” expuse un error similar de Pigou, el cual se debió también a ignorar que su problema surgía por la falta de instituir derechos de propiedad. En “El Problema del Costo Social” extendí mi argumento, lo precisé y lo apliqué a un mayor rango de problemas económicos que en mi artículo anterior. Si estos economistas de Chicago no hubiesen pensado que cometí un error en el artículo “La Comisión Federal de Comunicaciones”, es probable que “El Problema del Costo Social” nunca se hubiera escrito.

Recientemente, mientras me preparaba para dar esta conferencia, leí el artículo sobre “La Comisión Federal de Comunicaciones”, y debo decir que la sección respecto de la cual se hicieron las objeciones me parece tan clara y simple que me cuesta entender que no fuese aceptada inmediatamente. Supongo que esta

<sup>27</sup> LERNER, Abba. “The Economics of Control: Principles of Welfare Economics”. 1944.

<sup>28</sup> HERZEL, Leo. Op.cit., p. 8 y 3.

<sup>29</sup> SMYTHE, Dallas. “Facing Facts about the Broadcast Business”. En: University of Chicago Law Review, No. 20, 1952. p. 96.

<sup>30</sup> STIGLER, George J. “Memoirs of an Unregulated Economist”. 1988. pp. 75-80.

<sup>31</sup> COASE. “The Problem of Social Cost”. KNIGHT, Frank. “Fallacies in the Interpretation of Social Cost”. En: American Economic Association. “Lecturas sobre Teoría del Precio”. Segunda Edición. George Stigler y Kenneth E. Boulding editors. Publicado por Richard D. Irwin Inc.



incomprensión representa otro ejemplo de lo que Thomas Khun nos ha dicho respecto de lo difícil que es para un científico cambiar su sistema analítico, o como él dice, pasar de un paradigma a otro<sup>32</sup>. En general, se dice que este artículo ha tenido una inmensa influencia en la doctrina legal, pero esa no era mi intención. Para mi, "El Problema del Costo Social" fue un ensayo de economía. Estaba dirigido a economistas. Quise mejorar nuestro análisis del funcionamiento del sistema económico. Se introdujo al derecho en el artículo porque, en un régimen con costos de transacción positivos, la ley es uno de los principales factores determinantes del desarrollo de la economía. Si no hubieran costos de transacción (como se asume en la teoría económica estándar) las personas contratarían alrededor de la ley cada vez que el valor de la producción aumentase de valor al cambiar de posición legal. Sin embargo, en un régimen con costos de transacción positivos, estas contrataciones no ocurrirán cuando los mencionados costos sean mayores que el beneficio que traería esa redistribución de derechos. En consecuencia, los derechos poseídos por los individuos serán normalmente aquéllos establecidos por la ley, la cual en estas circunstancias puede decirse que controla la economía. Como he dicho, con "El Problema del Costo Social" no tuve la intención de contribuir con la doctrina legal. Hice referencia a casos legales porque me proporcionaron ejemplos de situaciones reales, en contraste con los imaginarios comúnmente usados por los economistas en su análisis. Quien inventó el *widgit* fue sin duda un economista. En "El Problema del Costo Social" hice algo más. Señalé cómo muchos jueces, en sus opiniones, con frecuencia demostraban un mayor entendimiento del problema económico que muchos economistas, aunque sus ideas no siempre fueran expresadas explícitamente. No lo hice para alabar a los jueces, sino para avergonzar a los economistas. Richard Posner, quien se encontraba en el camino correcto gracias a su contacto con Aaron Director en Stanford y quien luego se mudó a Chicago, tomó lo que dije y fue más allá. Yo nunca intenté seguirlo. Por una razón: él va mucho más rápido que yo. Además avanza en una dirección algo distinta. Mi interés se encuentra

básicamente en el sistema económico, mientras el suyo está en el sistema legal. Sin embargo, las interrelaciones entre estos dos sistemas sociales nos llevan a un área considerable de intereses en común. En el desarrollo del análisis económico de la ley, o como prefiero decir, del sistema legal, Posner claramente ha tenido un rol importante.

Ahora debo referirme a la influencia del "Journal of Law and Economics", el cual en mi opinión ha sido un gran factor en el establecimiento del "Análisis Económico del Derecho" como un área de estudios independiente. Las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago tomaron la decisión de crear dicha publicación a mediados de los cincuenta, (es decir, Edward Levi) y el primer número salió en octubre de 1958. En cualquier caso esa es la fecha que aparece en el primer número. El propósito del "Journal of Law and Economics" era examinar los temas de política pública que puedan interesar a abogados y economistas. Aaron Director sugirió el nombre de Journal of Law "or" Economics (Diario de Derecho "o Economía), afortunadamente "el honesto Aaron" no consiguió su propósito. Los primeros números contenían artículos de considerable interés para mí. Estaba por ejemplo el artículo de John McGee "El Recorte de Precios Predatorios: El Caso de Standard Oil (Nueva Jersey)"<sup>33</sup>; había dos artículos sobre derecho de aguas de J.W. Milliman<sup>34</sup> y Edgar B. Bagley<sup>35</sup>; estaba el artículo de Lester Telser "¿Por qué Deberían Querer los Fabricantes un Comercio Justo?"<sup>36</sup>; el de Marshall Colberg "El Efecto del Salario Mínimo en el Desarrollo de la Economía de Florida"<sup>37</sup>; el artículo de James Crutchfield sobre regulación pesquera<sup>38</sup>; y, por supuesto, el celebrado artículo de George Stigler y Claire Friedland, "¿Qué Pueden Regular los Reguladores? El Caso Eléctrico"<sup>39</sup>, y otros de naturaleza semejante. Así era como yo concebía al Análisis Económico del Derecho. No disminuyó mi admiración el hecho de que en estos primeros números aparecieran cuatro artículos míos (sobre la Comisión Federal de Comunicaciones, el costo social, la competencia en el servicio postal británico, y la asignación a departamentos gubernamentales del uso del

<sup>32</sup> KHUN, Thomas. "The Structure of Scientific Revolutions". Segunda edición, 1970.

<sup>33</sup> MCGEE, John. "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (New Jersey) Case". En: Journal of Law and Economics, No. 1, 1958. p. 137.

<sup>34</sup> MILLIMAN, J.W. "Water Law and Private Decision-making: A Critique." En: Journal of Law and Economics, No. 2, 1959. p. 41.

<sup>35</sup> BAGLEY, Edgar. "Water Rights Law and Public Policies Relating to Ground Water "Mining" in the Southwestern States". En: Journal of Law and Economics, No. 4, 1961. p. 144.

<sup>36</sup> TELSER, Lester. "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?". En: Journal of Law and Economics, No. 3, 1960. p. 86.

<sup>37</sup> COLBERG, Marshall. "Minimum Wage Effects on Florida's Economic Development". En: Journal of Law and Economics, No. 3, 1960. p. 106.

<sup>38</sup> CRUTCHFIELD, James. "An Economic Evaluation of Alternative Methods of Fishery Regulation". En: Journal of Law and Economics, No. 4, 1961. p. 131.

<sup>39</sup> STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity." En: Journal of Law and Economics, No. 5, 1962. p. 1.

espectro de frecuencia radial en los Estados Unidos), ya que hubiese sido difícil, si no imposible, publicarlos en alguna otra revista existente. En consecuencia, lo que más me atraía cuando vine a Chicago a remplazar a Aaron Director, quien se retiraba, era tener la oportunidad de editar el "Journal of Law and Economics". Es probable que de no existir éste, yo no hubiese venido a Chicago. Yo no sabía nada del propósito original del "Journal of Law and Economics". Lo que quise hacer fue incentivar el tipo de investigación a la que me dediqué al escribir "El Problema del Costo Social", y usé mi puesto de editor para conseguirlo.

"El Problema del Costo Social" demostró que en un régimen sin costos de transacción (como se asume en la teoría económica estándar) las negociaciones siempre nos llevarían a una solución que maximice los recursos. En consecuencia, el tipo de actividad gubernamental que los economistas creían requerida era totalmente innecesaria dadas las presunciones de su sistema analítico. Por supuesto, todo lo que se hizo fue demostrar la vacuidad del sistema analítico Pigoviano. Una vez abandonada la presunción de la inexistencia de costos de transacción, e incorporado a la teoría el hecho de que realizar transacciones en el mercado es un proceso costoso, se entiende que no pueden desecharse formas alternativas de coordinar el empleo de los recursos como inferiores a la confianza en el mercado, aunque sean costosas y en muchos aspectos imperfectas. Lo que resulte mejor dependerá de los costos relativos de estas formas alternativas de coordinar el empleo de los recursos, sobre lo cual sabemos muy poco. Como dije en "El Problema del Costo Social":

"Los puntos de vista satisfactorios sobre políticas sólo pueden provenir de un estudio paciente de cómo en la práctica el mercado, las empresas y el gobierno, manejan el problema de los efectos perjudiciales. Los economistas necesitan estudiar el trabajo del corredor al acercar a las partes, la efectividad de los acuerdos restrictivos, los problemas de una empresa desarrollada a gran escala, el funcionamiento de la zonificación gubernamental y otros organismos reguladores. Creo que los economistas y, en general quienes crean las políticas, han tendido a sobreestimar las ventajas de la regulación gubernamental. Pero esta creencia, aunque justificada, no hace más que sugerir que la regulación gubernamental debe ser reducida. No nos dice dónde debe trazarse el límite. Esto (...) debe

provenir de una investigación detallada de los resultados actuales de manejar el problema de distintas maneras"<sup>40</sup>.

El propósito principal de mi trabajo como editor del "Journal of Law and Economics" fue impulsar a economistas y abogados a realizar este tipo de investigaciones. Se hizo apoyando las investigaciones de los docentes, otorgando pensiones a aquéllos dispuestos a dirigir este tipo de investigaciones, haciendo accesible asistencia financiera y, sobre todo, ofreciendo la oportunidad de publicación. Mientras tanto, Harold Demsetz, Steve Cheung, Oliver Williamson y algunos otros mejoraron la teoría. Con el paso del tiempo se presentaban cada vez más artículos sin que yo los motive. Hasta empecé a ver artículos en la "American Economic Review" que me hubiese gustado publicar en el "Journal of Law and Economics", lo cual me complacía y molestaba a la vez. Este cambio de dirección en las investigaciones fue impulsado por la formación del Centro para el Estudio de la Economía y el Estado en la Facultad de Administración por George Stigler, del cual afloraron una serie de estudios sobre los efectos de la regulación gubernamental. En la edición del "Journal of Law and Economics" se me unió William Landes, luego se amplió la edición para incluir a Dennis Carlton y Frank Eastbrook, y finalmente a Sam Peltzman. Las oportunidades de publicación aumentaron en 1972 con la creación del "Journal of Legal Studies", editado por Richard Posner y luego por Richard Epstein. Mientras tanto, se obtuvieron mayores oportunidades de publicación por el establecimiento, en otros lugares, de publicaciones dedicadas al tema del Análisis Económico del Derecho, tales como el "Journal of Law, Economics and Organization" en Yale.

Hoy, el Programa de Análisis Económico del Derecho en Chicago funciona en un ambiente muy distinto al existente a principios de los sesenta. El Análisis Económico del Derecho es profesionalmente reconocido como una disciplina o sub-disciplina independiente. Se están desarrollando trabajos excelentes y en cantidad en las facultades de derecho en todos los Estados Unidos. Esta nueva situación fue marcada por la formación de la Asociación Americana de Análisis Económico del Derecho. La meta de establecer la materia ha sido lograda. La doctrina legal avanza con un espíritu renovado. Ernest Rutherford dijo que la ciencia es o física o coleccionar estampillas. Por esto quiso decir, según creo, que

<sup>40</sup> COASE, R.H. "The Problem of Social Cost". En: Journal of Law and Economics, No. 3, 1960. pp.18-91.

se ocupa de analizar o de organizar un sistema de clasificaciones. Mucho, tal vez la mayor parte de la doctrina legal, ha sido como coleccionar estampillas. Sin embargo, es probable que el Análisis Económico del Derecho cambie esto. En realidad, ya ha empezado a hacerlo.

Me doy cuenta que al concentrarme en el análisis económico en Chicago he dejado de lado otras contribuciones importantes a la materia hechas en otros

lugares, tales como los aportes de Guido Calabresi en Yale, Donald Turner en Harvard, entre otros. Pero difícilmente puede negarse que en el surgimiento del Análisis Económico del Derecho Chicago tuvo un papel muy significativo, uno del cual la Universidad puede enorgullecerse. Cómo se encontrará el Programa de Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Chicago en el próximo siglo, lo dejo para quien se encargue de dar la conferencia en memoria de Simons en el 2092.

# ESQUIZOFRENIA JURÍDICA. EL IMPACTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL PERÚ

Alfredo Bullard G.\*

*La polémica en torno al análisis económico del derecho ha existido desde su misma aparición, a inicios de la década del 60. Ello no ha sido obstáculo para que, demostrando ser una poderosa herramienta de acercamiento al derecho, tenga una gran influencia tanto en un entorno académico como en la creación y aplicación del derecho.*

*El Perú no ha sido la excepción. Efectivamente, el análisis económico no sólo ha calado hondamente en las más prestigiosas facultades de derecho, sino que tiene un creciente desarrollo en el ámbito administrativo y en el diario quehacer del abogado.*

*A pesar de su reconocida utilidad, el análisis económico del derecho ha sido objeto de innumerables críticas. Pero junto a críticas con sustento y bien informadas encontramos un sinnúmero de temores y de ideas extrañas y confusas, propias más bien, como señala el autor del presente artículo, de diversas clases de esquizofrenia jurídica.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Ihering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar<sup>1</sup>.

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si estuviera conversando con el vacío. Son "cosas" que no se ven, que no están allí, salvo para el

\* Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho de la Universidad Católica y de la UPC. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Gerardo Solís en la elaboración del presente artículo.

<sup>1</sup> Citado por COHEN, Felix. "El Método Funcional en el Derecho". Buenos Aires, Abelado-Perrot. pp. 11-12.

jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de “esquizofrenia jurídica”, un mirar a un vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia sólo consigo mismos.

Y nada asusta más al esquizofrénico que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las “reglas de la física” rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido. La realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que este murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no está ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

Los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia “realidad”, esa realidad perfecta que sólo ellos ven y que defienden como si fuera la única existente. Muchos juristas, o abogados “aprendices de mago”, pasan por el mismo proceso.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la sociología jurídica, la antropología jurídica, o más recientemente, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), agudiza la esquizofrenia y asusta a quien ve cuestionado su “mundo imaginario”.

El sueño de Ihering nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes de nuestra esquizofrenia. El primero es el de “ciencia jurídica”. El segundo, el de “naturaleza jurídica”.

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. Por un lado está la idea de que el Derecho es una

ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo “cosas naturales”, como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal.

Entonces aparece el concepto de “naturaleza jurídica”, como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho es creado por el hombre y su “naturaleza” y la de las instituciones cambian tan pronto el legislador cambia la ley que las regula. Como bien dice Kirchmann, “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”<sup>2</sup>.

Así, los abogados (o los “juristas”, que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de “neutralizar” esa envidia inventándonos “naturalezas jurídicas” inexistentes, verdaderas “alucinaciones”, porque a fin de cuentas el objeto de nuestra “ciencia” no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica. Como expresión de esa “locura”, el jurista piensa que la realidad cambia por que él “descubre” un concepto nuevo.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, “La naturaleza jurídica de la letra de cambio”, comentaba esos esfuerzos por encontrar “naturalezas jurídicas”: “El saldo es desconsolador: tales empresas –las afanosas pesquisas de ‘naturalezas jurídicas’- están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe”<sup>3</sup>.

Entonces el Derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos. Como señala Felix Cohen:

<sup>2</sup> Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica.” Madrid, Editorial Civitas, 1981. p. 17.

<sup>3</sup> BULYGIN, Eugenio. “Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio”. Abeledo Perrot, 1961. p. 7.



“Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres por que contienen un principio somnífero.

Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si ‘principio somnífero’ es definido física o químicamente. De otra manera sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

(...) Los conceptos jurídicos (...) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.”<sup>4</sup>

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. Como sabemos, el acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina de nuestro sistema legal que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo “Muy interesante. ¿Para qué sirve?”. Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supraconcepto”, es

decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una realidad que nadie ve.

En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante: “Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas”<sup>5</sup>.

Como se verá en el presente trabajo, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen, “definir somnífero en base a un principio químico o físico” o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptará precisamente el contrario.

Esta presunción de que el Derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptado con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la aplican y luego evalúan que pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, como reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el pariente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados “operamos” la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a nuestro paciente para, de manera sistemática, saber que pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el Derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el “jurista” tuviera la responsabilidad de revisar al paciente, carece del bagaje de conocimientos suficientes para evaluar el resultado de su “operación”. El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para po-

<sup>4</sup> COHEN, Felix. “El Método Funcional en el Derecho”. Op.cit., pp. 46-48

<sup>5</sup> Citado por COHEN, Felix. Op.cit., pp.131-132.

der diseñar mejor su “operación” mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de “operado el paciente”, medir si tuvo o no éxito.

A pesar de que el AED no es más que eso, la dogmática (o mejor dicho algunos dogmáticos o aprendices de dogmáticos) le temen y lo consideran una amenaza o en todo caso algo a lo que no se le debe hacer el menor caso. Y no es extraño que otras disciplinas que buscaban crear herramientas similares como la Sociología Jurídica o la Antropología Jurídica, hayan sido víctimas de reacciones similares. Finalmente no es otra cosa que temer a ampliar nuestro conocimiento.

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacia el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus principios metodológicos. La discrepancia informada no sólo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no sólo respetables, sino que desnudan los límites que, como toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

Pero debajo de estas críticas inteligentes, se encuentran una inmensidad de reacciones esquizofrénicas parecidas a la del loco al que le dicen que no es Napoleón y asume desde una argumentación circular y sin sentido hasta la reacción agresiva para demostrar que sí es Napoleón y que su mundo es el real por más que la realidad le demuestre todo lo contrario.

A fines de analizar estas posiciones me propongo desarrollar un esquema de tres pasos. En el primero describiré a muy grandes rasgos y de una manera superficial, dado el espacio disponible, qué es y qué caracteriza al AED. En el segundo haré una reseña muy apretada del desarrollo del AED en el Perú, mostrando cómo se encuentra entre los países más desarrollados en el tema en Latinoamérica, lo que explica por qué hay reacciones tan marcadas en su contra. Finalmente, analizaré muy brevemente las

distintas formas de “esquizofrenia” que se han desarrollado en nuestro país y por qué esas críticas no son sino la muestra de un desconocimiento de los alcances del AED.

## 2. ¿QUÉ ES EL AED?

De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad, algunos “juristas” crean leyendas sobre el AED. Sin embargo el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Sin duda la economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser la “reina de las ciencias sociales”. Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo los avances últimos han llevado a una redefinición del objeto de esta ciencia. Así, en palabras de Gary Becker<sup>6</sup>, el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas

<sup>6</sup> BECKER, Gary. “El enfoque económico del comportamiento humano”. En: Información Comercial Española No. 557, enero 1980.

conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Sólo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica. Un ejemplo nos demuestra este punto.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos concientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse como se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto de su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permite predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son sólo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el

campo de la economía, casi sin límites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar “consecuencia jurídica”, descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá con alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas “demanden” cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuenta de la sanción dicha posibilidad.

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del derecho, como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

El AED nos permite aún sofisticar más la evolución de los efectos de una decisión legal. Hace unos años, la entonces congresista Susy Díaz planteó un proyecto de Ley para sancionar a los violadores de menores con cadena perpetua. El proyecto recogió las simpatías de la población. Finalmente, la violación de menores es un delito tan grave que parecería haber consenso para que sea sancionado ejemplarmente.

Como dijimos, la propensión a cometer un delito baja si el "precio" a pagar (sanción) sube. En esa línea la

propuesta de Susy Díaz parece lógica para desincentivar ese tipo de delitos.

Sin embargo el análisis debe ser integral, para contemplar todos los incentivos que afectan la conducta del potencial delincuente. El costo de delinquir se reduce con menor capacidad de detección.

La posibilidad de ser detectado depende, como ya señalamos, de dos factores. El primero es la capacidad del sistema para identificar y sancionar al infractor (habilidad de la policía, fiscales, sociedad civil y sistema judicial para capturar y aplicar la ley a los delincuentes). El segundo factor es la habilidad del delincuente para evadir a la justicia. Este último a su vez depende de dos factores. Uno es la propia capacidad y habilidad del delincuente. Por ejemplo, será difícil encontrar a un carterista que pese ciento cincuenta kilos. La razón es simple: si es identificado no podría escapar porque carecerá de la habilidad suficiente.

El segundo factor, vinculado al anterior, es cómo desarrolla su conducta el delincuente. Si va a cometer un homicidio, lo llevará a cabo en circunstancias en que no haya testigos y tratará de desaparecer todas las evidencias que apunten a su culpabilidad.

En el caso de un violador de menores, además de cometer el delito fuera de la vista de terceros que puedan ser testigos, la víctima por definición será siempre un testigo. Si ese testigo no existiera las posibilidades de detección caerían dramáticamente.

Una forma de que ese testigo no exista sería matándolo luego de cometido el delito. Por ello, si se hubiera aceptado la propuesta de Susy Díaz, el homicidio no tendría sanción adicional. Si se me condena a cadena perpetua, no es posible imponerme en los hechos una segunda cadena perpetua. No se puede aumentar la sanción. Por el contrario, matar a la víctima reduce la posibilidad de detección. El resultado es que matar a la víctima es un excelente negocio para el delincuente, porque le genera el beneficio de reducción de la posibilidad de detección y ningún costo adicional desde el punto de vista legal, pues no se puede incrementar la pena.

Así, asumamos que antes de matar a la víctima existe una posibilidad entre cinco de ser detectado. Si ello es así, el costo esperado para el violador es del 20% de una cadena perpetua. Luego de matar a la víctima la posibilidad de detección cae a una entre 20, es decir sólo 5% de una cadena perpetua. Dado que 20% es más que 5%, el hecho de matar a la víctima produjo

una rebaja de la pena a una cuarta parte de la que hubiera sido si no la hubiera. El resultado final del análisis muestra que el proyecto de Susy Díaz crea incentivos para matar a la víctima.

Habrán quienes cuestionarán el análisis diciendo que no todos los delincuentes actúan así. De hecho, habrán siempre delincuentes que delincan así se incrementen las penas y la posibilidad de detección a niveles óptimos. Pero en todo caso ello no deslegitima el análisis efectuado, pues es evidente que, al menos en el caso de quienes actúan con esa racionalidad, el resultado será el señalado.

La metodología seguida por el AED es incómoda para mantener la insania mental de los juristas esquizofrénicos. La metodología permite incorporar al análisis cómo se comportan seres de carne y hueso y cuáles son las consecuencias de la decisión que se tome. Ello puede conducir a perder consistencia conceptual, como si lo que importara es la consistencia entre dos conceptos y no la consistencia entre el concepto y la realidad.

Cuando alguien queda en capacidad de demostrar que la aplicación de la naturaleza jurídica de una institución conduce a que los individuos se comporten de una manera inadecuada, la “alucinación conceptual” queda en evidencia como tal y el jurista queda “mirando al vacío” frente a los ojos de los demás.

Como veremos más adelante, esto se refleja en distintos tipos de “esquizofrenia jurídica” que cuestionan un método por ser “demasiado realista”.

### 3. UN POCO DE HISTORIA

Como ya hemos dicho, el avance del AED en el Perú ha sido admirable y quizás no tenga parangón en Latinoamérica. Ello muestra que ha tenido acogida e impacto, aunque no necesariamente la popularidad de algo habla de sus méritos. Para quienes no son positivistas, por ejemplo, el nivel de difusión del positivismo no es una buena noticia. Pero es innegable que nuestros sistemas son básicamente positivistas. Estar en desacuerdo con el positivismo es una cosa, negar el impacto del positivismo es algo totalmente distinto.

La difusión actual del AED en el Perú no es signo de que haya despertado consenso. De hecho, creo que gran parte de su relativa popularidad se debe precisamente a la existencia de una serie de posiciones discrepantes que generan interés en el tema. Pero sí creo que es signo de su impacto, el cual, como veremos a continuación, ha dejado sus marcas en nuestro sistema jurídico. Por ello, incluso discrepar de sus propuestas no es excusa para no conocer y estudiar sus contenidos.

#### 3.1. Los Inicios

Las primeras manifestaciones identificadas de AED en el Perú se dan en la década de los 80, centradas principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando de Soto. Debemos tener en cuenta que, si bien no hay consenso sobre cuál es la partida de nacimiento del AED, los primeros trabajos del tema claramente son de la década de los 60's. Esto quiere decir que el AED llega con más o menos 20 años de atraso a nuestro país.

Los trabajos del ILD se centraron principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no sólo actividad de comercio e industrias, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios del ILD evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción<sup>7</sup> que la sobrerregulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad. A partir de ello se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba.

El punto más importante de esta etapa fue la publicación de “El Otro sendero”<sup>8</sup>, en 1986, cuyos autores, Hernando de Soto, Enrique Gherzi y Marco Ghibellini recogieron gran parte de los estudios realizados por el ILD.

Estos trabajos del ILD influyeron también en el hecho de que a fines de los 80's el Estado, bajo la asesoría del Instituto, promulgara una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa, cuya norma central fue la Ley 25305 del 10 de junio de 1989, Ley de Simplificación Administrativa, dirigida a reducir los costos de la actuación de

<sup>7</sup> En términos sencillos, los costos de transacción pueden ser definidos como 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.

<sup>8</sup> DE SOTO, Hernando. “El otro sendero”. Lima, Instituto Libertad y Democracia, 1986.



la administración pública a los ciudadanos, buscando reducir a su vez los costos de transacción en la economía.

Adicionalmente, en este mismo período, se dieron normas para facilitar el acceso a la llamada propiedad informal y al crédito a través de la creación de la denominada hipoteca popular, un derecho de garantía que no recaía sobre la propiedad, sino sobre la posesión, recogiendo la situación generalizada de los pueblos jóvenes y asentamientos marginales cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término.

Los trabajos del ILD pueden ser definidos básicamente como “cousianos”, es decir, inspirados en las teorías de Ronald Coase, Premio Nobel de Economía en 1991, cuyo aporte principal es la teoría de los costos de transacción. Casi podríamos decir que los trabajos del ILD son una simple aplicación práctica de las ideas de Coase, quien puede ser considerado uno de los fundadores del AED, en los años 60's<sup>9</sup>.

A la publicación de varios trabajos en la década del los ochenta por parte del Instituto Libertad y Democracia, se suma el trabajo de Aníbal Sierralta “Introducción a la luseconomía” en 1988<sup>10</sup>, un libro bastante básico que mezcla en su contenido, en nuestra opinión de una manera bastante confusa, el tema del AED con el llamado Derecho Económico, que constituye más que una aproximación metodológica, una pretendida rama especial del Derecho.

Sin embargo, pocas personas asociaban el trabajo del ILD con el AED. Es recién en los últimos años de la década de los 80's y sobre todo en los primeros años de los 90's, es decir casi 30 años después de su aparición, que el AED comienza a ser reconocido como una tendencia importante en el Derecho Peruano.

En esta etapa, que se prolonga por toda la década de los 90's, una serie de abogados jóvenes viajan a seguir estudios de maestría a los Estados Unidos, especialmente a las Universidades de Yale, Chicago, Harvard y Virginia. Estos abogados concentran parte importante de sus estudios en cursos de AED.

### 3.2. El Impacto en el Mundo Académico

A inicios de los 90's aparecen las publicaciones de los

primeros artículos que parten de esta perspectiva de análisis en las principales revistas jurídicas del país, en especial *Thémis* y *Ius Et Veritas*, seguidas de traducciones al español de importantes estudiosos de AED, especialmente norteamericanos, tales como Guido Calabresi, Ronald Coase, Richard Posner, George Priest, Richard Epstein, entre otros.

Inicialmente se publican artículos que explican aspectos básicos de la teoría (en particular las tesis de Ronald Coase, aspecto reforzado por el interés generado con la obtención del Premio Nobel por este autor). Sin embargo, la mayoría de trabajos se orientan al estudio de instituciones de Derecho Civil, especialmente temas de derechos de propiedad, responsabilidad civil y contratos. Ya entrando a la segunda mitad de la década aparece un nuevo tema en juego referido a las regulaciones estatales y al rol del Estado en la economía. En dicho periodo se estudian especialmente las regulaciones antimonopolios, las actividades regulatorias sectoriales (en especial telecomunicaciones) y las normas de protección al consumidor, competencia desleal y publicidad. Este fenómeno se refuerza con la creación en el Perú de organismos y agencias encargadas de aplicar estas regulaciones, en especial el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, Indecopi, en 1992.

A estos temas se fueron sumando otros menos convencionales como Derecho Penal, mercados de valores, “*public choice*”, corrupción, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, entre otros.

Como se dijo, las revistas de Derecho se preocupan también de la traducción de trabajos vinculados al AED, en especial de autores norteamericanos. Es especialmente notoria la traducción de una serie de artículos de Guido Calabresi. Esto es un claro síntoma del interés existente por ampliar el conocimiento y análisis de estos temas en el mundo académico.

Actualmente es difícil encontrar algún número de alguna de las principales revistas de Derecho que no publiquen algún trabajo de AED. Los trabajos de AED tienen un alto nivel de demanda en el mundo académico y son continuamente utilizados en tesis y trabajos de investigación.

<sup>9</sup> Quizás la obra fundacional del AED sea “El Problema del Costo Social”. En: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960. En dicho trabajo, Coase aplica el concepto de costos de transacción a las instituciones legales. De este trabajo se derivaría luego el famoso Teorema de Coase que lo haría mundialmente conocido.

<sup>10</sup> SIERRALTA, Anibal. “Introducción a la luseconomía”. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

En 1993 se publica el libro titulado “El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales” editado por Luis Pizarro Aranguren, y que constituye una recopilación de trabajos que en su mayoría parten de la perspectiva del AED<sup>11</sup>. En 1996 se publica “Estudios de Análisis Económico del Derecho”<sup>12</sup> del autor del presente trabajo, que recopila una serie de trabajos sobre la misma temática. A estos trabajos se suma recientemente “¿Por qué Hay que Cambiar el Código Civil?”, publicado por la UPC, que recoge un seminario en el que se abordó el tema de la reforma del Código Civil Peruano principalmente desde la perspectiva del AED.

Es de destacar la visita al Perú en 1995 del profesor Douglas North, Premio Nobel de Economía en 1993, quien dicta una serie de conferencias vinculadas a la tesis de la economía neo institucional, en especial referidas al Indecopi, institución que encontró como un fenómeno interesante de reforma institucional.

Ello despertó un renovado interés por el desarrollo del marco institucional, lo que se reflejó también en la actividad académica de la segunda mitad de la década de los 90.

Como contrapartida, han aparecido artículos de crítica al AED, reivindicando otras aproximaciones al problema jurídico, en especial desde el punto de vista dogmático más tradicional. Ello ha enriquecido el debate sobre el particular. Sin embargo, algunas aproximaciones constituyen críticas que denotan un desconocimiento de qué es el AED, críticas a las que hemos llamado “reacciones esquizofrénicas”.

Asimismo, comienza a aparecer la influencia del AED en diversos cursos. Curiosamente su influencia es mucho más notoria en las facultades de Derecho que en las facultades de Economía. Inicialmente, la presencia del AED aparece en cursos como Reales y Responsabilidad Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. En 1990 se dicta, como electivo, el primer curso de AED bajo el nombre de Temas de Derecho Civil, curso diseñado como un seminario con contenido variable. A partir de 1992 se dicta en la Católica ya bajo el nombre de Análisis Económico del Derecho.

Inicialmente el número de matriculados era relativamente bajo (entre 15 y 20 alumnos por semestre) y se dictaba un solo semestre al año. Pero desde 1999 el

curso se dicta ambos semestres gracias a un incremento notorio de su demanda. Actualmente se matriculan cerca de 40 alumnos por semestre (el máximo cupo disponible) lo que totaliza cerca de 80 alumnos al año que llevan el curso en dicha Universidad.

Pero en la Universidad Católica la influencia no se ha limitado al referido curso. Una de las secciones de Responsabilidad Civil suele dictarse usando la perspectiva del AED, a fin de contrastar con una aproximación más dogmática en la otra sección.

En el curso de Derecho Reales varios de sus contenidos han sido influenciados por el AED, en especial en temas de definición de derechos de propiedad y transferencia de titularidades. No salen de su influencia otros cursos del área civil y del área mercantil. A ello naturalmente se añaden los cursos vinculados a regulación económica (Derecho de la Competencia, Telecomunicaciones, entre otros).

Asimismo, el programa de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil fue reformulado en 1993 a fin de incorporar cuatro cursos vinculados a Análisis Económico del Derecho. Estos fueron Introducción al Análisis Económico del Derecho (que incluía temas de responsabilidad civil extracontractual), Titularidades (que analizaba desde el punto de vistas económico los derechos de propiedad), Derecho Contractual y Sistema Económico (que además del tema de contratos abordaba algunos aspectos de regulación de mercados, en especial legislación de libre competencia, regulación de publicidad y protección a los consumidores) y Derecho de Familia (que abordaba las normas de familia desde la perspectiva económica).

En el año 2000 se ha abierto una nueva Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia que incluye cursos de economía para abogados y un curso introductorio a AED. Además, el contenido de los demás cursos está bastante influenciado por el AED.

En otras universidades la evolución no ha sido muy distinta. La Universidad de Lima incorporó un curso de Derecho y Economía a su plan de estudios como curso electivo en 1994. Adicionalmente, en la Maestría en Derecho Empresarial de dicha Universidad se incorporaron cursos con influencia de AED, en especial el curso llamado Competencia y Mercado, que incluye una introducción al AED y el uso de la

<sup>11</sup> PIZARRO, Luis (ed.). “El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales”. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1993.

<sup>12</sup> BULLARD, Alfredo. “Estudios de Análisis Económico del Derecho”. Lima, ARA Editores, 1996.

metodología de AED para evaluar las regulaciones Antimonopolio, las normas de protección al consumidor y las normas de regulación publicitaria.

Finalmente, donde más influencia se puede apreciar del AED es en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Todo el plan de estudios tiene una marcada influencia de AED. Tal influencia es muy clara especialmente en los cursos de Derecho Civil Patrimonial y Derecho Comercial. El plan de estudios se ha basado en modelos curriculares norteamericanos. Por primera vez se incluye un curso de AED como curso obligatorio en el quinto semestre. Asimismo, en el primer semestre se dicta otro curso obligatorio llamado Razonamiento Económico, que persigue familiarizar a los abogados con el método de análisis económico. A ello se suma un curso de Economía para Abogados que busca dotar al abogado de herramientas para realizar un mejor análisis económico de los problemas legales.

Adicionalmente a los programas curriculares, es común la organización de seminarios y congresos académicos y profesionales en los que se desarrollan temas de AED o a partir de su perspectiva. Además, en convenios con las universidades, muchas instituciones públicas y privadas han organizado cursos en los que se incluyen materias de AED. Ello ha ocurrido con instituciones como los Registros Públicos, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Indecopi, el OSIPTEL, CONASEV, entre otros.

La mayor difusión de los contenidos de AED entre el alumnado ha permitido en los últimos años ir superando uno de los problemas principales que se presentaban en un inicio: la falta de profesores en estos temas. Así, ya no se depende sólo de aquellas personas que estudien postgrados en el extranjero sobre estos temas, sino que ya existe un nivel de formación básico e incluso en nivel de maestría que ha permitido ampliar la plana docente que, si bien aún presenta restricciones, permite dar una mayor cobertura.

Sin duda se han desarrollado sólidas bases académicas que han contribuido a una notable difusión del AED en el país y que cada vez su estudio y conocimiento por parte de los abogados se vaya tornando en una necesidad indispensable. Hoy, muchos de los abogados que egresan de las universidades más prestigiadas del país reciben al menos un bagaje mínimo de conocimientos en AED y es posible especializarse en el área en algunos de los programas de postgrado existentes.

### **3.3. El Impacto del AED en la Gestión Pública**

La influencia del AED en la gestión pública ha sido

importante, lo que ha contribuido a la identificación de algunas de las reformas económicas, en especial la privatización y apertura de la economía, y en la definición del rol de las agencias estatales y los organismos reguladores. De allí se origina principalmente la vinculación efectuada entre el AED y supuestas posturas económicas liberales o mal llamadas neoliberales.

A ello se suma la clara influencia de expertos del Banco Mundial quienes, sobre la base de marcos teóricos propuestos por la económica neoinstitucional, propusieron paquetes de reforma que se han tendido a identificar como producto del AED.

A continuación, se analizan las implicancias e influencia del AED en diversas áreas de gestión pública, en particular en la administración pública, en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial.

#### **3.3.1. El AED en la Administración Pública**

Quizás en el área de la gestión pública en la que mayor influencia ha tenido el AED es en la administración pública, es decir en el Poder Ejecutivo. Así, una serie de reformas implementadas durante los años 1991 a 1993 utilizaron herramientas de este tipo en su desarrollo y concepción.

Ya la legislación de simplificación administrativa implementada desde finales de los años 80 había evaluado los costos de cumplimiento de trámites burocráticos y la existencia de costos de transacción generados por estos trámites. Así, la Ley 25305 del 10 de Junio de 1989 y su Reglamento (Decreto Supremo 070-89.PCM de Septiembre del mismo año) habían, sobre la base de las propuestas del Instituto Libertad y Democracia, reconocido la importancia que simplificar trámites tenía para la reducción de costos de transacción en la economía. Este proceso terminó de consolidarse con la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General que tiene una marcada influencia del AED, en particular en la formulación de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción.

Este proceso también se aprecia con la promulgación en 1991 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que reconoce un marco institucional básico orientado a reducir los costos de operación (costos de transacción) del sector privado en la economía, incluyendo una profundización en el proceso de simplificación administrativa.

Estos cambios pretendieron una administración pública más racional y basada en evaluaciones de costo beneficio para justificar su actuación.

En 1996 se crea la Comisión de Acceso al Mercado en el Indecopi, la que en base a lo establecido en el artículo 26 BIS<sup>13</sup>, incorporado en el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi en base a la modificación introducida por el artículo 53° del Decreto Legislativo 807, podía declarar la ilegalidad e irracionalidad de las barreras burocráticas creadas por la administración pública. Este órgano funcional del Indecopi, en base a evaluaciones costo-beneficio de la actuación de la administración pública centradas principalmente en la creación de costos de transacción por parte de entidades de la propia administración, está en posibilidad de corregir estos problemas, incluyendo a las entidades del ámbito regional y municipal.

En paralelo, se crea una serie de organismos cuyos marcos de actuación y gestión propias se sustentan en muchas de las herramientas conceptuales concebidas por el AED. Ejemplos de ello son el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) encargado de la aplicación de las normas de libre competencia, competencia desleal, publicidad, protección al consumidor, reglamentos técnicos, eliminación de barreras burocráticas y paraarancelarias, dumping y subsidios y el sistema concursal, así como las normas de propiedad intelectual en todas sus formas; el Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones (Osiptel), encargado de la regulación de las telecomunicaciones; el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (Osiner), encargado de la supervisión de los sectores de energía eléctrica e hidrocarburos; la Superintendencia Nacional de Servicios de Agua y Saneamientos (Sunass), a cargo de la supervisión de los servicios de agua y saneamiento; el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transportes (Ositran), entre otros. Estos organismos (en especial Indecopi Osiptel y Ositran) utilizan herra-

mientas de análisis económico en sus decisiones e incluso constituyen tribunales y órganos de decisión legal de casos compuestos tanto por abogados como economistas.

La forma de decisión de casos recoge expresamente el análisis de externalidades, costos de transacción y otras herramientas conceptuales del AED. El uso de estas herramientas ha despertado incluso críticas al Indecopi, que ha sido considerado por algunos abogados como una institución “excesivamente economista” y demasiado orientado a usar argumentos supuestamente “extralegales”, calificados incluso en algunos casos como “neoliberales”.

El uso de estas herramientas se ha producido no sólo en áreas como libre competencia y dumping y subsidios, de obvio contenido económico, sino en otras áreas como protección al consumidor, competencia desleal, publicidad, acceso al mercado, derecho concursal e incluso en propiedad intelectual.

El uso del AED por Indecopi ha servido para establecer criterios dirigidos a crear incentivos adecuados para generación de información (corrigiendo asimetrías de información), establecer responsabilidad administrativa objetiva de las empresas a fin de crear incentivos adecuados a la toma de precauciones (utilizando la teoría de Calabresi del “*cheapest cost avoider*” como su sustento), utilizar la teoría económica de productos defectuosos para determinar estándares de idoneidad de productos, efectuar una evaluación de costo-beneficio de la acción estatal para la eliminación de barreras burocráticas, flexibilizar los criterios en publicidad comparativa para reducir costos de acceso al mercado, utilizar la teoría de los costos de transacción para favorecer acuerdos en Juntas de Acreedores de empresas en situación de insolvencia, realizar evalua-

<sup>13</sup> Artículo 26° BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos 283°, 668°, 757°, el Artículo 61° del decreto legislativo 776 y la Ley 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2°, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo. La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.

ciones económicas de las cargas probatorias, calcular las multas y sanciones eficientes, entre otros casos. Adicionalmente, el Indecopi efectúa periódicamente la publicación de los denominados “Documentos de Trabajo”, que suelen contener diagnósticos legales/económicos de diversos aspectos de su competencia en temas referidos al sistema concursal, protección a los consumidores, dumping y subsidios, discriminación en el consumo, mercado aéreo, entre otros.

Como se podrá apreciar, dichos documentos reflejan el uso de herramientas del AED y muestran no sólo posiciones académicas, sino enfoques dirigidos a utilizar el AED en mejorar la gestión pública.

La influencia, sin embargo, se ha extendido a los reguladores sectoriales (Osiptel en telecomunicaciones, Ositran en infraestructura de transporte, Sunass en agua y saneamiento y Osinerg en energía) así como en algunas áreas funcionales de Ministerios.

Si bien hay una disparidad notoria en el uso de herramientas de AED por parte de éstas y otras entidades, su influencia y presencia es cada vez mayor.

Otra institución pública que ha utilizado herramientas de AED es la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri). Esta entidad fue creada para formalizar y entregar títulos de propiedad en asentamientos informales a fin de incorporar estas tierras al mercado inmobiliario y al mercado de créditos.

Cofopri ha conseguido éxitos muy interesantes en su proceso de formalización, el mismo que se basa en gran parte en el diagnóstico y propuestas formuladas por el Instituto Libertad y Democracia a finales de los 80 y durante la década de los 90. Toda la base conceptual de Cofopri se sustenta en el teoría de derechos de propiedad desarrollada al interior del AED y ha constituido uno de los aportes más notorios de esta teoría a la gestión pública. A la fecha, Cofopri ha entregado alrededor de un millón de títulos de propiedad debidamente registrados, incorporando un importante activo al sistema económico.

Este proceso de dinamización de la gestión de la administración pública se ha visto favorecida por la incorporación como funcionarios públicos de diversos abogados que han seguido estudios de postgrado en los Estados Unidos en materias vinculadas al AED, en especial en Indecopi y Cofopri.

### 3.3.2. Poder Legislativo

El cambio más significativo a este nivel fue la incorporación en el Reglamento del Congreso de la República, a propuesta del Congresista Arturo Salazar Larraín, de un artículo que establece como requisito de admisibilidad de un proyecto de ley que el mismo venga acompañado de un análisis costo—beneficio que determine el impacto económico de la ley<sup>14</sup>.

Lamentablemente, la falta de precisión de la norma condujo a que dicho análisis se efectúe sin parámetros definidos, cumpliéndose con el requisito legal adjuntando simplemente un breve texto que, con variantes, dice básicamente: “El presente proyecto no irrogará gastos al Estado y generará evidentes beneficios a la población”.

La superficialidad del análisis condujo a que en el año 1998, con la colaboración de la USAID, el Instituto Apoyo publicara el trabajo de Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García titulado “Análisis Costo Beneficio de las Normas”, que buscaba precisamente dar herramientas adecuadas a los congresistas para cumplir con el requisito legal de análisis costo-beneficio de una mejor manera.

En el proceso de reforma las leyes más importantes y en las que mejor se usó el AED, fueron aprobadas mediante delegación de facultades al Poder Ejecutivo.

A pesar de ello, algunas leyes fueron elaboradas en el Congreso mediante la contratación de consultores que utilizaron el AED como herramienta, lo que se refleja tanto en el texto de las leyes como en las exposiciones de motivos de las mismas.

Por ejemplo, la Ley General de Tránsito y Transporte, Ley 27181, recogió un cuidadosa análisis de las externalidades generadas y la forma de corregir sus efectos en el tránsito y el transporte, lo que se refleja en las regulaciones aprobadas y en la exposición de motivos de la norma.

Otro ejemplo interesante es el proceso de aprobación del nuevo Código Civil. Existe una Comisión Reformadora del Código Civil nombrada por el Congreso de la República y que viene trabajando un nuevo proyecto. En especial en el tema de Derechos Reales la subcomisión a cargo de ese libro viene utilizando herramientas de AED para determinar el

<sup>14</sup> Reglamento del Congreso (REG. 30-5-98).

impacto que tendría la definición de derechos reales, en especial la propiedad y el sistema de garantías, en la actividad económica. El resultado viene siendo un cambio de la clasificación de los bienes a fin de favorecer la publicidad de la titularidad, la reducción de costos de transacción en el sistema de garantías reales y la aparición de un sistema de transferencia de propiedad mucho más moderno y seguro que abandona el sistema consensual francés y se orienta a reforzar el sistema registral.

A pesar de ello, aún hay muchos espacios en los que el AED puede aportar herramientas que mejoren los procesos de diseño, preparación y aprobación de nueva legislación. Sin duda se han dado pasos importantes, pero aún queda mucho por hacer.

### 3.3.2. Poder Judicial

Lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula. Si bien se han incorporado algunas clases y lecturas en la Academia de la Magistratura, a cargo de la capacitación de los magistrados, el uso de herramientas de AED en las sentencias es casi inexistente.

Los jueces se muestran suspicaces para aplicar estas herramientas y prefieren usar categorías más formales y tradicionales, más cercanas a la “esquizofrénica jurisprudencia de conceptos”.

Existe una visión judicial muy centrada en la idea “lo que no está en el expediente no es de este mundo”, lo que hace perder de perspectiva, al momento de resolver casos, los efectos e impactos económicos de las decisiones judiciales, en especial su efecto en inversión y en reducción de costos de transacción.

### 3.4. El Balance

El AED ha tenido un avance importante e interesante en el Perú en todos los campos y sin duda su influencia continuará profundizándose en los años siguientes. Como dijimos, se puede discrepar de él, pero no se puede negar su existencia. Creo, además, que su presencia ha sido positiva, al haber enriquecido el análisis legal con nuevas perspectivas. Quizás el punto más importante de este enriquecimiento sea precisamente el haber contribuido a mediatizar los efectos de la “jurisprudencia de conceptos”, rompiendo los llamados “razonamientos circulares”. Recordemos la cita de Moliere de que el opio hace dormir porque contiene un principio somnífero y el comentario de Cohen de que ello no añade nada a nuestro conocimiento salvo que “principio somnífero” sea

definido física o químicamente. Bajo esa perspectiva, el AED ayuda a que la definición no contenga el término definido al abrirnos la perspectiva del uso de definiciones reales para dar contenido a los razonamientos jurídicos. La propiedad es algo más que una entequeia conceptual. Es una institución que desarrolla una función económica y social. Y sin definición económica y social la propiedad carece de contenido real.

Por ello la llegada del AED debe ser vista con optimismo y como una buena noticia. Tener otras perspectivas para ver lo mismo es una forma de ampliar nuestro conocimiento y la posibilidad de usarlo.

Pero sin duda ha traído preocupación y esas reacciones que hemos llamado “esquizofrénicas”. En el punto siguiente analizaremos algunas de ellas para ver por qué la crítica se parece más a una alucinación que a un argumento.

## 4. LOS TIPOS DE ESQUIZOFRENIA

Como en la autentica esquizofrenia, los “jurídicamente esquizofrénicos” no pertenecen a una sola categoría. Los hay de diferentes tipos y experimentan síntomas distintos.

La mayoría parte de una o más “alucinaciones”. Por un lado, suelen ver en el AED algo que el AED no es. A partir de allí, tejen toda una historia sobre los riesgos, peligros o problemas que consideran el AED tiene. Por otra parte, suelen asumir una visión incompleta o, en el mejor de los casos extraña, de lo que es el Derecho en sí mismo. La más común de estas alucinaciones es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real, tienen “naturaleza”, y su rol de abogados es ser “científicos” entrenados en el difícil arte de descubrir sus misterios.

Los distintos tipos de esquizofrenia pueden también ser objeto de clasificaciones. Algunos “esquizofrénicos” reaccionan agresivamente y de manera vehemente, usando fuertes calificativos contra el AED. Otros, en cambio, reaccionan con calma, casi con desinterés, como si la cosa no fuera con ellos, usando frases como: “Es otra locura a la que no hay que prestar mayor atención. Ya pasará la moda”.

En el medio, los puntos son infinitos. Pero lo que es común en estos casos y que diferencia la esquizofrenia de las críticas serias al AED, es el nivel de conocimiento y comprensión que se tiene de esta forma de razonamiento.

A continuación, vamos a “diagnosticar” algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas en esta última década en el Perú.

#### 4.1. “La Invasión Gringa”

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El argumento que se arma es relativamente simple, al menos en su base.

El mundo esta dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, más precisamente el “*common law*”. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la jurisprudencia es la fuente del Derecho por excelencia y la ley es sólo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas (que llega a generar “esquizofrénicos peligrosos”) se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la vida social. Con ello han creado una suerte de “doctrina trasnacional” diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita: “Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinestrosa, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad Latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código Civil. Dijo el egregio autor colombiano ‘no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque si no puede llegar el momento en que las reglas vengan impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito”<sup>15</sup>.

Estas reacciones me recuerdan a las de John Nash en la película “Una Mente Brillante”, cuando ve en todo, hasta en las publicaciones más inofensivas, actos del espionaje ruso dirigidos a atentar contra su país. Sólo que en este caso las alusiones hacen ver “espías norteamericanos”.

Existe incluso una versión más curiosa, en la que no sólo se le acusa de imperialismo, sino de “imperialismo pirata” o simple copia de lo que algún europeo ya había descubierto antes. Así, según esta posición, los norteamericanos han copiado algo que se llama “método estímulo respuesta” y han ocultado su copia bajo el nombre de AED para ocultar su acto de piratería. Así como en las películas de espías estos se roban los planos de las armas para usarlas contra los países que las inventaron, los anglosajones han hecho lo mismo y nos están dando una “sopa de nuestra propia medicina”.

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita: “Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación jurídica “estímulo-respuesta” han sido los juristas alemanes Ihering y Heck, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por Juristas hispanos: manuel García-Amigo, Luis Recasens Siches y Jaime Guasp. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido, copiado y rebautizado por los anglosajones como “Análisis Funcional”. dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de “*Law and Economics*” en el que se exagera el aspecto económico de la realidad social”.<sup>16</sup>

La cita es curiosa porque, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuáles son sus aportes. Desconozco a qué se refieren con el llamado “método estímulo-respuesta: nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero sí queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios premios Nobel de Economía (Coase, Becker, Buchanan, Stiglitz, entre otros) y dudo mucho que los autores de un acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón atribuible a los juristas alemanes. En todo caso, lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimeinto que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento económico.

<sup>15</sup> PALACIOS, Eric. “La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos”. Lima, Tesis para optar por el título de Abogado, 1995.

<sup>16</sup> TORRES MÉNDEZ, Miguel. Estudios sobre el Contrato de Compraventa. Lima, Grijley, 1993.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: “*Green go home*” (“Verdes, váyanse a casa”, en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra “gringo”. Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del “*common law*” y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados peruanos tenemos de las teorías de Santo Tomás de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomás. Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED está lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con como se concibió el “*common law*”, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzaran a formar las bases del AED en la década de los 60’s.

Es más, si alguien quisiera trasladar el pensamiento jurídico anglosajón a otro país, usar el AED para lograr ese objetivo es una muy mala idea. Y es que el AED no tiene nada que ver, al menos en su estructura, con el sistema de precedentes jurisprudenciales. Es como pretender que porque Kelsen era austriaco, el positivismo fue diseñado como un mecanismo para imponer el derecho austriaco en el mundo.

Así, que haya sido en los Estados Unidos donde se desarrolló esta línea de pensamiento sólo ha implicado que los ejemplos más comunes citados en los libros de texto de AED se refieran a jurisprudencia o normas norteamericanas. Pero las herramientas conceptuales pueden ser usadas, sin perder en nada su capacidad analítica, a cualquier otra forma de sistema jurídico.

No olvidemos que el AED es antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular, y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de “*common law*” sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

#### 4.2. “La Invasión Neoliberal”

En esta versión de la esquizofrenia los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores “neoliberales” que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de “cofradía” o “hermandad” ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

Pero si recordamos que, a fin de cuentas, el AED no es otra cosa que la aplicación del método económico al Derecho, veremos cuán absurdo es el planteamiento esbozado. Existen economistas para todos los gustos. Los hay ortodoxos y heterodoxos, liberales y marxistas, keynesianos y austriacos. Y de la misma manera hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas. Así, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED y en particular en el Perú, como Guido Calabresi, que son considerados bastante alejados de las llamadas “tesis neoliberales”. Calabresi es considerado un académico de centro izquierda en su país y sin duda que lo califiquen como un “neoliberal” es algo que él no entendería.

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa, puede ser utilizada para generar marcos regulatorios bastante intervencionistas, justificando la intervención del Estado en la actividad económica (sino basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED. Así, el AED, como la economía misma, se han utilizado tanto para



sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, en la experiencia histórica peruana, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos peruanos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término “neoliberal” tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como “neoliberal”. Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de “rebautizo” del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de “neonazis”, es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis, la “alucinación” de la “invasión neoliberal” no es sino una confusión de la herramienta con la ideología o percepción del mundo que puede estar detrás para dirigirla. Y, al hacerlo, se pierde la oportunidad de usar una herramienta que es útil.

#### 4.3. “Van a Extinguir los Unicornios”

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba animales especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

De pronto, un día, la gente dejó de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existía sólo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en que sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia cómo se concibió, cómo se

reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana<sup>17</sup>.

A veces entendemos el Derecho como un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal<sup>18</sup>. Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos creen que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas “los extingan” y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de “pájaros Dodos prehistóricos”.

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como “va contra todo lo establecido”, “atenta contra toda nuestra tradición jurídica”, “pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas”, entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo, cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Sólo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica

<sup>17</sup> CAMPOS, Paul. “Jurismania. The Madness of American Law”. Oxford University Press, 1998. pp. 104-107.

<sup>18</sup> Ibidem.

en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser “matados” en el sentido que se percibe en este tipo de esquizofrenia), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos “unicornios jurídicos” no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho al hombre y a las soluciones que esos hombre necesitan.

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se le ocurrió la idea de que los unicornios eran sólo creación del hombre y que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esos esquizofrénicos no le temen al AED, le temen a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

#### 4.4. “Todo es Irreal”

Casi todas las esquizofrenias tienen en común considerar al AED como irreal. Señalan que su afán por simplificar la realidad lo aleja de ser una herramienta útil. La crítica central bajo esta perspectiva es que el uso de modelos es la debilidad principal del AED frente a las visiones más dogmáticas.

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Sólo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa de un modelo.

En este tipo de esquizofrenia se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el “efecto bumerang” de la crítica.

El “paraíso de conceptos” también se basa en “modelaje”. Los conceptos jurídicos, en su supuesta pureza conceptual, son simplificaciones, aunque no me atrevería siquiera a llamarlas “simplificaciones de la realidad”.

Así lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al Derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema,

para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el por qué del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero es esa precisamente su ventaja. Los modelos no se construyen para pretender que ellos reemplacen a la realidad. Los modelos se construyen para explicar un aspecto de esa realidad.

Cuando un arquitecto hace una maqueta de una casa no pretende decir que dicha maqueta es la realidad, y quien critique la maqueta por ser muy pequeña o estar hecha de cartón y no de cemento como la casa real que se quiere construir, está perdiendo el punto central. Precisamente se simplifica el tamaño y los materiales para explicar sólo un aspecto: la distribución y perspectiva de la casa. Permite visualizarla, siempre que se sea conciente de que no se hace la maqueta para vivir en ella.

La crítica así formulada cae por su propio peso, y sólo muestra la desesperación por cuestionar algo sin darse cuenta que lo mismo se puede decir de la propia concepción conceptual del Derecho, con el agravante de que en ella no se considera siquiera cuáles son las variables relevantes.

Todo modelo se basa en ciertos presupuestos cuyo valor no está en su realismo, sino en su capacidad explicativa. Uno de los más criticados es el que los seres humanos actúan racionalmente para maximizar beneficios. Se contesta que el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Pero ello es como criticar la maqueta por que la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, sí es posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente. Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumiéramos que los individuos son irracionales, entonces estos se comportan “random”, es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa a la pregunta. Nada

explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales actúan “random”, entonces los proveedores no se preocupan en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que sí analiza esos aspectos, sí se podrá mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios. Dado que hay un grupo de racionales (a los que vamos llamar “searchers” o “buscadores”) los competidores buscaran capturar sus preferencias. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar “searchers” de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales. Basta pensar en una tienda de abarrotes, en la que una vez colocado el producto en el escaparate no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de que un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

Si eso es así, el modelo de consumidores racionales tiene capacidad explicativa así se demostrara que la mayoría de los consumidores no son racionales (que como dijimos es algo de por sí cuestionable). Y la observación empírica muestra que el modelo funciona. La premisa de que a mayores precios la cantidad demandada cae se basa en la idea de racionalidad individual y es consistente con el modelo explicado. La gente trata de gastar menos y trata de obtener lo más posible al menor costo posible. Si todos tratan de hacer ello, es irrelevante si es que la acción de un grupo reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se

critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

La “trampa” en los modelos no está en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado concientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Pero cuando se quiere que modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino sólo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

#### 4.5. Los “Homicidas de la Justicia”

Finalmente, y aunque consideramos que pueden aún hacerse más caracterizaciones de las esquizofrenias vinculadas al AED, trataremos una última referida a la idea de que esta tendencia del pensamiento se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al Derecho.

La crítica, además de su contenido esquizofrénico, lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina “eficiencia”.

No dudo que existen tendencias utilitaristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.<sup>19</sup>

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no sólo a que haya menos riqueza, sino

<sup>19</sup> CALABRESI, Guido. Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto? En: *Ius et Veritas*. No. 4, 1992, p. 90.

a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el tema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar que una norma que protege al deudor y que se considera justa, puede reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

En esa línea, poner las decisiones aparentemente justas en el contexto de la escasez que nos presenta el mundo real, es asumir la justicia con responsabilidad. Si finalmente se opta por la decisión considerada justa a pesar que se piensa que es ineficiente, se tomará una decisión informada y, por tanto, responsable. En cambio, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos está en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

## 5. CONCLUSIÓN

Como en la física, la Ley de la Inercia este presente en la vida del Derecho. Cambiar el *status quo* implica enfrentar la energía estática y se requiere una fuerza dinámica mayor para impulsar el cambio. La resistencia al cambio toma muchas formas. Y así, nada llamado a tener un impacto está libre de controversia. En ocasiones esa resistencia es el ejercicio legítimo de quienes creen en lo que existe luego de haber comprendido lo nuevo. Pero en ocasiones la resistencia es consecuencia de una suerte de flojera intelectual que rechaza lo nuevo sólo por no darse el trabajo de comprenderlo y estudiarlo. Finalmente quedarse con lo existente termina siendo más cómodo y enfrentar el cambio implica un esfuerzo que no necesariamente se está dispuesto a emprender.

Pero rechazar lo nuevo sin conocerlo implica dar razones para rechazar lo que no se conoce. Y como no se conoce y algo hay que decir, se viven alucinaciones que explican lo inexplicable. En esas alucinaciones se recrea el AED para hacerlo parecer como algo que no es.

Pero esa esquizofrenia no es atribuible sólo al AED. En realidad, la locura no está tanto en la percepción de lo nuevo, sino en cómo se percibe lo antiguo, es decir cómo se percibe el Derecho desde la perspectiva tradicional. La verdadera locura está en la “jurisprudencia de conceptos”, en su irrealismo y en su incapacidad de renunciar a ser lo que es.

Alguna vez un médico formado en medicina oriental me comentó que toda enfermedad no era otra cosa que un desequilibrio entre lo que el cuerpo o la mente necesita y lo que tiene. Salud es entonces equilibrio, su ruptura es enfermedad. La esquizofrenia jurídica puede también ser calificada como una enfermedad de la vida social, aquella generada por un desequilibrio entre la dosis de realidad que la sociedad necesita del Derecho y la realidad que el Derecho, tal como lo hemos concebido, está en capacidad de darle. La cura a esta esquizofrenia no está en aceptar o no el AED. Está en aceptar que el Derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizás eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido: el ayudarnos a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados.

**E S T U D I O**  
**JAVIER DE BELAUNDE**  
**A B O G A D O S**

Javier de Belaunde L. de R.  
Ana María Arrarte Arisnabarreta  
Reynaldo Bustamante Alarcón  
Yvo Cuba Copello  
Michael Vidal Salazar  
Alfredo Villavicencio Ríos

Calle Miguel de Cervantes No. 280  
Lima 27 - PERÚ

Central: (51-1) 442-8896  
Fax : (51-1) 441-4741  
E-mail : [estudio@debelaunde-abogados.com](mailto:estudio@debelaunde-abogados.com)

# EL MOVIMIENTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DESDE BENTHAM HASTA BECKER

Richard A. Posner<sup>1</sup>

***“La oferta evoca a la demanda”. Partimos de una idea relativamente simple y a lo largo del trabajo nos desplazamos por la historia del análisis económico del derecho – cuyos orígenes relaciona Posner con el utilitarismo, las tempranas aplicaciones económicas de Bentham al análisis del crimen y, en alguna medida, con el realismo jurídico – para encontrar la relación existente entre ideas nacidas en el siglo XVIII y las modernas concepciones que dan sustento a lo que algunos han llamado la corriente más influyente del pensamiento legal contemporáneo.***

***El autor, quizá el más conspicuo representante del análisis económico del derecho, muestra cómo las líneas trazadas remotamente por Bentham – a quien se debe de alguna forma la idea de que todo comportamiento humano puede ser evaluado en términos de costo-beneficio – son retomadas aunque inadvertidamente por Gary Becker, para postular un programa de investigación que, casi cincuenta años después de su original formulación, todavía resulta vigente.***

***Como Posner destaca, el análisis jurídico se ha renovado gracias al enfoque económico del comportamiento humano en formas en las que no solemos reparar. Gracias a éste, hemos descubierto cómo los intereses protegidos por el derecho de autor, el derecho penal o el derecho laboral pueden ser repensados en términos sistémicos, con una coherencia que antes no podía siquiera avizorarse.***

El campo más interdisciplinario de los estudios jurídicos es el del análisis económico del derecho, o como comúnmente se le denomina, “*law and economics*”. El decano de la escuela de derecho de Yale, a pesar de ser un crítico del movimiento del análisis económico del derecho, lo describe como “una fuerza enorme y vigorosa en el pensamiento legal americano” y dice que éste “es y seguirá siendo la escuela jurisprudencial más influyente del país”<sup>2</sup>. Un examen extensivo del campo trasciende el alcance de este artículo; el cual, de todos modos, puede ser hallado en otra parte<sup>3</sup>. Lo que intentaré hacer, en cambio, es sentar las bases de una descripción concisa del campo, haciendo referencia a dos de sus más ilustres progenitores, Jeremy Bentham y (brevemente) Gary Becker; quienes, a pesar de encontrarse distanciados por casi dos siglos, comparten sin embargo la misma concepción sobre la amplitud del modelo económico aplicado al comportamiento humano. Otra de mis preocupaciones respecto de este artículo es el tema de la causalidad histórica; y permítanme comenzar allí.

Explicar la influencia de Bentham en el movimiento del análisis económico del derecho es difícil; a pesar de que ello concierna sólo a una pequeña porción de la vasta influencia ejercida por Bentham sobre el pensamiento y la práctica legal<sup>4</sup>. Es difícil porque la determinación de influencia es, en sí misma, difícil; especialmente cuando la brecha de tiempo es considerablemente grande. El movimiento del análisis eco-

<sup>1</sup> Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos. *Senior Lecturer*, University of Chicago Law School. Este artículo es una adaptación del primer capítulo de su libro “*Frontiers of Legal Theory*” (2001), cedido especialmente por el autor para esta edición. El artículo fue traducido conjuntamente por Agnes Arbaiza, miembro de THEMIS – Revista de Derecho, y por el doctor José Juan Haro Seijas, ex miembro del Comité Directivo de nuestra revista y Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Agradecemos al Dr. Haro por sus gestiones para la obtención de este artículo.

<sup>2</sup> Comentarios de Anthony T. Kronman en el *Second Driker Forum for Excellence in the Law*, 42 *Wayne Law Review* 115, 160 (1995).

<sup>3</sup> Véase Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*. (5 ed., 1998).

<sup>4</sup> De la que podemos ver, por ejemplo, *Jeremy Bentham and the Law: A Symposium* (George W. Keeton y Georg Schwarzenberger eds. 1948); Gray L. Dorsey, “The influence of Benthamism in Law Reform in England,” 13 *Louis University Law Journal* 11 (1968); Peter J. King, *Utilitarian Jurisprudence in America: The influence of Bentham and Austin on American Legal Thought in the Nineteenth Century*. caps. 2-5 (1986). He encontrado sólo un trabajo previo sobre la relación de Bentham con el movimiento del análisis económico del derecho: “*Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit: autour de Bentham et de Posner*,” 18 *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 1 (1987). p 1. Pero se trata básicamente de una comparación entre mis puntos de vista y los de Bentham, y no discute su influencia.

nómico del derecho, en cualquiera de sus formas actuales, se inicia en algún momento entre 1958 y 1973. La primera fecha es el año en que el *Journal of Law and Economics* fue publicado por primera vez, y la segunda fecha corresponde a la publicación de la primera edición de mi libro *Economic Analysis of Law*. Antes del lanzamiento del *Journal of Law and Economics*, no puede decirse que existía el movimiento del análisis económico del derecho; después de la publicación de mi libro, su existencia no puede negarse, aunque algunos la deploren. Si debiéramos escoger un año como inicio del movimiento, éste sería 1968; tal vez por una razón que resulta estar ligada, aunque vagamente, a Bentham. Y eso que, para 1968, Bentham llevaba ya 136 años de fallecido.

Tendré que distinguir entre dos significados de “influencia”. El primero, al cual denominaré “inspiración”, se refiere a la situación en que (si hablamos de la inspiración que causan las ideas de una persona), la idea sostenida por una persona, llamémosla A, es tomada de A por B, y utilizada por B. Lo importante es que B efectivamente obtenga la idea de A, en vez de descubrirla independientemente o de tomarla prestada de alguien cuya cadena de títulos no se remonte a A. El segundo sentido de “influencia”, al cual denominaré “causa”, (aunque “condición necesaria” pueda ser más preciso) es más cercano al uso que la palabra “causa” tiene en el lenguaje ordinario y se refiere a la situación en la que B no hubiera utilizado la idea si A nunca la hubiera sostenido. B podría haberse inspirado en A en el sentido de haber obtenido una idea de éste y, aún así, podría ocurrir que si A nunca hubiera vivido, B hubiera obtenido la misma idea de algún otro, quien la hubiera descubierto o inventado aun en el caso de que A nunca hubiera existido – me refiero a haberla descubierto después, pero antes del tiempo de B –. Cuanto más amplio sea el intervalo entre A y B, mayor es la probabilidad de que esto ocurra.

La inspiración es más fácil de determinar que la causalidad, porque no implica la especulación sobre hechos contradictorios. Usualmente, puede ser determinada a partir de documentos o declaraciones hechas por B o por personas relacionadas con éste, o por el tipo de evidencia implícita (una notable similitud que es inexplicable excepto en la hipótesis de imitación) utilizada en varios casos de propiedad intelectual para determinar si un trabajo más reciente ha copiado uno anterior.

La distinción entre inspiración y causalidad, que uno podría suponer fundamental para la profesión del historiador, es a menudo pasada por alto por los historiadores, como ocurre con el distinguido historiador William McNeil en el siguiente párrafo: si el ejército asirio hubiera conquistado Jerusalén en el 701 a.C. y deportado a sus habitantes, entonces “El judaísmo habría desaparecido de la faz de la tierra y sus dos religiones hijas, el Cristianismo y el Islam, no hubieran podido existir. En suma, nuestro mundo sería profundamente distinto, en formas que no nos imaginamos”<sup>5</sup>. El Judaísmo fue una inspiración para el Cristianismo y el Islam, en el sentido que luego ambas religiones se apoyaron en aquél; pero de ello no se sigue que si el Judaísmo hubiera desaparecido en el siglo octavo o incluso si jamás hubiera existido, el Cristianismo y el Islam – con la cercanía que reconocemos en estas religiones – no se hubieran podido originar o desarrollar esencialmente en la misma forma y en el tiempo en que lo hicieron; pues respondieron a fuerzas poderosas y, en la religión como en el mercado, la demanda tiende a evocar a la oferta.

Sería extremadamente difícil establecer una relación causal entre Bentham y un evento – el nacimiento del movimiento del análisis económico del derecho – que ocurrió casi un siglo y medio después de su muerte. Pero pienso que sí puede demostrarse que fue uno de sus inspiradores.

Que la economía tiene una relación con el derecho es conocido por lo menos desde la discusión Hobbesiana sobre la propiedad en el siglo XVII. Tanto David Hume como Adam Smith expusieron las funciones económicas del derecho<sup>6</sup>. Ya en 1930, diversos campos legales, mayormente el derecho de la competencia y la regulación de los servicios públicos, que tenían una relación explícita con la competencia y el monopolio, venían recibiendo la atención sostenida de los principales economistas ingleses y estadounidenses (la competencia y el monopolio han recibido la atención de economistas desde Adam Smith; de aquí la calificación de “sostenida”). Y, mirando hacia atrás, puede encontrarse literatura económica vinculada a otros campos del derecho, como el notable trabajo de Robert Hale sobre derecho contractual, que también data de los años treinta<sup>7</sup>. Pero aun después de que el *Journal of Law and Economics* comenzara a ser publicado en 1958, si hubiera podido definirse un “movimiento” del análisis económico del derecho, éste

<sup>5</sup> William H. Mc Neill, “The Greatest Might-Have-Been of All,”. *New York Review of Books*, Set. 23, 1999, p. 62.

<sup>6</sup> Como es enfatizado en Charles K. Rowley “Law-and-Economics from the Perspective of Economics”. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, pp. 474-476 (edición de Peter Newman, 1998).

<sup>7</sup> Véase Barbara Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement* (1998); Ian Ayres, “Discrediting the Free Market,” 66 *University of Chicago Law Review* 273 (1999).

habría sido asociado principalmente con el estudio de la competencia y el monopolio, a pesar de que para entonces ya se habían producido incursiones ocasionales en el ámbito tributario (Henry Simons) y corporativo (Henry Manne), o en patentes (Arnold Plant), y no obstante que si retrocediéramos al siglo XVIII, encontraríamos el largamente olvidado análisis utilitario – esencialmente económico – sobre el crimen y el castigo de Bentham, al cual me referiré con mayor detenimiento más adelante. No fue sino hasta 1961, en que el artículo de Ronald Coase sobre el costo social fue publicado<sup>8</sup>, más o menos en la misma época en que apareció el primer artículo sobre responsabilidad extracontractual de Guido Calabresi<sup>9</sup>, que pudo vislumbrarse una teoría sobre el análisis económico del derecho común<sup>10</sup>. Cuando en 1968 Gary Becker publicó su artículo sobre el crimen<sup>11</sup>, reviviendo y refinando a Bentham, empezó a parecer que quizás ningún campo del derecho podría evitar situarse bajo el lente de la economía con iluminadores resultados. Y, con seguridad, en el curso de algunos años habrían de aparecer trabajos sobre los aspectos económicos del derecho de contratos, el derecho procesal civil y procesal penal, la propiedad, la protección al consumidor y otras áreas nuevas para los economistas, hasta que la tosca silueta de un campo maduro fuera discernible. Luego, libros y artículos habrían de expandir el análisis económico del derecho hacia campos como el derecho laboral, el derecho marítimo, la propiedad intelectual, el derecho de familia, la emisión de leyes, el derecho ambiental, el derecho administrativo, el derecho internacional privado y el comportamiento judicial; y ésta es sólo una lista parcial. La expansión del ámbito de aplicación del análisis económico del derecho se facilitó por la expansión de la aplicación del modelo económico de la elección racional a comportamientos ajenos al mercado. Más tarde, la extensión y profundidad de la aproximación económica al derecho fue acrecentada por los desarrollos en la teoría de juegos, la teoría de las señales en el mercado y el análisis económico del comportamiento irracional (“economía del comportamiento” o “behavioral economics”).

El análisis económico del derecho tiene aspectos tanto positivos (esto es, descriptivos) como normativos. Trata de explicar y predecir el comportamiento de los participantes en el sistema legal, e inclusive la estructura doctrinaria, procesal e institucional del sistema. Pero además, trata de mejorar el derecho al señalar aquellos aspectos en que las leyes existentes o los proyectos de leyes generan consecuencias no deseadas o no propuestas y al formular reformas prácticas. No es meramente una “empresa en una torre de marfil”, al menos en los Estados Unidos, donde el movimiento del análisis económico del derecho ha influenciado reformas legales en campos como el derecho de la competencia, la regulación de los servicios públicos y de los *common carriers*<sup>12</sup>, la regulación ambiental, el cálculo de indemnizaciones en procesos de responsabilidad civil extracontractual por daños a las personas, la regulación de los mercados de valores, el diseño de los lineamientos federales para la emisión de sentencias, métodos para liquidar la sociedad conyugal y calcular pensiones compensatorias en casos de divorcio, y el derecho aplicable a las inversiones realizadas por fondos de pensiones y otros fiduciarios. El movimiento de desregulación en particular y el incremento de la aceptación de la ideología del libre mercado en general, deben algo al movimiento del análisis económico del derecho.

Aquellos que no son economistas tienden a asociar a la economía con el dinero, el capitalismo, el egoísmo, una concepción reducida e irreal de la motivación y el comportamiento humano, un formidable aparato matemático y una inclinación hacia conclusiones cínicas, pesimistas y conservadoras. La economía ganó el sobrenombre de “ciencia oscura” debido a la tesis de Thomas Malthus, para quien la hambruna, la guerra y la abstinencia sexual eran las únicas formas en que la población y el abastecimiento de alimentos podían ser equilibrados. La esencia de la economía no tiene nada que ver con estas cosas, sin embargo. La esencia es extremadamente simple, aunque la simpleza sea engañosa. Lo simple puede ser sutil, puede no ser intuitivo; su antítesis es “complicado”, no “difícil”.

<sup>8</sup> R.H. Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *Journal of Law and Economics* 1. (1960 [pero realmente publicado en 1961]).

<sup>9</sup> Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,” 70 *Yale Law Journal* 449 (1961).

<sup>10</sup> Nota de los traductores: El derecho común o “common law” es el área del derecho anglosajón que, a diferencia del llamado “derecho estatutario” o “derecho codificado”, se encuentra construida sobre la base de las reglas establecidas en precedentes jurisprudenciales.

<sup>11</sup> Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968). p 169, reimpresso en *The Essence of Becker* 463 (Ramon Febrero y Pedro Schwartz eds. 1995).

<sup>12</sup> Nota de los traductores: el término “common carrier” es un concepto legal con el que se describe a una empresa, típicamente a una prestadora de servicios públicos, sobre la que se impone la obligación de proveer obligatoriamente el servicio y a la que se prohíbe discriminar entre sus clientes o negarse injustificadamente a contratar. El término “common carrier” es normalmente usado para referirse a empresas dedicadas al transporte público o a las telecomunicaciones; “public utility” es el concepto que se emplea para hacer referencia al productor o proveedor de electricidad o gas, pero los regímenes regulatorios son usualmente similares. Véase Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 380 (5 ed., 1998).



La mayor parte del análisis económico consiste en trazar las consecuencias que se derivan de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales. En el caso de las actividades que interesan al derecho, estas personas pueden ser criminales o fiscales o partes en accidentes, contribuyentes o cobradores de impuestos, trabajadores en huelga o incluso estudiantes de derecho. Los estudiantes toman a las calificaciones como precios; por lo que, a menos que la administración universitaria intervenga, a veces los profesores impopulares –para poder mantener el número de estudiantes enrolados– compensarán la baja valoración que los alumnos asignan al curso mediante el otorgamiento de notas más altas; esto es, elevando el precio que todo profesor paga por sus alumnos.

He dicho que el trazado de consecuencias que hace el economista respecto de una práctica o una política es tanto sutil como simple; y he aquí un ejemplo<sup>13</sup>. Un “fideicomiso contra derrochadores”<sup>14</sup> es una forma común de fideicomiso que prohíbe que el fiduciario entregue el dinero o cualquier otro bien en fideicomiso a los acreedores de los fideicomisarios<sup>15</sup>. La ley reconoce tal restricción, no obstante que a muchos estudiosos del derecho les parezca un fraude a los acreedores; puesto que el fideicomisario –asumiendo que todos sus bienes se encuentran en fideicomiso– puede endeudarse cuanto quiera, gastar todo lo que se le preste y no quedar obligado por la ley a devolver lo prestado. Pero la economía sugiere una conclusión contraria: que, asumiendo que la estipulación que previene a los acreedores dirigirse contra el fideicomiso no se encuentra oculta, un fideicomiso contra derrochadores “limita” los préstamos que puede obtener el fideicomisario porque éste no puede ofrecer garantías al prestamista y, en consecuencia, no puede formular un compromiso de pago creíble. Desde aquí hay sólo un paso para observar cómo el aumento de los derechos de los deudores en las quiebras, lejos de ocasionar una avalancha de préstamos imprudentes, puede reducir el número de préstamos y aminorar la incidencia de la insolvencia, al inducir a los presta-

mistas a efectuar préstamos más pequeños a prestatarios riesgosos. De esta forma, los prestamistas pueden oponerse a normas que faciliten las solicitudes de quiebra, no porque teman que se incrementen los incumplimientos sino porque temen una reducción en el volumen de los préstamos (sólo imaginen cuán pocos préstamos habrían si los prestatarios no tuvieran la obligación de pagar). Nótese además cómo los acreedores son severamente lastimados tanto por la excesiva rigurosidad como por la excesiva indulgencia de las regulaciones sobre insolvencia: si los acreedores tuvieran la facultad, como ocurría en el derecho romano antiguo, de seccionar a los deudores insolventes en tantos pedazos como acreedores hubieran, el porcentaje de incumplimientos en los préstamos sería muy bajo pero la mayoría de gente tendría miedo de pedir un préstamo. Uno comprende, ahora, por qué los prestamistas informales<sup>16</sup> rompen las piernas de los incumplidores, pero no los matan.

La racionalidad implica la toma de decisiones y la gente tiene muchas veces que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre. Consideren la cuestión de cuánto cuidado debe tener una persona racional para evitar un accidente. El accidente se producirá con una probabilidad de “P” e impondrá un costo que denominaré “D”, por daños; mientras que eliminar la posibilidad de tal accidente impondría un costo, para el potencial causante del daño, que denominaré “C” (por carga). El costo de evitar el accidente será menor que el costo previsto para el accidente (o el beneficio de evitar el accidente) si C es menor que D descontado (multiplicado) por P, ó  $C < PD$ <sup>17</sup>. En este supuesto, si el potencial causante no toma precauciones (de pronto porque no considera que el costo de la víctima del accidente será un costo para él) y ocurre el accidente, será debidamente considerado en falta. Esta es la fórmula de la negligencia anunciada por el Juez Learned Hand en una opinión judicial de 1947<sup>18</sup>, pero que no fue reconocida como una fórmula “económica” de la culpa sino hasta muchos años más tarde. La fórmula es simple, pero su elaboración y aplicación en doctrinas específicas del derecho de la

<sup>13</sup> Basado en Posner, nota 3 *supra*, en 560-561, y Adam J. Hirsch, “Spendthrift Trust and Public Policy: Economic and Cognitive Perspectives,” 73 *Washington University Law Quarterly* 1 (1995).

<sup>14</sup> Nota de los traductores: El término “*Spendthrift trust*” – que hemos traducido como “fideicomiso contra derrochadores” – describe al trust o fideicomiso, creado típicamente mediante testamento y que niega al beneficiario (conocido en el Perú como fideicomisario) el derecho de disposición sobre los bienes afectados en fideicomiso (que en el derecho anglosajón se denominan “*corpus*”).

<sup>15</sup> Nota de los traductores: el término “fideicomisario” se utiliza en el Perú para referirse a los beneficiarios del fideicomiso y es en tal sentido que se utiliza en esta traducción. El término “fiduciario” refiere al administrador del fideicomiso, que en el derecho anglosajón se denomina “*trustee*”.

<sup>16</sup> Nota de los traductores: En el texto original “*loan sharks*”, término que literalmente podría traducirse como “tiburones de los préstamos” y que, como resulta evidente, tiene un contenido calificativo que no hemos podido mantener en la traducción.

<sup>17</sup> Me abstraigo de las complicaciones que pueden introducirse al asumir que el potencial causante de los daños o la víctima potencial es adversa al riesgo o proclive al riesgo, antes que neutral al riesgo.

<sup>18</sup> *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169. (2d Cir. 1947).

responsabilidad civil extracontractual ha generado una inmensa e iluminadora literatura. Hand no era un economista y él propuso la fórmula para decidir sobre un proceso judicial. Éste es un ejemplo del frecuente isomorfismo de las doctrinas jurídicas y los principios económicos: estos últimos pueden ser utilizados, la mayor de las veces, para esclarecer y refinar a aquéllas.

Adviértase que quien causa el daño puede ser negligente incluso si la probabilidad de que ocurra el accidente es escasa – porque C puede ser pequeño y D grande – o aun si el costo de evitar el accidente es muy elevado, ya que P y/o D pueden ser muy grandes. Nótese también que C puede significar no sólo el costo de tomar precauciones para el potencial causante del daño, sino también el costo de evitar o reducir el nivel de la actividad y realizar otras actividades, lo cual es otra manera de evitar los daños a terceros. Esto nos dará una clave del rol, o de uno de los roles, de la responsabilidad objetiva en el derecho. Si una persona mantiene a un tigre en el patio trasero de su casa para su defensa personal, y el tigre sale y le arranca la cabeza a un vecino, éste sería un caso de P elevado y D elevado, pero también de C elevado si la persona no hubiera podido tener más cuidado para evitar que el tigre salga. Sin embargo, C sería bajo si se le analizara como el costo de no tener un tigre o de sustituirlo por otro método de defensa personal; en definitiva, éste es un supuesto en que se impone la responsabilidad objetiva, de modo que se induzca a los potenciales causantes del daño a considerar realizar cambios en el carácter o el nivel de sus actividades.

He estado discutiendo sobre daños accidentales, pero la fórmula de Hand puede adaptarse cómodamente a cualquier tipo de daño, simplemente poniendo el signo menos delante de C. Esto moldea el supuesto en que, en vez de tener que invertir recursos para evitar una lesión (C positivo), el causante del daño invierte recursos para infligir lesiones, de modo tal que podría ahorrar recursos por la vía de no causar el daño (C negativo). Como PD debe ser siempre mayor que C negativo, es evidente que los daños deliberadamente causados, a diferencia de los daños accidentales, deben presumirse contrarios a derecho. Es un poco menos obvio que la sanción de los daños deliberados no pueda ser dejada enteramente al sistema de responsabilidad civil extracontractual. La persona que invierte recursos para infligir un daño muy probablemente proyecta obtener una ganancia sustancial, pe-

cuniaria o no pecuniaria, si obtiene éxito; también es probable que tome medidas para evitar ser detectado. Por tales razones, la sanción óptima para un daño deliberado muy probablemente sea más elevada que para un daño accidental. Por ejemplo, si el probable causante del daño proyecta una ganancia neta G, y una probabilidad de castigo  $P < 1$ , la sanción S debe fijarse en  $S = G/P$  de modo que se iguale al beneficio esperado de causar el daño y así se haga que infligir la sanción carezca de valor alguno para el causante. Muchos causantes de daños deliberados no pueden pagar la sanción óptima y por eso la sociedad tiene que recurrir a sanciones no pecuniarias en un esfuerzo de imponer al causante de los daños una desventaja igual o mayor que la ventaja esperada de infligir el daño. Más aun, muchos causantes de daños deliberados no tienen activos – tal vez sea por esto que se dedicaron al crimen para sostenerse – y así, a las víctimas de daños deliberados a menudo les faltará un incentivo para demandar por responsabilidad civil extracontractual. Por cualquiera de estas causas, en ambos casos la sociedad necesita que el derecho penal complemente a la responsabilidad civil extracontractual.

Déjenme ahora centrar mi atención en dos usos del análisis económico menos comunes que la explicación de la racionalidad económica de las regulaciones y prácticas. Ellos son simplificar el análisis jurídico, frecuentemente mediante la superación de los límites doctrinarios, y desafiar al abogado o al juez a defender sus valores. Nos hemos acercado a lo primero al relacionar al derecho penal con la responsabilidad civil extracontractual, asignándole a aquél un rol supletorio de éste; y al darnos cuenta cómo la teoría de la elección en condiciones de incertidumbre juega un papel decisivo en ambos análisis. La incertidumbre de que un criminal sea atrapado, como la incertidumbre de que un acto negligente genere un daño, es un determinante crítico de la sanción óptima.

El caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*<sup>19</sup> trataba sobre la legalidad, bajo el derecho antitrust<sup>20</sup>, de un contrato por el que un abastecedor de medicamentos patentados prohibió a sus distribuidores cobrar a sus clientes un precio menor por las medicinas al que él había sugerido; esta práctica es conocida como “*resale price maintenance*”. La Corte Suprema sostuvo que la práctica era ilegal, señalando que tenía el mismo efecto que si los distribuidores

<sup>19</sup> 220 U.S. 373 (1911).

<sup>20</sup> Nota de los traductores: El derecho antitrust estadounidense, cuya regulación federal se inició en el año 1901 con la aprobación del *Sherman Act* (o Ley Sherman), constituye el antecedente remoto de lo que en los países de tradición romano-germánica se conoce con mayor propiedad como Derecho de la Competencia.

hubieran concertado para fijar el precio al cual iban a vender los medicamentos de Dr. Miles; esto es, el mismo efecto que un cartel de distribuidores, que sería considerado una violación *per se* del derecho antitrust. Pero existe otro efecto, que la Corte pasó por alto. Los distribuidores que son incapaces de competir en precios pueden todavía ganar dinero si compiten en dimensiones distintas al precio, como por ejemplo teniendo más inventarios o contratando a vendedores mejor informados para atraer a los clientes. Si estos servicios son importantes para la estrategia de mercadotecnia del fabricante, éste puede utilizar un precio mínimo sugerido para inducir su prestación. Porque al establecer el precio mínimo de comercialización sobre los costos de venta del distribuidor, el fabricante estará dando a los distribuidores un incentivo para competir entre ellos (para obtener ventas adicionales) ofreciendo a los clientes mayores servicios. Esta competencia transformará las mayores ganancias que produce el precio mínimo sugerido en mayores servicios en el punto de ventas, que es lo que el fabricante quiere.

Un cartel de distribuidores podría tener también este efecto. Los miembros del cartel, cada uno de los cuales querría incrementar sus ventas al precio concertado (ya que este precio está por definición por encima del costo) tratarán de “quitar” clientes a sus competidores ofreciéndoles un mejor servicio. La diferencia está en que, en el supuesto del cartel, el distribuidor puede ofrecer “más” servicios de los que el cliente quiere; el cliente puede preferir un precio inferior con menos servicios. Si esto es en efecto lo que el cliente desea<sup>21</sup>, el fabricante no establecerá un precio mínimo de comercialización, puesto que si lo hiciera perdería negocios y ganancias frente a un competidor que no estableciera precios mínimos.

Puede parecer que mi siguiente ejemplo no guarda ninguna relación con el anterior. Los críticos de la desregulación de la actividad aerocomercial han señalado que el servicio de las aerolíneas es, en algunos aspectos, inferior en comparación a aquellos tiempos en que ésta era una actividad regulada. Los aviones están más llenos, hay menos espacio para las piernas, la comida es peor. Han desaparecido ya los *piano bares* de los 747 de American Airlines. Esto es lo que la economía predijo. La actividad aerocomercial regulada era un cartel impuesto por el gobierno. Los precios se mantenían elevados y, como resultado de ello, la competencia había sido encaminada hacia

aspectos no relacionados con los precios. Cuando la competencia entre las aerolíneas consumió por completo todas las ganancias del cartel – que se invertían en mejores servicios – la industria ya estaba madura para la desregulación.

Así vemos, y este es el punto de la discusión, que los precios mínimos sugeridos de las medicinas patentadas y la desregulación del transporte aerocomercial plantean el mismo problema económico, el de la relación entre la competencia basada en precios y la competencia basada en aspectos no relacionados con el precio, aunque una envuelva bienes y la otra servicios, un caso sea antiguo y el otro reciente, uno envuelva la interpretación judicial del derecho antitrust y el otro la reforma legislativa de la regulación sobre *common carriers*. Prácticas, instituciones, cuerpos de leyes totalmente desvinculados si se miran a través del lente del análisis legal ortodoxo, pueden tener relación con el mismo problema económico. Campos enteros del derecho son intercambiables cuando se les mira a través del lente de la economía.

Cuando yo era un estudiante de derecho, el derecho parecía un ensamblaje completamente desconectado de reglas, procedimientos e instituciones. La economía revela una estructura profunda del derecho que tiene considerable coherencia.

Consideren el famoso caso de responsabilidad civil extracontractual de *Eckert v Long Island R.R.*<sup>22</sup> Un hombre vio a un niño en los rieles de una vía ferroviaria. Un tren que era operado negligentemente (esto es crucial, como veremos en un momento) se dirigía hacia el niño. El hombre se lanzó hacia delante, levantó al niño y lo puso a salvo, pero murió en el intento. ¿Debe considerarse a la empresa ferroviaria responsable ante los herederos por su negligencia? ¿O debe considerarse que es el rescatador quien debe asumir el riesgo? Este es un tema de responsabilidad civil extracontractual, pero una manera útil de aproximarnos a él es en los términos de un contrato. Cuando los costos de negociar un contrato entre la empresa ferroviaria y los posibles rescatadores se aminoran, en vez de ser prohibitivos debido a que los rescatadores potenciales no están identificados, la empresa ferroviaria podría establecer un contrato mediante el cual el rescatador de la persona puesta en peligro por su negligencia sería indemnizado si muriera o se lesionara en el intento de rescatarla, con la condición de que su conducta sea razonable. La empresa ferroviaria

<sup>21</sup> Con mayor precisión, el cliente marginal; pero no profundizaré en tal refinamiento. Véase Posner, nota 3 *supra*, p. 321.

<sup>22</sup> 43 N.Y. 502 (1871).

sería responsable por daños extracontractuales frente a la víctima por su negligencia si la persona no fuese salvada y, de esa manera, un potencial rescatador concede una ventaja esperada a la empresa ferroviaria por la que ésta estaría feliz de pagar si es que el costo fuera menor que la ventaja esperada.

Es solamente una ventaja “esperada” por dos razones. El rescatador puede tener suficiente motivación altruista para intentar el rescate sin ninguna expectativa de recompensa y, aún así, podría fallar. En el caso de Eckert el rescatador fue exitoso. Supongamos que la vida del niño era tan valiosa como la vida del rescatador, digamos \$1 millón (en dólares actuales); supongamos además que el rescatador tenía un 10% de posibilidad de morir en el curso del rescate y el niño una posibilidad nula de sobrevivir si el rescate no fuera exitoso. Entonces, *ex ante* (esto es, antes de conocer el resultado del intento de rescate), la empresa ferroviaria hubiera estado ansiosa por firmar el contrato que he descrito. La ganancia neta esperada para ésta hubiese sido \$900,000, ya que en nueve de cada diez casos se ahorraría un millón de dólares completo, el monto de la indemnización que la Corte otorgó a los herederos de Eckert. Este es otro ejemplo de cómo la teoría de la elección en condiciones de incertidumbre permite y otorga unidad analítica a diversos temas jurídicos.

El recurso analítico de imaginar el resultado de una transacción sin costos es un legado del famoso artículo de Coase sobre el costo social. El análisis de Coase postula dos tareas estrechamente relacionadas para el derecho, cuando el derecho se concibe como un método para promover una eficiente asignación de los recursos: minimizar los costos de transacción, definiendo claramente los derechos sobre la propiedad y asignando éstos a las personas que probablemente los valoran más (de manera que se minimice la necesidad de recurrir a costosos contratos para modificar la asignación inicial del derecho); e intentar producir – cuando los costos de transacción son prohibitivos – la distribución de recursos que hubiese ocurrido si los costos de transacción fuesen cero, pues esta es la asignación eficiente. La distinción entre escenarios con costos de transacción altos y bajos ilustra la ruptura de las antiguas fronteras por el análisis económico del derecho y he aquí una ilustración más exótica: el uso de la “personalidad” como un principio económico organizador de un vasto campo de intereses del derecho. El *Webster’s Third New*

*International Dictionary* ofrece diversas definiciones de tal palabra. La personalidad es “la calidad o condición de ser una persona y no una abstracción”. Es “el hecho de ser una persona individual”. Es “la condición o el hecho de relacionarse con una persona particular”. Es “el complejo de características que distinguen a un individuo en particular, que lo individualizan o caracterizan en su relación con otros”. Es “la organización de características del trato, actitudes y hábitos que distinguen a los individuos”. Son “las características sociales de llamar la atención, inspirar admiración, respeto o influenciar, mediante la características personales”. De este modo, la personalidad significa individualidad humana y (como en la última definición) una lucha por el reconocimiento como individuo separado, distinto y admirado. Cuando la personalidad no es reconocida, estamos en el anonimato. El “autor”, concebido como un escritor que infunde su personalidad en su obra, debe ser entonces contrastado con el escritor fantasma<sup>23</sup>, que intenta (o intentó – pues la práctica está cambiando –) ocultar su personalidad.

El concepto de personalidad es central para el derecho de autor y para la variante de tal derecho, que viene asentándose recientemente en el derecho estadounidense, conocida con el nombre de “derecho moral”. Copiarse puede ser una forma de afectar o apropiarse personalidad; el plagio y la imitación se encuentran entre los conceptos que el derecho usa para establecer límites a las copias con el objeto de proteger la personalidad. La personalidad también juega un papel importante en el derecho de la propiedad industrial, una vez que entendemos que una compañía u otra institución pueden tener personalidad de la misma forma en que la tiene una persona natural. Un producto con marca tiene personalidad; la versión genérica del producto no. El concepto de personalidad también es clave para entender el derecho a la privacidad que describe nuestro derecho de responsabilidad civil extracontractual, en especial – aunque no únicamente – la rama de tal derecho que se conoce como “derecho de publicidad”; que comprende el derecho de una celebridad para controlar el uso de su nombre o imagen para fines publicitarios u otro tipo de propósitos comerciales. La personalidad figura, además, en disputas sobre la propiedad de obras de arte; en parte por los motivos para poseer obras de arte, y en parte por la importancia del origen para la valoración de una obra artística, donde el término “origen” usualmente significa la identidad del artista.

<sup>23</sup> Nota de los traductores: el término “escritor fantasma” – como hemos traducido la palabra inglesa *ghostwriter* – alude al escritor que redacta un discurso, libro o artículo para otro, que se reconoce nominalmente como su autor.

Con el paso de los siglos hemos observado un ascenso continuo en lo que, a no ser por su asociación infortunada con las antiguas naciones comunistas, uno podría llamar el “culto a la personalidad”. El anonimato de la autoría, no sólo de la autoría de libros sino también de aquélla que recae sobre artículos en revistas y en periódicos, o en la creación de obras de arte, ha declinado hasta el punto en que es común hoy en día que el nombre del escritor fantasma aparezca en la primera página bajo el nombre del autor (nominal) y que las notas y los comentarios de los estudiantes en las revistas de derecho lleven el nombre del estudiante (práctica desusada hace tres décadas), sin importar lo mucho que el trabajo pudiera haber sido editado. El movimiento en favor del autor ha buscado, con algún éxito, obtener que se reconozca al director de una película como su autor; mientras que al mismo tiempo - y sólo de una manera superficialmente inconsistente - el reconocimiento a las contribuciones efectuadas para la elaboración de un libro u otra producción creativa por los lectores de los borradores, por los editores, por los miembros de la familia e incluso por las secretarías y otro personal de apoyo se vuelve la norma y de hecho se convierte en mandatoria para cierto tipo de trabajos escritos. Ostensiblemente, los trabajos de investigación incluyen, cada vez con mayor frecuencia, pequeñas autobiografías del autor. Las marcas de producto son un desarrollo relativamente reciente. Todos estos desarrollos han sido paralelos a la expansión de los derechos jurídicos de la personalidad.

Este movimiento, un movimiento tanto en la práctica social como en el derecho (con el derecho presumiblemente reflejando y facilitando, al mismo tiempo, los cambios en la práctica) es lamentado por la izquierda como una manifestación de una ideología de “individualismo posesivo”, una ideología en la cual el éxito es visto como el resultado de una lucha individual, antes que del esfuerzo colectivo. Desde este punto de vista, el culto a la personalidad ha ido mano a mano con el culto al capitalismo. Este punto de vista tiene un elemento de verdad, pero es más iluminador y preciso relacionar el crecimiento del reconocimiento social y legal de la personalidad con los cambios en los costos y beneficios de la personalidad versus la producción anónima de productos, tangibles o intangibles. Tres cambios son centrales. El primero es en el tamaño del mercado. Cuanto más pequeño sea el mercado para algún producto, será

más fácil para los consumidores identificar al productor sin distintivo, ya sea que tal distintivo fuera una firma, en el caso de un libro o un trabajo artístico, o un logo para el caso de un producto o servicio menos “creativo”. Modernamente, los mercados grandes típicos son, según dice, “impersonales”. Su impersonalidad genera una demanda de personalización.

Un mercado puede ser tan pequeño que producir para éste puede no ser financiable por los consumidores; los productores pueden requerir de apoyo privado o subsidios públicos. Si los consumidores no pagan, estarán menos interesados en identificar al productor. Adicionalmente, cuanto más pequeño sea el mercado, menos importante será motivar a los proveedores permitiéndoles apropiarse una parte considerable del beneficio social que genera su trabajo. No obstante aquella broma de Samuel Johnson de que sólo los tontos no escriben por dinero, siempre ha habido gente talentosa que ha escrito, compuesto o pintado por la satisfacción personal que hacerlo les causa, en vez de hacerlo por el ingreso pecuniario. Si la demanda por un tipo de trabajo es pequeña, los esfuerzos de los productores automotivados pueden ser suficientes para satisfacerla.

El segundo cambio está relacionado con el primero, el tamaño del mercado: éste es el costo de información respecto de la calidad de los productos y los servicios. Este costo se ha ido incrementando para muchos productos debido al creciente número de productos y productores, el incremento en la variedad y complejidad de los productos y el incremento de la especialización; lo que reduce la cantidad de información que los consumidores tienen respecto de los productos que usan (los consumidores ya no fabrican sus propias herramientas). Cuanto más elevado sea el costo de la información, será más difícil evaluar un producto y, en consecuencia, será muy valioso saber quién lo produjo. Muchos productos, en otras palabras, son el día de hoy lo que los economistas denominan “mercancías de confianza”, productos que uno compra sobre la base de la fe que tiene en el productor antes que por el conocimiento directo del producto<sup>24</sup>.

La interacción entre el tamaño del mercado y el incremento del costo de la información relacionada al mercado, es ilustrada mediante la creciente importancia que los académicos modernos atribuyen a temas de prelación en el tiempo, originalidad, volumen de

<sup>24</sup> Aquí se presenta una analogía con el concepto aristotélico de “recurso ético”, con el cual se identifica al esfuerzo de un orador por persuadir a su audiencia de que él es honesto, está informado y es una persona digna de confianza. Este es un importante instrumento de la retórica, que Aristóteles identificó pertinentemente al razonar sobre temas que no pueden ser resueltos definitivamente recurriendo a la lógica o a la información. El convencimiento retórico, para Aristóteles, es una mercancía de confianza.

trabajos publicados, citas y otro tipo de reconocimientos en sus trabajos publicados y al plagio. Los mercados académicos modernos son vastos, de modo que los académicos no pueden crear fácilmente una reputación por vía oral; necesitan un sello visible de su personalidad.

No obstante que cuanto más grande sea el mercado y más elevado el costo de la información son mayores los beneficios de conceder reconocimiento legal a la personalidad del productor, los costos de tal reconocimiento no deben ser ignorados. Tienen mucho que ver con la naturaleza cooperativa de casi toda la producción, una característica que el énfasis romántico en el genio ha obscurecido y que es la tercera variable en el cultivo y reconocimiento de la personalidad sobre el que deseo hacer hincapié. La mayor parte de los trabajos creativos reposa fuertemente, aunque fuera en un grado que al propio autor le resulte difícil identificar, en trabajos previos. En la medida que la apropiación de un trabajo anterior se haga más onerosa por la necesidad de incurrir en costos para negociar con su creador porque éste ha recibido reconocimiento legal para sus derechos sobre el trabajo, más alto será el costo del trabajo creativo en el presente y en el futuro. Este es un ejemplo de colaboración entre generaciones, pero por supuesto que también hay mucha colaboración entre contemporáneos, como en la coautoría y en la creación de trabajos que involucran a varias artes, como la ópera y el cine. Aquí también el esfuerzo por otorgar protección legal a la personalidad de cada contribuyente podría generar costos de transacción formidables.

Existe una convergencia entre el análisis económico de la personalidad y la crítica radical hacia de la personalidad que pone énfasis en la característica estructural o construida, en vez de "natural", de la autoría<sup>25</sup>. Todo texto tiene un escritor; y por simplicidad, déjenos considerar sólo aquellos textos escritos por una sola persona. Es una cuestión aparte si la persona debe ser considerada como un "autor" y así obtener no sólo la protección legal del derecho de autor, sino también una reputación que incrementará (o disminuirá) su habilidad de vender futuros libros, que generará curiosidad sobre su vida o su línea de

pensamiento, que creará un mercado para su biografía. Igualmente, puede obtener autoridad interpretativa, la autoridad de determinar el significado de lo que él ha escrito. O por el contrario, él podría ser una construcción interpretativa de ese trabajo: todo lo que sabemos acerca de "Homero" es lo que podemos inferir del texto de "La Iliada" y "La Odisea".

Que un escritor sea considerado un autor depende de convenciones sociales y legales y no del hecho de que el escritor haya en efecto escrito el texto en cuestión. La sociedad podría estar más impresionada por la contribución que la imprenta, el ilustrador o la editorial hicieron al libro, que por la contribución del escritor. O tal vez podría considerar que el texto escrito es menos importante que las ideas a las que se hace referencia, las cuales podrían provenir de otra persona. Del mismo modo, la gente podría dejar de pensar que "Rembrandt" fue una manera útil de categorizar un conjunto de cuadros del siglo diecisiete. Y entonces, el precio de un Rembrandt no disminuiría si se descubriese que ha sido pintado por otra persona, ya que la pintura en sí misma no se alteraría por el descubrimiento. Que el precio sí disminuye, que un Rembrandt pierde valor dramáticamente cuando se descubre que ha sido pintado por otra persona, sugiere que los Rembrandts son bienes de confianza, tal vez porque no haya ningún forma "objetiva", ni algorítmica, para determinar la calidad de las obras de arte<sup>26</sup>. Y aquí nos tropezamos con una paradoja: la cultura y el reconocimiento de la personalidad están, sin lugar a dudas, relacionados con la moda y el comportamiento en masa. La incertidumbre de los estándares de calidad que nos conducen a basar nuestros juicios de valor en la personalidad de lo que llamamos un Rembrandt, en lugar de en la calidad intrínseca del cuadro, también nos conduce a tomar en cuenta la valuación que de esos cuadros hacen otros.

Este análisis nos puede ayudar a entender, no sólo la artificialidad de muchas de las distinciones de la doctrina legal, sino también la porosidad de las fronteras que separan al derecho de otras formas de control social. El derecho de autor, la propiedad industrial y el derecho de privacidad son formas de

<sup>25</sup> Véase Michael Foucault, "What is an author?," En: *Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism* 141 (Josué V. Harrari ed. 1979); *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* (Martha Woodmansee y Peter Jaszi eds. 1994). El concepto de "autor" no puede limitarse al escritor de un texto, sino que también puede incluir a un pintor, a un diseñador u otro trabajador "creativo", o para ese caso a un productor de bienes y servicios convencionales.

<sup>26</sup> Véase Holger Bonus y Dieter Ronte, "Credibility and Economic Value in the Visual Arts" (*Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeitrag Nr. 219*, 1995). El fenómeno no está limitado al mercado de arte. El descubrimiento de que una obra de Shakespeare fue realmente escrita por un contemporáneo desconocido, luego de una ráfaga inicial de curiosidad, llevaría a la reducción del número de puestas en escena y ventas de tal obra.

establecer un equilibrio entre los beneficios y los costos de reconocer la personalidad, pero también lo son los conceptos de originalidad y creatividad que dan forma al mercado del arte, así como las normas extralegales relacionadas al reconocimiento público de la influencia o de la colaboración.

Ahora déjenme poner un ejemplo de la utilidad de la economía para desafiar nuestros valores. Mi primer ejemplo es un breve artículo que pertenece al conocido teórico político de Harvard, Michael Sandel, que sorprendentemente une la aprobación a la venta de bebés con la condena a los contratos de maternidad subrogada<sup>27</sup>. Un doctor llamado Hicks, que practicaba la medicina en el Sur rural durante los años cincuenta y sesenta, tenía – según Sandel – un “negocio colateral secreto de venta de bebés”. También era un abortista, que a veces “convencía a mujeres jóvenes en busca de abortos de culminar el embarazo y así creaba la oferta que abastecía la demanda de sus clientes sin hijos”. Sandel considera que el “mercado negro de bebés” de aquel doctor tenía facciones redimibles, pero que la maternidad subrogada no. Él señala que, en comparación con “la empresa familiar (del Dr. Hicks), la subrogación comercial – una industria de \$40 millones – es un gran negocio”. Pero Sandel está comparando a un vendedor en un mercado con la totalidad del mercado y, más aún, a un vendedor en un mercado ilegal, donde los vendedores se ocultan a sí mismos, de la totalidad del mercado. Tomando en cuenta que hay más de un millón de abortos anuales, es manifiesta la posibilidad de que la “venta de bebés”, si fuera legalizada, eclipsaría a la subrogación comercial.

La principal distinción que Sandel hace entre la venta de bebés y la maternidad subrogada es que la subrogación, a diferencia de lo que hizo el Dr. Hicks, alienta la comercialización. “El mercado negro de bebés del Dr. Hicks respondió a un problema que surgió al margen de las consideraciones del mercado. Él no alentó a las madres solteras de los bebés que vendía a quedar embarazadas en un principio”. No tuvo que hacerlo. La demanda evoca a la oferta. Las mujeres que sabían que existía un mercado para sus bebés en el caso que ellas no quisieran conservarlos, empezarían a tener menos cuidados para evitar quedar embarazadas. Sin lugar a dudas, menos mujeres hubiesen sabido que existía este mercado si éste hubiera sido un mercado legal, en lugar de un mercado negro. ¡Pero, Sandel no nos dice que la práctica del Dr. Hicks estuviera redimida por su ilegalidad!

No digo que el análisis económico deba convencer a los opositores de la maternidad subrogada para levantar su oposición. No creo que la economía (ni ningún otro cuerpo de pensamientos, para este caso) pueda fundamentar un juicio moral<sup>28</sup>. Pero los opositores pueden sentirse presionados por mi análisis económico a reconsiderar su oposición. Es posible que estén de acuerdo con Sandel, en que lo que hizo el Dr. Hicks no era inmoral a pesar de ser ilegal, pero que estén de acuerdo conmigo en que Sandel cometió un error económico al pensar que lo que Hicks hacía era diferente a lo que hace la industria de la subrogación comercial y en sostener que existe una diferencia porque Hicks era una sola persona mientras que la industria de la subrogación comercial consiste en muchas personas.

He aquí un ejemplo más complejo de cómo el análisis económico puede motivar la reconsideración de compromisos éticos<sup>29</sup>. La ley federal de pensiones, ERISA (Ley de Seguridad de los Ingresos de los Trabajadores Retirados, por sus siglas en inglés), estipula que un empleador que establece un plan de pensiones con un beneficio definido está en la obligación de permitir que los derechos de tales trabajadores bajo tal plan se adquieran después de cinco años. El propósito de esta estipulación es corregir el abuso de establecer un plan al que no se podía tener derecho sino hasta el momento del retiro y luego despedir al empleado en el umbral de su jubilación.

El economista al cual se pidiera evaluar esta disposición de ERISA querría comenzar considerando en primer lugar cuán común sería este tipo de planes en ausencia de la ley y si prohibir este tipo de planes podría tener malos efectos, en particular sobre sus supuestos beneficiarios, los trabajadores. Antes de que la Ley fuera aprobada (en 1974), un trabajador que se retiraba antes de la edad de jubilación podría ciertamente haberse encontrado con un beneficio pensionario que valiera mucho menos que sus contribuciones y, de repente, sin valor alguno. De modo que tenía un gran incentivo para permanecer en la misma compañía hasta alcanzar la edad de jubilación. Y el empleador tenía el poder de expropiar el específico capital humano que los trabajadores hubieran desarrollado para la empresa – es decir, el potencial valor agregado que un trabajador tiene y que se encuentra ligado a su trabajo para una empresa

<sup>27</sup> Michael Sandel, “The Baby Bazaar,” *New Republic*, Oct. 20, 1997, p. 25.

<sup>28</sup> Este es un punto central en mi libro *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), del que mi discusión sobre las ideas de Sandel y Hicks ha sido tomada. Véase id. p. 87.

<sup>29</sup> La discusión que sigue está basada en Richard A. Posner, *Aging and Old Age* 299-305 (1995).

en particular, de modo tal que ganaría menos si trabajara para cualquier otra empresa—amenazándolos con despedirlos antes de que adquirieran sus derechos pensionarios en el caso que insistieran en pedir un salario conmensurable con lo que ellos valían para la compañía. Uno podría imaginar a un empleador reduciendo el sueldo de un trabajador hasta el punto en que su sueldo y el beneficio pensionario, considerados en conjunto, excedieran apretadamente el sueldo que podría obtener en su mejor alternativa laboral. Un año antes de que el trabajador se retirara y resultara elegible la pensión, su sueldo podría ser cero o incluso negativo: el trabajador podría estar dispuesto a pagar para que le dejen trabajar lo suficiente como para obtener su pensión.

Puede parecer que he planteado una convincente justificación para la provisión sobre adquisición del derecho de ERISA. No obstante, estudios empíricos han demostrado que las prácticas pensionarias de los empleadores eran raramente abusivas antes de ERISA y que la Ley fue principalmente motivada por los abusos asociados a los planes de pensiones diseñados para más de un empleador, que eran administrados por el sindicato de los camioneros y otros grupos sindicales. Las condiciones del retiro, incluyendo los derechos pensionarios, son un asunto de negociación contractual entre el empleador y el trabajador, no una imposición unilateral. Aún en el caso que un empleador en particular se negara a negociar por separado con cada uno de sus trabajadores y en su lugar ofreciera condiciones laborales sobre la base de “lo tomas o lo dejas”, la competencia entre los empleadores daría a los potenciales trabajadores la posibilidad de elegir entre diferentes paquetes de sueldos y beneficios. Los paquetes ofrecidos por algunos de los empleadores podrían poner énfasis en buenas pensiones de retiro u otro tipo de beneficios al costo de sueldos más bajos, mientras que los ofrecidos por otros empleadores podrían poner énfasis en sueldos elevados al costo de tener una pensión de retiro menor u otro beneficio menos generoso. Los empleadores tenderían a ser clasificados por los trabajadores de acuerdo con las preferencias individuales de cada trabajador respecto del riesgo y la distribución de su consumo a lo largo del ciclo de su vida.

En cuanto toca a los planes de adquisición diferida puede sostenerse que, al hacer que los beneficios pensionarios fueran contingentes a que el trabajador permaneciera en la compañía y se desempeñara satisfactoriamente, facilitaban que los empleadores recuperaran su inversión en el capital humano que sus trabajadores habían desarrollado específicamente para la empresa. Debería esperarse que tal circunstancia

condujera a mayores inversiones en capital humano y consecuentemente a mayores remuneraciones. La adquisición del derecho pensionario a la edad de jubilación también resolvía el problema del trabajador que, estando a punto de retirarse, ya no tenía incentivos para trabajar duro. Resolvió este problema—lo que los economistas denominan “el problema del período final”—no sólo con el castigo (la amenaza del despido antes de que los derechos pensionarios pudieran adquirirse) sino también con el premio, ya que los beneficios pensionarios son más apreciados que las remuneraciones por los trabajadores que se encuentran en sus últimos años de trabajo.

El incentivo que tenían los empleadores para abusar del poder que el diferimiento de los derechos pensionarios les confería sacándole la vuelta a la obligación no escrita de negociar de buena fe con sus trabajadores, era compensado con su preocupación por mantener una reputación de negociar de buena fe (si perdieran esto, tendrían que pagar a sus nuevos trabajadores sueldos más altos) y por el poder de negociación que la posesión de capital humano específicamente desarrollado para la empresa confiere a un trabajador (si éste renunciaba por cólera o por disgusto, o era despedido para eliminar sus beneficios pensionarios, la compañía tendría que invertir en entrenar un trabajador novato que lo remplace). De hecho, como he dicho, antes de ERISA los despidos oportunistas de trabajadores que estaban cubiertos por algún plan pensionario eran escasos; y la Ley no ha tenido un impacto detectable sobre los despidos de los trabajadores cubiertos por planes.

Pero al limitar el diferimiento de la adquisición de derechos pensionarios, la Ley ha tendido a reducir el control de los empleadores sobre sus trabajadores más veteranos. Se esperaría que tal pérdida de control produjera dos efectos negativos en los propios trabajadores. El primero sería llevar a los empleadores a invertir menos en el desarrollo de capital humano específicamente entrenado para la empresa, por lo que la productividad del empleado y consecuentemente su salario serán menores. Segundo, debido a que los empleadores tendrán una menor inversión en sus trabajadores que proteger y los trabajadores tendrán menos incentivos para trabajar bien (ya que no enfrentan la posibilidad de una pérdida sustancial de sus beneficios pensionarios si son despedidos), es predecible que los empleadores recurrirán con mayor frecuencia a una amenaza de despido implícita o explícita, de modo tal que se mantenga la disciplina. Y tercero, cualquier cosa, legal o de cualquier otro tipo, que incremente el costo de emplear a un trabajador, generará que los empleadores contraten a menos trabajadores o que les paguen sueldos menores, o ambos.



Aun si están de acuerdo con mi análisis económico, pueden sentir que – en el balance – es más importante que los trabajadores tengan derechos pensionarios seguros o una mayor autonomía respecto de sus empleadores. Pero, una vez más, estarán obligados a preguntarse si sus sentimientos son lo suficientemente fuertes como para dejar de lado el conocimiento sobre las consecuencias que hemos adquirido gracias al análisis económico, algunas adversos para los propios trabajadores, como menores sueldos o – aun, irónicamente – empleos menos seguros.

He dado dos ejemplos de lo que puede ser considerado el sesgo conservador de la economía, aunque un término más adecuado sería “libertario”, una preferencia por la regulación a través del mercado y otros ordenamientos privados antes que por la intervención gubernamental. Pero la economía aspira a ser neutral a los valores, y con algún éxito, puesto que hay un gran número de practicantes del análisis económico del derecho, como Guido Calabresi de Yale y ahora de la Corte Federal del Segundo Circuito, y John Donohue de Stanford. Así que déjenme dar un ejemplo de cómo la economía puede echar un balde agua fría sobre una política que los conservadores prefieren<sup>30</sup>. Consideren la existencia de normas que conceden poder al gobierno para que éste designe a la fachada de un edificio como un monumento nacional de tal forma que, luego de la designación, el propietario no puede alterar la fachada. Una alternativa a la designación sería que el gobierno adquiriera (posiblemente respaldado en la amenaza de un proceso expropiatorio sujeto al pago de una justa compensación) una servidumbre sobre la fachada. Esto es lo que prefieren la mayoría de los conservadores. Ellos creen que no se debería permitir que el gobierno obtenga cosas por nada y que en el proceso imponga fuertes costos a los propietarios. Y así, exigen que se conceda al principio de la justa compensación una aplicación más amplia. Tales conservadores estarían inclinados a argumentar que la leyes para la preservación de monumentos nacionales causan que el gobierno designe demasiados monumentos en comparación con un régimen en el que el gobierno debe pagar al dueño del monumento por la reducción en el valor de su propiedad que se produce como resultado de que no se le permita alterar su fachada.

Lo cierto es que no está claro que se designarán menos monumentos bajo un esquema de pagos. El sólo hecho de que no exista compensación alguna de conformidad con la típica norma de preservación de monumentos nacionales implica que los propietarios de tales monumentos resistirán la designación, quejándose ante sus congresistas, generando otras presiones sobre la autoridad encargada de la designación, contratando abogados que encuentren vías de escape a la norma, e incluso organizándose para cuestionar o repeler la legislación. La negativa de los contribuyentes a pagar los tributos necesarios para financiar un programa de compraventa de monumentos podría ser menor. Los impuestos y los programas de gasto estatal (como los subsidios agrícolas, por ejemplo) son casi siempre tan o más costosos desde un punto de vista social que los programas de regulación, ya que los costos se distribuyen de una manera tan leve sobre el público contribuyente que pocos contribuyentes se quejan.

Pero ¿podría ocurrir que el gobierno – porque no está sacando el dinero de su bolsillo – designe los monumentos “equivocados”; esto es, que afecte propiedad que valdría mucho más si pudiera ser alterada? Probablemente, pero probablemente no. Mientas más fuerte sea el valor alternativo de la propiedad, más fuerte será la resistencia a su designación como monumento. Lo que es cierto es que el método de la designación puede generar una reducción en la oferta de monumentos; los dueños de las construcciones podrían apresurarse a demoler las fachadas de monumentos potenciales anticipando una posible designación. Pero esta no es la naturaleza de la objeción que plantean los conservadores.

La falacia de su objeción, la objeción de que el gobierno debe ser tratado como cualquier otro comprador, es la presunción implícita de que el gobierno “es” un comprador ordinario y que por lo tanto responde a los incentivos financieros tal como los compradores privados lo harían. El gobierno no es un comprador ordinario y de hecho no tiene sentido hablar de “hacerle” pagar por las cosas que quiere así como al resto del mundo, cuando el gobierno “debe” recurrir a la coerción para obtener el dinero que usa para pagar por las cosas que quiere<sup>31</sup>. Para pagar una justa compensación por una expropiación o incluso para concertar una compra voluntaria como cual-

<sup>30</sup> La discusión que sigue está basada en Posner, nota 3 *supra*, pp. 66-67, y en Daniel Farber, “Economic Analysis and Just Compensation”, 12 *International Review of Law and Economics* 125, 131-132 (1992).

<sup>31</sup> Esto es verdad aun cuando el gobierno financie sus actividades con préstamos o emitiendo dinero, ya que puede hacer estas cosas sólo porque tiene potestad tributaria o, en el caso de la emisión de dinero, el poder de obligar a la gente a tratar el dinero que emite como un título legal. Sólo cuando el gobierno financia sus actividades mediante precios competitivos está comportándose como un participante del mercado privado.

quier particular (sin la amenaza implícita de recurrir a la expropiación si el vendedor se rehusa a vender), el gobierno debe, en primer lugar, tomar de los contribuyentes los fondos necesarios, sin ninguna compensación. El pago de justas compensaciones requiere un previo acto de expropiación.

Como estos ejemplos ilustran, el trabajo básico del economista es advertirnos de las consecuencias de políticas y prácticas actuales o futuras, que aquellos que no son economistas tienden a pasar por alto, consecuencias que de vez en cuando, aunque no siempre, son adversas o al menos costosas. Este uso de la economía debiera ser bienvenido por los abogados que consideren importante descubrir cuáles son las consecuencias de las doctrinas e instituciones legales, aun de aquellas doctrinas e instituciones que han logrado el *status* de vacas sagradas dentro de la profesión legal.

Habiendo esquematizado el movimiento del análisis económico del derecho, déjeme retornar al tema de la influencia de Bentham, comenzando por el aspecto de la inspiración. Aquí, la evidencia más clara parece ser el trabajo que Gary Becker realizó en 1968 sobre el crimen<sup>32</sup>, el cual terminó convirtiéndose en una fuente de la literatura económica sobre el crimen y su control. El artículo de Becker contiene diversas citas a la discusión sobre la economía del crimen y la pena contenida en el libro de Bentham *Introduction to Principles of Moral and Legislation* (1780, expandido en la edición de 1789)<sup>33</sup>. Bentham había establecido un número de importantes puntos económicos en su *Introduction*: una persona comete un crimen sólo si el placer que anticipa por el crimen sobrepasa el dolor anticipado o, en otras palabras, sólo si la ganancia excede al costo esperado. Para disuadir a alguien de cometer un crimen, en consecuencia, la pena debe imponer suficiente dolor para que, sumado a cualquier otro dolor proyectado por el criminal, sobrepase el placer que éste anticipa por el crimen; una pena superior a aquél no debe ser impuesta, debido a que el resultado sería crear dolor (para un criminal que ya no puede ser disuadido) sin compensarlo con placer (ganancias) para las víctimas potenciales del crimen<sup>34</sup>.

La tabla de penas debe ser calibrada de tal manera que si el criminal tuviera la opción de cometer varios crímenes, cometiera el menos grave; las multas son un método más eficiente de penalización que la prisión, porque confieren un beneficio así como imponen un detrimento; y, como vimos anteriormente, cuanto menos probabilidades haya de atrapar a un criminal, más fuerte deberá ser la pena, para mantener el costo esperado lo suficientemente alto como para disuadir a los criminales de cometer un crimen.

Estos puntos constituyen los elementos esenciales de la teoría económica sobre el crimen y la pena que Becker revive. Es cierto que Becker y sus sucesores agregaron muchas cosas más, pero el centro de la cuestión estaba claramente desarrollado en la *Introduction* de Bentham. De particular importancia para el desarrollo posterior del campo es la ingeniosa recomendación de Becker según la cual, dado que las multas son desde un punto de vista social una forma de sanción más barata que la prisión (por un motivo, ellas no reducen la producción del inculpado), en la pena “óptima” concurrirán una multa muy elevada con una probabilidad muy escasa de detectar el crimen, en la medida que crear una probabilidad alta requeriría un incremento de policías y fiscales, y ello resultaría costoso<sup>35</sup>. En la realidad, sin embargo, no observamos esta “óptima” combinación muy a menudo y el intento de responder a la pregunta de por qué ha llevado a los analistas económicos del derecho a explorar las circunstancias por las que se establecen límites al uso de multas y a la severidad de las penas en general, y a considerar las propiedades económicas de las soluciones alternativas (de segundo-mejor) al problema de la penalización que el sistema de justicia criminal ha establecido.

A pesar de que Bentham fuera un famoso economista y el carácter económico de su análisis sobre el crimen y la pena sea inequívoco pese a su vocabulario ligeramente arcaico; y, a pesar de que la teoría de Bentham ha influenciado el diseño del sistema criminal de justicia de Inglaterra y los Estados Unidos; no existe economista anterior a él –según lo que me ha sido posible determinar – que haya desarrollado una teoría económica sobre el

<sup>32</sup> Nota 11 *supra*.

<sup>33</sup> Becker también cita el tratado de criminología de Sutherland, el cual contiene unas cuantas referencias a Bentham, pero que da crédito a Beccaria por haber “realizado la aplicación principal de su doctrina [el utilitarismo] en la criminología”. Edwin H. Sutherland, *Principles of Criminology* 52 (5ta ed., revisada por Donald R. Cressey 1995).

<sup>34</sup> Bentham reconoció el placer de la venganza que el castigo puede producir, y pese a que pensó que normalmente sería menor que el dolor para la persona castigada, reconoció que en principio debería ser considerado al decidir sobre el nivel de pena maximizador de la utilidad.

<sup>35</sup> El costo esperado de la pena (es ignorando las actitudes hacia el riesgo) “pm”, donde “p” es la probabilidad de imponer la pena y “m” (por multa) es la severidad de la pena. Toda vez que “m” es un pago que transfiere riqueza del criminal al Estado, su costo social neto es muy bajo, quizá cercano a cero, y por eso un esquema de penas que combine una “m” muy alta con una “p” muy baja será probablemente más barato que uno con la combinación opuesta.

crimen y el control de crimen. Y Becker me ha dicho que cuando él empezó a pensar acerca de la economía del crimen no estaba al tanto de la discusión de Bentham sobre el particular. Él se percató de tal discusión mientras trabajaba en su artículo, pero no recuerda bien si algunas de las ideas que allí se plantean fueron sugeridas por la obra de Bentham, sin perjuicio de que algunas de sus citas de Bentham parecen indicar que sí<sup>36</sup>. De modo que esta resulta ser un base incierta para sostener que Bentham inspiró el análisis económico del derecho.

Lo que lo hace además una base más cuestionable para argumentar que Bentham fue una causa de tal análisis. Si Bentham no hubiese escrito nada acerca del crimen o, para tal caso, si jamás hubiese nacido, probablemente algún otro economista anterior a Becker hubiera inventado la teoría económica del crimen, esencialmente en la misma forma en que Bentham lo hizo. Después de todo, Bentham no fue el inventor del utilitarismo; y, en retrospectiva, al menos, el crimen parece ser un campo natural para la aplicación de ideas utilitarias. De hecho, el predecesor de Bentham, Beccaria, un utilitarista anterior, había analizado el crimen en términos utilitarios, aunque de manera mucho menos sistemática que Bentham.

Pero si una teoría económica del crimen estaba de alguna manera “en el aire” en los últimos años del siglo dieciocho, es extraño que hayan pasado casi dos siglos sin que otro economista retomara el trabajo. De manera que por lo menos existe la posibilidad de que si Bentham no hubiese vivido, la teoría económica del crimen hubiera tenido que esperar unos cuantos años más para convertirse en parte del análisis económico moderno. Pero se trata de una posibilidad pequeña, ya que la teoría económica del crimen desarrollada por Becker parece haber sido en su mayor parte un caso de descubrimiento independiente.

Bentham escribió sobre otras áreas del Derecho distintas al crimen, especialmente en materia probatoria, pero es sólo con respecto al derecho penal que formuló una teoría económica. Sospecho que esto fue porque estaba extremadamente interesado en asuntos de control social y político, y el derecho penal es una parte

importante de tal control. No creo que reparara en que la responsabilidad civil extracontractual, los contratos y el derecho de propiedad son también una parte importante del tejido social. Podría haberlo cegado su antipatía hacia el derecho común, que – según parece que pensaba él – no servía ninguna otra función que la de enriquecer a los abogados. Es curioso, sin embargo, que cuando él escribió, el derecho penal era en su mayor parte un cuerpo de derecho común. Oliver Wendell Holmes tuvo el mismo punto ciego – esto es, reconoció el papel regulatorio del derecho penal, pero no de la responsabilidad civil extracontractual – aunque en su caso tal cosa no se debiera a ninguna antipatía hacia el derecho común.

Pero debemos considerar si la teoría utilitaria de Bentham pudo haber influenciado el movimiento del análisis económico del derecho, más allá de cualquier aplicación específica del utilitarismo que él pudiera hacer al derecho. Esto requerirá que distingamos entre el utilitarismo como una descripción del comportamiento humano y el utilitarismo como una teoría ética. Las ideas utilitarias se remontan hasta Aristóteles y el utilitarismo como un principio ético fundamental fue claramente enunciado en el siglo dieciocho, antes de que Bentham escribiera, por Hutcheson, Beccaria, Helvetius, Priestley, Godwin, y otros – y, de hecho, por Beccaria virtualmente con las mismas palabras que Bentham – “la mayor felicidad de la mayoría (*“the greatest happiness of the greatest number”*)”<sup>37</sup>. Lo que distingue a Bentham es su tenacidad, casi vociferante, con la que insiste en la aplicación universal de los cálculos de utilidad a las decisiones humanas. Tal como lo señala en la primera página de su *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, “La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos maestros soberanos, el dolor y el placer (...) Ellos nos gobiernan en todo aquello que hagamos, todo lo que digamos, todo lo que pensamos”. Otro nombre para el dolor, como ya lo he dicho, es costo; y para placer, beneficio. De modo que Bentham está afirmando que toda la gente, todo el tiempo y en todas sus actividades, basan sus acciones (palabras y pensamientos) en un análisis de costo-beneficio. Bentham pasó gran parte de su vida reiterando, elaborando y respaldando con evidencias esta afirmación<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Véase *The Essence of Becker*, nota 11 *supra*, p. 511 nn. 40, 42, 46.

<sup>37</sup> Véase H.L. Hart, “Bentham and Beccaria”, en Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* 40 (1982). Beccaria, sin embargo, parece haber obtenido la frase de Hutcheson. J. B. Schneewind, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy* 420 (1998).

<sup>38</sup> Aun así, el argumento había sido un lugar común antes de que Bentham naciera:

Self-love and reason to one end aspire,  
Pain their aversion, Pleasure their desire.  
(El amor propio y la razón aspiran a un fin,  
El Dolor es su aversión, el Placer es su deseo.)

Alexander Pope, *An Essay on Man*, Epístola II, ll. 87-88 (1733). La originalidad de Bentham no reposa en el argumento en sí mismo, sino en la forma categórica e ingeniosa con que Bentham lo formuló.

Esta afirmación podría ser entendida como la base del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado. Una gran parte del análisis económico del derecho es una aplicación de tal análisis económico, porque el derecho es primordialmente una institución ajena al mercado y una que regula tanto conductas ajenas al mercado como conductas de mercado – el comportamiento de los criminales, de los fiscales, de las víctimas de accidentes, de las parejas que se divorcian, de aquellos que testan, de los creyentes en una religión, de los representantes políticos y así por el estilo, tanto como de los empresarios, los trabajadores y consumidores. Sin una teoría económica de los comportamientos ajenos al mercado, el alcance del análisis económico del derecho no sería mayor al que tenía en los años cincuenta, limitado a la regulación legal de los mercados explícitos. Podemos reconocer a Bentham como el inventor del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado.

Su descubrimiento permaneció inactivo por casi tanto tiempo como su teoría sobre el crimen y la pena. La explicación es una tarea para la ciencia de la sociología. Tiene que ver con las razones por las que los científicos se interesan en un tipo de problemas y no en otros y específicamente con las razones por las que los economistas del siglo diecinueve y también los economistas de la primera mitad del siglo veinte, no mostraron virtualmente ningún interés profesional por fenómenos sociales tales como el crimen, el litigio, la familia, la discriminación, los accidentes y las reglas de derecho. (Una excepción importante es el interés que A.C. Pigou y Frank Knight pusieron en las externalidades, de las que los accidentes a terceros son una forma, esbozada por Pigou). Tal vez sintieron que estaban demasiado ocupados tratando de entender la economía del mercado, o quizá pensaron que no contaban con los instrumentos adecuados y que les faltaba un sistema de medición comparable al dinero

para estudiar los fenómenos ajenos al mercado; incluso hay economistas que piensan esto hasta el día de hoy. De todas formas, hasta la disertación doctoral que en 1950 presentó Gary Becker sobre la discriminación racial<sup>39</sup>, el prometedor argumento de Bentham sobre la universalidad del modelo económico del comportamiento humano había sido largamente ignorado<sup>40</sup>.

Becker me dice que él no estaba siguiendo conscientemente los pasos de Bentham al insistir en la universalidad del modelo racional. Él identificaba a Bentham con la tesis normativa de que existe un deber moral de maximizar la mayor felicidad de la mayoría antes que con la tesis positiva de que las personas se comportan de manera que maximizan su propia utilidad. Para la época en que Becker escribió su artículo sobre el crimen, la maximización de la utilidad se había establecido mucho tiempo atrás como un principio fundamental de la Economía, y aunque sus orígenes en las ideas de Bentham habían sido largamente olvidados (probablemente porque no fueron útiles sino hasta unos cincuenta años después de la muerte de Bentham<sup>41</sup>), él merece el crédito por haber sido quien planteó la idea<sup>42</sup>.

Los economistas que entre Bentham y Becker afirmaron que la maximización de la utilidad era una característica universal de la psicología humana – de los que un ejemplo sobresaliente es Wicksteed – no citaron a Bentham al efectuar tal proposición<sup>43</sup> y, lo que es más importante, hicieron muy poco con su visión sobre la posibilidad de aplicar la economía a los comportamientos ajenos al mercado<sup>44</sup>. El manifiesto de Becker en defensa del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado sí menciona a Bentham, junto con Adam Smith y Karl Marx, como precursores<sup>45</sup>, pero critica a Bentham por haber sido primordialmente un reformador y por no haber desarrollado “una teoría del comportamiento humano real

<sup>39</sup> Publicada en 1957 con el título de *The Economics of Discrimination*. Una segunda edición fue publicada en 1971.

<sup>40</sup> Para un notorio ejemplo, véase T. W. Hutchinson, “Bentham as an Economist,” 66 *Economic Journal* 288 (1956), que ignora completamente, como obviamente ajena a la economía, la teoría de Bentham sobre el crimen y su creencia de que las personas son maximizadoras racionales en todas las áreas de su vida.

<sup>41</sup> George J. Stigler, “The Adoption of the Marginal Utility Theory,” in Stigler, *The Economist as Preacher, and Other Essays* 72, 76 (1982).

<sup>42</sup> Véase id. en 78.

<sup>43</sup> Véase Philip H. Wicksteed, *The Common Sense of Political Economy*, vol. 1, cap. 1 (Lionel Robbins ed. 1935) (publicado originalmente en 1910). Como Robbins lo puntualiza en su introducción, Wicksteed “insist[ía] en que no puede existir una división lógica entre las operaciones en el mercado y otras formas de comportamiento racional”. Id. p. xxii. Aun así Robbins no atribuye esta idea de Wicksteed a Bentham; ni tampoco cita a Bentham en el libro en que expuso una idea suya, igualmente amplia, sobre la concepción de la economía. Lord Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (3d ed. 1984). No se puede asignar mayor significación a la omisión en que incurrió Wicksteed al no citar a Bentham, ya que difícilmente citó a alguien, con excepción de Jevons una vez.

<sup>44</sup> No obstante que el capítulo 1 de *The Common Sense of Political Economy* contiene una larga discusión sobre la producción de la unidad familiar.

<sup>45</sup> Véase Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, cap. 1 (1976), reimpresso en *The Essence of Becker*, nota 11 *supra*, pp. 7-8, 15 n. 13. Él también cita la amplia definición de Robbins sobre la economía, id. p. 14 n. 3 (en donde cita *The Nature and Significance*

con algunas constataciones demostrables<sup>46</sup>. Y aquí encontramos otro motivo por el que las contribuciones de Bentham a la Economía podrían haber sido pasadas por alto. Él no tiene una clara identidad como economista; su importancia como filósofo<sup>47</sup>, reformador y polemista ha opacado su trabajo económico. Es verdad que Adam Smith fue también un filósofo famoso además de economista, pero Smith escribió un tratado sobre economía y Bentham no. En los hechos, Bentham casi escribió poco, o al menos publicó poco, que tuviera algún carácter sistemático.

Aun así, si la idea de la maximización de la utilidad como un elemento fundamental de la psique humana puede rastrearse hasta llegar a Bentham, entonces podría decirse que el análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado fue influenciado por Bentham. Y, vale la pena repetirlo, sin el análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado, el alcance del análisis económico del derecho se vería drásticamente reducido. Pero, una vez más, ésta es una influencia en razón de la inspiración. Es poco probable que si Bentham nunca hubiese vivido la maximización de la utilidad jamás hubiera sido descubierta o aplicada a los comportamientos ajenos al mercado, porque debe recordarse que estamos hablando de un lapso de casi dos siglos entre la *Introduction* y Becker y porque el concepto de utilidad y la filosofía del utilitarismo, ambos, son anteriores a Bentham.

Debemos rastrear todavía otras dos posibles rutas de influencia entre Bentham y el movimiento del análisis económico del derecho. La primera va por el lado de la economía del bienestar y la segunda por el lado del realismo jurídico. No es la idea de que las personas se comportan maximizando su utilidad, sino aquella por la que las personas y los gobiernos “deben” comportarse de tal manera – que la utilidad, agregada de alguna manera entre las personas (en ciertas versiones, incluso entre todos los seres vivientes) debe ser la guía de la moral y de las obligaciones legales – la que constituye base de la economía vista como una disciplina normativa. Bentham puede ser considerado, junto con Adam Smith, quien fue, de todos modos, más ambivalente respecto del significado ético de la economía, el fundador de la economía normativa. Esto es cierto, a pesar de que Pigou, uno de los

primeros y más influyentes economistas del bienestar, no citó a Bentham y usó el término “bienestar total” en lugar de utilidad<sup>48</sup>, aunque sí citó a Sidgwick<sup>49</sup>, cuyo utilitarismo puede, sin embargo, rastrearse hasta Bentham. Y porque el derecho es inveteradamente normativo – porque los profesores, jueces y operadores del derecho están todos en busca de argumentos para evaluar acciones y proponer reformas – el hecho de que la economía tenga una dimensión normativa fue de gran importancia en la recepción de la economía por el pensamiento legal. Pero, una vez más, mientras la influencia inspiracional de Bentham es innegable, la influencia causal es mucho menos clara. Si Bentham nunca hubiera vivido, es probable que una versión normativa de la economía orientada hacia la maximización de la utilidad de todas maneras hubiera emergido en el siglo y medio entre su muerte y el nacimiento del movimiento del análisis económico del derecho.

El realismo jurídico es una manifestación de una de las posiciones en un antiguo debate jurisprudencial que puede percibirse con claridad tan tempranamente como en el diálogo “Gorgias” de Platón, en el que Sócrates, actuando como un protorealista jurídico, equipara a los retóricos, a quienes hoy día llamaríamos abogados, con la forma más baja de sofismo y demagogia. Mucho más tarde, durante el reinado de Jacobo I en el siglo diecisiete, el debate sería retomado por Lord Justice Coke y el propio Jacobo, el primero enalteciendo “los artificios de la razón del derecho” o lo que hoy día llamaríamos razonamiento legal y Jacobo preguntándose porqué el derecho debería ser el refugio de una banda de obscurantistas a quienes gustaba discutir sobre cosas irrelevantes. Hacia el final del siglo dieciocho el debate fue resasumido por Blackstone, quien tomó el lugar de Coke, y Bentham, quien tomó el lugar de Jacobo. A pesar de que Blackstone no fue el desvergonzado apologeta deseoso de mantener el *status quo* profesional que Bentham describió en *A Fragment of Government* (1776), aquél sí elogió el derecho común y enfatizó la importancia de los derechos legales. Bentham, en contraste, pensaba que el derecho común era una confusión inútil, buena sólo para mantener los ingresos de los abogados y pensaba también que la discusión sobre los derechos no tenía sentido. Pero él no solamente dijo estas cosas; él trató de reconstruir el derecho, propo-

<sup>46</sup> Id. p. 8. Para una crítica similar a Bentham por haber enfatizado demasiado la reforma a expensas del análisis positivo, véase Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 33-41 (1981). Por mi parte, sin embargo, reconozco allí la deuda que el movimiento del análisis económico del derecho tiene con Bentham. Id. pp. 41-42.

<sup>47</sup> Véase Ross Harrison, *Bentham* (1983).

<sup>48</sup> A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* 12 (4ta. Ed. 1938).

<sup>49</sup> Id. pp. 18, 24.

niendo por ejemplo que el derecho común fuera remplazado por un código simple y fácil de entender, que pudiera dispensar de la necesidad de contar con abogados en la mayor parte de los casos. Él quería que el derecho se reconstruyera sobre una base científica moldeada por el fundamento de la “Felicidad Máxima” y que las tradiciones y los usos del derecho tradicional fueran desechados.

Él fue el gran desenmascarador del derecho y sus numerosos seguidores en Inglaterra y sus pocos pero todavía influyentes seguidores en los Estados Unidos<sup>50</sup>, incluyendo al redactor del primer código estadounidense de relevancia, David Dudley Field, quien elaboró un código de procedimientos para el Estado de Nueva York, mantuvieron encendida la flama benthamiana de la reforma legal. Sin el escepticismo benthamiano es difícil imaginar a Oliver Wendell Holmes escribiendo aquello que se convirtió en el manifiesto del realismo jurídico, su ensayo “*The Path of the Law*” de 1897. Y sin el involuntario patrocinio de Holmes es un poco difícil imaginar que el realismo jurídico obtuviera la preponderancia que tuvo sobre el pensamiento legal en los años 30, completado con un celo por la codificación que alcanzó su cenit con la elaboración del *Uniform Commercial Code*, que han adoptado todos los Estados en los Estados Unidos.

Una cuestión más difícil es determinar si Guido Calabresi se hubiera embarcado en su proyecto de repensar la responsabilidad civil extracontractual a la luz de la economía si no hubiera existido el realismo jurídico, ya que éste ha demostrado ser fundamental para el moderno análisis económico del derecho. Su primer artículo sobre la responsabilidad civil extracontractual, aunque no atribuye explícitamente el enfoque económico que adopta al realismo jurídico, contiene algunos rasgos de antecedentes realistas<sup>51</sup>. Calabresi es un producto de la Escuela de Derecho de Yale, el bastión del realismo jurídico y aun identificada con éste cuando él empezó a enseñar a finales de 1950, y su artículo – al igual que su trabajo posterior – parecería estar saturado del espíritu realista.

Pero soy escéptico (y mi escepticismo se ve reforzado por una conversación sobre el tema que sostuve con Calabresi). Porque el realismo jurídico había adoptado un enfoque anti-económico sobre la responsabilidad civil extracontractual. Holmes, sorprendentemente inconsciente del efecto disuasorio de la responsabi-

dad civil extracontractual, pensó que la única base adecuada para utilizar tal cuerpo del derecho para desplazar una pérdida de la víctima del accidente hacia el causante de los daños se producía si el causante de los daños era culpable y la víctima no<sup>52</sup>. Él no trató de imprimir un significado económico en el concepto de culpa (como Learned Hand haría luego, como hemos visto) sino que, en lugar de ello, usó el concepto de “culpabilidad” en un intuitivo sentido moral, y ridiculizó la idea de que una justificación alternativa para la responsabilidad civil extracontractual pudiera ser la de proporcionar una forma de seguro social contra las inesperadas y catastróficas pérdidas ocasionadas por los accidentes. Él guió el análisis de los científicos sociales sobre la responsabilidad civil extracontractual por el camino equivocado al dirigir la atención de los pensadores legales más avanzados, aquellos que luego siguieron a Holmes, hacia conceptos que enfatizaban nociones moralistas de culpabilidad y nociones colectivistas de seguro social, alejándolos del concepto de que la responsabilidad civil extracontractual podía ser vista como un régimen regulatorio en el que las sanciones legales son utilizadas para “ponerle un precio” a los comportamientos peligrosos. Los realistas jurídicos pensaron que las consideraciones moralistas no eran pertinentes en relación con los daños generados por accidentes y que Holmes había subestimado la utilidad social de usar la responsabilidad civil extracontractual para proveer seguro social. En la era realista, el pensamiento “económico” sobre la responsabilidad civil extracontractual empezó a asociarse con la idea de seguro social antes que con el uso del derecho para optimizar los comportamientos riesgosos, que constituye el énfasis del moderno análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual.

Aquí existe, entonces, una ruptura en la senda que nos conduce desde Bentham hasta el moderno movimiento del análisis económico del derecho. Nos quedamos con el hecho de que él señaló el camino para usar el pensamiento económico de una manera normativa y que esto fue muy importante para el movimiento; su remota procreación del realismo jurídico pudo no haber aportado para nada al movimiento del análisis económico del derecho.

El economista moderno con quien Bentham tiene una mayor cercanía, como hemos visto, es Gary Becker. El

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Jesse S. Reeves, “Jeremy Bentham and American Jurisprudence” 23-26 (Indiana State Bar Association, Julio 11-12, 1906).

<sup>51</sup> Véase Calabresi, nota 9 *supra*, pp. 500-501.

<sup>52</sup> Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, clase 3 (1881).

significado de Becker para el movimiento del análisis económico del derecho es enorme, aunque esto no sea ampliamente reconocido porque su artículo sobre el crimen es el único lugar de su extensa *oeuvre* en el cual uno puede encontrar una discusión extensa sobre el derecho. Ya que la teoría de Bentham sobre el crimen había sido olvidada por los economistas, aunque en una forma diluida mantuvo su influencia en la criminología y en el derecho penal, Becker brindó un importante servicio al análisis económico del derecho simplemente reviviendo la teoría de Bentham sobre el crimen y vistiéndola con el lenguaje de la economía moderna. Pero el significado de Becker para el análisis económico del derecho va mucho más allá del crimen. Becker, como ya lo he sugerido, es el gran economista de la economía de los comportamientos ajenos al mercado<sup>53</sup>, la cual es fundamental para el análisis económico del derecho puesto que una gran parte del derecho regula las actividades ajenas al mercado. El trabajo de Becker sobre el capital humano<sup>54</sup> y (como un desarrollo de aquel trabajo) sobre la compensación laboral<sup>55</sup> abrieron el campo del empleo y la compensación laboral, áreas de gran importancia en el derecho, al análisis económico, como hemos vistos anteriormente al

referirnos a ERISA. Su trabajo sobre la economía de la discriminación racial hizo lo mismo para el derecho que regula la discriminación, y su trabajo sobre la economía familiar<sup>56</sup> hizo lo mismo para el derecho de familia<sup>57</sup>. Estos son ahora prósperos sub-campos del análisis económico del derecho. Y, lo que es más importante, al demostrar la factibilidad y la productividad de aplicar la economía a actividades remotas de la "económica" temática convencional de la disciplina, incentivó a otros a expandir el dominio del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado hasta el punto que hoy pocas áreas del derecho están fuera del alcance del análisis económico.

El trabajo de Becker puede ayudarnos a ver las limitaciones del enfoque de Bentham. Bentham proclamó la universalidad de aquello que en terminología moderna podría llamarse análisis costo-beneficio, pero un manifiesto no es un programa de investigación. Lo que Bentham no pudo mostrar, con la excepción de su tratado sobre el crimen y la pena, fue cómo el modelo que él propuso de personas que actúan como actores racionales en todos los aspectos de su actividad podía ser utilizado para explicar o regular el comportamiento.

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, Gary S. Becker, "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior", 101 *Journal of Political Economy* 385 (1993).

<sup>54</sup> Véase Gary S. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education* (3era ed. 1993).

<sup>55</sup> Gary S. Becker y George J. Stigler, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers," 3 *Journal of Legal Studies* 1 (1974). Becker escribió la parte del artículo que tiene relación con la compensación laboral.

<sup>56</sup> Véase Gary S. Becker, *A Treatise on the Family* (ed. ampliada de 1991)

<sup>57</sup> Becker también contribuyó con el movimiento del análisis económico del derecho a través de su influencia personal en los estudiantes y colegas, entre los que me incluyo. Véase Richard A. Posner, "Gary Becker's Contributions to Law and Economics," 22 *Journal of Legal Studies* 211 (1993); Victor R. Fuchs, "Gary S. Becker: Ideas about Facts," *Journal of Economic Perspectives*, Primavera 1994, pp. 183, 190.

# LA NATURALEZA DE LA COMPETENCIA\*

Gary S. Becker  
Premio Nobel de Economía 1992

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo me ha parecido que el rol de la competencia en la vida económica y social ha sido malinterpretado. Hasta el siglo XVIII, las transacciones entre individuos y empresas eran comúnmente vistas como un proceso de suma cero: la ganancia de una persona significaba la pérdida de la otra. El Marqués de Montaigne, gran ensayista francés del Siglo XVI, escribió un breve ensayo en el que afirmaba que “ninguna ganancia se efectúa sin la pérdida de otra persona”. Esto es, las transacciones eran vistas como una manifestación de explotación, por lo que era necesario que los gobiernos regularan, e incluso monopolizaran, la mayoría de las actividades económicas. Esto constituyó el corazón del sistema mercantilista.

A partir del siglo XVIII en Europa, unos pocos pioneros reconocieron el error de este sistema y de la visión de la suma cero de las transacciones. Estos pioneros advirtieron claramente que las transacciones podían resultar mutuamente beneficiosas y que la regulación a través de la disciplina impuesta por la competencia era mucho mejor que acudir a la pesada mano del gobierno.

Adam Smith acuñó la expresión “mano invisible” para indicar que mientras los individuos y las empresas están interesados exclusivamente en su propio interés, a través de la competencia siempre se verán llevados –como si existiera una “mano invisible”– a promover el interés público.

***Tradicionalmente, el derecho de la competencia se ha limitado a analizar los mercados en los que aparecen precios monetarios en las operaciones efectuadas por empresas que buscan aumentar sus utilidades.***

***Sin embargo, esta visión resulta muy estrecha, pues no toma en cuenta que la competencia también beneficia a las personas en áreas de tanta trascendencia como la educación, la religión, la caridad, la cultura, la información y la oferta monetaria. La competencia es, en este sentido, no sólo la esencia del sistema económico, sino también el fundamento de la calidad de vida de los individuos.***

\* Conferencia pronunciada en ESEADE, Buenos Aires, el 9 de noviembre del año 2000. El profesor Becker deja constancia que ha recibido valiosas sugerencias de Guity Nashat y la importante ayuda de George Zanjani. El presente texto fue traducido por Augusto Townsend. Agradecemos al Doctor José Juan Haro el habérselo cedido para su publicación.



La argumentación es sencilla. En el análisis tradicional de los mercados que realizan los economistas, donde se compran y venden productos, la competencia ocasiona que los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales. Esto ocurre debido a que si los precios exceden los costos, las inusuales ganancias provenientes de la venta de unidades adicionales motivarían a los competidores a disminuir un poco sus precios con la intención de atraer a los clientes de otros productores. La presión competitiva sobre los precios continuaría hasta que los mismos se equiparen a los costos. Esta tendencia a la igualdad entre precios y costos explica por qué los economistas concluyen que la competencia es eficiente.

Creo que esta apreciación del valor y de los beneficios de la competencia, así como de las desventajas del monopolio, constituye una de las mayores contribuciones hacia la mejor comprensión de la forma en que las economías y las sociedades pueden servir mejor a los intereses de las mayorías.

Sin embargo, el análisis moderno de la competencia ha sido excesivamente estrecho. Se ha visto limitado a mercados en los que compañías venden productos a cambio de dinero, como los mercados de plátanos, automóviles, peluquerías y similares.

Pero las ventajas de la competencia no sólo se manifiestan en estos mercados, no obstante lo importante que éstos puedan ser para el bienestar económico. La competencia también beneficia a las personas en áreas como la educación, la caridad, la religión, la oferta monetaria, la cultura y el gobierno. De hecho, la competencia es esencial en todo aspecto de la vida, independientemente de la motivación y la organización de los productores, o de si hay algún intercambio de dinero de por medio.

El objeto de esta conferencia es demostrar los efectos beneficiosos de la competencia en áreas que no son tradicionalmente estudiadas desde esta perspectiva, esto es, áreas donde los competidores pueden no estar, total o parcialmente, orientados a la obtención de ganancias.

Difiero de algunos economistas porque creo que el grado de competencia es más importante para el bienestar que la motivación y la estructura organizacional de los competidores. En otras palabras, la “mano invisible” opera no sólo cuando los

productores son empresas que buscan ganancias, sino también cuando son organizaciones sin fines de lucro tales como hospitales, instituciones de caridad, cooperativas o incluso empresas gubernamentales como el servicio postal.

Todas ellas se desempeñan de mejor manera y satisfacen mejor los deseos de sus propios clientes cuando la competencia y la “mano invisible” los fuerza, comúnmente en contra de sus propios instintos y deseos y en contraposición a su propio desinterés, a poner mayor atención en satisfacer las necesidades de sus consumidores.

Ilustraré este mensaje con tres ejemplos un poco controversiales: la religión y las necesidades espirituales; la educación; y, la información y formación de opinión.

## **2. ¿UNA CARRERA HACIA ARRIBA O HACIA ABAJO?**

En primer término, quiero precisar que muchas de las críticas a la competencia se mantienen activas, no sólo en el mundo académico, sino también a través de comentarios de importantes periodistas en los diarios, revistas y la televisión. Ellos prefieren el puño visible del gobierno a la mano invisible de la competencia porque creen que ésta disminuye, en lugar de aumentar, el bienestar general.

Una de las críticas más populares consiste en sostener que la gente se ve comúnmente engañada por vendedores que dan una impresión falsa de los productos que venden, ya sea que se trate de automóviles, religión, opinión, arte u otras formas de cultura. Afirman de esta manera que la competencia representa una “carrera hacia lo más bajo” en vez de una presión hacia arriba, en tanto la presión de la competencia supuestamente “fuerza” a las empresas a reducir la calidad de lo que venden, lo cual no es fácilmente percibido por los consumidores.

Efectivamente, los consumidores no tienen información perfecta, especialmente sobre los atributos difíciles de percibir, por lo que muchas veces se ven confundidos y engañados. Pero ya Abraham Lincoln estaba en lo correcto cuando sostuvo que “uno puede engañar a todo el mundo algunas veces o engañar a algunas personas todo el tiempo, pero no puede engañar a todo el mundo todo el tiempo”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase Fehrenbacher y Fehrenbacher, 1996, para una discusión sobre si Lincoln efectivamente pronunció esta frase alguna vez.

Afortunadamente, una comprensión más profunda de la competencia demuestra que los mercados competitivos necesitan tan sólo de algunos compradores bien informados. La actividad de “arbitraje” de los informados generalmente mejora las condiciones de todos, puesto que mientras los proveedores tratan de ganarse a los compradores informados, ofrecen también mejores productos y condiciones a aquellos que están relativamente menos informados.

Un ejemplo obvio es el del cambio de carril en las “competitivas” autopistas de varios carriles. La mayor parte de los conductores rara vez cambia de carril y, si sólo tomásemos en cuenta su propia conducta, podrían terminar en los carriles lentos en horas de tráfico pesado. No obstante, los pocos conductores alertas y que cambian de carril para entrar en aquellos en los que la velocidad es mayor, tienden a equiparar la duración promedio del viaje para todos. Sin duda que los que cambian de carril se benefician cuando optan por otros en los que el tráfico es más rápido, pero su actividad de “arbitraje” también beneficia a los conductores menos informados, menos hábiles y más perezosos que nunca cambian de carril.

Esta “carrera hacia arriba” como consecuencia de los pocos compradores bien informados y, por ello, clientes activos, se aplica también a otros mercados competitivos.

### 3. LA COMPETENCIA Y EL PROGRESO TECNOLÓGICO

¿Dónde hay mayor ritmo de progreso tecnológico, en las industrias competitivas o en las monopólicas? Schumpeter creía que en las áreas monopólicas, debido a que internalizan los beneficios.

Sin embargo, creo que la competencia suele ser más efectiva en promover nuevas ideas, precisamente porque permite más fácilmente la entrada de personas con enfoques innovadores. Estos se advierte en los siguientes ejemplos.

### 4. RELIGIÓN

Puede parecer extraño comenzar con la religión pero, a pesar de ser poco usual, es un ejemplo excelente para ilustrar la amplitud de los principios de la competencia, por la gran importancia de las necesidades espirituales. El grado de competencia para satisfacer estas necesidades de hombres y mujeres ha variado enormemente a través de la historia. Muchas veces, una religión ha recibido privilegios especiales del

gobierno de turno, como el *status* especial del Islam en Irán y en otros países del mundo musulmán, el judaísmo ortodoxo en Israel y el catolicismo en la República de Irlanda y en algunas otras naciones. Estos privilegios podían impedir o desalentar el desarrollo de otras religiones, como cuando los romanos perseguían a los cristianos, cuando los católicos perseguían a los protestantes en tiempos de Lutero, cuando la inquisición española atacaba a judíos y a musulmanes o cuando los mormones, en el siglo XIX, fueron perseguidos en los E.E.U.U. por ser polígamos.

Adam Smith consideraba que las necesidades espirituales serían mejor atendidas si fueran abolidos los subsidios y otros privilegios ofrecidos a la iglesia de Inglaterra para que el catolicismo y las demás religiones pudiesen competir con ella. En un sentido más general, decía lo siguiente: “El clero de una religión establecida y bien financiada frecuentemente se constituye por hombres instruidos y elegantes, que poseen todas las virtudes de un caballero (...) pero gradualmente pierden estas cualidades que les dan autoridad e influencia ante personas de rango inferior (...). Un clero así, cuando es atacado por gente tal vez estúpida e ignorante, (...) no tiene más remedio que acudir al magistrado para perseguir, destruir o sacar del camino a sus adversarios, como si fuesen perturbadores de la paz pública”.

Iannoccone verificó las conclusiones de Smith con relación a los efectos de la competencia al relacionar los distintos grados de religiosidad en diferentes países – representados por factores como la asistencia a las iglesias, la creencia en Dios y algunos otros criterios – con el grado de competencia, medido a partir de la concentración de miembros en las diversas denominaciones religiosas. Así, encontró que los países más religiosos tenían mayor distribución de individuos entre las distintas religiones, lo cual interpreta como una indicación de que las religiones florecen mejor en ambientes competitivos.

Estados Unidos es un buen ejemplo de esta conclusión, ya que es una de las naciones más religiosas de occidente y, al mismo tiempo, el lugar donde hay más competencia entre religiones. Más de dos mil denominaciones compiten por miembros, lo que ha producido grandes cambios en el tiempo con respecto a la importancia de las distintas denominaciones. Aquellas religiones que menos satisfacen los deseos de la feligresía pierden miembros, mientras que otras se mostraron abiertas al cambio y ganaron nuevos seguidores. Esta tendencia se observó claramente en el siglo XIX, cuando los baptistas crecieron rápidamente, a expensas de los metodistas y los congregacionistas.

La religión también provee evidencia con respecto a si el ambiente competitivo o el monopolístico motivan mayores innovaciones. El mercado altamente competitivo de la religión en los Estados Unidos ha producido numerosas innovaciones, las cuales incluyen el crecimiento de muchas denominaciones cristianas, la implementación de distintos tipos de servicios religiosos, modificaciones del Islam para incluir a los afro-americanos, el nacimiento del Judaísmo reformado y tantos otros ejemplos.

Los fundadores de los Estados Unidos tenían muy claras las ventajas de la competencia en el mercado de la religión. Se opusieron tenazmente a los subsidios especiales y a otros privilegios en favor de una religión establecida por el propio gobierno, porque consideraban que esto reduciría la presión para aumentar y satisfacer las necesidades espirituales. Jefferson manifestó en un ensayo sobre libertad de culto en la Universidad de Virginia<sup>2</sup> que "(...) las relaciones que existen entre el hombre y su Creador, y las obligaciones resultantes de dichas relaciones, son de gran interés e importancia para todo ser humano, y asimismo resulta necesario su estudio e investigación. Pero el deseo de instrucción en los varios credos de fe religiosa existentes entre nuestros ciudadanos presenta un abismo respecto de lo que ocurre en muchas instituciones. Al contrario de lo que se ha pensado, resulta de gran importancia que cada asociación pueda instruir su propia doctrina y no debe encargarse a las autoridades públicas que dicten los modos y principios de la instrucción religiosa y no deben otorgar ventajas a una secta sobre otra".

## 5. LA EDUCACIÓN

Los colegios estatales que no cobran por la educación que imparten se encuentran muy difundidos. En muchos casos, los estudiantes deben asistir al colegio estatal de su localidad, aunque algunas veces pueden acudir a escuelas en otras localidades.

Este sistema de mercados cautivos permiten que sindicatos de maestros y funcionarios del gobierno dirijan las escuelas públicas y las manejen de acuerdo con sus propios intereses y no con los de los alumnos. En muchos países, los estudiantes reciben una mala educación precisamente en un momento en el cual el valor económico de una buena educación resulta esencial.

Las familias adineradas evitan el sistema escolar público y envían a sus hijos a colegios privados de prestigio que operan en un ambiente competitivo. Incluso familias de clase media aprovechan las ventajas de la competencia entre las escuelas públicas de los suburbios y de otros distritos pequeños para "votar con los pies". Estas se mudan a comunidades con un buen sistema educacional y una carga de impuestos razonable. La competencia entre comunidades pequeñas prueba ser, por consiguiente, un buen sustituto para la competencia dentro de una misma comunidad<sup>3</sup>.

Desafortunadamente, las familias rurales o urbanas de escasos recursos no pueden acceder a la educación privada ni sacar ventaja de la competencia entre las comunidades. Son ellas las principales víctimas de la pobreza de las escuelas públicas.

Es interesante observar la contribución que han realizado muchos colegios católicos en los Estados Unidos, en los que se matricula un aproximado del cinco por ciento de la población de edad escolar. Estas escuelas son mucho más exitosas en educar a sus estudiantes, ya sea midiéndolos por los resultados obtenidos en los exámenes, por su propensión para ingresar a una universidad o por sus ingresos una vez que pasan a formar parte del mercado laboral. Estas ventajas se acentúan si se incluyen otros factores en el análisis<sup>4</sup>.

Aquellos que proponen que los colegios públicos deben ser monopolios insisten en que éste es un sistema más democrático ya que reúne a estudiantes con muy diversos antecedentes dentro de una misma escuela. Tal vez esto haya sido cierto hace mucho tiempo, pero lo que hoy observamos en los colegios públicos es una segregación por motivo de ingreso, raza, educación de los padres y otras características. De hecho, las escuelas privadas resultan ser mucho menos segregadas por motivo de raza, ingresos, condición social y virtualmente toda característica relevante.

Las familias que mandan a sus chicos a estas escuelas públicas en los Estados Unidos y en muchos otros países se han visto severamente afectados por la decreciente calidad en la educación pública, a pesar del crecimiento en gasto por alumno. Cada vez hay más quejas en este sentido y pedidos de competencia,

<sup>2</sup> Véase PADOVER, 1943. p. 957.

<sup>3</sup> Véase TIEBOUT, 1956, por el primer trabajo en esta materia.

<sup>4</sup> Ver COLEMAN, 1982; NEAL, 1997; y, TYLER, 1994.

lo que forzaría a los administradores a mejorar la calidad del servicio. Muchos padres han presionado a los políticos para resistir ante los sindicatos de maestros y sus aliados, que suelen ser líderes de comunidades minoritarias que quieren preservar el *status quo*.

En respuesta a esta presión, la competencia entre las escuelas en los Estados Unidos se ha multiplicado durante la pasada década. En algunos casos, los estudiantes pueden asistir a colegios públicos fuera de su vecindario, o las familias pueden fundar su propia escuela y así escoger a sus propios profesores y directores. El paso más radical implica entregar comprobantes de enseñanza o *vouchers* que las familias pueden usar para enviar a sus hijos a las escuelas privadas o públicas que elijan.

Los *vouchers* han resultado la mejor manera de estimular la competencia del sector privado en un sistema escolar fundado por el gobierno. La competencia no sólo ayudaría a emparejar a la educación con las necesidades de los estudiantes, sino que también introduciría un mayor grado de innovación en las currículas y en la enseñanza. Todas las escuelas privadas deberían ser susceptibles de elección para competir por estudiantes con *vouchers*, y no sólo las instituciones seculares sin fines de lucro sino también aquellas con fines de lucro y las que profesan distintas religiones.

Los defensores del sistema de *vouchers* no están de acuerdo sobre si debería permitirse que todos los estudiantes participen en el sistema, o sólo aquellos estudiantes relativamente más pobres. Personalmente, me inclino porque este sistema esté dirigido hacia las familias pobres, pues tiene poco sentido que primero se imponga impuestos a todos y que luego se devuelva este dinero en forma de *vouchers*. Pero sin duda, los *vouchers* para todo el mundo sería mucho mejor que seguir ofreciendo educación “gratuita” en todas las escuelas públicas.

El magnífico sistema de educación universitaria en los Estados Unidos demuestra los beneficios de la competencia. Más de tres mil *colleges* y universidades de este país ofrecen una amplia educación, que va desde universidades como Princeton, Stanford, Chicago y otras universidades de primer nivel, hasta programas de dos años para atender requerimientos vocacionales muy diversos. Este sistema es el mejor de todos, a juzgar por la cantidad de estudiantes de otros países que van a estudiar a los Estados Unidos, no sólo a las universidades de élite.

La educación está descentralizada y los diversos sistemas educativos compiten entre ellos, lo cual sostiene mi afirmación anterior en el sentido que la intensidad de la competencia es mucho más importante que las características de los competidores. El sector privado ha sido siempre mucho más innovador, y la mayor parte de las universidades de primer nivel son privadas, aunque existen también instituciones públicas sobresalientes. No obstante ello, la educación superior pública es comúnmente subsidiada, lo cual requiere un esfuerzo adicional de las universidades privadas para ser más eficientes y poder competir contra instituciones subsidiadas.

## 6. INFORMACIÓN Y OPINIÓN

La libertad de prensa ha sido considerada como la piedra angular que salvaguarda a la sociedad de las tendencias dictatoriales de los gobiernos. Una prensa libre significa básicamente la posibilidad de entrada al mercado de diarios, revistas, libros, programas de radio y televisión para competir por audiencias sin censura ni obstáculos artificiales. Los defensores de la libertad de opinión, de publicación y de difusión entienden que la competencia produce la mejor información posible al proporcionar los argumentos alternativos a los reclamos y a las opiniones.

De Tocqueville creía que los gobiernos descentralizados también estimulaban un gran número de diarios para proveer información sobre políticas locales: “La extraordinaria subdivisión del poder administrativo tiene más que ver con el enorme número de diarios estadounidenses que la libertad de política en el país y la absoluta libertad de prensa”.

Los efectos de la competencia en el mundo de la información y la opinión no son fundamentalmente diferentes de los efectos de ésta en la producción de bienes y servicios. Sin embargo, los defensores de la libertad de información y de opinión se han opuesto frecuentemente a este tipo de competencia de bienes y viceversa. Por ejemplo, los socialismos democráticos del siglo XX han apoyado fervientemente la libertad de prensa y de opinión, pero han promovido a su vez el monopolio gubernamental, en lugar de la competencia, en la producción de bienes. Nunca han explicado por qué consideran tan valiosa la competencia en la producción de información y opinión, pero no en la producción de bienes y servicios<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Para ver críticas sobre esta inconsistencia, véase Director y Coase.

Algunos de los que apoyan las libertades económicas también han sido inconsistentes al no reconocer el valor de la libertad de acceso a la información y a las opiniones. Singapur tiene una economía relativamente abierta, pero su gobierno ha eliminado los diarios y las revistas que imprimen opiniones desfavorables con respecto a sus políticas y a sus líderes políticos. China se ha movido hacia una economía relativamente más libre, pero al mismo tiempo no permite que los diarios y las organizaciones políticas tengan una libertad semejante. Incluso en los Estados Unidos algunos de los más ávidos partidarios del libre mercado con respecto a los bienes pretenden censurar el arte, el cine y la televisión para así prevenir la publicación de materiales que consideran pornográficos o antirreligiosos.

Los críticos de la competencia libre y abierta en el mundo de la opinión no tienen confianza en la habilidad del ciudadano promedio para elegir racionalmente entre puntos de vista rivales. Piensan que, especialmente en el corto plazo, muchas personas no pueden distinguir entre propaganda e información, entre pornografía y arte y, en general, entre afirmaciones correctas e incorrectas.

La evidencia es enorme en el sentido de mostrar que la libertad intelectual, económica y política es indivisible, que la apertura y la competencia en un área no pueden ser mantenidas sin tener apertura y competencia en las otras. Por ejemplo, las libertades económicas no sólo promueven la prosperidad y el progreso, sino que también estimulan la incorporación de la democracia política<sup>6</sup>, y estimulan la innovación en el arte y en la cultura<sup>7</sup>.

Afortunadamente, el desarrollo reciente en la comunicación electrónica ha reducido seriamente la capacidad de los gobiernos totalitarios para suprimir el acceso a información y opiniones "no deseadas". Internet es la innovación más importante para un sistema descentralizado y competitivo de información y opiniones que, además de rápidas y baratas, permite la comunicación entre individuos.

Hasta los setenta, los países podían tener algún grado de libertad en las transacciones de bienes y movimientos de capital, sin permitir el acceso al mundo exterior a la mayor parte de las personas. Eso ya no es posible en el mundo actual. Cualquier país que parti-

cipa en la economía del mundo moderno debe permitir el uso del fax y de Internet, y no puede evitar que los satélites proporcionen acceso a programas televisivos o información del extranjero. Como consecuencia, las personas pueden ver y oír información y opiniones muy críticas de las políticas de sus propios gobiernos y, al mismo tiempo, informarse acerca de las ventajas de los sistemas más abiertos desde el punto de vista político, económico y social.

## 7. COMPETENCIA ENTRE MONEDAS

Me he opuesto al Euro mucho antes de que se presentaran las dificultades que hoy son de dominio público. Una propuesta mucho mejor hubiera sido adoptar la competencia en el mercado de monedas, como lo propuso Hayek hace algunos años.

Una propuesta alternativa hubiera sido permitir a cada uno de los miembros de la Comunidad Europea que autorice que los impuestos que recibe puedan ser pagados en cualquiera de las monedas de los países miembros. Los negocios, los empleados y los productores también deberían poder realizar sus transacciones en aquellas monedas. La oferta y la demanda de dinero hubieran determinado los tipos de cambio entre las distintas monedas, de modo que las menos populares perderían valor en el mercado. Este tipo de competencia hubiera permitido la disciplina fiscal de los gobiernos al reducir los incentivos para aumentar la emisión de moneda y financiar los déficits presupuestarios incrementando gastos dudosos, tales como las ineficientes empresas del estado. Las monedas perderían valor si los gobiernos intentaran recurrir a la inflación para evitar dificultades fiscales, dado que los individuos y las empresas optarían por realizar sus transacciones en monedas más estables.

Eventualmente la población de cada país hubiera continuado con su propia moneda. Sin embargo, conforme obtengan mayor familiaridad con el nuevo sistema, los consumidores, trabajadores y empresarios utilizarían las monedas más estables.

Luego de un periodo de ajuste, los costos de transacción derivados de utilizar distintas monedas serían un inconveniente menor. Después de todo, muchos son los negocios que aceptan docenas de monedas, lo que encuentran muy parecido a operar con tarjetas American Express, Eurocard y otras tarjetas de crédito.

<sup>6</sup> Véase Lipset, 1959, y Barro, 1996.

<sup>7</sup> Véase Cowen, 1998.

Más aún, las empresas pueden economizar estos costos si deciden operar con una o dos monedas. Ello puede hacer que aparezca una moneda dominante, pero fruto de la elección libre y debido a la estabilidad de la moneda de la que se trate.

Las naciones de todas partes y de todos los tiempos han encontrado en la práctica enormes ventajas de la competencia sobre el monopolio en la producción de acero, en las telecomunicaciones, en el transporte aéreo y otros bienes y servicios. La Comunidad Europea ha ignorado esta lección con la creación de una moneda única.

De hecho, la unidad monetaria hubiera sido apoyada por la mayoría de la población de los quince países miembros de la Comunidad Europea si tuvieran la confianza de que el futuro banco central europeo se manejará como el alemán. Sin embargo, temen que las políticas monetarias de la Unión Monetaria Europea surjan de compromisos y discusiones políticas de acuerdo con las diferentes necesidades monetarias y fiscales. Prueba de ello es que la mayoría de los alemanes cree que una moneda común no será ni remotamente tan estable como el marco alemán, lo que probablemente explica por qué el canciller alemán Helmut Kohl no quiso arriesgar un referéndum sobre el tema. Esta es también la razón por la cual en Inglaterra se decidió no entrar en este sistema hasta el

2002 y los daneses recientemente votaron por no adoptar el Euro.

## **8. CONCLUSIONES**

He tratado de demostrar que todas las áreas importantes de la actividad humana se basan en el rol fundamental de la competencia en promover los intereses de la gran mayoría de los participantes. Esto resulta especialmente relevante en el mundo moderno porque las diversas libertades se han vuelto cada vez más interdependientes. La eliminación de algunos tipos de competencia y algunas libertades tiende ahora más rápidamente a debilitar la competencia y las libertades en otras áreas.

Por ello el énfasis en la “mano invisible” de la competencia no es simplemente un tema de economistas en su torre de marfil que saben poco del mundo real. La competencia es en realidad la sangre vital de cualquier sistema económico dinámico. Más aún, la competencia es el fundamento de la calidad de vida y está vinculada a los aspectos más trascendentes de la existencia humana desde el punto de vista educacional, civil, religioso, cultural y además económico. Esta es la herencia intelectual de los debates que han ocurrido en los últimos siglos con miras a explicar las consecuencias benéficas de la competencia, el mayor descubrimiento de este milenio.

**HERNÁNDEZ & ROSSELLÓ**

abogados

av. camino real 348, piso 12, torre el pilar, san isidro, lima, Perú  
av. javier prado oeste 795, magdalena del mar, lima, Perú  
t 222-7700 / 460-4300 f 222-2555 / 221-1687 / 461-5824  
[http: //www.hrabogados.com](http://www.hrabogados.com)

ESTUDIO  
**MONROY**  
ABOGADOS

CALLE ROMA No. 376  
LIMA 27, PERÚ

CENTRAL: (51-1) 441 0594  
FAX: (51-1) 421 4994

# HACIA UN TEST PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL\*

Guido Calabresi\* \* y Jon T. Hirschoff\* \*\*

## I. INTRODUCCIÓN

*Cuáles son los límites de la responsabilidad objetiva y de qué manera debe determinarse la existencia de tal tipo de responsabilidad es un debate extenso y abierto. En el presente trabajo, Calabresi y Hirschoff nos entregan su opinión sobre el tema, conduciéndonos por un detallado análisis del Learned Hand test, tanto en su versión original como en su versión inversa, para luego compararlos con el test de responsabilidad objetiva que ellos proponen y, de esta manera, demostrar la superioridad de éste último.*

*En tal sentido, tras analizar las ventajas de dicho test sobre los demás, a partir de consideraciones trascendentes como la del "cheapest cost avoider", los autores abogan porque su test de responsabilidad objetiva sea aquél que se utilice para determinar la existencia de responsabilidad y porque en su aplicación se tomen en cuenta consideraciones adicionales a la eficiencia.*

Los quince años desde que Fleming James lanzó la pregunta referida a si los fabricantes debían ser responsables sin negligencia<sup>1</sup> han visto una expansión notable en el alcance de la responsabilidad objetiva en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, a pesar de que las cortes que han sido los líderes de esta tendencia se han visto consistentemente en problemas por la pregunta de qué tanto debe extenderse la responsabilidad objetiva dentro de las áreas en las que está siendo aplicada<sup>2</sup>. Mientras que, por ejemplo, ha sido anunciada de jurisdicción en jurisdicción<sup>3</sup> la responsabilidad objetiva del fabricante por defectos en los productos, en muchas jurisdicciones esto ha llevado simplemente a una serie de preguntas respecto de la definición de "defecto" y de cómo la responsabilidad por un defecto se relaciona con (a) qué tan adecuadas son las advertencias, (b) uso inapropiado o inesperado, (c) asunción del riesgo e,

\* Traducido por Fernando Hurtado de Mendoza, bajo la supervisión del doctor José Chiarella, a quien le agradecemos su colaboración.

• Agradecemos también al doctor Alfredo Bullard por facilitarnos el presente artículo para su publicación. Publicado en The Yale Law Journal, Vol. 81, No. 6, mayo de 1972, bajo el título "Toward a Test for Strict Liability in Torts".

\*\* John Thomas Smith Professor of Law, Yale Law School. B.S.1953, L.L.B. 1958, Yale University; M.A. 1959, Oxford University.

\*\*\* Assistant Professor of Law, Indiana University School of Law. A.B. 1963, Stanford University; J.D. 1967, Yale University.

<sup>1</sup> JAMES. "General Products-Should Manufacturers Be Liable Without Negligence?" En: Tenn. L. Rev. No. 24, 1957. pp. 923-924. Ver también JAMES. "Product Liability". En: Texas L. Rev. No. 34, 1955. pp. 44, 192.

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, Wasik v. Borg, 423 F.2d 44 (2d. Cir. 1970); Lamendola v. Mizell, 115 N.J. Super. 514, 280 A.2d 241 (1971); Foster vs. Preston Mill Co., 44 Wash.2d 440, 268 P.2d 645 (1954). Ver también JAMES. "The Future of Negligence in Accident Law". En: Va. Law Review, No. 53, 1967. p.911; KALVEN. "Torts: The Quest for Appropriate Standards". En: Calif. Law Review, 1965. p. 189 y PROSSER. "The Fall of the Citadel - Strict Liability to the Consumer". En: Minn. Law Review, No. 50, 196,p.791.

A partir de la redacción de este artículo hemos leído el excelente artículo del Profesor Franklin, en el cual analiza la aplicación de varias teorías de responsabilidad en los casos de reclamos de pacientes que padecen de hepatitis como resultado de transfusiones de sangre. FRANKLIN. "Tort Liability for Hepatitis: An Analysis and a Proposal". En: Stan. Law Review, No. 24, 1972. p. 439. El test para responsabilidad objetiva que sugerimos en el presente artículo analiza extensamente los mismos tipos de consideraciones prácticas que el profesor Franklin considera al concluir que los hospitales y los bancos de sangre deberían ser responsables objetivamente por los casos de hepatitis vinculados a las transfusiones de sangre.

<sup>3</sup> Ver FRUMER, L. & M. FRIEDMAN. "Products Liability". 16A [3], No. 2, 1970.



incluso, (d) negligencia concurrente<sup>4</sup>. Y esto no es del todo sorprendente. La responsabilidad objetiva nunca ha significado que la parte declarada objetivamente responsable deba ser un asegurador general de la víctima, sin importar cómo o dónde la víctima ha sido agravada. El aseguramiento general no ha sido la regla en los casos clásicos de responsabilidad objetiva, tales como actividades altamente riesgosas, o en casos de obligaciones legales, tales como compensaciones a los trabajadores, y no es la regla en instancias de aplicación reciente, tales como la responsabilidad por productos<sup>5</sup>. Las preguntas que ahora se hacen las cortes (y que también les son hechas) en las nuevas áreas de aplicación, como responsabilidad por productos, incluyen la misma cuestión elemental que tenían preguntas igualmente complejas afrontadas en áreas tradicionales de la responsabilidad objetiva, las cuales eran expresadas en términos tales como “uso normal o anormal” y “surgiendo fuera de y dentro del curso de la relación laboral”. La cuestión sólo está en saber dónde debe detenerse la responsabilidad objetiva.

A pesar del reconocimiento de las cortes de que la responsabilidad objetiva debe ser restringida, éstas pocas veces han tenido la confianza para tratar de describir los límites. De hecho, en muchas ocasiones sus esfuerzos para responder a las preguntas planteadas en los casos de responsabilidad objetiva parecen degenerarse ya sea en disputas semánticas sin sentido o en intentos de equilibrar los costos del accidente contra los costos de evitar el mismo<sup>6</sup>; a pesar que este último acercamiento se asemeja extremadamente al mismísimo cálculo de la negligencia, o al *Learned Hand test* para culpa, aquél que la responsabilidad objetiva debía reemplazar.

Los límites de la responsabilidad objetiva pueden, sin embargo, ser definidos de una manera significativa. Las preguntas que las cortes han venido preguntándose son sumamente relevantes para tales límites, y la responsabilidad objetiva delimitada de esa manera es muy diferente del cálculo de la negligencia, o del *Learned Hand test* para culpa. El análisis de los límites de la responsabilidad objetiva en conjunto con un *test* sugerido para determinar dicha responsabilidad objetiva permitirá, creemos, dar una idea tanto del cálculo de la negligencia como de su crítica creciente.

## II. CONSIDERANDO EL *LEARNED HAND TEST*

El *Learned Hand Test* para culpa define el deber de cuidado del demandado como una función con tres variables: (1) la probabilidad de que el accidente ocurra, (2) la magnitud del daño que sería sufrido si el accidente ocurre, y (3) la carga de precauciones adecuadas para prevenir tales accidentes<sup>7</sup>. Si el costo en que incurriría el demandado para evitar el accidente hubiese sido menor que el costo del accidente, multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia, la conducta del demandado para evitar el accidente es calificada como negligencia<sup>8</sup>.

Para el propósito de las primeras partes de esta discusión, asumiremos que el *test* tradicional para culpa, tal como es expresado en la fórmula de *Learned Hand*, fue diseñado para hacer aquello para lo que el Profesor Posner dice que fue diseñado<sup>9</sup>, esto es, minimizar la suma de los costos de los accidentes y de los costos incurridos para evitarlos<sup>10</sup>. Parecería que, en teoría, el *Learned Hand test* cumple con este objetivo, porque *si fuese aplicado perfectamente*, colocaría los costos del accidente en el causante del daño cuando y sólo cuando hubiese sido

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, con relación a qué tan adecuadas son las advertencias, *Alman Brothers Farm & Feed Mill, Inc. vs. Diamond Laboratories, Inc.* 437 F.2d 1295, 1303 (5º Cir. 1971); *Davis v. Wyeth Laboratories, Inc.* 399 F.2d 121 (9º Cir. 1968); *Wright v. Carter Products, Inc.*, 244 F.2d 53, at 56-59 (2d Cir. 1957); en cuanto al uso inapropiado o inesperado, *Hardy v. Hull Corporation*, 466 F.2d 34 (9º Cir. 1971); *Schemel v. General Motors Corporation*, 384 F.2d 802 (7º Cir. 1967); *Johnson vs. Standard Brands Paint Co.*, 274 Cal. App. 2d 331, 79 Cal. Rptr. 194 (1969); en cuanto a la asunción del riesgo, *Greco vs. Bucciconi Engineering Co.*, 407 F.2d 87 (3d Cir. 1969); *Sperling v. Hatch*, 10 Cal. App. 3d 54, 88 Cal. Rptr. 704 (1970); *Bartkewich v. Billinger*, 432 Pa. 351, 247 A.2d 603 (1968); y en cuanto a negligencia concurrente, *Friedman v. General Motors Corp.*, 411 F.2d 533 (3d Cir. 1969); *Matthias v. Lehn & Fink Products Corp.*, 70 Wash.2d 541, 424 p.2d 284 (1967).

<sup>5</sup> Ver, en cuanto a actividades altamente riesgosas, PROSSER, W. “The Law of Torts”, 4ª edición. 1971. p.570.; en cuanto a compensación de trabajadores, HARPER, S. “The Law of Workers Compensation”, 2ª edición. 1920. p.470; y en cuanto a responsabilidad por productos, por ejemplo, *Suvada v. White Motor Co.*, 32 Ill.2d 612, 210 N.E.2d 182 (1965); *Elliot v. Lachance*, 109 N.H. 481, 256 A.2d 153, 156 (1969); *Dippel v. Sciano*, 37 Wis.2d 443, 451, 155 N.W.2d 55 (1967).

<sup>6</sup> Ver *Pike v. Frank G. Hough Co.*, 2 Cal.3d 465, 467 P.2d 229, 85 Cal. Rptr. 629 (1970); *Christofferson v. Kaiser Foundation Hospitals*, 15 Cal. App 3d 75, 92 Cal. Rptr. 825 (1971); *Dunham v. Vaughan & Bushnell Mfg. Co.* 86 Ill. App. 2d 315, 327, 229 N.E.2d 684, 690 (1967); *cfr. Sanders v. Western Auto Supply Co.*, 183 S.E.2d 321 (S.Car. 1971). Ver también WADE. “Strict Tort Liability of Manufacturers”. En: SW. Law Journal, No. 19, 1965. p. 5.

<sup>7</sup> *Conway vs. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940), 312 U.S. 492; *Estados Unidos v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

<sup>8</sup> Quizás anticipando lo que otros harían en nombre de su *test*, el Juez Hand advirtió que “[los tres elementos del *test*] son prácticamente no susceptibles de ningún estimado cuantitativo, y los otros dos generalmente no lo son, ni siquiera teóricamente”. *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940). Ver también *Moisan v. Loftus*, 178 F.2d 148 (2d Cir. 1949).

<sup>9</sup> POSNER. “A Theory of Negligence”. En: J. Legal Stud., No. 1, 1972. p.29 (en adelante citado como POSNER).

<sup>10</sup> De manera más precisa, partimos del supuesto que el objeto es la optimización de los costos primarios de los accidentes. Ver CALABRESI, G. “The Cost of Accidents”, 1970. p. 26-31 (en adelante citado como COSTS). Pero en el texto tal postulado es suficientemente preciso para los propósitos del presente artículo.

para él más barato evitar los costos del accidente mediante medidas de seguridad apropiadas en vez de pagar dichos costos. *Asumiendo que los causantes del daño tenían la previsibilidad requerida*, esto causaría que los potenciales agentes eviten todos los accidentes que valga la pena evitar, esto es, aquellos en los cuales evitarlos cueste menos que el accidente, y tener sólo aquellos accidentes que no valga la pena evitar<sup>11</sup>.

La aplicación de la regla tradicional de negligencia concurrente haría alguna diferencia, pero no mucha. Utilizando la rúbrica del *test*, existiría negligencia concurrente cuando la víctima también hubiese podido evitar el accidente a un costo menor a aquél generado por el accidente. Desde que, bajo la regla tradicional la negligencia concurrente es una defensa completa, el costo permanecería en la víctima a pesar de la negligencia del causante del daño, *aun si la prevención que pudo tomar el causante del daño hubiese costado menos que la prevención tomada por la víctima*. Por ello, incluso en el maravilloso, permítanos admitirlo libremente, mundo fantástico del Profesor Posner, en el que ninguno de los costos de un accidente son asumidos por terceros distintos al causante del daño y la víctima, y en el cual existe previsibilidad perfecta, la regla de negligencia concurrente evitaría que el cálculo de la negligencia optimice la reducción de costos de accidentes primarios. El causante potencial de un daño, que pudiese evitar un accidente de US\$100 a un costo de US\$5, sabiendo que la víctima podría evitarlo a un costo de US\$50, bien podría dejar de lado la medida de seguridad de US\$5 al saber que la víctima o evitaría el accidente o sería tomado como negligente concurrente. Dada la previsibilidad adecuada, uno podría esperar que el accidente sea evitado, pero a un costo de US\$45 mayor al necesario<sup>12</sup>.

Sin embargo, un *Learned Hand test* para medir la responsabilidad del causante de un daño sin la defen-

sa de la negligencia concurrente también fracasaría en optimizar el costo de los accidentes, y por exactamente la misma razón. Bajo dicha regla, habría casos en los cuales la víctima que podría evitar un accidente a un menor costo de lo que podría hacerlo el causante del daño no lo haría porque sabría que, a pesar de ello, el causante del daño sería declarado responsable. Entonces, la *correcta* regla optimizadora, bajo el *Learned Hand test*, sería tener una doctrina de negligencia concurrente, pero que se aplique sólo cuando el costo de prevención del causante del daño exceda el costo de prevención de la víctima.<sup>13</sup>

A pesar de todos los defectos que el *Learned Hand test* pudiese tener, dada la existencia de una defensa absoluta de negligencia concurrente, al menos podría decirse que si el *test* funcionara, todos los accidentes que valdría la pena evitar serían evitados. Si éstos fueron ocasionalmente evitados a un costo algo mayor al necesario, eso no sería un hecho de gran relevancia. Al mismo tiempo, debe reconocerse que todos los costos de todos los accidentes que no valga la pena evitar recaerían en la víctima, generando cuestiones distributivas o de justicia. Nosotros, sin embargo, pospondremos la consideración de tales cuestiones en una sección posterior de este artículo, y limitaremos aquí nuestra discusión a una reducción de costos de accidentes primarios<sup>14</sup>.

Si tomamos los supuestos bajo los cuales el *Learned Hand test* funcionaría adecuadamente, lo más fascinante es que, en términos de reducción de los costos primarios de los accidentes, se podría obtener un resultado tan bueno mediante una regla de responsabilidad que sea exactamente opuesta al *Learned Hand test*. Bajo dicho "*Learned Hand Test inverso*", los costos de un accidente serían asumidos por el *causante de daños* salvo que evitar el accidente por parte de la víctima hubiese costado menos que el accidente mismo. Si un *test* inverso de negligencia concurrente fuera añadido, la víctima asumiría los costos del acciden-

<sup>11</sup> En estricto, la meta es evitar los costos de los accidentes en vez de evitar los accidentes. Podría darse, por ejemplo, que la minimización de la suma de los costos de accidentes automovilísticos y de los costos para evitarlos resulten como consecuencia de medidas diseñadas para hacer al automóvil resistente contra choques en vez de a través de medidas dirigidas a evitar en sí mismos los accidentes automovilísticos. Para determinar si vale la pena evitar el costo de un accidente el *test* no analizará el costo total de la medida de seguridad que lo evitaría, sino el costo de dicha medida de seguridad descontado apropiadamente habiendo tomado en cuenta todos los demás costos de accidentes que dicha misma medida evitaría. Entonces, el costo de evitar un determinado accidente es de diez dólares si un mecanismo de seguridad de un valor de 100 dólares también evitaría otros nueve accidentes de igual magnitud.

Hay otros numerosos supuestos implícitos en la aplicación de cualquier *test* de esta naturaleza, pero este no es el lugar para discutirlos. Ver COSTS, nota 10 *supra*, *passim*.

<sup>12</sup> El costo en exceso de US\$45 sólo sería evitado en el aún más maravilloso mundo del Profesor Coase, donde los costos de transacción no existen, y en donde un "soborno" previo al accidente otorgado por el causante del daño a la víctima resultaría en que la víctima optaría por la medida de seguridad de un valor de US\$5. Ver COASE, "The Problem of Social Costs". En: J. Law & Economics, No. 3, 1960.p. 1; CALABRESI, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment". En: J. Law & Economics, No. 11, 1968.p.67 y COSTS, nota 10 *supra*, p.135-140.

<sup>13</sup> El Profesor Posner se da cuenta de esto, y añade que esta sutileza, si bien no está explícita en los casos, podría estar implícita en ellos. POSNER, nota 10 *supra*, p.33.

<sup>14</sup> Ver parte VI, *infra*.

te sólo si el causante de los daños tampoco hubiese podido evitar el accidente a un costo menor a aquél que implicó este último. En otras palabras, un *Learned Hand Test inverso* que siempre hacía responsable al causante de los daños salvo que la víctima fuese negligente, y que incluso bajo esas circunstancias considera responsable al causante si es que éste también fue negligente, haría respecto de los costos incurridos para evitar los accidentes primarios justamente lo que supuestamente logra el *Learned Hand test* actual con negligencia concurrente. La única diferencia entre los *tests* sería distributiva. Bajo el *Learned Hand test*, los costos de todos los accidentes que no valga la pena evitar son asumidos por las víctimas, mientras que bajo el *Learned Hand Test inverso* éstos serían asumidos por los causantes de los daños<sup>15</sup>.

Al focalizarnos en el *Learned Hand Test inverso*, no estamos jugando simplemente con espejos. El punto es que un mundo perfecto con previsibilidad perfecta es un prerequisite para la optimización de la reducción de costos de accidentes primarios bajo *cualquiera* de los tipos de *Learned Hand test* y que, dado tal mundo, cualquier número de otros mecanismos también lograría dicha meta<sup>16</sup>. En la medida que nos preocupamos por la minimización práctica de los costos de los accidentes, la elección entre estos mecanismos dependerá no de su habilidad *teórica* para optimizar los costos de los accidentes dados ciertos supuestos, sino del grado en el que así efectivamente lo obtengan los supuestos particulares que cada mecanismo requiera<sup>17</sup>. Sugeriremos un *test* que creemos es mucho más propenso a realizar un trabajo satisfactorio de

optimización de costos de accidentes primarios que cualquier tipo de *Learned Hand test*. Nosotros pensamos también que la aplicación del *test* propuesto requiere emitir preguntas que se encuentren íntimamente ligadas a aquéllas que las cortes siempre se han preguntado en los casos de responsabilidad objetiva. Por eso es que creemos que el *test* propuesto es uno apropiado para definir los límites de la responsabilidad objetiva.

### III. DEFINIENDO EL TEST DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Cuando se presenta un caso para ser juzgado bajo cualquiera de los dos tipos de *Learned Hand test*, se hace un análisis costo-beneficio por una institución gubernamental (un juez o jurado) sobre los costos relativos del accidente y los incurridos para evitarlo<sup>18</sup>. La responsabilidad se colocaría en la parte inicialmente exenta de responsabilidad sólo si *quien toma las decisiones* encuentra que los beneficios de evitar los daños (i.e., no incurriendo en el costo del accidente) serían mayores a los costos incurridos para evitarlos. El *test* de responsabilidad objetiva que sugerimos no requiere que una institución gubernamental realice tal análisis costo-beneficio. Únicamente requiere de una institución semejante una decisión respecto a cuál de las partes del accidente *está en la mejor posición para realizar el análisis costo-beneficio entre los costos del accidente y los costos de evitarlo y para actuar sobre la base de aquella decisión una vez que sea tomada*. La cuestión para la corte se reduce a una búsqueda de aquél que evita los costos de manera más barata.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Como nuestra discusión subsiguiente indica, las implicancias prácticas de los dos *tests* también son muy diferentes. Podría darse el caso, por ejemplo, que un *test* resulte en más disputas sobre el traslado de pérdidas de las que resultarían del otro y, por tanto, resultaría en mayores costos administrativos. Esta consideración práctica era inválida según Holmes. Ver, HOLMES, O. "The Common Law". Howe Ed., 1963. p.76-77. Pero *cfr.* COSTS, nota 10 *supra*, p.261-262.

<sup>16</sup> Considere, por ejemplo, un *test* en virtud del cual una agencia de prevención de accidentes con conocimiento de todo lo que ocurre emite a la parte pertinente una orden para evitar un accidente cuando valga la pena evitarlo, con una sanción lo suficientemente severa como para garantizar que la orden será acatada. Comparar COSTS, nota 10 *supra*, p.111-113. Ver nota 73 *infra*.

<sup>17</sup> Estos supuestos se vinculan, *inter alia*, al costo de información para cada parte, la ausencia de impedimentos psicológicos u otros para actuar sobre la base de información disponible, los costos administrativos de trasladar las pérdidas, y la medida en que las partes asumen realmente los costos que los *tests* particulares imponen sobre ellos. Estos son principalmente, en términos de los economistas, supuestos relacionados a los costos de transacción y externalización. Ver generalmente COSTS, nota 10 *supra*, p.55-64, 143-150, 178-186, 244-250.

<sup>18</sup> La decisión podría ser tomada también por el legislador, tal como a veces sucede mediante la aplicación del concepto de "negligencia *per se*". Ver 2 HARPER, F. & F. JAMES. "The Law of Torts". 17.6, 1956. La historia de los roles respectivos de los jueces y jurados en la configuración del análisis puede ser visto en casos tales como Grand Trunk Ry. v. Ives, 144 US, 408 (1892); Baltimore & O.R.R. v. Goodman, 275 U.S. 66 (1927); Pokora v. Wabash Ry., 292 U.S. 98 (1934) (limitando a Goodman); Lorenzo v. Wirth, 170 Mass, 596, 49 N.E. 1010 (1897); y Sylvester v. Shea, 280 Mass, 508, 182 N.E. 916 (1932). Ver también NIXON. "Changing Rules of Liability in Automobile Accident Litigation". En: Law & Contemp. Prob., No. 3, 1936, p.476.

<sup>19</sup> Se ha definido en otro lugar a aquél que evita los costos de manera más barata como la parte "a la cual, quien asume inicialmente de manera arbitraria los costos del accidente, encontraría más valioso 'sobornar' para obtener aquella modificación en el comportamiento que reduciría lo máximo posible los costos del accidente." COSTS, nota 10 *supra*, p.135. Esta definición, a diferencia de la terminología que hemos venido usando en este artículo, incluye los costos incurridos para evitar accidentes dentro del término "costos de accidentes". Debe tenerse en claro para la reflexión que el soborno "más valioso" sería aquél otorgado a la parte que esté en la mejor posición tanto para determinar cuáles medidas para evitar los costos de los accidentes resultarán en la mínima suma de costos para evitar accidentes y costos de accidentes (esto es, para efectuar el análisis costo beneficio) como para actuar en base a tal determinación. No es nuestra intención sugerir que la parte que se encuentra en la mejor posición para efectuar el análisis costo beneficio está siempre en la mejor posición para actuar en base a él; donde aquél no sea el caso, la decisión requiere medir las ventajas comparativas.

La imposición de los costos del accidente sobre quien evita los costos de manera más barata tendrá, por supuesto, su propio grupo de consecuencias distributivas, y éstas bien podrían diferir de aquéllas que resulten de las aplicaciones del *Learned Hand test* o del *Learned Hand test inverso*.

Así establecido, suena como si el *test* de responsabilidad objetiva fuese sencillo de aplicar. En vez de requerir, como lo hace el *Learned Hand test*, un juicio sobre si un causante de daños *debió* evitar los costos del accidente porque los costos de prevención eran menores que los costos previsibles del accidente, el *test* de responsabilidad objetiva simplemente requeriría una decisión sobre si el causante del daño o la víctima estaban en una mejor posición tanto para juzgar si los costos incurridos para evitar el accidente rebasarían los costos previsibles del accidente, como para actuar sobre la base de dicho juicio<sup>20</sup>. El asunto no es *si es que* evitar el accidente vale la pena, sino cuál de las partes se encuentra en una mejor posición relativa de descubrir si evitarlo vale la pena. Este juicio no es de ninguna manera sencillo, pero nosotros estimamos que, en la práctica, efectuarlo correctamente sería usualmente más fácil que realizar el juicio requerido tanto bajo el *Learned Hand test* como bajo su versión inversa<sup>21</sup>. Esto también implica un menor grado de intervención estatal a aquél que requiere cualquiera de los tipos de *Hand tests*<sup>22</sup>.

Como un primer paso para determinar qué implica dicho *test* de responsabilidad objetiva, nosotros proponemos examinar cómo los asuntos surgidos en las cortes respecto de diversas áreas de la responsabilidad objetiva se vinculan con el *test* propuesto. Primero, haremos esto en un contexto muy simplificado, tratando a los accidentes como si sólo involucraran al causante de daños y a la víctima. Luego, examinaremos qué implica para el *test* considerar a los accidentes como eventos que involucren categorías enteras de víctimas, causantes de daños y terceros afectados.

En casos de responsabilidad objetiva por productos, la primera pregunta que se hace es “¿había algún defecto?” Un defecto puede ser definido como que simplemente algo salió mal. Todo lo que eso a su vez significa, sin embargo, es que se pudo haber diseñado un producto más seguro, y esto significaría que hay un defecto ahí donde ocurra un accidente. En cambio, si se define la existencia de un defecto como la falla de un producto para alcanzar los niveles que sean considerados como costumbre en el comercio, entonces la responsabilidad objetiva sería incluso menos exitosa que el *Learned Hand test* en alcanzar la reducción óptima de los costos primarios de los accidentes.<sup>23</sup> No es sorprendente, entonces, que las cortes hayan tendido a rechazar ambos extremos<sup>24</sup>.

En reemplazo, las cortes se han inclinado a determinar si es que existe un defecto formulando una serie de preguntas secundarias relacionadas a (a) qué tan adecuada es la advertencia y (b) el uso dado al producto. Éstas se han percatado que la asunción del riesgo por parte de la víctima podría servir ya sea para negar la existencia de un defecto como para ser una defensa del mismo<sup>25</sup>. En efecto, la defensa de la asunción del riesgo puede ser vista como lo suficientemente amplia como para abarcar qué tan adecuada es la advertencia y el uso apropiado del producto, los cuales son a su vez formas apropiadas para dar cabida a algunas de las preguntas implícitas en el *test* de responsabilidad objetiva que hemos ofrecido.

Veamos primero qué tan adecuada deba ser la advertencia. Supongamos que un producto ocasionalmente causa que la pierna del usuario se desprenda. La omisión de advertir al usuario potencial que esto podría ocurrir en un 0.0001 por ciento de los casos

<sup>20</sup> Estamos asumiendo para los propósitos de nuestra discusión en el presente artículo que los costos de los accidentes y los costos para evitarlos no sólo son determinables sino también fungibles, de manera que el análisis costo-beneficio involucra sólo una comparación de los costos relativos. Nos inclinaríamos por pensar que en la práctica, el juez o jurado que efectúe el análisis costo beneficio bajo el *Learned Hand test* sería afectado significativamente por consideraciones ajenas a los costos relativos de los accidentes y de evitar los mismos, a pesar que esto es negado expresamente por el Profesor Posner. POSNER, nota 9 *supra*, p. 31-32, 33-34. Estas otras consideraciones, que involucran el valor colectivamente determinado de las partes y de las actividades en las que éstas participan, son de hecho de crucial importancia para determinar el tipo y nivel de actividades causantes de costos de accidentes que la sociedad desea permitir. La manera en la que las introduciremos en la decisión será discutida bajo el título de “disuasión específica” en COSTS, ver nota 10 *supra*, p. 95-129, 174-198. Ver también notas 72 & 73 *infra* y texto adjunto.

<sup>21</sup> Es un juzgamiento más sencillo porque analiza preguntas tales como qué parte está mejor informada en cuanto a riesgos y alternativas, en lugar de preguntas que requieren medir los costos de accidentes y de evitarlos, teniendo que ser ambos subjetivamente determinados por el examinador de hecho.

<sup>22</sup> Ver p. 1074-75 *infra*.

<sup>23</sup> El *Learned Hand test* se pregunta si una medida para evitar un accidente costaría menos de lo que ahorraría en costos de accidentes, y esto tiene muy poco que ver con la costumbre. Ver POSNER, nota 9 *supra*, p. 39. La costumbre no ha sido generalmente una defensa bajo el sistema de culpa, a pesar que puede ser tan admisible como relevante para determinar lo que es una conducta apropiada bajo las circunstancias. 2 HARPER F. & F. JAMES, “The Law of Torts”, 17.3.

<sup>24</sup> En cuanto al rechazo de la costumbre como una defensa absoluta en casos de responsabilidad objetiva por productos, ver, por ejemplo, Williams v. Brown Mfg. Co., 93 111. App. 2d 334, 236 N.E.2d 125, 138 (1968); Badorek v. General Motors Corp., 11 Cal. App. 3d 902, 935, 90 Cal. Rptr. 305, 328 (1970) (dictum), citando ambos la famosa opinión del Juez Hand en The T.J. Hooper, 60 F.2d 737 (2d Cir. 1932), *cert. denied sub nom.* Eastern Transportation Co. v. Northern Barge Co. 287 U.S. 662. El rechazo del otro extremo está implícito en el rechazo de la noción de que el fabricante es responsable sin excepción por los accidentes surgidos del uso de sus productos. Ver, por ejemplo, los casos de responsabilidad por productos citados en la nota 5 *supra*.

<sup>25</sup> Ver nota 4 *supra*.

resultaría normalmente en responsabilidad del fabricante<sup>26</sup>. Pero incluso es improbable que una advertencia semejante permita al usuario hacer un análisis costo-beneficio inteligente entre los costos del accidente y aquéllos incurridos para evitarlo. Salvo que el usuario tenga razón para creer que él se encuentra en la categoría peligrosa y salvo que exista un sustituto cercano, que evite el peligro a algún costo, el usuario difícilmente se encuentra en una posición para evaluar los beneficios del producto respecto de sus costos. Parecería que el fabricante no se encuentra en una mejor posición, pero éste no sería el caso si nos movemos de una situación estática a una dinámica. Mediante el desarrollo de un nuevo producto o de un *test* que sirva para identificar al 0.0001 por ciento riesgoso, el fabricante se encuentra en posición de comparar los costos existentes del accidente con los costos incurridos para evitar este tipo de accidente. El consumidor no puede en la práctica hacer esta comparación. Relativamente, el fabricante es quien puede evitar los costos de la manera más barata, la parte en una mejor posición para hacer el análisis costo-beneficio y actuar sobre la base de él.

En caso se desarrolle un "*test* complementario" que permita al consumidor identificarse a sí mismo como un usuario especialmente riesgoso, la situación bien podría cambiar. La existencia del "*test* complementario", vendido conjuntamente con el producto y junto con una advertencia, podría ser suficiente para hacer del consumidor la parte con mayor capacidad para evitar los costos del infortunio<sup>27</sup>. Esto dependerá en parte, pero sólo en parte, de la naturaleza de la advertencia y de qué tan adecuado es dicho "*test* complementario" (incluyendo la facilidad del uso). Incluso si la advertencia es indefectiblemente clara y

el "*test* complementario" 100 por ciento preciso, sin embargo, el fabricante aún podría estar en una mejor posición para hacer un análisis costo-beneficio. Ello, considerando que el análisis depende no sólo de qué tan adecuada es la advertencia y la posibilidad que un usuario riesgoso sea capaz de identificarse a sí mismo, sino también de la disponibilidad de alternativas al producto<sup>28</sup>. Si el producto es un cosmético con muchos sustitutos cercanos, identificando y advirtiendo claramente al grupo riesgoso muy probablemente pondría al usuario en la mejor posición para escoger. Si, en cambio, el producto es un medicamento cuyo uso es la única manera de salvar la vida del usuario, identificar y advertir a los usuarios riesgosos probablemente no bastará para hacer que los usuarios sean quienes están en la mejor posición de elegir<sup>29</sup>. Bajo esas circunstancias, el fabricante estaría en una mejor posición para comparar el costo de la pierna ocasionalmente perdida con el *costo de mayor investigación* diseñada para dar surgimiento a un adecuado sustituto que implique menos riesgos, o riesgos equivalentes pero respecto de otro grupo determinable<sup>30</sup>.

Nosotros no pretendemos sugerir que estos ejemplos resuelven la cuestión, pero deben servir para indicar por qué, cuando las cortes preguntan sobre qué tan adecuada fue la advertencia para tratar de determinar si es que existe un defecto, se encuentran frecuentemente en el camino correcto. Los ejemplos también demuestran por qué la mera claridad de la advertencia o meros porcentajes de propensión del daño podrían no resolver la cuestión por sí solos. Porque éstos son sólo factores que van hacia la pregunta básica de quién se encuentra en la mejor posición para hacer el análisis costo-beneficio y actuar de acuerdo a él, y deben ser considerados en conjunto con otros facto-

<sup>26</sup> Ver, por ejemplo, *Davis v. Wyeth Laboratories, Inc.*, 399 F.2d 121 (9th Cir. 1968); *Basko v. Sterling Drug Inc.*, 416 F.2d 417, 430 (2d Cir. 1969).

<sup>27</sup> Ver, por ejemplo, *Matthis v. Lehn & Fink Products Corp.*, 70 Wash.2d 541, 424 P.2d 284 (1967).

<sup>28</sup> Las alternativas incluyen no sólo a los productos sustitutos, sino también al no uso del producto.

<sup>29</sup> Esto es porque aquél que evita los costos de manera más barata debe ser capaz de efectuar el análisis requerido y actuar sobre la base de él, y la única acción significativa es una que reduzca el riesgo. Donde el producto sea la única medicina que salvará la vida del usuario, es irrelevante señalar que el usuario está en una posición para actuar sobre la base del análisis.

El costo de la acción del fabricante en una situación semejante (esto es, investigación para productos alternativos) podría tener en el largo plazo un efecto no deseado. Cargarle los costos al fabricante podría reducir indebidamente el número de compañías de medicamentos o su producción. Si el efecto en el largo plazo, en caso exista, es suficientemente adverso como para negar el efecto en el corto plazo depende de la habilidad relativa de los usuarios contra la de los fabricantes para evitar los costos del accidente en el largo plazo, esto es, cuál es el que evita los costos de manera más barata en el largo plazo. En este ejemplo es difícil ver qué podría hacer el usuario en el largo plazo. Sin embargo, en otras situaciones el asunto del largo plazo podría resultar en los méritos relativos de una mayor producción en diferentes industrias.

Los efectos no deseados en el largo plazo podrían, desde luego, ser manejados mediante subsidios gubernamentales financiados por impuestos globales sobre quien evita los costos de manera más barata en el largo plazo; esto nos parece por lejos una mejor solución que negar la responsabilidad. Para un tratamiento más detallado de los problemas de evitar los costos a largo plazo contra los de corto plazo, ver Calabresi, nota 12 *supra*.

<sup>30</sup> La discusión en el presente trabajo simplifica de sobremanera las alternativas. El fabricante podría, por ejemplo, decidir identificar a los usuarios de alto riesgo y venderles los productos a un precio más alto. Ver *Costs*, nota 10 *supra*, p. 170-171. Si se le permite hacer esto, y si hacerlo es económicamente razonable, las consecuencias en el largo plazo de imponerle responsabilidad -referidas en la nota 28 *supra* -podrían ser evitadas. Ver, *Ibid.*, p.162, 168-172.

res tales como la disponibilidad de sustitutos y la naturaleza del uso del producto por el usuario, para efectos de determinar la responsabilidad.

La relevancia del uso para el cual se ha diseñado el producto ha parecido especialmente complicada para las cortes<sup>31</sup>. El hecho que una cortadora de césped no haya sido diseñada para proteger a su conductor en caso éste decida conducirla en la vereda no debe ser visto como un defecto del diseño que haga al fabricante responsable respecto a los usuarios o rescatistas. Pero tampoco una advertencia que indique que la cortadora de césped no debería ser usada donde hayan rocas debería *excluir* la responsabilidad del fabricante respecto de transeúntes golpeados por las rocas o incluso respecto del propio usuario. Nuevamente, la cuestión es quién es mejor para efectuar un análisis costo-beneficio y actuar sobre la base de él, visto en términos realistas. Muchos usos de un producto, pese a ser prohibidos por el fabricante, en realidad no son inesperados. Otros usos, a pesar de no estar prohibidos, son de hecho tan inusuales que colocan al usuario en una mejor posición que el fabricante para hacer el análisis costo-beneficio.

Mas aún, la pregunta sobre si el fabricante pudo anticipar suficientemente el uso<sup>32</sup> como para estar en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio tiene poco que ver con si la sociedad considera que el uso vale sus costos. En otras palabras, es lógicamente distinto de la pregunta sobre si el usuario fue negligente concurrente. Entonces, un usuario podría tener una excelente razón para conducir la cortadora de césped por la vía (los beneficios del uso exceden los costos), en cuyo caso quien decide colectivamente en un régimen de negligencia / negligencia concurrente no considerará que su conducta contribuyó a la generación del daño. Pero aún tal usuario

sería con toda seguridad un mejor evaluador de los costos y beneficios involucrados que el fabricante. Como consecuencia, su demanda de responsabilidad objetiva contra el fabricante por los daños que resulten de dicho manejo fracasaría<sup>33</sup>. Al revés, el hecho que el uso del producto sea considerado negligente de manera concurrente no significa necesariamente que el fabricante no esté en una mejor posición que el usuario para evaluar los costos y beneficios. Para tomar un ejemplo de un área distinta a la responsabilidad objetiva, un trabajador podría utilizar negligentemente un equipo y, sin embargo, su empleador podría estar en una mejor posición para evaluar los costos y beneficios relevantes. Esto es, él podría conocer la propensión al uso negligente y estar en mejor capacidad para evaluar un equipo sustituto que no pueda ser utilizado negligentemente con facilidad. Esto explica por qué la negligencia concurrente no ha sido una defensa inevitable para una acción basada en responsabilidad objetiva<sup>34</sup>.

Esperamos que la discusión precedente sobre qué tan adecuada es una advertencia y el uso apropiado haya hecho pensar al lector que de lo que hemos hablado extrañamente suena como asunción del riesgo, pero en su sentido original y no en su sentido secundario y técnicamente inapropiado de negligencia concurrente<sup>35</sup>. La doctrina de la asunción del riesgo - pese a ser aplicada de una manera exageradamente equivocada por las cortes, las cuales no han analizado de una manera realista si el demandante tenía en la práctica el requisito de conocimiento y la posibilidad de elección que la doctrina implicaba - es esencial para el entendimiento de un mundo sin culpa<sup>36</sup>. Es, y siempre ha sido, un tipo de responsabilidad objetiva del demandante - la otra cara de la moneda de la responsabilidad objetiva del demandado. Incluso podría llegar al extremo de negar la negligencia del

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo, *Brown v. General Motors Corporation*, 355 F.2d 814 (4º Cir. 1966); *Helene Curtis Industries Inc. v. Pruitt*, 385 F.2d 841 (5º Cir. 1967).

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, *Higgins v. Paul Hardeman, Inc.* 457 S.W.2d 943 (Mo. App., 1970); y *Dunham v. Vaughan & Bushnell Mfg. Co.* 86 Ill. App. 2d 315, 229 N.E.2d 684 (1967), sosteniendo que un uso anormal de un producto libera de responsabilidad al demandado sólo si ese uso no es razonablemente previsible.

<sup>33</sup> Ver, por ejemplo, *Greeno v. Clark Equipment Co.*, 237 F. Supp. 427, 429 (D.Ind. 1965), donde la corte señaló que a pesar que la negligencia concurrente no es una defensa para la responsabilidad objetiva de productos, el "mal uso" es una defensa.

<sup>34</sup> Ver, por ejemplo, *Bachner v. Pearson*, 479 P.2d 319 (Alaska, 1970); *Barth v. B.F. Goodrich Tire Co.*; 265 Cal. App. 2d 228, 71 Cal. Rptr. 306 (1968).

<sup>35</sup> En su sentido original, o "primario", la asunción del riesgo impide la recuperación que le correspondería aquel demandante que voluntaria y razonablemente escoge toparse con un riesgo conocido. Ver, 2 HARPER, F. & F. JAMES. "The Law of Torts". 21.1. 1956.

<sup>36</sup> Cfr. KALVEN. "Torts: The Quest for Appropriate Standards". En: *Calif. Law Review*, No. 53, 1965. p.189, 206, sugiriendo que hay una "analogía obsesiva" entre el énfasis del Juez Traynor en la inhabilidad del consumidor para detectar defectos en los bienes que adquiere (esto es, para evitar los riesgos) y la distinción efectuada en términos de asunción del riesgo entre accidentes de tráfico y "accidentes" entre propietarios adjuntos por Blackburn, J., en *Fletcher v. Rylands*, L.R. 1 Exch. 265, 287 (1866), *aff'd sub nom.* *Rylands vs. Fletcher* L.R. 3 H.L. 330 (1868).

Otra analogía interesante es aquella entre el énfasis del Juez Traynor sobre consideraciones distributivas (Ver, por ejemplo *Escola v. Coca Cola Bottling Co. de Fresno*, 24 Cal. 2d 153, 150 P.2d 136 (1944) (opinión concurrente) y la sugerencia de Bohlen que los jueces que redactaron las opiniones en *Fletcher v. Rylands* buscaban proteger a la gente de la tierra contra las usurpaciones de la industria. BOHLEN. "The Rule in *Rylands v. Fletcher*". En: *U. Pa. L. Rev.* 1911. p.298. Ver generalmente la parte VI, *infra*.

demandado, mediante la emisión de un juicio que señale que a pesar que la conducta del demandado no valía sus costos (i.e., fue negligente), el demandante estaba en una mejor posición que el demandado para evaluar los costos y beneficios involucrados (i.e., el demandante asumió el riesgo). Así como el empleador podría estar en la mejor posición para evaluar los costos y beneficios de un equipo dada la propensión de la negligencia ocasional de los trabajadores (responsabilidad objetiva del demandado), de la misma manera un espectador en un partido de béisbol podría estar en una mejor posición para evaluar el deseo de sentarse en una gradería sin malla, dada la propensión de lanzamientos peligrosos que se producen ocasionalmente durante el partido, que podrían resultar en que el espectador sea golpeado en la cabeza (responsabilidad objetiva del demandante, o asunción del riesgo)<sup>37</sup>. En ambas situaciones, la conclusión sobre si el costo de un accidente debe ser trasladado no depende de si una parte fue negligente, sino más bien de un juicio respecto de si la parte estaba en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio, independientemente de la negligencia del otro<sup>38</sup>. En cada situación, la responsabilidad objetiva (sea del demandado o del demandante) es impuesta sin importar si la otra parte “debió” hacer lo que hizo.

Interpretada apropiadamente, la doctrina de la asunción del riesgo no sólo abarca las interrogantes que las cortes se están preguntando hoy en día sobre qué tan adecuada es la advertencia y el uso apropiado del bien, sino que también puede ser vista en el sentido que abarca mucho de la rúbrica tradicional por la cual las formas clásicas de la responsabilidad objetiva fueron limitadas. Estas formas de responsabilidad, sea respecto a animales, actividades altamente riesgosas, situaciones *Fletcher v Rylands*<sup>39</sup> o inclusive compensación de trabajadores, fueron limitadas en dos formas generales. El primer límite fue puesto usualmente en términos respecto de si el daño se originó por el riesgo cuya presencia fue la razón para hacer responsable objetiva a la actividad. ¿Invadió una vaca una propiedad o en cambio ha mordido a un vecino; ha despedazado un tigre a alguien, o simplemente ha masticado

do pasto; explotó una bomba, o sólo se rodó y aplastó el pie de alguien?<sup>40</sup> El segundo límite fue puesto usualmente en términos respecto de si la víctima ha hecho algo que, si bien no necesariamente *negligente*, lo ha expuesto especialmente al riesgo. ¿La víctima se involucró en un uso “anormal” de su tierra; la víctima, un zoólogo, entró a la jaula del tigre para estudiar los hábitos de los felinos grandes; la víctima fue a donde ninguna compañía de detonaciones pudiese haber esperado hayan personas?<sup>41</sup> Al establecer estos límites, las cortes estaban en efecto emitiendo juicios respecto de si el causante de daños o la víctima pudieron decidir mejor las ventajas de la prevención en relación con los costos del accidente. Ambos límites sugieren preguntas tales como quién tiene el mayor conocimiento del riesgo involucrado y quién está en una mejor posición para escoger evitar ese riesgo mediante la modificación de una conducta en caso el riesgo parezca muy grande. Más aún, al discutir estas preguntas, las cortes parecían considerar irrelevante la pregunta sobre si un tercero que tomase la decisión aprobaría o no la decisión tomada, y, en cambio, se concentraban en la pregunta sobre quién podría tomar mejor la decisión. En otras palabras, la cuestión no estaba en si el propietario del terreno *debió* construir un reservorio o mantener tigres, como en efecto lo hizo. Tampoco era si la víctima actuó “razonablemente” al involucrarse en un uso anormal de su propiedad o al entrar a la jaula del tigre. En cambio, ésta estaba en si su situación lo hacía estar mejor preparado que el propietario para comparar los beneficios y los costos del riesgo que tomó.<sup>42</sup>

Empero, decir esto es permanecer en un nivel demasiado sencillo. Hasta ahora simplemente hemos asumido un causante de daños y una víctima, cuando en realidad cada uno pertenece a una categoría quienes realizan las detonaciones, propietarios de fábricas, usuarios de productos, trabajadores, y así sucesivamente<sup>43</sup>. Hemos asumido que los costos de pagar por accidentes o por evitarlos recaen en el individuo y, entonces, que la decisión costo – beneficio bajo la regla de la responsabilidad objetiva se efectúa en un nivel totalmente descentralizado. Más aún, hemos

<sup>37</sup> Cfr. *Kavafian v. Seattle Baseball Club Ass'n*, 105 Wash. 215, 177 P. 776, 181 P. 679 (1919).

<sup>38</sup> Por ello, la responsabilidad objetiva no puede ser explicada como lo “opuesto” de la negligencia, o como un *Learned Hand Test* inverso, puesto que si así fuese, éste tendría que tomar en consideración la negligencia del causante de daños, esto es, negligencia concurrente inversa (ver pp.1058-1059 supra) para determinar si trasladar el costo del causante de daños a la víctima debido a la conducta de la víctima.

<sup>39</sup> *Fletcher v. Rylands*, 3 H & C 774, 159 Eng. Rep. 737 (1865), *rev'd Fletcher v. Rylands*, L.R. 1 Exch. 265 (1866), *aff'd Rylands v. Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330 (1868).

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, *Hartford v. Brady*, 114 Mass. 466 (1874); *Wiggings v. Industrial Accident Bd.*, 170 P. 9 (Mont., 1918); *Scribner v. Kelley*, 38 Barb. 14 (NY 1862); *Troth v. Wylls*, 8 Pa. Super. 1 (1897) (diferiendo de *Wickham*, J.).

<sup>41</sup> Ver, por ejemplo, *Rozewsky v. Simpson*, 9 Cal. 2d 515, 71 P.2d 72 (1937); *Oklahoma City vs. Hudson*, 405 P.2d 178 (Okla. 1965); *Harder v. Maloney*, 250 Wis. 233, 26 N.W.2d 830 (1947).

<sup>42</sup> Ver, por ejemplo, *Rozewsky v. Simpson*, 9 Cal. 2d 515, 71 P.2d 72 (1937).

<sup>43</sup> Ver generalmente *Costs*, nota 10 supra, *passim*.

ignorado los problemas que surgen cuando la víctima no es el detonador ni el detonado, sino un tercero rescatista, ni el fabricante de la cortadora de césped ni el usuario que la conduce en la vereda, sino un transeúnte que es golpeado cuando ésta se pone fuera de control. Obviamente, tales problemas no pueden ser ignorados bajo un estándar de culpa ni de responsabilidad objetiva<sup>44</sup>. Asimismo, hemos evitado el problema de quién debe decidir qué categoría está en la mejor posición para hacer un análisis costo-beneficio y actuar de acuerdo a éste, y qué tan generalizada debe estar esta decisión. Esto es, hemos ignorado (a) quién decide si los que realizan la detonación están generalmente mejor preparados que los afectados por ésta para balancear los costos y beneficios, (b) cuántas excepciones se permitirán a esta noción general, y (c) a quién se le permitirá encontrar que una situación determinada configura una excepción. Estos problemas no alteran el *test*; sin embargo, requieren algo más de sofisticación en su aplicación.

### IV. PERFECCIONANDO EL *TEST* DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

#### A. Nivel y generalidad de aplicación

Las mayores diferencias entre las áreas de responsabilidad objetiva se dirigen precisamente a la pregunta referida al nivel de generalidad al que se toma una decisión respecto de la categoría o parte que está en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio apropiado. Generalmente, en actividades de detonación y altamente riesgosas, la decisión tomada por la corte en el sentido de quien realiza la detonación está en una mejor posición para hacer el análisis costo-beneficio se encuentra en un alto nivel de generalidad. En muchas jurisdicciones la decisión contempla virtualmente ninguna excepción en tanto el daño surja del riesgo que hizo de la actividad una altamente riesgosa<sup>45</sup>. La propensión de que la víctima se comporte estúpidamente o la sensibilidad inusual de algunas víctimas son muchas veces mejor consideradas quien realiza la detona-

ción. Es cierto que algunas cortes han hecho surgir la pregunta de si debe haber responsabilidad cuando quien realiza la detonación eligió un lugar que parecía estar totalmente desierto<sup>46</sup>. La víctima, han dicho efectivamente estas cortes, está en una mejor posición para medir los costos de ubicarse en un lugar tan inusual en relación con los costos de tomar cualesquiera riesgos que puedan haber por estar en un lugar tan inesperado. Pero algunos jueces, en efecto, han razonado que no valdría la pena hacer tal excepción, precisamente porque requerirá mayores juicios individualizados<sup>47</sup>. Quizás una víctima ocasional estaría en mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio, pero el costo administrativo de lidiar con tales circunstancias no valdría la pena, dada su presunta rareza.

En la responsabilidad objetiva por productos, en cambio, el juicio, nuevamente emitido por las cortes, que los grandes fabricantes están en una mejor posición que los usuarios para hacer el análisis costo-beneficio se considera es mucho menos aplicable de manera general, y al fabricante le es permitido intentar demostrar en cada caso específico que el usuario estaba en la mejor posición para hacer el análisis. Las preguntas formuladas respecto de cuán adecuada es una advertencia y a qué tan apropiado es el uso y, en algunas jurisdicciones, la disponibilidad de la defensa de negligencia concurrente, sugieren qué tan lejano está de ciertas cortes que la premisa generalizada de que el fabricante es quien evita los costos de manera más barata se aplicará al caso individual<sup>48</sup>. Como resultado, se le permite a una combinación de juez y jurado encontrar que, dada la disponibilidad de sustitutos, qué tan adecuada es la advertencia y la capacidad de un usuario individual para identificarse a si mismo como especialmente riesgoso o seguro, el postulado general sobre quién es el mejor capacitado para comparar los riesgos y beneficios no resultará aplicable. El hecho que tales determinaciones sean hechas en formas que son mucho más realistas de lo que fueron decisiones análogas en casos antiguos de asunción de riesgo, es la lección de casos como *Henningsen*

<sup>44</sup> Ver *Sills v. Massey Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969), y casos allí citados.

<sup>45</sup> Ver, por ejemplo, *Bedell v. Goulter*, 199 Ore. 344, 261 P.2d 842 (1953).

<sup>46</sup> Ver, por ejemplo, *Houghton v. Loma Prieta Lumber Co.*, 152 Cal. 500, 93 P. 82 (1901); *Kendall v. Johnson*, 51 Wash. 477, 99 P. 340 (1909).

<sup>47</sup> Los costos administrativos de realizar tales juzgamientos individualizados presumiblemente serían muy elevados. Ver, por ejemplo, *Whitman Hotel Corp. v. Elliot & Watrous Engineering Co.*, 137 Conn. 562, 79 A.2d 591 (1951) (concurriendo Baldwin, J.) notando que tales limitaciones en la responsabilidad objetiva para el caso de las detonaciones "añade una calificación o condición confusa e innecesaria." 137 Conn. p. 576, 79 A.2d. p. 598.

<sup>48</sup> New Jersey es una jurisdicción en donde la negligencia concurrente permanece como una defensa de la responsabilidad objetiva. *Maiorino v. Weco Products Co.*, 45 N.J. 570, 214 A.2d 18 (1965). *Cfr.* *Cintrone v. Hertz Truck Leasing & Rental Service*, 45 N.J. 434, 212 A.2d 769 (1965). En parte, esto puede ser el resultado del abandono de la defensa de la asunción del riesgo en New Jersey. Ver nota 55 *infra*. Ver generalmente Supp. al 2 HARPER, F. & F. JAMES "The Law of Torts", 22.7. 1968.



y *Sills*<sup>49</sup>. Pero esto no desdice de manera alguna el juicio que para determinar quién está mejor capacitado para hacer un análisis costo-beneficio en casos de responsabilidad por productos, vale la pena un cierto grado de análisis caso por caso.

La compensación a los trabajadores difiere tanto de la responsabilidad por actividades altamente riesgosas como de la responsabilidad por productos en que la decisión original fue tomada legislativamente. También difiere en que ésta tiende a dividir la decisión de quién está en una mejor posición para evaluar los costos y beneficios en virtud del *tipo de daño* en vez del *tipo de accidente*. Aquí no estamos interesados en el hecho que los cronogramas de compensación de los trabajadores estén irremediamente fuera de fecha<sup>50</sup>, pero en cambio sí lo estamos con el mero hecho que ellos se relacionen con los daños sobre la base de un cronograma. El resultado de esto es que la medida de los daños sufridos por pérdidas de altos funcionarios e incluso pérdidas de salarios sería aquella que correspondería a un trabajador ordinario haciendo ese trabajo. Si un gran violinista se destroza su mano en una fundición, causándole un sufrimiento extremo y pérdidas económicas, ése fue el resultado del riesgo que asumió. Uno podría contrastar esto con casos que involucren actividades altamente riesgosas donde, con excepción de situaciones sumamente inusuales, uno toma a su víctima como uno lo encontró. De otro lado, el hecho que un trabajador es advertido que una máquina es especialmente peligrosa, o que debe ser usada de una manera determinada, no negará la responsabilidad del empleador, desprovisto de extremos tales como comportamiento desenfrenado y premeditado de la víctima<sup>51</sup>.

Sin entrar en mayor detalle, uno puede discernir una cierta racionalidad en estos casos respecto al nivel apropiado de generalidad de la decisión original de responsabilidad y las excepciones correspondientes. Esto no significa que estemos de acuerdo con todos los casos, de ninguna manera. Pero no es irrazonable suponer que un violinista es el mejor evaluador de las ventajas y costos relativos de trabajar en una fundición, en relación con el sufrimiento que él

sufriría si pierde su mano, mientras que no es probable que él esté en la misma posición respecto de los daños causados por detonaciones. Igualmente, el usuario de un producto podría estar en una buena posición para evaluar si es que él quiere usar un determinado producto en una manera determinada a pesar de la advertencia del peligro de hacerlo, mientras que un empleado usando ese mismo producto en el trabajo puede no estar tan bien posicionado. Si sumamos a las consideraciones anteriores los costos administrativos inherentes a permitir un intento por demostrar una excepción a la regla general, es fácil comprender los niveles de generalidad que han surgido en la realidad<sup>52</sup>.

## B. Categorías de causantes de daños y víctimas

Hasta el momento hemos discutido los problemas involucrados en minimizar los costos de accidentes primarios como si el causante de daños o la víctima asumiesen efectivamente las pérdidas sufridas. Como ha sido discutido ampliamente en otra oportunidad, claramente ése no es el caso<sup>53</sup>. La existencia de seguros y de otras formas en las que el costo es removido de quien inicialmente los asume y asumido finalmente por otros no requiere ser examinado aquí. Sin embargo, el efecto de factores tales como seguros en la elección de la parte que sería declarada como responsable bajo un *test* de responsabilidad objetiva debe hacerse explícito.

No hace ningún bien dejar el costo del accidente en la víctima en un caso de responsabilidad por productos, sobre la base de que está en una mejor posición que el causante del daño para hacer un análisis costo-beneficio, si la víctima no asumirá la pérdida en ningún caso. El asunto debe ser si, dado el hecho de esta "externalización", quien *efectivamente* asume la pérdida está en una mejor posición de la que está el causante del daño para hacer el análisis (asumiendo, por supuesto, que el causante del daño asumirá la pérdida si se le considera responsable). El punto es sencillo y no necesita ser tratado extensamente. La decisión crucial sobre quién está en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio apropiado debe ser hecho dentro de las *categorías* que efectivamente asumen una pérdida y no dentro de los

<sup>49</sup> Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960); Sills v. Massey Ferguson, Inc., nota 44 *supra*.

<sup>50</sup> Ver Boletín No. 161 emitido por la Oficina de Estándares Laborales del Departamento de Trabajo de E.E.U.U., "State Workmen's Compensation Laws" (1969).

<sup>51</sup> Ver 1<sup>a</sup>, LARSON, A. "Workmen's Compensation Law". 1967. p. 31.

<sup>52</sup> Desde luego, los costos administrativos incluyen la propensión al error que podría resultar de un acercamiento particular, así como los costos de adjudicar disputas particulares. Ver Costs, nota 10 *supra*, p.251, 255-259.

<sup>53</sup> Ver la discusión sobre externalización en Costs, nota 10 *supra*, pp.144-150, 244-250.

individuos que sólo lo hacen inicialmente<sup>54</sup>.

Este punto es, sin duda, igualmente válido para los dos tipos de *Learned Hand test*. La aplicación sofisticada de dichos *tests* requeriría que el juzgamiento colectivo sobre si vale la pena evitar los costos se haga al nivel de las categorías que terminarían pagando, y no al nivel de causante de daños individual y víctima individual. El hecho que en la práctica esto es casi imposible bajo las reglas existentes de culpa es una de las debilidades del sistema de culpa-seguro como mecanismo para reducir los costos primarios de los accidentes<sup>55</sup>. Sin embargo, en teoría debería admitirse que uno pueda aplicar un *Learned Hand test* al nivel de categorías. Si el lenguaje de culpa, con el estigma que implica, también sería apropiado para tal *test* a un nivel no individual bien podría ser un asunto distinto.

### C. La necesidad de realismo en la aplicación del *Test*

No debería sorprender que consideraciones de conocimiento, alternativas y niveles de categoría sean implícitos en la búsqueda de aquél que puede evitar los costos de manera más barata. El simple hecho que estos factores *son sólo implícitos* en el *test*, sin embargo, nos exige ser extremadamente prácticos en la medición de su existencia en situaciones específicas<sup>56</sup>.

Al respecto, es bueno enfatizar nuevamente la naturaleza relacional del *test*. No importa que no haya virtualmente forma alguna por la que el fabricante de un medicamento riesgoso pueda hacerlo más seguro para aquellos usuarios que no tengan una alternativa real al consumo del medicamento – a pesar que el usuario puede identificarse a si mismo como una parte especialmente riesgosa. *Relativamente*, el fabricante se encuentra en una mejor posición para hacer el único análisis costo-beneficio que interesa, que es uno entre mayor investigación y daños actuales. El problema sería muy diferente si el medicamento tu-

viese sustitutos razonablemente cercanos que acarrearían riesgos distintos para distintos grupos de personas. Un ejemplo podría ser una píldora anticonceptiva que acarrea ciertos riesgos de trombosis a un grupo que puede identificarse a si mismo fácilmente (digamos, a través de un examen sanguíneo), pero que tiene sustitutos – sea otra píldora que evita ese riesgo pero que es eficaz en un poco menos del 100 por ciento (y, por tanto, contiene un riesgo para otro grupo que puede identificarse a si mismo fácilmente, aquellos que no quieren un bebé bajo *ninguna* circunstancia y que objetan los abortos así éstos sean legales), u otros mecanismos anticonceptivos totalmente efectivos, pero incómodos. En este caso, la existencia de sustitutos cercanos podría hacer que sea el usuario quien esté en una mejor posición para conducir el análisis costo – beneficio apropiado.

Asimismo, la necesidad de establecer la habilidad relativa para efectuar un análisis costo-beneficio nos exige mirar de manera realista la habilidad de las partes para actuar bajo la percepción de que se encuentran dentro de categorías riesgosas. Si sólo hay dos medicamentos disponibles para combatir una seria enfermedad, una que implica un riesgo de perder una pierna de 0.0001 por ciento, y la otra que implica un riesgo de perder un brazo de 0.0001 por ciento, no es realista sugerir que el usuario es quien está en una mejor posición para actuar sobre la base de los resultados de un análisis costo-beneficio. Cierto es que los violinistas tendrán la tendencia a preferir un medicamento y los corredores olímpicos el otro, pero para la mayoría de personas no está disponible ninguna elección considerable, y el tamaño del riesgo involucrado es tan pequeño, que parece probable que dejar la pérdida del lado del usuario resultaría en poco incentivo para la investigación<sup>57</sup>. A nosotros nos parece preferible hacer al fabricante responsable y así crear una situación donde haya un incentivo considerable para la investigación, a pesar que esto

<sup>54</sup> Esto no significa que debería haber una regla de responsabilidad para personas aseguradas y otra para las no aseguradas. Al contrario, significa que ideando una regla apropiada para una categoría particular, la disponibilidad de seguro y otros medios de externalización de costos deberían ser tomados en cuenta. La regla de responsabilidad resultante reflejará, así, el grado general de externalización del individuo a la categoría en conjunto, aunque la regla bien podría también ser aplicada a todos aquellos dentro de la categoría, ya sea estén asegurados o no. Ver, por ejemplo, *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital*, 33 Ill. 2d 326, 336-338, 211 N.E.2d 253, 259-60 (1965), 383 U.S. 946, anulando la doctrina de inmunidad caritativa en Illinois; *cfr.* *Gelbman v. Gelbman*, 23 N.Y.2d 434, 297 N.Y.S.2d 529, 245 N.E.2d 192 (1969).

<sup>55</sup> Ver Costos, nota 10 *supra*, pp. 244-250. El movimiento actual a favor de la reforma en el tratamiento de accidentes automovilísticos puede ser en parte explicado por la tendencia del sistema tradicional de incurrir en costos administrativos considerables como resultado del enfoque sobre accidentes específicos en la asignación de costos entre las partes, a pesar del hecho que los costos asignados son externalizados a través del seguro de responsabilidad.

<sup>56</sup> Una opinión reciente que rechaza destituir la queja en una acción que busca la recuperación obtenida de toda la industria de explosivos, por daños causados a niños por las detonaciones es un buen ejemplo del tipo de acercamiento que se requiere. *Chance v. E.I. Dupont de Nemours & Co.*, 69 C.273 (E.D.N.Y., decidido el 18 de Mayo, 1972).

<sup>57</sup> No estamos sugiriendo que la creación de incentivos adicionales hacia la investigación en seguridad sea o debería ser, necesariamente, el propósito básico de la responsabilidad objetiva. En el ejemplo del presente artículo, nuestro *test* propuesto impone responsabilidad en el fabricante porque él es la parte que puede reducir el riesgo, mediante acciones que podrían esperarse razonablemente. Ver nota 29 *supra*.

incrementaría de alguna manera los costos farmacéuticos para la gente que sólo valora sus pies<sup>58</sup>.

El realismo es especialmente necesario cuando se encuentran involucrados terceros. Entonces la pregunta no es si, por ejemplo, la categoría a la que pertenece el vendedor o aquélla a la que pertenece el usuario está en la mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio; por el contrario, debe preguntarse qué categoría está en tal posición en relación con la categoría a la que pertenece el tercero. A veces la categoría del tercero es aquélla que evita los costos de manera más barata y entonces el problema es sencillo. Otras veces, sin embargo, las cosas no son tan simples. Si tanto el fabricante como el usuario están en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio que el tercero que es víctima, el *test* de responsabilidad objetiva requerirá, como regla general, que la víctima recupere los daños, sea que demande al fabricante o al usuario<sup>59</sup>. Si la víctima elige demandar a la parte que no sea quien evita los costos de manera más barata, ese demandado debe estar en la posibilidad de juntarse con quien evita los costos de manera más barata como demandado o repetir contra él subsecuentemente para ser indemnizado. En cualquier caso, la regla de responsabilidad objetiva haría responsable a quien evita los costos de manera más barata y se logrará la optimización de los costos primarios de los accidentes, al menos si ignoramos los costos administrativos del litisconsorcio o de la demanda por indemnización. Bien podría haber situaciones, sin embargo, en que las habilidades relativas del fabricante y del usuario para efectuar el análisis costo-beneficio son tan claras, y los costos administrativos del litisconsorcio y de la indemnización son tan grandes, que nosotros negaríamos la existencia de responsabilidad si es que la víctima hizo la elección "equivocada" y demandó a una persona distinta a quien evita los costos de manera más barata. Esto porque en dichos casos la víctima está en la mejor

posición para elegir al demandado óptimo y debe ser inducido a hacer ello. Pero las cortes podrían ser conducidas en algunos casos a decisiones erróneas al asumir que allí donde el usuario está en una mejor posición que el fabricante para efectuar el análisis costo-beneficio, el fabricante no puede ser responsable respecto a terceros<sup>60</sup>. Este error puede ser el resultado de una tendencia a asumir que en situaciones que involucren a terceros el usuario está en una mejor posición meramente porque el fabricante le advirtió<sup>61</sup>. En cambio, el hecho que un fabricante haya advertido al usuario que evite un uso particular debe servir para impedir que el tercero que es víctima recupere las pérdidas del fabricante sólo si (a) la advertencia es tan claramente adecuada como para resolver la controversia entre el fabricante y el usuario y (b) este hecho es suficientemente conocido por la víctima tras el accidente de tal manera que lo coloque en una buena posición para escoger al demandado apropiado<sup>62</sup>. El punto no es tanto que los conceptos sean difíciles, sino que ellos pueden ser fácilmente aplicados erróneamente.

Al respecto, la historia de la doctrina de la asunción del riesgo es instructiva. La doctrina formulaba preguntas tales como si el demandado tenía el "derecho" de imponer el riesgo sobre el demandante, lo cual la hacía frecuentemente circular<sup>63</sup>. En cambio, un énfasis en el conocimiento y la apreciación del riesgo y disponibilidad de alternativas, igualmente parte de la doctrina, podría haberle fácilmente posibilitado que sirva para absolver a los demandados sólo en aquellas situaciones en las que la categoría del demandante era la que evitaba los costos de manera más barata – en otras palabras, donde el análisis costo-beneficio hubiese sido mejor dejárselo al demandante<sup>64</sup>. En cambio, la doctrina fue aplicada en casos donde el conocimiento y la apreciación del riesgo y la disponibilidad de alternativas no estaban presentes para el demandante en un sentido realista<sup>65</sup>. Esto bien puede

<sup>58</sup> Puede ser que el productor no sea quien evita el costo de manera más barata en el largo plazo, y esto debe tomarse en cuenta al decidir si se impone la responsabilidad. Ver nota 29, *supra*. Comparar Posner, pp. 75-76. "RESTATEMENT OF TORTS, Second" 402A. Comentan K. y McLeod v. W.S. Merrell Co. 174 So.2d 736, 739 (Fla. 1965).

<sup>59</sup> La tendencia es hacia la responsabilidad objetiva del fabricante por los daños a terceros circunstanciales. Ver Sills v. Massey-Ferguson, Inc., 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969) y casos allí citados.

<sup>60</sup> Comparar Sills v. Massey-Ferguson, Inc., 296 F. Supp. 776, 783 (N.D. Ind. 1969). Se hace a menudo una asunción análoga que el fabricante de medicamentos cumple su deber con los consumidores ("terceros") al prevenir a la profesión médica ("los usuarios") de posibles efectos secundarios. Ver, por ejemplo, Basko vs. Sterling Drug, Inc. 416 F.2d 417, 426 (2d Cir. 1969).

<sup>61</sup> Así, en los casos de medicamentos debe asumirse que si un productor previene al doctor sobre un pequeño riesgo asociado a un medicamento apreciado, el doctor está así en una mejor posición que el fabricante para hacer el análisis costo-beneficio. Ver, por ejemplo, Davis v. Wyeth Laboratories, Inc., F.2d 121, 130 (9th Cir. 1968). Este no será necesariamente el caso. Ver pp. 1062-1063 *supra*.

<sup>62</sup> Cfr. Eck vs. E.I. DuPont de Nemours & Co., 393 F.2d 197 (7th Cir. 1968).

<sup>63</sup> Ver HARPER, F. & F. JAMES. "The Law of Torts". 1956. 21.3.

<sup>64</sup> Ha existido, por supuesto, muchos casos de asunción del riesgo donde la apreciación del riesgo y la disponibilidad de alternativas han sido enfatizadas. Ver, por ejemplo, Guerrero v. Westgate Lumber Co., 164 Cal. App. 2d 612, 331, P.2d 107 (1958); Ridgway v. Yenny, 223 Ind. 16, 57 N.E.2d 581 (1944); Rush v. Commercial Realty Co., 7 N.J. Misc. 337, 145 A. 476 (1929)

haber sido porque metas distintas a la reducción de costos primarios prevalecían en esos casos, y los elementos circulares en el lenguaje de la asunción del riesgo fueron enfatizados, mientras que se asumió la ausencia de conocimiento y de apreciación del riesgo a efectos de satisfacer dichas metas<sup>66</sup>. Así aplicada, la doctrina ha sido muy criticada<sup>67</sup>. El hecho que haya sobrevivido sugiere que el núcleo de la verdad que contiene es real, no que su aplicación haya sido frecuentemente correcta. Conceptos tales como “aquel que evita los costos de manera más barata” o “la categoría que está en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio” puede ser aplicado erróneamente con tanta facilidad como la asunción del riesgo. Esto no significa, sin embargo, que sean inservibles. Sólo significa que las cortes y juristas deben ser diligentes en su utilización, en criticar las aplicaciones erróneas y en indicar cuándo están siendo utilizadas para servir metas distintas a aquéllas de la reducción de costos primarios de los accidentes<sup>68</sup>.

## V. EL *LEARNED HAND TEST* FRENTE AL *TEST* DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Si el *test* de responsabilidad objetiva es usualmente difícil de ser aplicado correctamente, y si los tipos de *Learned Hand Tests* podrían, en teoría, ser igual de capaces en lograr la reducción óptima de costos primarios de accidentes, ¿por qué dichos *tests* basados en la culpa han sido crecientemente desaprobados?<sup>69</sup> No es probable que la respuesta recaiga simplemente en la existencia de metas distributivas que son mejor servidas por el *test* de

responsabilidad objetiva. No nos queda ninguna duda que tales metas son relevantes, y discutiremos su relevancia posteriormente. No obstante, su relevancia debe ser restringida, toda vez que los dos *Learned Hand Tests* logran ellos mismos resultados distributivos diametralmente opuestos<sup>70</sup>. En tal sentido, si el objetivo de la tendencia actual de alejarse del sistema de culpa era simplemente favorecer a las víctimas como una categoría, esto podría ser hecho también – de hecho, de una mejor manera – pasando del *Learned Hand Test* al *Learned Hand Test inverso* en lugar de pasarse a un estándar de responsabilidad objetiva. La suspicacia debe permanecer en que el cambio a la responsabilidad objetiva se basa, en parte, en otros aspectos.

Ha sido anotado ya que los tipos de *Learned Hand Tests* son más “intervencionistas”, más colectivos, de lo que es el *test* de responsabilidad objetiva. Bajo cualquiera de los *tests* de *Learned Hand*, un órgano del estado decide si una acción vale la pena o no, e impone los costos al demandante si considera que la acción no valía la pena. No es difícil ver que esto implica un mayor grado de involucramiento del estado que aquel implicado en el *test* de responsabilidad objetiva. Este último implica intervención estatal sólo para decidir qué categoría puede determinar mejor si una acción vale la pena, y esto asimismo implica un menor riesgo de que las modalidades tradicionales de consideraciones colectivas intervengan<sup>71</sup>. Pero esta diferencia entre los *tests*, pese a ser políticamente significativa, difícilmente cuenta para la caída en la popularidad de los *tests* de culpa. Después de todo,

<sup>65</sup> Esto fue particularmente cierto en casos de accidentes industriales anteriores a la vigencia de la legislación de compensación de los trabajadores. Ver, por ejemplo, *Alabama G.S.R. Co. v. Carroll*, 84 Fed. 772, 28 C.,C.A. 207 52 U.S. App. 442 (1898); *Titus v. Bradford, B & K. R.R. Co.*, 136 Pa. 618, 20 A. 517 (1890). Pero ver *Davidson v. Cornell*, 132 N.Y. 234, 30 N.E. 573 (1892).

<sup>66</sup> Esta sugerencia es familiar. Ver, por ejemplo, *Tiller v. Atlantic Coast Line R.R.*, 318 U.S. 54, 58-67 (1943). Comparar la sugerencia de Posner, nota 9 *supra*, pp.45-46, que la asunción del riesgo fue “apoyada por la lógica económica”, ya que sirvió para facilitar el riesgo que prefiere al empleado (en el ejemplo de Posner, un guardafrenos de la vía férrea contratado en un tren no equipado con aparatos estándares de seguridad) para “negociar su gusto por el riesgo.” Por supuesto, el mismo objetivo pudo haber sido logrado sin la doctrina de asunción del riesgo, al permitir al empleador “comprar” la liberación de responsabilidad. En teoría, precisamente las mismas diferencias de sueldo y las precauciones de seguridad resultarían tal como están indicadas en el ejemplo de Posner. Ver, CALABRESI. “Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven”. En: *Yale Law Journal*, No. 75, 1965. p.216, 225-228. En la práctica, sin embargo, la doctrina de asunción del riesgo, colocando el riesgo en primera instancia en el empleado, no ha servido adecuadamente para informar al empleado del riesgo que estaba asumiendo, mientras que una regla que coloca la responsabilidad en el empleador a menos que él pudiese “comprar” su liberación (esto es, persuadir al empleado a aceptar el riesgo) hubiera servido presumiblemente para informar al empleado de la naturaleza y magnitud del riesgo. Esto asume, por supuesto, que durante el período cubierto por el estudio de Posner, las vías férreas estaban mejor informadas que los guardafrenos sobre los peligros de operar sin los mecanismos de seguridad estándar.

<sup>67</sup> Ver, por ejemplo, BOHLEN. “Voluntary Assumption of Risk”. En: *Harv. Law Review*, No. 20, 1906. p.14, 91; JAMES. “Assumption of Risk”. En: *Yale Law Journal*, No. 78, 1952. p.141; JAMES. “Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation” En: *Yale Law Journal*, No. 78, 1968, p. 185.

La doctrina ha sido abandonada en algunas jurisdicciones, en parte por la confusión que ha prevalecido en su aplicación. Ver, por ejemplo, *McGrath v. American Cyanamid Col.*, 41 N.J. 272, 196 A2d 238 (1963).

<sup>68</sup> No es nuestra intención sugerir que otras metas son irrelevantes para la legislación de accidentes, pero las cortes, legisladores y la doctrina en general deberían tratar de evitar confundir la reducción de costos de accidentes primarios con otras metas. Ver parte VI, *infra*, para una discusión de otras metas.

<sup>69</sup> Ver notas 1, 2 & 3 *supra*.

<sup>70</sup> Ver p.1059 *supra*.

<sup>71</sup> Ver nota 20 *supra*.

también hemos visto un incremento en años recientes respecto de las prohibiciones criminales dirigidas a conductas en el área de accidentes que no se consideran que valgan la pena<sup>72</sup>. Dichas prohibiciones definitivamente involucran inclusive una mayor intervención del estado de la que lo hacen los *Learned Hand Tests*<sup>73</sup>. Que la preferencia política por el *laissez faire* haya estimulado el movimiento hacia la responsabilidad objetiva parece entonces tan improbable como la explicación de que el movimiento ha sido influenciado únicamente por metas distributivas. Sospechamos que el movimiento hoy en día hacia la responsabilidad objetiva, sin serlo menos que movimientos similares hacia la responsabilidad por daño del subordinado, responsabilidad por actividades altamente riesgosas y compensación a los trabajadores en el pasado, están basados al menos en parte en el deseo de lograr una mejor reducción de costos primarios de los accidentes.

Con anterioridad indicamos que parece improbable que cualquier *Learned Hand Test* pueda ser aplicado efectivamente en la práctica al nivel de categoría. Nosotros cuestionamos si al nivel donde realmente interesaba, esto es, al nivel de quien efectivamente paga, la rúbrica de "culpa" es probable que sea aceptable. Además, a pesar que es claro que si los *Learned Hand Tests* pudiesen lograr la óptima reducción de costos primarios de los accidentes ellos deben ser aplicados a dicho nivel, y no al nivel arbitrario de las partes de un accidente que no asumen finalmente los costos y a quienes, por tanto, no se les da ningún incentivo para escoger evitarlo, incluso cuando vale la pena hacerlo. Las decisiones apropiadas sobre evitar un accidente *deben* ser tomadas al nivel de categoría, y a ese nivel los *Learned Hand Tests* podrían parecer injustos. Más aún, las categorías que terminan asumiendo las pérdidas como resultado de una aplicación de los *tests* de negligencia sobre la base de un análisis caso por caso probablemente no sean aquellas que serían seleccionadas si dichos *tests* hubiesen sido aplicados a un nivel de categoría, ni tampoco es probable que esta técnica sea la manera disponible más eficiente para seleccionar las categorías que *son* escogidas. Todo esto ha sido discutido

extensamente en otra oportunidad, y no hay necesidad de profundizar en ello<sup>74</sup>, pero es importante notar que la renuencia a aplicar el *Learned Hand Test* a las categorías podría ser una explicación significativa básica sobre el actual desfavorecimiento de los *tests* del tipo del cálculo de la "negligencia".

Existe, sin embargo, otro conjunto de razones que podría explicar el alejamiento de los *Learned Hand Tests*. Por más difícil que la aplicación correcta del *test* de responsabilidad objetiva pueda ser, es sin embargo más fácil de aplicar que el cálculo de culpa. Hemos visto que bien podría ser difícil saber si la categoría a la que corresponde un vendedor, usuario o tercero puede hacer un mejor análisis costo-beneficio de los riesgos involucrados y actuar sobre la base de dicho análisis. No obstante, es aún más difícil decidir correctamente no sólo quién puede actuar de manera más barata sobre la base de un análisis costo-beneficio, pero también cuál debe ser el resultado de ese análisis costo-beneficio. Empero, esto es precisamente lo que los *tests* de tipo *Learned Hand* requieren de quienes toman las decisiones en el ámbito gubernamental para poder lograr evitar los costos de accidentes primarios de una manera óptima. Ninguna de las dificultades significativas involucradas en el *test* de responsabilidad objetiva es evitada, y a ellas se añade el peligro que quienes toman las decisiones a nivel gubernamental resuelvan incorrectamente el análisis costo-beneficio.

Más aún, uno no puede responder que los *tests* de tipo *Learned Hand* evitan algunas de las dificultades inherentes al *test* de responsabilidad objetiva al decidir colectivamente si evitar el daño vale o no la pena, mientras que el *test* de responsabilidad objetiva deja tales decisiones a las categorías individuales. Esta respuesta no se encuentra disponible porque los *tests* de negligencia resultan en daños compensatorios en vez de en prohibiciones. A las categorías individuales se les permite, entonces, decidir que evitar el daño no vale la pena a pesar de una determinación contraria tomada por la colectividad (o viceversa)<sup>75</sup>.

Esto puede servir para explicar el incremento concomitante, aparentemente paradójico, de las prohibicio-

<sup>72</sup> Las prohibiciones que han recibido más atención han sido aquéllas relacionadas a la seguridad del automóvil. Ver Traffic and Motor Vehicle Safety Act, 15 U.S.C.A. §§ 1381-1431 (Supp. 1972).

<sup>73</sup> Por ejemplo, bajo cualquier tipo de *Learned Hand Test*, una parte a quien se le haya cargado los costos porque aquellos encargados de tomar decisiones a nivel colectivo han considerado que evitarlos vale la pena podría, al menos en algunos casos, escoger omitir medidas de seguridad y, en lugar de ello, pagar los daños compensatorios. Por el contrario, una prohibición colectiva generalmente está hecha para ser obedecida. Ver Costs, *supra* nota 10, pp. 68-69.

<sup>74</sup> Ver Costs, nota 10 *supra*, pp.255-259. Para resumir brevemente ese tema: la determinación caso por caso implica costos administrativos sustanciales, tiende a enfocar en lo inusual en vez de en causas recurrentes y en evitar accidentes en lugar de evitar el costo de los accidentes, y es una manera engañosa de compilar aquellas estadísticas que son significativas al nivel de categoría.

<sup>75</sup> Ver nota 73 *supra*. Por supuesto, una parte bien podría decidir ignorar una prohibición colectiva pero al considerar la propensión y magnitud de la pena debe tomar en cuenta el estigma involucrado, y esto resulta en un tipo de cálculo muy diferente.

nes colectivas junto al menos intervencionista *test* de responsabilidad objetiva, a expensas de aquellos *tests* donde la negligencia es analizada. Donde se pudiese tomar con un poco de seguridad una determinación colectiva de que una acción *no* vale la pena, las prohibiciones cuyo cumplimiento se busque lograr mediante penalización o mediante multas no asegurable parecen apropiadas. En cambio, donde haya serias dudas de que tal determinación colectiva de utilidad sea probablemente correcta, la mejor solución es una individualista. Esto implica una decisión limitada a seleccionar entre las categorías relevantes a quien se encuentre en capacidad de tomar la mejor decisión, aquél que pueda evitar los daños de manera más barata, y no extenderse a cuáles actos particulares son apropiados. Vistos de esta manera, el incremento en algunas áreas de prohibiciones cuyo cumplimiento se busque lograr, y de responsabilidad objetiva en otras, en vez de ser paradójico, puede ser visto como una reacción bastante sensible al mismo estímulo – esto es, al deseo de minimizar la suma de los costos de accidentes y los costos incurridos para evitarlos.

### VI. VINCULACIÓN CON OTRAS METAS

Hemos visto que hay una variedad de mecanismos que podrían en teoría ser utilizados para lograr la reducción de los costos primarios de los accidentes. Conceptualmente, éstos van desde: (a) aquellos en los que quien toma la decisión está altamente centralizado y realiza determinaciones en materia penal cuyo cumplimiento se busca lograr, sobre qué acciones valen la pena y cuáles no (b) aquellos en los cuales los cálculos de tipo negligencia son utilizados para tomar las mismas decisiones a un nivel más descentralizado pero al nivel de agencia estatal al fin y al cabo, asegurando el cumplimiento de aquellas decisiones a través de daños compensatorios; a (c) aquellos en los cuales las decisiones colectivas son tomadas sólo para identificar quién es aquél que puede evitar los costos de manera más barata – la categoría que se encuentra en mejores condiciones para determinar si es que evitar accidentes vale la pena – permitiendo a la categoría escogida efectuar la decisión costo beneficio por sí misma. Hemos visto también que estos mecanismos implican en la práctica diferentes propensiones de éxito en lograr evitar costos primarios. Finalmente, hemos visto que cada una de estas aproximaciones tendría un efecto distributivo distinto. Lejos de ser insignificantes, las diferencias distributivas bien podrían determinar la aproximación elegida. Por tanto, alguna discusión sobre los efectos distributivos y las metas es esencial para un entendimiento de los

dos tipos de *Learned Hand test* y la responsabilidad objetiva alternativa.

Al discutir los aspectos distributivos de las reglas de responsabilidad existen dos problemas que deben ser claramente disgregados. El primero se vincula a los tipos de efectos que son agrupados conjuntamente bajo el concepto de distribución, y el rol apropiado de cada uno de estos efectos en la elección de reglas de responsabilidad. El segundo está dirigido a la pregunta considerablemente distinta respecto del rol apropiado de los jurados y las cortes, en contraste al poder legislativo, en la selección entre reglas de responsabilidad con la finalidad de lograr efectos distributivos.

Se puede ver a través de un ejemplo que ambos problemas son cruciales. El *Learned Hand test* actual tiende a enriquecer a los causantes de daños a expensas de las víctimas. El *Learned Hand Test* inverso tendría precisamente el efecto contrario. Al escoger entre ellos, una sociedad sería influenciada presumiblemente no sólo por cuál de los dos *tests* es más propenso a lograr la óptima reducción de los costos primarios de los accidentes, sino también, si tiene tal preferencia, se vería influenciada por cuál categoría desea enriquecer. Esta elección podría ser afectada por factores tales como la riqueza relativa inicial de las categorías, pero la riqueza relativa es sólo una parte de la elección implicada. Ello, toda vez que una categoría puede estar en una mejor posición para difundir las pérdidas que la otra, o una categoría podría ser vista en algún sentido como más valiosa. Por lo tanto, clasificar los efectos relevantes agrupados bajo el término “distribución” es una tarea necesaria para la sociedad en la elección entre reglas de responsabilidad. Pero una vez que esto es realizado persiste otra serie de preguntas: ¿cuáles de las consideraciones distributivas, si es que existe alguna, son apropiadas para decisiones judiciales entre las reglas de responsabilidad, cuáles son apropiadas para resoluciones de jurados *ad-hoc* y cuáles sólo pueden ser resueltas apropiadamente por ley?

Es claro que un tratamiento completo de estas preguntas no puede ser efectuado en este artículo. Sin embargo, se pueden ofrecer algunas indicaciones respecto a las consideraciones distributivas relevantes y algunas reflexiones sobre el rol histórico de las cortes y jurados respecto de aquéllas.

Para los propósitos del presente artículo, estamos agrupando conjuntamente como distributivos todos aquellos efectos de reglas de responsabilidad que no se vinculan a reducir (a) la suma de costos de acciden-

tes y costos para evitarlos, y (b) los costos administrativos implicados por tal minimización. Entonces, bajo las metas distributivas de una sociedad estamos incluyendo preferencias de tipos considerablemente variados. Estas preferencias pueden reflejar un deseo por distribuir o fraccionar las pérdidas, denominado comúnmente “difusión”. Éstas pueden reflejar una preferencia por moverse hacia una distribución determinada de riqueza, tal como mayor igualdad de riqueza, mejor tratamiento para castas más altas, o mejor tratamiento para castas que han sido tratadas pobremente en el pasado. Ellas pueden en cambio reflejar un deseo de profundizar aquello que puede ser visto como metas de eficiencia dinámicas – como podría ocurrir al favorecer a las personas activas, los empresarios en una sociedad. Finalmente, éstas bien podrían reflejar la noción de una sociedad, en caso tenga una o varias, de premiar los méritos individuales, en caso tenga una o varias – de reconocer aquello que se merecen.

Todas estas preferencias son de hecho relevantes de alguna manera para la elección de reglas de responsabilidad. En efecto, todas ellas junto a la noción de eficiencia pura reflejada en el objetivo de minimizar la suma de costos de accidentes y de evitar los mismos, son parte de lo que a veces se denomina justicia.<sup>76</sup> Estas son relevantes porque no hay una razón *a priori* por la cual el legislador podría no escoger una regla de responsabilidad solamente porque tiende a redistribuir el ingreso de, digamos, ricos a pobres. Es evidente que, el hecho que el legislador sería sabio por emplear reglas de responsabilidad para este propósito es otro asunto. Ello depende, entre otras cosas, de la disponibilidad de mecanismos alternativos para lograr la redistribución deseada de ingreso y del efecto que este uso de una regla de responsabilidad pueda tener en la consecución de otras metas cuya realización se encuentre ligada a la operación de dichas reglas. Pero no hay una razón lógica de por qué los deseos del legislador respecto de la igualdad de ingresos o de la preferencia de una casta no pueden ser servidos a través de la elección de una regla de responsabilidad sobre la otra. Asimismo, y en la práctica inclusive más común, la preferencia de una legislación respecto a la difusión, lo merecido, y la eficiencia a largo plazo puede ser efectivamente

profundizada al escoger una regla de responsabilidad en vez de otra.

Recientemente, el Profesor Fletcher ha argumentado por el contrario que las únicas consideraciones distributivas que deben ser tomadas en cuenta al escoger entre reglas de responsabilidad son aquéllas que se vinculan a lo que se merece un individuo – aquéllas que deciden quién debe ser más rico o más pobre sobre la base de qué han hecho las personas en vez de lo que son o de donde ellas empiezan.<sup>77</sup> Efectivamente, el argumento va más allá, y sugiere que tales consideraciones deben de terminar la elección de reglas de responsabilidad sin considerar ninguna de las metas “instrumentalistas” tales como la reducción de la suma de costos de accidentes y de costos de evitar los mismos.

De alguna manera, es muy fácil estar de acuerdo con el Profesor Fletcher. Si una sociedad tiene una teoría de lo merecido suficientemente bien desarrollada de manera tal que todas las otras consideraciones de eficiencia y equidad distributiva que hemos mencionado son reflejadas en esta teoría, entonces aquello “merecido” determinará tautológicamente las reglas de responsabilidad apropiadas para dicha sociedad. Desafortunadamente, no nos encontramos capaces de definir, ni siquiera de encontrar, una teoría de lo merecido tan englobante en nuestra sociedad.<sup>78</sup> En efecto, frecuentemente encontramos que lo que pasa por afirmaciones de lo merecido, sobre quién debe ser más rico o más pobre sobre la base de mérito, pueden ser fácilmente vistos como juicios basados en el deseo por lograr ya sea evitar los costos de accidentes de manera eficiente o alguna otra de las preferencias distributivas mencionadas previamente.

El *test* de lo merecido del Profesor Fletcher no nos ayuda demasiado. Él argumenta que se debe optar porque las pérdidas recaigan donde ocurren al menos que la víctima no haya creado un riesgo “recíproco” a aquél que llevó a que ella resultase dañada. Al examinar ejemplos de reciprocidad y no reciprocidad, nos llama la atención tres cosas. La primera es que frecuentemente la reciprocidad es simplemente una aproximación de resultado que se requeriría por el más instrumentalista de los *tests*, el *test* de respon-

<sup>76</sup> Ver HARPER, F. “The Law of Torts”. 1933 1, 3 y 4. Ver también *Bierrman vs. Ciudad de Nueva York*, 302 N.Y. S.2d 197 (iv. Ct. Of the City of New York, 1969) *Cfr* *Magrine v. Spector*, 100 N.J. Super. 223, 238 11, 211 A. 2d 637 646-47 (disintiendo *Botter*, J:S:C.)

<sup>77</sup> FLETCHER. “Fairness and Utility in Tort Theory”. En: *Harvard Law Review*, No. 85, 1972. P. 537, 547.

<sup>78</sup> Un libro reciente del Profesor Rawls puede tomarse como un intento para formular tal teoría. RAWLS, J. “A theory of Justice”. 1972. Pero ver HAMPSHIRE. “A new Philosophy of the Just Society”, Vol. XVIII, No. 3. *The N.Y. Rev. Books*, 1972. p. 34 cuestionando si es que la formulación de una teoría completa de lo merecido es posible. Ver también FEINBERG. “Review” en: *Yale Law Journal*, No. 81, 1972. p. 1004.

sabilidad objetiva descrito en este artículo.<sup>79</sup> La segunda observación es que cuando la reciprocidad y el *test* que proponemos parece desviarse, el resultado de responsabilidad objetiva parece ser más deseable.<sup>80</sup> La tercera observación es que cuando no aprobamos (en términos de quién se hace más rico o más pobre) un resultado dictado por el *test* de eficiencia, es a menudo en casos donde la reciprocidad llevará al mismo resultado no deseable.<sup>81</sup>

Ninguna de estas observaciones debería sorprendernos. Las nociones de justicia se adhieren a las consideraciones de eficiencia tales como aquellas utilizadas en el *test* de responsabilidad objetiva, y esto es suficiente para explicar por qué las aproximaciones de ese *test* parecerían justas. También se unen a preferencias de distribución como “difusión de ayuda”, “mayor igualdad de riqueza” y “beneficio a un grupo étnico particular”, que se dirigen a lo que la gente es en vez de lo que la gente hace. Esto explica por qué aquello que es preferible, dado un deseo de la sociedad de acentuar la igualdad de riqueza o a una preferencia de castas, puede parecer ser más deseable que el resultado que cualquier *test* de responsabilidad objetiva o *test* de reciprocidad impondría. Las nociones de justicia ligadas a otras preferencias sociales que sólo pueden ser explicadas con dificultad, en términos ya sea de eficiencia o preferencias de distribución de riqueza, diseñadas para hacer a algunos grupos más ricos por lo que ellos son. Estas otras nociones de justicia, que no podemos describir en términos generales, son, por supuesto, cruciales para la elección de

reglas de responsabilidad.<sup>82</sup> En realidad, hemos dejado en algún lugar un sitio para un veto de reglas de responsabilidad que violen tales imperativos no generalizados de justicia<sup>83</sup>, porque a la fecha estos imperativos no han sido puestos juntos de una forma que nos permitiría hablar sobre ellos de una manera distinta a coacciones dentro de las cuales objetivos más generalizados pueden verse operando. En su lugar, el Profesor Fletcher ofrece la reciprocidad como una manera de poner juntos estos imperativos en el campo de accidentes.

Es con esto en mente que, entonces, uno debe examinar la reciprocidad. ¿Hay algo sobre la reciprocidad que debería hacerla justificar el volver a alguien más rico o más pobre, aparte de la eficiencia y de las preferencias distributivas, basadas en lo que la gente es? Cuando la pregunta es así planteada, cuando la reciprocidad es vista no como una aproximación de eficiencia sino como una aproximación de una teoría generalizada de “lo merecido”, resulta ser filosóficamente muy escasa.<sup>84</sup>

Si la igualdad de ingresos, la eficiencia dinámica y la difusión son todas relevantes para efectos de la elección de las reglas de responsabilidad por una sociedad, no necesariamente todas son igualmente apropiadas para ser consideradas por cortes o jurados. Obviamente, aquellas que son estimadas convenientes para decisiones judiciales dependerán del punto de vista de cada uno respecto de la naturaleza del juicio y del rol de las cortes y los jurados en un proceso

<sup>79</sup> Los ejemplos de responsabilidad indicados por Fletcher, nota 77 *supra*, p. 547-548, ilustran muy bien este punto. La responsabilidad entre vecinos por polvo ocasionado por las cosechas no se encuentra relacionada, pensamos, a cualesquiera riesgos que resulten ser impuestos por el dueño de la cosecha sobre aquellos vecinos que lo respiran. Se basa en cambio en la habilidad relativa del titular de la cosecha para calcular los costos y beneficios de cosechar en la situación particular involucrada y actuar sobre la base de dicho cálculo.

<sup>80</sup> Retornando al ejemplo de Fletcher de emisión de polvo por cosechas, supongamos en cambio que las partes son un agricultor que echa el polvo sobre sus 500 acres de su desierto reclamado irrigado y un residente quien, con conocimiento de los métodos del agricultor, escoge como residencia de entre 500,000 acres de desierto disponibles (igualmente bellas, accesibles y deseables, pero sin polvo), un acre adyacente a la tierra del agricultor. Supongamos también, para dar una reciprocidad mayor a la que es debida, que el residente no se beneficia de ninguna manera por la presencia del agricultor, esto es, él no usa nada de los productos del agricultor. El residente no impone riesgo alguno sobre el agricultor, y la reciprocidad parecería entonces requerir tomar como responsable al agricultor por los resultados de la respiración del polvo por el residente, a pesar de la disponibilidad y costo para el agricultor de métodos alternativos de protección de cosechas. El *test* de responsabilidad objetiva, tomando en consideración las habilidades relativas de las partes para comparar los costos de respiración de polvo por el residente con los costos de evitarlo, y actuar en base a tal cálculo, no impondría responsabilidad en el agricultor. El Profesor Fletcher podría responder que el residente “crea” el riesgo al moverse, pero tal respuesta reduciría el *test* de reciprocidad a una tautología. Esto es, la reciprocidad no daría guía alguna para tomar una decisión, pero simplemente sería una etiqueta adjunta a un resultado logrado en otros campos.

<sup>81</sup> Si los agricultores fueran un grupo preferido, tales como veteranos discapacitados, cuya cosecha era esencial para su subsistencia, podríamos desaprobamos la regla de responsabilidad (si es que está basada en la reciprocidad o eficiencia) lo cual, en efecto, previno el polvo surgido de las cosechas.

<sup>82</sup> Ver CALABRESI & MELAMED. “Property Rules, Liability Rules, and inalienability: One View of the Cathedral” En: Harv. Law Review, No. 85, 1972. pp. 1089, 1104-1105.

<sup>83</sup> Costs, nota 10 *supra* 10. p. 24-26, 291, 308.

<sup>84</sup> Los ejemplos discutidos por Fletcher, nota 77 *supra*, pp. 547-48 parecen indicar que el *test* de reciprocidad está temporalmente ligado. Esto es, quien impone el riesgo que no recupera, es usualmente la persona que crea un riesgo “inusual”. Un riesgo inusual puede significar un riesgo que puede ser evitado a bajo precio, pero eso es el *test* de responsabilidad estricta. Pareciera que Fletcher se está fijando en cambio en riesgos nuevos. Si a esto se refiere, no más que a reciprocidad, es incapaz de servir a una teoría filosófica de “lo merecido”. Básicamente esto equivaldría a decir que sólo aquellos que toman nuevos riesgos son menos merecedores que aquéllos que toman riesgos comunes.



legal. Posiblemente no podemos empezar a resolver estos casos en este artículo. Podemos, sin embargo, señalar algunas soluciones que son transparentemente muy simples, algunas por sí mismas y en términos de lo que las cortes y los jurados han efectuado históricamente.

Uno no puede desechar consideraciones distributivas basadas en la habilidad de difundirlas, o en la riqueza o la casta, como el Profesor Fletcher lo ha hecho con una referencia a Aristóteles y un comentario de que la tributación es para el legislador y no para las cortes.<sup>85</sup> Cuando las cortes escogieron un *Learned Hand test* en vez de un *Learned Hand test* inverso, ellos no tiraron simplemente una moneda, dado que los tests fueron igualmente eficientes en teoría<sup>86</sup>. Las consecuencias distributivas pueden no haber sido un motivo predominante o aún consciente para las decisiones, pero es difícil argumentar que históricamente éstas consecuencias fueron irrelevantes para la elección.<sup>87</sup> Igualmente, muchas cortes han considerado explícitamente la habilidad para difundir pérdidas en casos de responsabilidad extracontractual como un factor para escoger una regla de responsabilidad en vez de otra que nos permita rechazar su relevancia para las decisiones judiciales fuera de nuestro alcance.<sup>88</sup> Por supuesto que uno puede cuestionar la sabiduría de tales decisiones<sup>89</sup>. Uno podría sugerir adicionalmente que las cortes deberían considerar tales efectos distributivos sólo cuando ellos reflejen razonablemente metas explícitas de la sociedad. Alternativamente, uno podría sostener que las cortes deberían ser libres de seguir sus propias preferencias distributivas, en la medida en que ellas no entren en conflicto con las metas sociales correctamente definidas (tales como, quizás, eficiencia), siempre que el legislador tenga el poder

de revertir la decisión de la corte. Finalmente, uno podría apoyar la posición que considerando la forma como los jueces son escogidos, ellos están destinados a contrapesar otros objetivos, como eficiencia, con aquellos objetivos explícitamente distributivos al momento de escoger las reglas de responsabilidad de una sociedad. Todos estos son posibles acercamientos que valen la pena considerar. Lo que sugeriríamos que uno no puede hacer, es actuar como si las consideraciones distributivas no jugaran un rol histórico en la elección judicial de las reglas de responsabilidad, y que no deben hacer eso hoy en día a pesar de la fuerza y claridad del compromiso de la sociedad respecto de una preferencia distributiva específica<sup>90</sup>.

Habiendo dicho esto, no necesitamos discutir aquí con el Profesor Posner si es que la elección particular hecha y aplicada del *Learned Hand test* entre 1895 y 1905 fue basada, como muchos han dicho<sup>91</sup>, sobre consideraciones distributivas o era, como él sostiene, esencialmente una elección de eficiencia<sup>92</sup>. Al menos, está perfectamente claro que tal elección tanto cuando fue hecha antes de 1895 y aplicada por muchos años, tenía efectos distributivos que son muy diferentes de aquellos producidos por tests alternativos que eran tan o más propensos a lograr evitar los costos primarios de los accidentes. El hecho que estas distintas metas distributivas parezcan estar adquiriendo relevancia hoy en día podría ayudar a explicar nuevamente el alejamiento del clásico *Learned Hand test*. Sin embargo, estas no son suficientes para explicar por qué el movimiento ha sido hacia la responsabilidad objetiva en vez de hacia un *Learned Hand Test* inverso, el cual parecería servir a las actuales metas distributivas dominantes de difusión y distribución

<sup>85</sup> Ver Fletcher, nota 77 *supra*, p. 547.

<sup>86</sup> Aquí estamos asumiendo con el Profesor Posner que, históricamente, las cortes "escogieron" de manera efectiva un *Learned Hand test*. Posner, nota 9 *supra*, *passim*. Ciertamente no escogieron el test inverso.

Si por alguna razón los tests en la práctica no producirían igualmente soluciones óptimas, si, por ejemplo, las víctimas en práctica probaron mucho menos capacidad para alterar su comportamiento que los causantes del daño, (a pesar de que el valor de su actividad fue menor que los costos resultante del accidente), luego la elección del *Learned Hand test* en vez del test inverso, implicaría un efecto de distribución a pesar de las consideraciones de eficiencia.

<sup>87</sup> Cfr. la explicación dada comúnmente para el desarrollo de la regla del compañero doméstico. Ver, por ejemplo, PROSSER, W. "Torts", 4ª ed., 1971, p. 529. Cfr. también nota 66 *supra*.

<sup>88</sup> Estas decisiones han significado un crecimiento en los últimos años de la opinión que concuerda con Justice Traynor en *Escola v. Coca Cola Bottling* (p. 24 Cal 2d 453, 461, 750 P.2d 436 (1944)). Ver W. Prosser. *Torts* S.5 en 22 (4to. Ed. 1971).

<sup>89</sup> Ver, por ejemplo, las distintas opiniones del Chief Justice Taf en *Lozrick v. Republic Steel Corp.* & Ohio St. 2d. 227, 218, N.E.2d 185 (1966), y del Juez Burke en *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*, 12 N.Y. 2d 432, 191 N.E. 2d 81 (1963). Ver también *Wights v. Staff Jennings, Inc.*, 241 Ore. 301, 309, 405 p.2d 624, 628-29 (1965), donde la corte rechazó adoptar la responsabilidad objetiva de productos basados en una "racionalidad de difusión del riesgo", indicando que tal teoría "prueba demasiado".

<sup>90</sup> Otras instituciones pueden hacer un mejor trabajo de manejarse con consideraciones distributivas, pero esta necesidad no significa que las cortes están obligadas a ignorarlas.

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo, HORWITZ. "Did the Legal System Subsidize Economic Growth in Ante-Bellum America?" (artículo no publicado, entregado en la reunión anual de la American Historical Association, Boston, 1970).

<sup>92</sup> Posner, nota 9 *supra*, p. 32.

en favor de víctimas de una manera más completa que el *test* de responsabilidad objetiva<sup>93</sup>.

Una consideración adicional queda pendiente sobre la discusión de la relación del *test* escogido respecto de metas distintas a la eficiencia. No sólo la elección del *test* tiene efectos distributivos sustanciales, sino que su aplicación en casos específicos o dudosos también lo tiene. Entonces la cuestión no es simplemente si es que una sociedad opta por una prohibición directa, un *Learned Hand test*, un *Learned Hand Test* inverso o un *test* de responsabilidad objetiva. Cualesquiera metas que sean buscadas también se encontrarán a merced de las aplicaciones del *test* elegido. Es aquí, por supuesto, donde la advertencia de Fletcher sobre el rol de las cortes parece más apropiada, a pesar que aún aquí no estaríamos tan listos como él dogmáticamente se encuentra para excluir consideraciones de justicia distributiva de la esfera de las cortes y jurados. La cuestión es muy interesante y personas razonables pueden diferir en cuanto a si las consideraciones distributivas deben aplicarse (1) a todos, o (2) sólo en aquellos casos en los cuales consideraciones sobre evitar costos primarios no otorguen un resultado claro, o (3) si es que deben dominar por encima de consideraciones de eficiencia a pesar que éstas últimas implicarían un resultado claro.

Como un asunto práctico, sugerimos que en las aplicaciones del *Learned Hand test* tradicional, las consideraciones distributivas han jugado frecuentemente el segundo rol y no con tan poca frecuencia el tercero. A diferencia de Posner, encontramos apoyo para este punto de vista en su admirable colección de sentencias de apelación<sup>94</sup>. Muchas decisiones dudosas y claramente “ineficientes” pueden ser entonces explicadas<sup>95</sup>. Sin hacer un estudio similar en tiempos más recientes, sugeriríamos que el cambio en la aplicación del estándar de culpa desde 1905 que ha parecido tan obvio para tantos autores, bien podría reflejar un tipo similar de interacción entre nuevas metas distributivas y las implicancias de eficiencia del *Learned Hand test* tradicional.

Este tipo de interacción es improbable que se detenga por el simple hecho que opere un cambio al *test* de responsabilidad objetiva que combine mejor el evitar los costos primarios de los accidentes con las metas distributivas que parecen congeniar más con la época actual. Incluso dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, las cortes y jurados que deciden qué categoría es aquella que evita los costos de manera más barata muy probablemente continuarán considerando en los casos poco claros si es que algunas metas distributivas pueden no ser servidas mejor por una decisión en vez de por otra.

Tampoco nos veríamos sorprendidos si es que las metas distributivas conducen frecuentemente a resultados de responsabilidad, bajo un *test* de responsabilidad objetiva, que son claramente equivocados si uno considera solamente el evitar los costos primarios. A veces éste va a ser el efecto de determinaciones legislativas, pero en otras será el resultado de decisiones de jueces y jurados – tal como ha sido en el pasado. Decir que esto es equivocado sería concluir que una vez que un *test* de responsabilidad es escogido, el rol de las cortes es darle efecto solamente a la eficiencia. Bien podría ser que esta conclusión sea apropiada, dada la naturaleza de las cortes y la ausencia de consenso para preferencias distributivas particulares tales como difusión, mayor igualdad de riqueza, o compensación de castas maltratadas. Esta conclusión no es, sin embargo, necesaria. De hecho, hace muchos años, el Profesor Clarence Morris argumentó que las cortes estaban muy bien preparadas para tomar justamente este tipo de decisión distributiva, aunque sólo cuando *clases* enteras de casos fuesen afectados<sup>96</sup>. Asimismo, la habilidad e idoneidad del jurado para hacer lo mismo en casos *individuales* ha sido frecuentemente argumentada<sup>97</sup>.

Como una cuestión práctica, introducir tales consideraciones distributivas, sea en un nivel legislativo o judicial, hace más fácil la aplicación de un *test* de responsabilidad objetiva, así como en el pasado lo

<sup>93</sup> Han habido numerosas sugerencias que un *test* de responsabilidad objetiva sirve a la meta de difusión; ver, por ejemplo, JAMES. “Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance”. En: Yale Law Journal, No. 57, 1948. p. 549.

Requeriría otro artículo para tratar todas las ramificaciones distributivas del *test* de responsabilidad objetiva. Creemos que este *test* tendería a favorecer a las víctimas como categoría, porque en la práctica éstas son, *inter alia*, generalmente menos informadas que los causantes de daños, pero no haría esto en la misma medida que un *Learned Hand test* inverso, el cual pondría el costo de todos los accidentes que no valga la pena evitar sobre los causantes de daños.

<sup>94</sup> Posner, nota 9 *supra*, pp.52-96.

<sup>95</sup> Encontramos difícil estar de acuerdo, por ejemplo, con que la aplicación del principio de responsabilidad por los actos de los subordinados a los empleadores pero no a las familias se encontraba basado por completo en consideraciones de eficiencia. Posner, nota 9 *supra* p. 43. Parece más probable que las consideraciones distributivas fueron relevantes para dicha determinación.

<sup>96</sup> MORRIS. “Hazardous Enterprises and Risk Baring Capacity”. En: Yale Law journal, No. 61, 1952. p.1172.

<sup>97</sup> Ver, por ejemplo, JAMES, F. “Civil Procedure”. 1965. p. 240.

hizo respecto de la aplicación del *Learned Hand test*. Esto, ya que usualmente un asunto complicado sobre si la categoría de víctima o de causante de daños está en una mejor situación para efectuar el análisis costo-beneficio entre evitar y compensar, se facilita si una opción sirve a metas distributivas mientras que la otra las perjudica. En la práctica también sería igual de difícil determinar cuáles son los roles de la eficiencia y la distribución para efectuar la elección como lo es para el Profesor Posner y nosotros ponernos de acuerdo sobre cuáles eran los roles de los dos grupos de objetivos en sus casos de 1895-1905. Marcos analíticos y las distinciones allí incluidas sirven para dilucidar; éstos raramente señalan qué hicieron los jueces y jurados en casos individuales.

## VII. CONCLUSIÓN

En el presente artículo hemos tratado de describir un marco, un *test*, que podría ayudar a colocar en su lugar a los factores que parecen ser centrales para definir los límites de la responsabilidad objetiva en las áreas del derecho donde ha llegado a imperar. Nosotros con-

trastamos este *test* con el cálculo clásico de la negligencia y su imagen espejo. Hemos notado que este *test* de responsabilidad objetiva parece más adecuado que cualquiera de los otros para lograr la minimización de la suma de los costos del accidente y los costos para evitar el accidente. Luego discutimos por qué creemos que el desplazamiento hacia tal *test* no puede ser explicado únicamente en términos de metas distributivas, a pesar que admitimos sin reparo que tales metas también hubiesen podido ser servidas por tal desplazamiento. Finalmente, expresamos el punto de vista de que, a pesar que tal *test* está muy capacitado para lograr una óptima reducción de los costos primarios de los accidentes, prevemos que en su aplicación predominan metas distintas a la eficiencia.

Desde que Fleming James, apreciado colega, a través de su escritura, y enseñanza, primero dirigió y luego apoyó nuestro primer así como nuestro más reciente trabajo en este campo, agradecidamente le dedicamos este trabajo. Que el retiro sea para él, así como lo fue para su profesor, Arthur Corbin, simplemente una oportunidad para llevar más lejos la investigación.

# DE TIN MARÍN DE DO PINGÜÉ... UN ANÁLISIS ECONÓMICO SOBRE EL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES CONTRACTUALES EN EL PERÚ\*

José Juan Haro Seijas\* \*

*"Enseguida empezó de nuevo '¡A lo mejor atravieso toda la tierra! ¡Qué gracioso será aparecer entre la gente que camina boca abajo! Las Antipáticas, creo' (esta vez le producía gusto que nadie estuviera oyéndola, porque no parecía tratarse de la palabra correcta), 'pero tendré que preguntarles cuál es el nombre del país, usted sabe. Por favor, Señora, ¿es esta Nueva Zelandia o Australia?'."*

*Lewis Carroll, Alicia en el País de las Maravillas.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Para quien no ha estudiado Derecho y no se ha visto envuelto jamás en una disputa judicial, el método para resolver un problema de incumplimiento contractual debería ser más o menos simple: bastaría con establecer si el incumplimiento se produjo y, una vez que esto fuera resuelto en sentido positivo, determinar de un modo más o menos razonable la forma en que tal incumplimiento debería ser remediado. Es verdad que en el análisis de una demanda podrían presentarse mil complicaciones, pero ninguna persona común debería esperar que un proceso judicial sobre inexecución de obligaciones pudiera tener una finalidad distinta que la de resolver esas dos simples cuestiones.

Lamentablemente, eso no pasa en nuestro país.

Quien ha litigado en el Perú (y además ha leído Alicia en el País de las Maravillas) sabe que iniciar un proceso judicial es como empezar a desplomarse por el hoyo del conejo: puede parecer que la caída es extremadamente larga y a veces, cuando ésta está a

***Sin lugar a dudas, una de las cuestiones más complejas y trascendentes que suscita el incumplimiento contractual y que, además, es el aspecto de mayor relevancia para los litigantes, es el referido al cálculo de las indemnizaciones por las cortes, tema que posee una gran importancia económica y un incuestionable valor jurídico.***

***Lamentablemente, en el Perú no se han desarrollado criterios jurisprudenciales que determinen un método para fijar las indemnizaciones contractuales, lo que ha traído como consecuencia una reparación inadecuada de los afectados por el incumplimiento, que ha llegado a cuestionar la utilidad misma del Derecho Contractual.***

***El que la Corte Suprema fije un sistema mediante el cual se calculen los montos indemnizatorios es una labor urgente y necesaria. Como sugiere el autor, si ello no ocurre, tendremos la sensación de que, si Alicia hubiera partido del Perú, pensaría sin duda que en el otro lado del mundo la gente camina de pie.***

\* Al doctor Hugo Forno, de quien aprendí lo que significa ser abogado y de quien cada día tengo más que aprender.

\*\* Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Profesor de Contratos, Derecho de la Competencia y Análisis Económico del Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex-miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho.

punto de terminar, se tiene la curiosa sensación de que muy probablemente llegaremos a un lugar en el que las cosas funcionan exactamente al revés de como deberían funcionar. ¿Qué pensaría Alicia de un mundo en el que los juicios sobre incumplimiento contractual parecen encontrarse dirigidos a proteger al incumplidor, antes que al afectado? ¿Cómo reaccionaría si supiera que, en ocasiones, los asuntos más discutidos en un proceso son los que menos importan a las partes? ¿Resultaría gracioso para ella conocer de causas sobre incumplimiento en las que el cálculo de la indemnización – que puede ser lo que más preocupa a la parte afectada – parece ser el asunto menos relevante del mundo y en la mayor parte de los casos se deja por completo a la suerte?

Una mente infantil como la de Alicia podría divertirse muchísimo jugando a los juegos de azar que los abogados peruanos hemos inventado para resolver problemas contractuales. Después de todo, a los niños les encanta jugar al “*de tin marín*”. Pero echar suertes no parece ser el método más conveniente para resolver disputas de carácter legal. El riesgo, precisamente aquello que hace más atractivos a los juegos, puede ser tremendamente peligroso en el Derecho. La incertidumbre impide que los agentes económicos puedan predecir con exactitud las consecuencias jurídicas de sus actos y fomenta en ocasiones la adopción de decisiones ineficientes desde un punto de vista social.

\* \* \* \* \*

Una sistematización imperfecta impide leer organizadamente las casaciones expedidas por las distintas salas de nuestra Corte Suprema y seguir con facilidad los criterios jurisprudenciales. En una situación como ésta, es difícil realizar un análisis serio de los pronunciamientos de nuestra administración de justicia. A pesar de estas limitaciones, el profesor Gorki Gonzáles y un equipo de investigadores de la Universidad Católica – que vienen realizando un trabajo para el Banco Mundial, próximo a completarse – parecen haber encontrado evidencia estadísticamente relevante de que el Perú es un país de pírricas victorias contractuales: los “vencedores” no sólo reciben indemnizaciones que sistemáticamente subestiman sus pérdidas, sino que además no cuentan con mecanismos adecuados para que – una vez que el juicio ha sido “ganado” – la sentencia recaída en el proceso pueda hacerse efectiva<sup>1</sup>.

En este contexto, el presente artículo intenta demostrar en primer lugar que, entre las diversas cuestiones que plantea el incumplimiento contractual, el cálculo de indemnizaciones es quizá la que mayor relevancia tenga para los litigantes: nadie demandaría por incumplimiento si es que no esperara obtener una recompensa al final del litigio (sea que tal recompensa venga establecida como una indemnización o como la ejecución forzada de la prestación). Este artículo pretende, además, explicar las razones por las que el problema del cálculo de las indemnizaciones es, a pesar de su naturaleza económica, una materia de irrefutable valor jurídico que debería despertar mayor interés entre los operadores del Derecho. El trabajo propone, finalmente, una metodología para estimar el monto en que deben ser fijadas las indemnizaciones y ofrece criterios para aproximar el valor que debe otorgarse a la parte afectada para inducir comportamientos eficientes en el mercado.

Quisiéramos empezar nuestra reflexión teniendo una idea un poco más clara de lo que ocurre en nuestros tribunales. Quizá ello contribuya a subrayar la importancia práctica del problema.

## 2. UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Corporación Ganadera adquirió 5,000 toneladas métricas de maíz amarillo de origen americano por la suma de US\$ 742,500.00. Posteriormente, la empresa contrató con una compañía naviera para que transportara el maíz desde Lousiana, Estados Unidos, hasta el Callao. Al producirse la descarga en el puerto de destino se detectó un faltante de 193.15 toneladas métricas, por lo que Corporación Ganadera efectuó el reclamo del caso con su compañía de seguros. Atendiendo a la solicitud efectuada, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros cumplió con pagar una indemnización ascendente a US\$ 13,669.82. Valorando en más que dicha suma su propia pérdida, a finales de los años noventa Corporación Ganadera inició un proceso contra la compañía naviera solicitando que ésta cumpliera con indemnizar el monto no cubierto por el seguro. Tanto el Juzgado Especializado en lo Civil como la Sala de la Corte Superior de Lima que estuvieron a cargo del proceso desestimaron, aparentemente por las mismas razones, la pretensión de la empresa

<sup>1</sup> Evidencias como ésta, halladas en el plano contractual, deben complementarse necesariamente con la profunda investigación que en su oportunidad realizó Alejandro Falla Jara sobre los montos de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual en el Perú y que se vieron reflejados en su tesis para optar el título de abogado. Para una aproximación a este asunto puede verse: FALLA JARA, Alejandro y PIZARRO ARANGUREN, Luis. “El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares”. En: THEMIS – Revista de Derecho. Segunda Epoca, Nº 20.

demandante: de acuerdo con su punto de vista, el pago de la indemnización por la compañía de seguros supuso el resarcimiento del daño y subrogó a Rímac Internacional en los derechos de Corporación Ganadera, por lo que esta última empresa no tendría – en opinión de los magistrados – derecho a exigir nada más. El 9 de abril de 2001, luego de lo que aparenta haber sido un largo proceso judicial, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República emitió la Casación N° 114-2001-Callao<sup>2</sup>, por la que revocó los fallos emitidos por las dos primeras instancias. En aquella ocasión, la Sala hizo explícito que, al resolver, “las instancias inferiores consideraron que se habría producido un faltante (...) no obstante lo cual no se cuantificó el menoscabo producido, esto es, el monto al que ascendería el daño”.

Como la Sala parece reconocer en su razonamiento, resulta evidente que las dos primeras instancias centraron su atención en un asunto claramente irrelevante. Las dos pusieron especial cuidado en establecer que sólo la compañía de seguros tenía el derecho de recuperar contra la compañía naviera aquello que había pagado a título de indemnización a favor de Corporación Ganadera. A nadie pareció interesarle, sin embargo, la cuestión planteada por la demandante: esto es, si existía algún monto que – no habiendo sido cubierto por la compañía de seguros – aquélla podía recuperar contra la compañía naviera.

Para cualquier persona común y corriente, la historia que acabamos de relatar debe resultar decepcionante. No es necesario ser abogado para descubrir que lo realmente importante en el caso era determinar si Corporación Ganadera había sido indemnizada suficientemente. Para ponerlo en otras palabras, era necesario indagar en primer lugar si el monto pagado por el seguro coincidía con el monto que – de acuerdo con el criterio de los jueces – debiera haberse abonado en compensación por el perjuicio causado.

El uso de matemáticas básicas es suficiente para descubrir que en la conclusión de las dos primeras instancias – aquélla según la cual Corporación Ganadera no tenía derecho a cobrar nada más – definitivamente hay algo malo: si Corporación Ganadera había desembolsado US\$ 742,500.00 por las 5,000 toneladas métricas de maíz, el costo de 193.15 toneladas métricas en el puerto de origen ascendía cuando menos a US\$ 28,682.78<sup>3</sup>. Como quiera que la compañía de seguros pagó a la demandante únicamente US\$ 13,669.82, por lo menos US\$ 15,012.95 de pérdida directa no habían sido indemnizados<sup>4</sup>.

Afortunadamente, el fallo de las dos primeras instancias fue revocado en casación. Al revocarlo, la Sala Transitoria de la Corte Suprema puso en evidencia, aunque probablemente de modo inadvertido, un mal endémico de nuestra judicatura: la tendencia a discutir sobre principios, ideas y doctrinas, antes que el ánimo de prestar atención a la realidad. La Sala destacó, como correspondía, el grave error de no haber evaluado siquiera la entidad del daño. Lamentablemente, al resolver la cuestión, la Sala se limitó a sostener que “en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido éste como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales: al daño emergente y lucro cesante, y daños extrapatrimoniales: al daño moral y al daño a la persona”.

La casación no contiene una sola directriz sobre el modo en que las instancias inferiores deberían haber calculado el adecuado monto de la indemnización contractual. No se aprecia, por ejemplo, si en opinión de la Corte Suprema era necesario que se indemnizara a Corporación Ganadera con un monto equivalente a la diferencia entre lo pagado por el seguro y el precio de compra en el puerto de origen (diferencia que hemos estimado en US\$ 15,012.95) o si, en lugar de tal mecanismo de cálculo, debería recurrirse a otro

<sup>2</sup> El fallo puede ser consultado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Año 7. Número 36. Setiembre 2001. p. 296.

<sup>3</sup> La cifra resulta de la aplicación de la regla de tres simple: si 5,000 toneladas cuestan US\$ 742,500.00, 193.15 toneladas (3.863% de 5,000) costarían US\$ 742,500.00 x 0.03863 = US\$ 28,682.78. El resultado obtenido corresponde a la suma que hubiera tenido que pagarse para comprar 193.15 toneladas de maíz en la misma fecha en que Corporación Ganadera compró el producto y no necesariamente equivale al daño total que la merma impuso a la empresa demandante. La discrepancia se debe a variar razones. Para comenzar, sería posible que el precio pagado por las 5,000 toneladas hubiera incluido un descuento por volumen, al cual podría no tenerse derecho si se compraran sólo 193.15 toneladas; en otras palabras, podría ocurrir que Corporación Ganadera tuviera que pagar una suma mayor por tonelada métrica si quisiera comprar sólo 193.15 toneladas. Por lo demás, para calcular con mayor exactitud el daño sufrido, debería sumarse al precio de las 193.15 toneladas perdidas – entre otros conceptos – la proporción correspondiente de los gastos de transporte local, viáticos y demás costos incurridos por Corporación Ganadera para negociar y concretar la compra del maíz, que aquí ignoramos.

<sup>4</sup> Al indicar que “por lo menos” dicho monto no había sido indemnizado, queremos significar — como veremos más adelante — que pueden existir fundadas razones para que la indemnización comprenda otros conceptos además del precio.

método para estimar la indemnización. La Sala perdió así una oportunidad para cumplir con la finalidad que en nuestro ordenamiento deben tener las resoluciones emitidas en casación<sup>5</sup>.

## II

La historia que acabamos de relatar es moneda común en nuestro medio. No hemos podido ubicar un solo fallo en el que la Corte Suprema se pronuncie sobre la forma en que deben ser calculadas las indemnizaciones en el Perú. Como quiera que el Código Civil tampoco contiene disposiciones sobre la materia<sup>6</sup>, este cálculo es, el día de hoy, un asunto sujeto al criterio subjetivo del juez.

La razón por la que la Corte Suprema de la República no se pronuncia normalmente sobre el monto que debería otorgarse como indemnización radica en una particular comprensión de la casación como instituto procesal. Con arreglo a tal comprensión, la Corte Suprema debe alejarse por completo de cualquier análisis que suponga – directa o indirectamente – la evaluación de la prueba actuada ante las instancias de mérito. La determinación del monto indemnizatorio, concebida normalmente como una cuestión de hecho, queda así alejada por completo del debate casatorio.

Siguiendo el criterio de analizar únicamente cuestiones “de derecho”, en nuestro país se ha afirmado que, además de la materia indemnizatoria, otros aspectos del Derecho Contractual se encuentran fuera de la competencia de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, se ha dicho que “determinar si el deudor actuó con la diligencia ordinaria requerida, solamente puede ser establecido luego de valorar los medios probatorios”, por lo que “dicha denuncia constituye una cuestión de hecho que no es recurrible en casación”<sup>7</sup>.

No obstante que opiniones como la antes citada parecen definir el criterio de que la determinación de la existencia o inexistencia de culpa configura una

cuestión “de hecho” librada al análisis de las instancias inferiores, es notorio que la Corte Suprema – actuando con cierta flexibilidad – se ha apartado ocasionalmente de una doctrina tan estricta. En esa línea, por ejemplo, puede observarse un conjunto de resoluciones emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 1997, de las que la Casación N° 949-95<sup>8</sup> es un buen ejemplo. En tal resolución, afirmando un punto de vista que después se ratificaría en repetidas oportunidades, los magistrados supremos reconocen la necesidad de establecer criterios que permitan reducir la incertidumbre en materia de responsabilidad contractual y, más específicamente, en aspectos relativos a la determinación de la culpa. La parte considerativa de la Casación N° 949-95 declaraba de hecho que la Corte “(estaba) conociendo de un número considerable de causas en las que se ventila(ba) la pretensión de un derecho indemnizatorio derivado de la responsabilidad de la empresa demandada por haber incorporado a los demandantes al régimen pensionario de la Ley veinte mil quinientos treinta” y sostenía que “habiéndose verificado que a nivel de Corte Superior existe diversidad de criterios en la calificación del acto de incorporación como culposo o ausente de culpa se hace necesario a fines de la unidad de la jurisprudencia nacional emitir una definición que evite así que se esté dictando jurisprudencia contradictoria sobre la materia”. Apoyándose en tal razonamiento, los magistrados procedieron a sostener que “el acto por el que una empresa, a partir de un ofrecimiento que parte de ella, incorpora a sus trabajadores al régimen pensionario (...), del que luego los debe excluir, es un acto culposo susceptible de ser indemnizado (...)”.

Al establecer que la incorporación a un determinado régimen pensionario puede constituir un acto culposo cuando se origina en un ofrecimiento de la empresa, la Corte Suprema definió en los hechos, para una serie de casos similares, cómo debían evaluarse las pruebas para resolver si existía culpa o no. Al hacerlo, sin embargo, no se resolvió más que la mitad del problema.

<sup>5</sup> De conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil, el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y – lo que parece más importante – la unificación de la jurisprudencia nacional. Si se analiza con detenimiento la norma, se descubre indubitadamente que la intención del codificador era que, mediante la casación, los criterios

<sup>6</sup> El artículo 1321 del Código Civil, que las instancias de mérito usan normalmente para fijar el monto indemnizatorio, carece por completo de criterios claros para estimar el monto de la pérdida indemnizable. La norma se limita a señalar que “el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”. No existe en esta frase un solo criterio que indique cómo es que se calcula el daño emergente o cómo debe estimarse el lucro cesante.

<sup>7</sup> Casación N° 281-98 del 21 de octubre de 1998, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. En: Asociación No Hay Derecho. El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Lima, Ediciones Legales, 2000. p. 119.

<sup>8</sup> El fallo puede ser consultado en: Asociación No Hay Derecho. El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Lima, Ediciones Legales, 2000. p. 147. jurisprudenciales pudieran unificarse para reducir la incertidumbre en la solución de conflictos. La teoría económica sostiene, de un modo coherente con esta tesis, que la predictibilidad de las resoluciones reduce el nivel de litigio en una sociedad.

El procedimiento objeto de casación trataba en realidad de una pretensión de indemnización por daño moral. La sección de “Fundamentos del Recurso” declaraba, en efecto, que la casación había sido admitida por la causal de interpretación errónea del artículo 1322 del Código Civil<sup>9</sup>, “al estimarse en la recurrida que el daño moral no es susceptible de ser cuantificado económicamente”. El problema central que debía resolver la Corte, una vez más, era el de la estimación del daño.

Lamentablemente, a este respecto la Corte sólo se limitó a precisar que el artículo 1322 del Código Civil optó por admitir la reparación de los daños morales y que, por tanto, la Corte Superior había errado al sostener que “el daño moral expresado en términos económicos deja de ser tal”. La Casación, siguiendo estrictamente – esta vez sí – el criterio jurisprudencial vigente (de no pronunciarse sobre lo que se considera un asunto “de hecho”), no contiene una sola directriz que permita definir cómo es que, a criterio de los magistrados supremos, debe estimarse el daño moral en el Perú<sup>10</sup>. La unificación de criterios jurisprudenciales, objetivo que con tanta vehemencia se había defendido en los considerandos de la resolución, aparece así como prescindible en cuanto toca a la definición del *quantum* indemnizatorio. Probablemente por eso es que el considerando décimo tercero de la resolución bajo análisis ratifica la idea de que “al no actuar la Corte como instancia de mérito es menester estar al monto indemnizatorio fijado en la instancia correspondiente”.

Es curioso que en la misma casación se observen dos tendencias contradictorias entre sí. No parece coherente que se sostenga que la definición de criterios para cuantificar indemnizaciones es materia probatoria y se admita al mismo tiempo que la definición de criterios para decidir si un acto es culpable o no constituye un asunto de derecho.

### III

Que la Corte Suprema no debe actuar como instancia de mérito es un asunto indiscutible en un régimen que, como el peruano, atribuye al máximo órgano jurisdiccional exclusivas facultades como instancia de casación<sup>11</sup>. De ello no puede seguirse, sin embargo, que la Corte Suprema no tenga nada que decir respecto de los criterios que deben usar los jueces de las instancias inferiores para evaluar las pruebas que se someten a su consideración.

Un ejemplo permite ilustrar el punto con mayor facilidad.

Supongamos que Juan y Pedro celebraron un contrato de locación de servicios por medio del cual Juan se obligó a desarrollar ciertas labores por un plazo de seis meses. Imaginemos además que, vigente el plazo del contrato, Pedro recibió una carta notarial en la que se le informaba que Juan era menor de edad y que, por tanto, no podía haber suscrito válidamente ningún contrato con él. Supongamos, finalmente, que – con la intención de evitar cualquier problema futuro – Pedro solicita la declaración judicial de nulidad del acto jurídico.

En nuestra hipótesis resulta evidente que – al declarar nulo el contrato – el juez debería disponer además que las partes se restituyeran recíprocamente las prestaciones previamente ejecutadas<sup>12</sup>. Como la restitución de un servicio *in natura* es materialmente imposible, el juez también debería definir si Juan tiene derecho a recibir alguna compensación dineraria por el trabajo efectivamente realizado, de modo que Pedro no se viera beneficiado de un modo injustificado. ¿Cuáles criterios podrían emplearse para resolver esta cuestión? En abstracto, existen cuando menos cuatro alternativas: (i) Una primera alternativa consistiría en soste-

<sup>9</sup> Código Civil. Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

<sup>10</sup> La única referencia que puede encontrarse en el fallo sobre este particular es una frase en la que los magistrados afirman que, en el daño moral, el “quantum indemnizatorio (...) se mide siempre, atendiendo a las pruebas que (generan...) convicción, por el daño en sí mismo tomando en cuenta los parámetros que se evidencien por la gravedad objetiva del menoscabo causado”. En nuestra opinión, esta afirmación no contiene en sí misma ningún lineamiento que pueda orientar el criterio subjetivo del juez al momento de estimar la indemnización y, en esa medida, no puede otorgar predictibilidad a las decisiones judiciales o reducir la incertidumbre jurídica.

<sup>11</sup> Las facultades de la Corte Suprema – cuando actúa como órgano de casación – aparecen claramente descritas en el artículo 386 del Código Civil. Allí se precisa que el recurso de casación sólo resulta procedente por las siguientes causales: (i) aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; (ii) inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o (iii) contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Como quiera que la casación autoriza a los magistrados supremos a pronunciarse únicamente sobre aspectos jurídicos, el artículo 394 del Código Procesal Civil prohíbe la presentación de pruebas adicionales ante la Corte, a menos que éstas se encuentren destinadas a acreditar la existencia de doctrina jurisprudencial o de una ley extranjera.

<sup>12</sup> En nuestro sistema, la consecuencia de la nulidad es que el negocio se tiene por ineficaz perpetuamente y desde el inicio. En tal sentido, las partes no pueden pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto inválido, por lo que – si el negocio ha sido parcial o talmente cumplido – las cosas deben reponerse a su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado. Ver, al respecto, STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 88-89.



ner que Juan tiene derecho – en cualquier caso – a una indemnización proporcional, calculada en función del tiempo trabajado y sobre la base de la retribución originalmente convenida en el contrato; (ii) Bajo una segunda línea de pensamiento podría estimarse que, como el contrato ha sido anulado, el monto estipulado por las partes sólo puede tomarse en cuenta a título referencial y, en consecuencia, la compensación debería resultar equivalente en todo supuesto a la suma que se pagaría normalmente en el mercado por servicios similares a los realizados por Juan; (iii) Si Juan nunca hubiera revelado a Pedro que era menor de edad, una tercera corriente podría todavía estimar que Juan no debería tener derecho a compensación alguna y justificar tal postura en la necesidad de generar incentivos para que los menores de edad transmitan información valiosa a sus contrapartes<sup>13</sup>; (iv) En el caso en que Pedro pudiera haberse dado cuenta de la edad de Juan (o éste hubiera revelado que era menor de edad), podría considerarse finalmente que al monto indemnizatorio calculado con arreglo a cualquiera de los criterios establecidos en los numerales (i) o (ii) precedentes debería sumarse todavía un monto adicional destinado a penalizar a quien contrata a sabiendas con un menor.

Imaginemos, para simplificar nuestro ejemplo, que el juez especializado a cargo del proceso – luego de actuar las pruebas ofrecidas por las partes – ha llegado a las siguientes conclusiones de hecho: (i) Juan prestó servicios en favor de Pedro por un período efectivo de dos meses; (ii) la retribución convenida por seis meses de trabajo fue de US\$ 1,200, pagaderos a la culminación de las labores; (iii) dos meses de labores similares a las prestadas por Juan se retribuyen normalmente en el mercado en US\$ 300; (iv) Juan nunca reveló a Pedro que era menor de edad; y (v) Pedro podía darse cuenta, usando una diligencia normal, de que Juan tenía menos de 18 años.

¿Cuál es, en este contexto, la indemnización que debería otorgar el juez? Depende. Si nuestra ley (o los criterios jurisprudenciales) establecieran que la indemnización debe otorgarse con prescindencia de que el menor de edad hubiera o no revelado su edad, tendríamos parte del problema resuelto. Para resolverlo completamente sería además necesario que la ley (o los criterios jurisprudenciales) definieran en tal caso si la indemnización debe calcularse sobre la base de lo pactado en el contrato o, en lugar de tal medida, debe recurrirse al mercado. Si, por el contrario, nuestra ley (o los criterios jurisprudenciales) dispusieran que debe hacerse una distinción sobre la base del comportamiento del menor, Juan no tendría derecho alguno a indemnización bajo una línea de pensamiento, pero podría tenerlo bajo otra (aún si no hubiera revelado información a Pedro) en el caso que éste pudiera haber reparado en su minoridad.

El ejemplo revela bien el problema que el juez civil confronta en cada caso: no es suficiente con el análisis factual que realiza para que pueda formarse una opinión objetiva sobre el monto que debe otorgar como indemnización. En nuestra hipótesis, los datos obtenidos en virtud de la actuación de las pruebas no resultan suficientes para establecer de un modo claro cuánto debe recibir Juan. De hecho, antes de emplear tales datos en la solución del caso, es imprescindible que el juez defina en primer lugar cuál debe ser la regla de derecho aplicable. Porque si acogiera el criterio del monto proporcional sobre la base de la retribución convenida, Juan debería recibir US\$ 400 (la tercera parte de la contraprestación pactada). Si atendiera al criterio del “valor de mercado”, el monto a otorgar a Juan sería de sólo US\$ 300. Si estimara como relevante el hecho de que Pedro pudiera haber conocido de la minoridad de Juan, el monto indemnizatorio ascendería a más de US\$ 400<sup>14</sup>. Y si, finalmente, optara por penalizar a Juan por no haber revelado su edad, tocaría declarar que Pedro no debe indemnizar a aquél en modo alguno.

<sup>13</sup> De hecho, esta preocupación parece estar presente en nuestro ordenamiento civil. Véase al respecto el artículo 229 del Código de la materia, según el cual “Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad”.

<sup>14</sup> En este caso, además, sería necesario definir un criterio para establecer la suma indemnizatoria que se impondría a Pedro como “sanción” por su conducta. En el Derecho anglosajón este tipo de sanciones se conoce como “indemnización punitiva o ejemplificadora”. Las indemnizaciones punitivas son indemnizaciones en una escala incrementada, que se otorgan al demandante por sobre el monto de la indemnización compensatoria, cuando el daño se ha producido por circunstancias agravantes, tales como violencia, opresión, malicia, fraude o conducta indebida. La existencia de indemnizaciones punitivas se justifica típicamente sobre la base de dos argumentos: (i) de acuerdo con el primero, las indemnizaciones punitivas estarían destinadas a resarcir al demandado por la angustia mental, la afectación de sus sentimientos, la vergüenza u otros daños del mismo tipo (y en tal sentido, resultan equiparables a las indemnizaciones que en nuestro sistema se conceden para resarcir el “daño moral” o el “daño a la persona”); (ii) de acuerdo con el segundo, las indemnizaciones punitivas deberían desincentivar todavía más la realización de conductas que con seguridad deseamos evitar. Sobre este último extremo puede verse, aunque en el contexto de la responsabilidad extracontractual, LANDES, William y POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Harvard, 1987. p. 161-162.

Es evidente que la tarea de valorar las pruebas es asunto reservado a las instancias de mérito. Sólo a ellas puede corresponder, en el ejemplo que acabamos de describir, definir si Pedro pudo haber conocido que Juan era menor de edad o si tal dato era imperceptible incluso para una persona diligente. En el caso que el criterio jurisprudencial establecido fuera que la indemnización es procedente y debe calcularse con arreglo al mercado, la indagación sobre el monto que se paga en el mercado por servicios similares correspondería también a los jueces especializados y a las cortes superiores. ¿Quién define, sin embargo, cuál debe ser el criterio aplicable? ¿No es acaso ésta una verdadera cuestión “de derecho” que debe determinarse incluso antes de realizar el análisis probatorio? En nuestra opinión, así es. Que Pedro pudiera haber descubierto o no que Juan era menor de edad sólo resulta relevante cuando las normas o la doctrina jurisprudencial establecen que tales extremos deben tomarse en cuenta para definir el derecho a otorgar indemnizaciones. La necesidad de indagar por el valor de mercado de una prestación sólo aparece si es que las normas o la doctrina jurisprudencial descartan como referente la retribución establecida en un contrato anulado.

Al sostener que ningún extremo de la cuestión indemnizatoria se encuentra sujeto a la revisión de la Corte Suprema – aun cuando no tenga en realidad nada que ver con el análisis de las pruebas – los magistrados de la máxima instancia jurisdiccional privan a los jueces de menor jerarquía de líneas directrices necesarias para realizar su trabajo a cabalidad. Si acaso existe una regla en nuestro país el día de hoy es aquella en función de la cual el juez debe estimar la indemnización “a su leal saber y entender”. Una regla legal que formaliza la carencia de reglas legales incrementa el nivel de incertidumbre en el mercado, promueve el litigio y dificulta que el sistema contractual pueda alcanzar los objetivos que se supone persigue.

### 3. ¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO CONTRACTUAL?

Si las personas cumplieran siempre las promesas que hacen, el Derecho Contractual no tendría mayor objeto. Todos sabemos, sin embargo, que nadie cumple todas sus promesas: algunas veces la gente incumple intencionalmente; en otros casos no puede cumplir aunque quiera. El Derecho Contractual puede tener

algo que decir cuando la gente incumple: sus instituciones constituyen un cuerpo sistemático capaz de inducir el cumplimiento de cierto tipo de promesas.

No todas las promesas que formulamos, sin embargo, suscitan el mismo interés del Derecho: la promesa que hacemos a un hijo para salir de paseo el fin de semana es probablemente una que intentaremos cumplir de cualquiera forma, aunque sería muy difícil que un hijo nuestro pudiera demandarnos con éxito por incumplirla. El incumplimiento de la promesa de pago hecha a un proveedor es, por su parte, una de aquellas que típicamente puede originar un proceso judicial.

¿Cuál es la razón por la que el Derecho Contractual tiene que ver sólo con un tipo de promesas y no con otras? ¿Cuáles son los criterios que habilitan que un determinado asunto, pero no otro, pueda ser discutido en los tribunales?

En el Derecho anglosajón, la noción de “*consideration*” sirve para distinguir entre las promesas que pueden discutirse judicialmente y aquéllas que no alcanzan relevancia bastante para motivar un proceso. Las Cortes inglesas y estadounidenses se niegan por regla general a discutir sobre el incumplimiento de promesas que no estuvieran soportadas por *consideration* y admiten la discusión judicial sobre promesas que sí tuvieran tal soporte. Por *consideration* se alude al acto o promesa recíproco que la contraparte ha formulado o ejecutado en intercambio por una promesa<sup>15</sup>. Así, por ejemplo, la promesa que María hace para limpiar la casa de Julio es exigible legalmente sólo si Julio (o un tercero) hace algo a favor de María u ofrece algo a cambio de tal promesa.

Un primer asunto a notar es que la visión sobre la exigibilidad legal que tiene el Derecho anglosajón focaliza la atención en cada promesa, antes que en la estructura compleja que forman las promesas correspectivas (estructura que, tanto los anglosajones como nosotros, solemos llamar “contrato”). Un segundo punto a destacar es el hecho de que – a juzgar por el concepto de *consideration* que acabamos de esbozar – los contratos que típicamente merecen tutela jurisdiccional en los Estados Unidos son los que en nuestra doctrina calificaríamos como “contratos de prestaciones recíprocas”<sup>16</sup>. Así las cosas, el derecho común anglosajón otorga relevancia jurídica al contrato en cuanto expresión de “intercambio”.

<sup>15</sup> Tal como Chirelstein indica: “en su forma más simple [*consideration*] denota la recepción por el promitente de “algo de valor” desde el promisorio”. CHIRELSTEIN, Marvin. *Concepts and Cases in the Law of Contracts*. New York, Foundation Press, 1998. p. 12.

<sup>16</sup> Es menester destacar, sin embargo, que esta regla admite una serie de excepciones.

Por esa razón, no suele admitirse en esa tradición el debate judicial sobre el incumplimiento de promesas unilaterales<sup>17</sup>, aun cuando tales promesas pudieran haber sido efectuadas en consideración a un beneficio previamente recibido (como por ejemplo ocurriría si, quien ha sido servido durante treinta años por un empleado, ofrece entregar a éste un bono extraordinario y después no honra tal ofrecimiento), ya que en este último supuesto no existiría una “transacción” propiamente dicha. Es por esa razón precisamente que la Sección 71 del *Restatement (Second) of Contracts* declara meridianamente que “para constituir *consideration*, el acto o promesa recíproco debe haber sido previamente negociado” y anota seguidamente que “un acto o promesa recíproco es negociado previamente en el caso que el promitente lo exija en contraprestación por su promesa y siempre que sea efectuado por el promisorio en contraprestación de tal promesa”<sup>18</sup>.

Nociones tan restrictivas no son admitidas por el Derecho romano-germánico, en el que – por citar un ejemplo bastante conocido – se admite sin ambages la obligatoriedad del contrato de donación<sup>19</sup>. A pesar de ello, es verdad que entre nosotros también se reconoce la necesidad de distinguir entre promesas legalmente exigibles y promesas que no pueden ser exigidas legalmente. Aunque no es este el espacio para efectuar un análisis profundo sobre la materia, se suele afirmar en nuestra doctrina que – para merecer tutela jurisdiccional – es menester que la obligación cuyo incumplimiento se somete a la consideración de

los jueces se halle revestida de los requisitos de “juridicidad” y “patrimonialidad”<sup>20</sup>. En cuanto toca a este último requisito, se ha afirmado especialmente que la patrimonialidad debe exigirse respecto de la prestación en sí misma considerada, con prescindencia de que el interés que le da sustento no sea patrimonial<sup>21</sup>.

Mientras el Derecho anglosajón parece prestar atención a una noción relacionada con el “intercambio”, el Derecho romano-germánico recurre al concepto de “patrimonialidad”. Aunque diversas, las dos ideas anuncian – en nuestra opinión – un mismo interés en el Derecho Contractual: éste se encuentra dirigido a la satisfacción de necesidades de carácter económico y, por tanto, es a dichas necesidades que debe prestarse especial atención. Cualquier discusión sobre promesas efectuadas en el ámbito familiar o en contextos claramente desprovistos de connotaciones “patrimoniales” escapa al interés de nuestra materia y, en gran parte de los casos, carece por completo de relevancia jurídica.

¿Por qué son tan importantes las promesas de contenido económico? ¿Qué resulta relevante en las transacciones patrimoniales celebradas libremente entre privados?

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, los contratos mejoran la eficiencia social<sup>22</sup> ya que permiten que los recursos circulen libremente en el mercado mediante transacciones voluntarias. El punto ha sido formulado ya en otro lugar entre

<sup>17</sup> Sin perjuicio de ello, el Derecho anglosajón admite casos en los que una promesa puede resultar legalmente exigible aunque carezca de “*consideration*”. Por ejemplo, algunas promesas unilaterales pueden resultar vinculantes (bajo la teoría conocida como “*promissory estoppel*”) si el promisorio, confiando en la promesa, efectuó ciertos gastos o asumió determinados perjuicios que no hubiera soportado de otro modo. Las cortes han admitido también (bajo la teoría conocida como *quantum meruit*) que se exija el cumplimiento de promesas unilaterales realizadas con ocasión de un rescate previo, aun cuando en tal supuesto el rescate no se hubiera efectuado como consecuencia de un hecho o una promesa anteriores. Chirelstein explica, sin embargo, que “para guardar la perspectiva (...) debemos recordar que esas situaciones “excepcionales” son sólo eso y que en el curso común de los contratos empresariales y de consumo, el elemento de *consideration* se encuentra presente virtualmente por definición”. CHIRELSTEIN, Marvin. *Op. cit.*, p. 13-14.

<sup>18</sup> Ver al respecto, BURTON, Steven y EISENBERG, Melvin. *Contract Law: Selected source materials*. St. Paul, West Group, 1999. p. 244.

<sup>19</sup> La naturaleza contractual de la donación se deriva indubitadamente de los artículos 1621 y siguientes del Código Civil.

<sup>20</sup> Para una explicación detallada de la cuestión puede revisarse: FORNO FLOREZ, Hugo. Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación. En: *Advocatus* N° 1, p. 21-27. En su trabajo, el doctor Forno deriva el requisito de patrimonialidad de la interpretación concordada de los artículos 1351 y 1402 del Código Civil.

<sup>21</sup> FORNO, *Op. cit.* p. 26-27.

<sup>22</sup> El concepto de eficiencia que empleamos en este artículo fue formulado por primera vez por Willfredo Pareto. Pareto, un eminente economista italiano, sostuvo que una transacción mejoraba necesariamente la eficiencia social si es que generaba beneficios para cuando menos uno de los miembros de la sociedad, sin perjudicar a ningún otro. El criterio de eficiencia de Pareto, que puede funcionar perfectamente en el ámbito contractual, resulta estrecho cuando se busca identificar si – desde un punto de vista social – resulta eficiente permitir ciertas actividades dañosas. Imagínese típicamente el caso de las fábricas que contaminan el ambiente: es posible que los beneficios asociados a la existencia de la fábrica (producción de bienes de consumo, generación de empleo, etc) sean superiores a los perjuicios derivados de la contaminación. Si se aplicara estrictamente el criterio de Pareto, una situación como la descrita no resultaría eficiente. Pero si lo sería si se recurriera a una idea un poco más elaborada, formulada por Kaldor y Hicks, de conformidad con la cual una situación es más eficiente que otra si es que los beneficios agregados que se vinculan a ella son superiores a los perjuicios agregados que ésta produce. Como explica Posner, “el concepto de Kaldor-Hicks es también sugestivamente llamado superioridad potencial de Pareto: Los ganadores pueden compensar a los perdedores, ya sea que lo efectivamente lo hagan o no”. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Aspen, 1998. p. 14

nosotros<sup>23</sup> y puede explicarse con mayor facilidad con un ejemplo: A vende una casa de playa a B en S/ 100,000. Suponiendo que A y B manejan información adecuada sobre las condiciones de la casa y las circunstancias de la transacción<sup>24</sup>, es razonable concluir que los S/ 100,000 recibidos por A representan un bien que éste valúa más que la casa, puesto que si hubiera ocurrido lo contrario, A hubiera preferido conservar la propiedad en lugar de desprenderse de ella a cambio de S/ 100,000. Bajo las mismas condiciones, también puede inferirse que los S/ 100,000 pagados por B representan un valor menor que el que B asigna al inmueble, dado que si B valuara el inmueble en menos que dicha suma, jamás hubiera estado dispuesto a pagar por el bien el monto antes indicado. De lo anterior se sigue que A y B sólo podrían haber celebrado el contrato si cada uno considerara, individualmente, que la transacción resulta beneficiosa para sus propios intereses. Para simplificar más el asunto, asignemos un monto al “precio de reserva”<sup>25</sup> de cada una de las partes. Imaginemos entonces que A estaba dispuesto a vender la casa de playa hasta en S/ 80,000 y B estaba dispuesto a pagar por ella hasta S/ 130,000<sup>26</sup>. Cuando se tienen esos números, se puede calcular con relativa facilidad el beneficio social: como quiera que A ha ganado con la transacción S/ 20,000 (la diferencia entre el precio recibido de S/ 100,000 y su propio “precio de reserva” de S/ 80,000) y B ha ganado S/ 30,000 (la diferencia entre el precio pagado de S/ 100,000 y su propio “precio de reserva” de S/ 130,000), la sociedad en su conjunto se ha beneficiado con S/ 50,000<sup>27</sup> y, por tanto, la transferencia del recurso producida por efecto del contrato es eficiente desde un punto de vista social.

Nótese que el contrato sólo se celebrará si las partes se encuentran de acuerdo sobre todos sus términos y condiciones. De esta forma, el consentimiento es evidencia bastante de que – cuando menos en el momento mismo de la formación del contrato – las partes consideran que el negocio es beneficioso para ellas. Y si éste es el caso, ¿cómo se explica económicamente el fenómeno del incumplimiento?

Es notorio que el incumplimiento adquiere relevancia jurídica únicamente en aquellos contratos en que las partes convienen en diferir el cumplimiento de una prestación o de ambas. Porque si todos los convenios de carácter patrimonial entre privados se ejecutaran automáticamente, sin que mediara solución de continuidad entre el momento del pacto y el momento de la ejecución<sup>28</sup>, probablemente sería innecesaria la existencia de un cuerpo jurídico destinado a inducir el cumplimiento. En tales casos, sería poco probable que alguien se “arrepintiera” porque, en primer lugar, las prestaciones deberían cumplirse en el momento mismo de la adopción de la decisión económica y porque, en segundo término, cada parte podría suspender la ejecución de su prestación hasta que la contraparte cumpliera con la suya.

Cuando las partes configuran el negocio de modo que una cumpla primero con su prestación y la otra deba ejecutar la suya en un momento posterior (como ocurre típicamente en el caso de los contratos financieros, en los que el prestamista desembolsa una suma que el prestatario debe restituir en el futuro), los incentivos que enfrenta aquél que recibió el beneficio buscado en primer lugar son ciertamente diferentes. Una vez que

<sup>23</sup> Ver: BULLARD, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?. En: Ratio Iuris. N° 1, pp. 19 – 35.

<sup>24</sup> La conclusión que aquí se formula se produce típicamente cuando se asume que no existen problemas de información o de voluntad. En el caso que hubiera concurrido un vicio (error, dolo o violencia) en la celebración del contrato, es posible que el resultado alcanzado por el negocio jurídico no resulte eficiente. Cuando alguien actúa bajo error y posteriormente solicita la anulación del acto, en realidad sostiene que si hubiera conocido cierta información nunca hubiera celebrado el contrato.

<sup>25</sup> El concepto de “precio de reserva” alude a la valuación subjetiva no revelada de cada una de las partes del contrato. El adecuado funcionamiento de la negociación contractual exige que los privados tengan el derecho de conservar para sí este dato.

<sup>26</sup> Es importante tomar en consideración que el valor que cada individuo asigna a los bienes se deriva de una apreciación subjetiva y, por ello, no guarda necesaria relación con los valores que otros individuos podrían asignar a los mismos bienes. En nuestro ejemplo, las diferentes valuaciones (o preferencias) de A y B podrían deberse a diversas razones: A podría necesitar liquidez inmediata para un negocio, mientras que B podría estar interesado en invertir en inmuebles; A podría ser una persona mayor que no suele acudir a la playa y que por tanto no tiene oportunidad de usar la casa cotidianamente, mientras que B podría ser una persona joven, deseosa de encontrar un lugar privado donde descansar fuera de la ciudad. Las razones no resultan relevantes por el momento. Lo que resulta capital es reconocer que en cada contrato son precisamente esas diferentes circunstancias las que explican que, mientras unos están dispuestos a deshacerse de un recurso por dinero (u otro bien), otros están dispuestos a obtener el mismo recurso, pagando por él una suma que claramente es superior al valor que su original propietario le asignaba.

<sup>27</sup> El beneficio social resulta de la suma de los beneficios individuales de cada una de las partes, dado que por hipótesis se asume que los contratos no generan efectos en terceras partes. En el mundo real, sin embargo, es posible que un contrato genere efectos externos (o externalidades) sobre quienes no hubieran intervenido en el contrato. En el caso de externalidades positivas, el beneficio social del contrato será mayor al simple agregado de los beneficios de las partes. En el caso de externalidades negativas, el contrato produce menores beneficios sociales que tal suma y – en casos extremos – podría producir una pérdida social neta.

<sup>28</sup> Este es el caso de los negocios que, en nuestra doctrina, son conocidos como “contratos manuales”. Las compras realizadas en establecimientos públicos corresponden normalmente a esta categoría de transacciones.

alguien obtiene el valor que el contrato le proporciona (por ejemplo, si recibe el dinero que ha solicitado al Banco) puede verse tentado a actuar de modo estratégico posteriormente, negándose a ejecutar su prestación en tiempo oportuno (por ejemplo, retrasando la restitución del monto prestado) e impidiendo que la sociedad se beneficie con la transacción originalmente configurada. El Derecho Contractual interviene en supuestos como éstos, calificando el comportamiento estratégico como “incumplimiento” y estableciendo las medidas necesarias para compeler la ejecución en los términos originalmente estipulados. Si los mecanismos desarrollados por el Derecho, sumados a los mecanismos que las partes pudieran haber estipulado para inducir el cumplimiento<sup>29</sup>, no resultaran suficientes para motivar la ejecución de prestaciones diferidas en el tiempo, los agentes económicos podrían tener un poderoso incentivo para negarse a celebrar contratos de esta naturaleza, con lo que se perdería el enorme valor que los contratos con prestaciones de ejecución diferida pueden generar en la sociedad<sup>30</sup>.

Puede ocurrir, de otro lado, que la renuencia al cumplimiento se deba no al comportamiento estratégico de una parte (beneficiada por la ejecución en primer término de una prestación en su favor), sino a la modificación de las condiciones existentes entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su cumplimiento. Imaginemos, por ejemplo, que A se obligó a fabricar una silla a favor de B por la suma de S/ 200. Supongamos además que A concluyó dicha transacción porque estimaba al momento de celebrar el contrato que los insumos necesarios para la elaboración de la silla, sumados a los otros costos relevantes en que tendría que incurrir para su fabricación (costos fijos, mano de obra, etc), no deberían ser mayores a S/ 150, con lo que

anticipaba una ganancia de S/ 50. Imaginemos, finalmente, que antes de que A construya la silla, el costo estimado se eleva hasta S/ 210. En tales casos, ¿debe el Derecho exigir que A cumpla de cualquier manera con su obligación considerando el beneficio esperado para B o debe excusar el cumplimiento, aceptando que no tiene sentido que se promueva una transacción que no es susceptible de producir beneficios para A?

La respuesta no es tan evidente como parece.

Una primera línea de desarrollo podría argumentar que el cumplimiento debe ser siempre exigido, de modo tal que las partes sean inducidas a ponderar adecuadamente los riesgos de la transacción antes de celebrar el contrato. Una regla de este tipo podría haber inducido a A a informarse adecuadamente sobre los costos *reales* de fabricación de la silla, antes de aceptar el negocio<sup>31</sup>. El mérito de esta postura es que reconoce que un mero incremento en los costos para el deudor no necesariamente convierte la transacción en socialmente ineficiente<sup>32</sup>. El problema, sin embargo, es que – en los hechos – podría exigir que se intervenga para inducir el cumplimiento de un contrato ineficiente (un negocio en el que la sociedad termina perdiendo)<sup>33</sup>.

Consciente de este efecto, una segunda línea de desarrollo podría considerar especialmente la necesidad de exonerar el cumplimiento cuando éste pudiera ser ineficiente desde un punto de vista social. Aun cuando nunca se haya formulado en esos términos en la tradición romano-germánica, es evidente que entre nosotros se acepta pacíficamente esta idea cuando la alteración de las circunstancias originalmente previstas resulta de tal naturaleza que modifica por completo la base del contrato concluido por los particulares<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Por ejemplo: garantías reales o personales, penalidades convencionales, etc.

<sup>30</sup> Los contratos financieros serían afectados inmediatamente, puesto que la esencia misma de la financiación exige el diferimiento.

<sup>31</sup> Aun cuando en muchos casos, tal indagación pueda no reducir sustancialmente los riesgos de variaciones en los costos de los insumos.

<sup>32</sup> En nuestra hipótesis, bien podría ocurrir que B valorara la silla en S/ 250. De esta suerte, en el momento de la celebración del contrato A habría esperado ganar S/ 50 (la diferencia entre el precio de S/ 200 y los costos esperados de S/ 150) y B otros S/ 50 (la diferencia entre su propia valuación de S/ 250 y el precio pactado de S/ 200). Si los costos no se hubieran incrementado, el contrato hubiera mejorado la eficiencia social en S/ 100 (la suma de los beneficios de A y B). El incremento de los costos no implica, sin embargo, que el cumplimiento del contrato resulte ineficiente, dado que si bien ocasionará que A pierda S/ 10 (la diferencia entre sus costos y el precio), asegurará a B la ganancia originalmente esperada de S/ 50. De esta forma, la sociedad seguirá ganando con la transacción, aunque la ganancia sea tan sólo de S/ 40 y no de S/ 100 y aunque, en el camino, la obtención de tal ganancia exija que se infiera una pérdida a A. Es evidente, por cierto, que cuando hablamos de eficiencia en este contexto no recurrimos al clásico concepto de “Pareto”, sino al de “Kaldor-Hicks”: el contrato es eficiente porque genera beneficios netos para la sociedad, a pesar de que tales beneficios se obtengan a expensas de los perjuicios que el contrato causa a una de las partes.

<sup>33</sup> En nuestra hipótesis, el cumplimiento sería ineficiente si es que B hubiera valuado la silla sólo en S/ 205. Como quiera que los costos de fabricar la silla superarían claramente dicho valor, si se exigiera que el contrato se ejecutara, la sociedad perdería S/ 5. Es verdad que B seguiría ganando S/ 5 (la diferencia entre el precio de S/ 200 y su valuación de S/ 205), pero tal ganancia se obtendría a expensas de una pérdida mayor – de S/ 10 – para A. Nótese, al comparar la situación descrita en esta nota y en la anterior, que el cumplimiento es ineficiente cuando los costos de la ejecución (en nuestra hipótesis, la construcción de la silla) son menores al valor que el acreedor (B) asigna a la prestación materia del contrato. Es eficiente cuando ocurre lo inverso.

<sup>34</sup> De hecho, en nuestro ordenamiento se permite el incumplimiento (más precisamente, la resolución del contrato) en casos de excesiva onerosidad de la prestación, frustración del fin del contrato e imposibilidad sobreviniente. Estrechamente relacionados con ellos, aparecen también supuestos como el caso fortuito o la fuerza mayor, que nuestro Código Civil regula como fracturas del nexo causal en la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Pero, más allá de supuestos extremos como los antes referidos, una regla que otorgue a los jueces la capacidad de ordenar medidas destinadas a inducir el cumplimiento en el caso de “contratos eficientes”<sup>35</sup> y les autorice a exonerar la ejecución en el supuesto de “contratos ineficientes” resultaría, sin embargo, tremendamente arbitraria. En primer lugar, las cortes no cuentan con los instrumentos necesarios para medir las valuaciones subjetivas de las partes y por ello, normalmente no están en capacidad de distinguir entre contratos “ganadores” y “perdedores”<sup>36</sup>. En segundo término, una vez que se hubiera producido un incumplimiento, las partes tendrían incentivos para falsear sus valuaciones o costos reales, tratando de hacer aparecer el contrato como “eficiente” o “ineficiente” según sus propios intereses. Finalmente, si las cortes intentaran indagar por las valuaciones “reales” de las partes, el costo administrativo sería tan alto, que la “lavada” saldría mucho más cara que la “camisa”.

El reto para el Derecho Contractual consiste, precisamente, en identificar mecanismos que permitan inducir el cumplimiento de contratos “eficientes” (aquellos realmente valiosos desde un punto de vista social) y autoricen el incumplimiento – o la resolución – de contratos “ineficientes” (aquellos que no son susceptibles de mejorar la eficiencia social).

Curiosamente, el objetivo de promover el cumplimiento de “contratos eficientes” y admitir el incumplimiento de “contratos ineficientes” podría lograrse si se dispusiera que las cortes deben siempre ordenar el cumplimiento de la prestación, en los términos originalmente convenidos por las partes<sup>37</sup>. Volvamos al ejemplo de la silla. Si A descubre que el costo de la silla se ha incrementado hasta S/ 210 y conoce además que – salvo que llegue a un acuerdo con B – podría ser judicialmente compelido a fabricar el mueble de cualquier modo, tendrá incentivos más que suficien-

tes para ofrecer a B el pago de un suma menor a S/ 210 por la resolución del contrato. Si B valuara la silla en S/ 205, aceptaría cualquier suma que ofreciera A por encima de dicho valor (ya que de esa forma ganaría más que en el negocio originalmente proyectado), con lo que el resultado eficiente sería alcanzado: la silla no se construiría si el valor para B fuera inferior al costo de producirla para A. Y si B valuara la silla en S/ 250, rechazaría la propuesta de A, ya que ni siquiera S/ 210 serían suficientes para compensar su pérdida en este caso, con lo que aquí también se lograría un resultado eficiente: la silla sería construida cuando el valor para B fuera todavía mayor que el costo de producir la silla.

El problema de un argumento como el esbozado en el párrafo precedente es que presupone que – por regla general – las partes de un contrato estarán en capacidad de “negociar” el pago de una suma por la resolución del contrato. En esa línea de desarrollo se ha afirmado que en un contexto en el que las partes se conocen previamente, los costos de transacción son bajos y en consecuencia no deberían existir mayores inconvenientes para llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio<sup>38</sup>. Quienes respaldan esta idea pasan por alto sustancial evidencia empírica que parece indicar precisamente lo contrario<sup>39</sup>. Cuando una de las partes ofrece a la contraria el pago de una indemnización por la resolución del contrato, ésta tiene incentivos para exigir sumas mayores a su real valuación, lo que origina que en muchas ocasiones no sea posible llegar a un acuerdo. Curiosamente, la teoría económica describe situaciones en las que, no obstante que las partes se conocen previamente y no son numerosas, los costos de transacción pueden ser altos<sup>40</sup>. Por lo demás, si la negociación se plantea luego de haberse iniciado un litigio o después de que la corte ha ordenado la ejecución forzada de la prestación, es posible incluso que las relaciones entre las partes se hayan deteriorado hasta tal punto que el acreedor no

<sup>35</sup> En adelante, la expresión “contrato ineficiente” se utiliza para referirse a lo que debería llamarse con mayor propiedad “contrato que ha devenido en ineficiente”. La ineficiencia de la transacción en este contexto no resulta originaria, sino que se manifiesta por la alteración de circunstancias ocurrida con posterioridad a la celebración del contrato. Salvo supuesto excepcionales, un contrato voluntariamente convenido es por regla general eficiente en el momento de su celebración.

<sup>36</sup> Recuerdese por lo demás, que los valores que las partes asignan al objeto del contrato responden a apreciaciones subjetivas y, por ello, son distintos en cada caso.

<sup>37</sup> Esta parece ser precisamente la posición que Alfredo Bullard respalda. Ver al respecto: BULLARD, Alfredo. Op. Cit. loc. cit.

<sup>38</sup> Bullard, Alfredo. Op. cit. p. 31.

<sup>39</sup> Ver al respecto: KROBOKIN, Russell. Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law. En SUNSTEIN, Cass. Behavioral Law & Economics. Cambridge, Cambridge University Press. p. 116 – 143. El punto aparece más claramente formulado también, aunque en el contexto de los daños extracontractuales, por Ward FARNSWORTH. Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse Inside the Cathedral. En SUNSTEIN, Cass. Op. cit. p. 302 - 323.

<sup>40</sup> El problema se describe típicamente como un caso de monopolio bilateral. Como Posner lo explica: “Que las partes sean pocas no garantiza que los costos de transacción sean bajos. Si existen significativos elementos de monopolio bilateral en una transacción de dos partes, esto es, si ninguna parte tiene buenas alternativas a la negociación con la otra, los costos de transacción pueden ser bastante altos. Las negociaciones para llegar a una transacción en un proceso son un ejemplo”. POSNER. Richard. Op. cit. p. 68.

sólo esté deseoso de exigir un pago mayor que los costos de fabricación para el deudor, sino que se niegue por completo a negociar por una “cuestión de principios”.

Una forma de evitar que el acreedor exija en compensación por la resolución más de lo que la prestación materia del contrato vale para él es negarle el derecho a la ejecución forzada. Esto es precisamente lo que ocurre en el Derecho anglosajón, en el que el remedio general ante el incumplimiento es el otorgamiento de indemnizaciones<sup>41</sup>. El problema de una regla que concede a las víctimas del incumplimiento el limitado derecho a solicitar una indemnización es que presupone que las cortes se encuentran en capacidad de estimar adecuadamente el valor que el acreedor afectado asigna a la prestación. Una pretensión como esa será válida, sin duda alguna, en el caso en que exista un mercado líquido<sup>42</sup> para la prestación incumplida – ya que bastará en este supuesto con ordenar al deudor el pago de una suma equivalente al valor de mercado la prestación para asegurar que el acreedor obtendrá cuando menos el valor que espera – pero no tiene asidero alguno si no existe un mercado líquido o el mercado funciona sólo de un modo imperfecto. La regla del Derecho anglosajón – que muchos teóricos del Análisis Económico del Derecho han defendido abiertamente – presenta cuando menos dos inconvenientes adicionales: (i) exige que las cortes incurran en altos costos administrativos, en la medida que las fuerza a indagar por la valuación subjetiva del acreedor, y (ii) fuerza al acreedor a revelar información que, de otro modo, pudiera haber deseado guardar como un secreto<sup>43</sup>.

En un sistema como el anglosajón – en el que las indemnizaciones son la regla general – la forma en que las cortes establecen los daños indemnizables repercute probablemente más que ningún otro factor en la efectividad del Derecho Contractual. Porque si las indemnizaciones que las cortes otorgan son por regla general menores al valor que los acreedores asignan a las prestaciones incumplidas, es posible que los privados se vean inducidos a incumplir incluso aquellos contratos que hubiera sido eficiente ejecutar desde un punto de vista social<sup>44</sup>. Y si las indemnizaciones se fijan normalmente por encima del valor que los acreedores atribuyen al cumplimiento, es posible que se induzca la ejecución de la prestación incluso en casos en que resultaría indeseable el cumplimiento.

A simple vista, podría pensarse que el problema de las indemnizaciones no resulta particularmente importante en un sistema que, como el peruano, otorga a los acreedores el derecho de solicitar la ejecución forzada de la prestación sin necesidad de mayor justificación<sup>45</sup>. Lo que se olvida, sin embargo, es que dicho remedio es – al igual como ocurre con las indemnizaciones en el derecho anglosajón – una regla de carácter general que, en los hechos, admite una serie de excepciones. La primera excepción en nuestro medio corresponde a las prestaciones de hacer y se deriva de lo establecido en el inciso 1 del artículo 1150 del Código Civil, con arreglo al cual es posible exigir la ejecución forzada del hecho prometido “a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor”. La segunda tiene naturaleza práctica y se produce en aquellos

<sup>41</sup> El derecho anglosajón admite la ejecución forzada en supuestos excepcionales. La principal excepción se produce en el caso de los llamados “bienes únicos”, donde se admite que una indemnización monetaria podría no resultar un adecuado sustituto del bien y donde, de otro lado, podría resultar particularmente complicado estimar el valor que el acreedor asigna al cumplimiento. Para una detallada explicación del asunto puede revisarse BULLARD, Alfredo. Op.cit.

<sup>42</sup> El calificativo de “mercado líquido” hace referencia a un mercado en el que el bien o servicio en particular es transado cotidianamente, de modo que existe un referente más o menos objetivo sobre el “valor de mercado” del bien o servicio.

<sup>43</sup> Ver, al respecto: BERNSTEIN, Lisa y BEN-SHAHAR, Omri. On Compensation and Information: The Secrecy Interest in Contract Law. 109 Yale L. J. 1885 (2000).

<sup>44</sup> Supongamos, por ejemplo, que el dueño de una lancha conviene en transportar ciertos productos a un pueblo ubicado a las orillas de un río, por una retribución de S/ 1,000. Imaginemos que el mercader que contrató el transporte espera vender los productos en la feria anual del pueblo, obteniendo una ganancia total de S/ 3,000. Supongamos, además, que – como quiera que el transporte debe realizarse necesariamente el mismo día de la feria – no existe posibilidad de que el dueño de la lancha atienda a más de un cliente en dicha fecha. Imaginemos, por último, que la feria anual del pueblo ha atraído a tantos comerciantes que las lanchas disponibles no se dan abasto para transportar a todos, por lo que – presionado por las circunstancias – un segundo mercader ofrece a nuestro transportista pagarle S/ 2,000 por el servicio. Si las cortes calcularan adecuadamente las indemnizaciones, el transportista no debería aceptar: los S/ 2,000 que recibiría por el nuevo contrato serían ciertamente menores a los S/ 4,000 que perdería si incumpliera (S/ 1,000 correspondientes a la restitución de la retribución y S/ 3,000 equivalentes a la ganancia esperada por el primer mercader). Pero si el transportista confía en que las cortes suelen “solidarizarse” con los pequeños empresarios y que muy probablemente le impondrán una indemnización no mayor a S/ 500 luego de un largo proceso judicial, preferirá incumplir: en ese caso, su pérdida esperada por el incumplimiento será tan solo S/ 1,500, por lo que estará mejor ejecutando el segundo contrato y obteniendo S/ 2,000 por éste.

<sup>45</sup> Tal derecho se deriva del artículo 1219 del Código Civil, según el cual – entre otros – es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: (i) emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado, (ii) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y (iii) obtener del deudor la indemnización correspondiente.

casos en los que la ejecución forzada no resulta posible: por ejemplo, si el bien que debe ser objeto de entrega ha sido destruido por causa imputable al deudor<sup>46</sup>. El tercer caso se produce en aquellas circunstancias en las que el cumplimiento de la prestación se ha vuelto inútil para el acreedor, de modo que éste opta por exigir directamente el pago de una indemnización<sup>47</sup>.

Ya fuera por una o por otra causa, es bastante claro que en nuestro sistema el campo de la ejecución forzada es menor del que se suele creer. En la generalidad de los casos parece reducirse a prestaciones de dar en las que la entrega del bien resulta todavía de utilidad para el acreedor. En los demás supuestos (y, en particular, en el caso de servicios), las partes se encuentran materialmente imposibilitadas de exigir la ejecución forzada o, aun pudiéndolo hacer, tienen incentivos para solicitar el pago de una indemnización. Por esa razón, un problema estructural en el cálculo de las indemnizaciones puede producir el mismo efecto nocivo que se esperaría en un sistema como el anglosajón.

Como hemos explicado líneas arriba, cuando las cortes calculan de un modo inadecuado las indemnizaciones pueden generarse una serie de resultados ineficientes. Si las indemnizaciones en un sistema son subcompensatorias, los deudores pueden verse inducidos a incumplir demasiado. Si las indemnizaciones son sobrecompensatorias, el sistema podría estar motivando la ejecución de contratos que sería mejor resolver. Los problemas se multiplican cuando, como ocurre en el Perú, no se tiene claro qué criterios emplean las cortes para calcular el monto de las indemnizaciones. La ausencia de reglas precisas aumenta la incertidumbre y motiva a los deudores proclives al riesgo<sup>48</sup> a incumplir todavía más. Imaginemos que las cortes en una determinada jurisdicción tienden a otorgar como indemnización un monto equivalente al 50 por ciento de los daños realmente

sufridos por la víctima. Eso significa que, aun cuando las indemnizaciones sean típicamente subcompensatorias, existirán ciertos casos en los cuales los deudores estarán mejor cumpliendo que incumpliendo (ya que el mayor costo que asumirán será de cualquier manera menor a la indemnización)<sup>49</sup>. Si los deudores pudieran predecir con exactitud qué monto otorgarán las cortes como indemnización (aun cuando éste fuera subcompensatorio) podrían decidir *ex ante* si vale la pena incumplir o si, de cualquier manera, es mejor ejecutar la prestación convenida y evitar un proceso judicial. En cambio, si los deudores sólo conocen que las cortes otorgan indemnizaciones subcompensatorias y desconocen el nivel de la desviación, es posible que algunos (los proclives al riesgo) estimen tal desviación en un porcentaje mayor que el real y se vean inducidos a seguir un proceso judicial con la esperanza de que éste les será finalmente favorable.

Si bien la evidencia jurisprudencial existente parece mostrar una notoria tendencia hacia la subcompensación en nuestro sistema, a la fecha no existen estudios que estimen la desviación entre los daños realmente ocasionados y las indemnizaciones otorgadas por las cortes peruanas. Tampoco conocemos cuánto de esa desviación se deba a la carencia de reglas claras para el cálculo de las indemnizaciones y cuánto se deba a otros factores (entre los que cabe destacar la tradicional “simpatía por los deudores” que ha mostrado el codificador civil y que se observa en el actual Congreso<sup>50</sup>). A pesar de ello, no puede soslayarse la tremenda importancia que podría tener para nuestro sistema que se definiera con claridad qué criterios deben emplear nuestros jueces para la fijación de las indemnizaciones. Es evidente que un esfuerzo como ese contribuiría a reducir la incertidumbre en la administración de justicia y coadyuvaría a que el Derecho Contractual cumpla en nuestro medio los objetivos para los que fue concebido.

<sup>46</sup> El supuesto aparece descrito en el inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil en los siguientes términos: “Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización”.

<sup>47</sup> El derecho que el acreedor tiene en nuestro sistema para optar por el remedio legal, negándose incluso a la ejecución, se deriva no sólo de la formulación abierta del artículo 1219 del Código Civil, sino que además se hace patente de lo dispuesto en el artículo 1337 del propio Código: “Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

<sup>48</sup> La proclividad al riesgo describe aquella condición en la que un agente económico valúa el beneficio esperado de un hecho en más que su estimación matemática. Una persona proclive al riesgo “valúa” un 10 por ciento de probabilidad de obtener S/ 10 en más que S/ 1. Ver: POSNER, Richard. Op. cit. p. 13.

<sup>49</sup> Volvamos al caso de la lancha. Si las cortes – en lugar de disponer que el transportista devuelva los S/ 1,000 recibidos y pague una indemnización de S/ 3,000 – ordenaran simplemente la restitución de los S/ 1,000 y el pago de una indemnización de S/ 1,500 (el 50 por ciento de 3,000), el transportista estaría mejor cumpliendo el primer contrato – con lo que recibe S/ 1,000 como retribución – que incumpléndolo, ya que en este último caso obtiene un ingreso neto de S/ 500 (la diferencia entre los S/ 2,000 que paga el segundo mercader y los S/ 1,500 que debe pagar como indemnización).

<sup>50</sup> Expresión de la cual son una serie de proyectos legislativos destinados a controlar el nivel de las tasas de interés, postergar la ejecución de procesos judiciales, impedir el otorgamiento de “garantías sábanas”, etc.



#### 4. ¿CÓMO INDEMNIZAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL?

Nuestra reflexión hasta este punto ha estado destinada a demostrar que el cálculo de indemnizaciones cumple un papel fundamental en el Derecho Contractual. Al fin y al cabo, de nada sirve una norma que diga que los contratos deben ser cumplidos si luego se descubre que las indemnizaciones otorgadas por los jueces son claramente menores que los daños producidos por el incumplimiento. En un sistema orientado a la subcompensación, la regla legal realmente vigente es aquella según la cual ciertos contratos perfectamente eficientes pueden ser incumplidos a cambio de un pago simbólico. Cuando una regla como esa se afirma en el ámbito judicial, los privados se ven forzados a incurrir en costos adicionales para circunvalar el litigio ante el Poder Judicial y el sistema se vuelve tremendamente ineficiente: iniciar un proceso judicial se convierte en un juego de ruleta rusa en el que el acreedor es forzado a ponerse la pistola contra la cabeza.

¿Cuál es el monto que las cortes deberían otorgar como indemnización para compensar adecuadamente a las víctimas del incumplimiento y motivar que los contratos sean cumplidos cuando el cumplimiento resulte eficiente? En el famoso caso estadounidense de *Hawkins v. McGee*<sup>51</sup>, la corte de segunda instancia consideró especialmente esta cuestión.

Hawkins (el demandante) había sufrido quemaduras en la mano derecha como producto de un incendio. McGee (el demandado), un doctor de New Hampshire, solicitó a Hawkins una oportunidad para operar la mano, asegurando que podría hacer que ésta quedara “cien por ciento perfecta”. La operación resultó un total fracaso: la mano del demandante quedó en peores condiciones que las que ésta tenía antes de la operación. Hawkins demandó por el incumplimiento contractual y exigió el pago de una indemnización compensatoria. El juez de primera instancia instruyó al jurado para que, en el caso que considerara a McGee responsable, estimara una indemnización por “el sufrimiento y el dolor sufridos”, más los daños que hubiera soportado “sobre el perjuicio que había recibido previamente (las quemaduras originales)”. El jurado estableció que McGee era responsable y calculó la indemnización de acuerdo a lo instruido

por el juez. A pesar de ello, el juez estimó que el monto definido por el jurado era excesivo y dispuso que el veredicto fuera anulado por ser contrario a la evidencia. Mostrándose en desacuerdo con el resultado alcanzado, Hawkins apeló la sentencia de primera instancia.

Para la corte, la cuestión esencial en este asunto era – precisamente – definir cuál debía ser el estándar para la determinación de la indemnización. Y sobre este particular, su opinión era radicalmente distinta de la del juez de primera instancia. De acuerdo con la corte, el objetivo de toda indemnización contractual no es otro que “poner al demandante en la posición en que estaría si es que el demandado hubiera cumplido el contrato” y, por eso, “la medida de la indemnización (debe basarse) en lo que el demandado hubiera tenido que entregar al demandante y no en lo que el demandante haya entregado al demandado o gastado de otro modo”. Sobre la base de estas ideas, la corte concluyó que “la real medida de los daños causados al demandante en este caso (era) la diferencia entre el valor que para él tenía una mano perfecta – como la que, según el jurado, Hawkins tenía derecho a recibir – y el valor de la mano en su condición actual”.

Existe una diferencia radical entre la instrucción del juez de primera instancia y la resolución de la segunda instancia en el caso de *Hawkins v. McGee*. La primera instancia pretendía que los miembros del jurado calcularan la indemnización como la reducción en el valor de la mano experimentada por Hawkins; en otras palabras, que definieran los daños como la diferencia entre el valor de la mano de Hawkins antes de la operación y el valor de la mano de Hawkins después de la operación. La corte abogaba por algo distinto: sostenía que – en el caso de indemnizaciones contractuales – debe prestarse especial atención al contenido de los pactos. En su argumento se encontraba la aseveración implícita de que, si se indemnizara a Hawkins de acuerdo con el criterio de la primera instancia, resultaría indiferente cuál hubiera sido el contenido de la promesa de McGee: la indemnización siempre sería la misma, ya fuera que se hubiera prometido que la mano quedaría perfecta o que ésta sólo recuperaría algo de su movilidad. Al pasar por alto lo prometido por McGee, la decisión judicial no estaba dirigida a “poner al demandante en la posición en que estaría si es que el demandado hubiera cumplido el contrato”.

<sup>51</sup> 84 N.H. 114, 146 A. 641 (1929).

La importancia de esta reflexión puede comprenderse con mayor claridad si recurrimos a los números<sup>52</sup>. Supongamos que, por efecto de las quemaduras, la mano de McGee hubiera quedado a tal punto inutilizada que – dado el escaso número de cosas que podría hacer con ella – no valiera para éste más que S/ 5,000. Una mano en perfecto estado permitiría que McGee pudiera recuperar la capacidad de escribir y manipular objetos, con lo que su valor se incrementaría, digamos que hasta S/ 15,000. Como la operación empeoró la situación de la mano en lugar de mejorarla, imaginemos finalmente que el valor de ésta para McGee descendió hasta S/ 2,000. La instrucción del juez de primera instancia pretendía otorgar a McGee la diferencia entre el valor de la mano antes de la operación y el valor de la mano después de la operación ( $S/ 5,000 - S/ 2,000 = S/ 3,000$ ). La corte sostenía que McGee tenía derecho a recibir la diferencia entre el valor de la mano antes de la operación y el valor que la mano tendría si el contrato hubiera sido ejecutado en los términos convenidos ( $S/ 15,000 - S/ 5,000 = S/ 10,000$ ).

La diferencia entre lo afirmado por la corte y lo afirmado por el juez era, pues, radical. La corte argumentaba, en definitiva, que en el caso de daños contractuales, el órgano jurisdiccional debe estimar el valor que la contraparte habría obtenido si el contrato se hubiera celebrado y otorgar dicho valor como indemnización, de suerte que – cuando menos en teoría – el afectado resultara indiferente entre el cumplimiento del contrato y la indemnización.

Las ideas expresadas por la corte en el caso de *Hawkins v. McGee* permiten además diferenciar el

modo como deben calcularse las indemnizaciones en el ámbito extracontractual del modo como corresponde estimarlas en el ámbito contractual. Cuando alguien produce un daño a otro por efecto de un accidente, la indemnización procura resarcir típicamente el perjuicio causado y no hay otra forma de medir éste que contrastar el valor que la víctima asignaba al bien afectado con el menor valor del bien a causa del accidente. Pero cuando el daño se origina en un incumplimiento contractual, es necesario considerar con particular atención qué es lo que las partes estipularon: sólo si la indemnización se calcula de modo que ponga al afectado por el incumplimiento contractual en la misma posición en que estaría si el contrato se hubiera cumplido en sus términos estrictos, se generan los incentivos adecuados para que el contrato se ejecute cuando sea eficiente hacerlo.

El principio con arreglo al cual las indemnizaciones contractuales deben calcularse de modo que otorguen a la víctima el valor que hubiera obtenido por la ejecución del contrato se conoce en la doctrina anglosajona como “indemnización de las expectativas”<sup>53</sup>. Por expectativas contractuales se hace referencia comúnmente al beneficio que el acreedor espera obtener del contrato. Tal beneficio es equivalente a la diferencia entre el precio y el valor que el acreedor asigna a la prestación. Si, ante un caso de incumplimiento, el acreedor recibe exactamente ese monto, el incumplimiento será indiferente para él: dado que la indemnización le otorga el beneficio esperado del negocio, él no está mejor ni peor recibiendo la indemnización de lo que estaría si el contrato hubiera sido ejecutado en sus términos originales. Indemnizar las expectativas produce además incenti-

<sup>52</sup> La cuantificación que se expone a continuación puede afectar las creencias del lector. Al formularla, no sostenemos que estimar el valor que para una persona tiene una casa resulta igual de sencillo que establecer el valor de una mano. Lo cierto, sin embargo, es que los individuos asignan un valor a sus órganos y esto explica en gran medida la existencia de un mercado negro de transplantes. Incluso aquellos que no estarían dispuestos a participar en dicho mercado (cuya existencia, por lo demás, se encuentra proscrita en el Perú) reconocerían que la pérdida de un órgano (por ejemplo, una mano) impone costos de oportunidad al afectado, de modo que la gente común estaría dispuesta a pagar para evitar el daño o exigiría un pago para involucrarse en actividades que supusieran el riesgo de la pérdida de un órgano. Es también más o menos evidente que la gente asigna un valor diferente a cada uno de sus órganos: una persona sin duda estaría menos dispuesta a perder su corazón que un riñón, de lo que puede inferirse – sin mayor oposición – que el valor del corazón es, en la generalidad de los casos, superior al del riñón (por lo menos, en el caso de personas que cuentan con dos riñones). Pero el hecho de que un individuo pueda generar un catálogo de preferencias sobre sus propios órganos, no simplifica necesariamente el problema de estimar su valor pecuniario. De hecho, es posible que existan casos en los que la mayor parte de personas no estén dispuestas *ex ante* a prescindir de un órgano a cambio de una suma de dinero, por más importante que esta sea. Cuando alguien causa un daño a otro, sin embargo, el perjuicio se produce *contra* la voluntad del afectado (y esto ocurre aun en el contexto de los daños contractuales). No obstante que el individuo *ex ante* podría no estar dispuesto a aceptar dinero a cambio de soportar el daño, *ex post* resulta imprescindible establecer el valor monetario con el que la víctima debe ser indemnizada. En tales casos, existen varias aproximaciones que podrían adoptarse para calcular el “valor” del órgano afectado para la víctima, pero la menos especulativa consiste en estimar los menores ingresos que se percibirán en el futuro por el daño o el costo de las incomodidades (o disvalores) asociados a la pérdida del órgano. Que no exista un mercado, en definitiva, (o que éste exista sólo veladamente) no respalda la conclusión de que una mano no tiene un valor para los individuos. Y si esto no fuera suficiente, parece más o menos tautológico que para alguien tendrá más valor una mano en perfecto estado que una mano quemada o una mano quemada (pero útil) que una mano inútil. Los números que se asignan a continuación sólo quieren representar numéricamente esas preferencias.

<sup>53</sup> Bajo este criterio, el estado libre de daños corresponde a la situación en que la que estaría la víctima si la parte incumplidora hubiera ejecutado el contrato. Para una explicación más detallada, puede consultarse. COOTER, Robert y EINSENBURG. *Damages for Breach of Contract*. 73 California Law Review 1434 (1985).

vos adecuados para el deudor, puesto que éste cumplirá cuando el costo del cumplimiento sea inferior al beneficio esperado de la transacción (con lo que se logrará una solución eficiente) y no cumplirá cuando el costo del cumplimiento sea superior a tal beneficio (supuesto en el que el cumplimiento producirá una pérdida neta y será socialmente indeseable). Esta es la razón por la que ha dicho Posner que “usualmente el objetivo de generar incentivos para que el deudor cumpla con el contrato a menos que sea ineficiente hacerlo (...) puede ser alcanzado otorgando al acreedor la ganancia esperada de la transacción”<sup>54</sup>.

El artículo 1321 de nuestro Código Civil establece que “el resarcimiento por la inexecución de la obligación (...) comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”. Cuando tales daños se calculan desde la perspectiva de las expectativas, éstos deben medirse no en abstracto, sino necesariamente en función de lo estipulado en el contrato: debe aproximarse la ganancia que el individuo hubiera obtenido si el contrato se hubiera ejecutado, antes que calcular el monto de los perjuicios directamente sufridos por el incumplimiento. A simple vista, podría parecer que el daño emergente de McGee fue \$/ 3,000. La teoría económica indica que tal daño, en realidad, era de \$/ 10,000, dado que el perjuicio no puede estimarse con relación a la situación existente antes del contrato. Actuar de tal modo implicaría asumir que el contrato no tiene relevancia alguna.

## 5. ¿CÓMO APLICAR EL CRITERIO EN LA PRÁCTICA?

Cuando el criterio de indemnización de las expectativas debe llevarse a la realidad se presentan, sin embargo, una serie de inconvenientes: (i) las cortes no pueden estimar con facilidad el valor subjetivo que el afectado asignaba al cumplimiento contractual; (ii)

los afectados tendrán siempre incentivos para simular que su valuación era mayor que la real, con la intención de obtener mayores indemnizaciones; (iii) la indemnización de las expectativas puede estimular el comportamiento estratégico; y, (iv) la indemnización de las expectativas puede incentivar inversiones ineficientes de las potenciales víctimas.

### (i) La estimación del valor subjetivo.

Como hemos indicado líneas arriba, estimar un valor subjetivo – que es precisamente lo que intenta hacer el criterio de “indemnización de las expectativas” – es tremendamente complicado. Algunos podrían aconsejar, por ello, que el sistema sea abandonado y se recurra a estándares más fáciles de calcular. Una posible alternativa sería que ante un incumplimiento se ordenara simplemente la restitución de las prestaciones previamente ejecutadas, más los intereses que se hubieran devengado. Entregar al afectado con el incumplimiento contractual el monto de lo pagado como precio del contrato podría sin duda reducir los problemas de cálculo para los jueces, pero como el precio originalmente pactado tenderá a ser menor que el valor del contrato en el momento de la ejecución, la mera restitución subcompensará a la víctima e inducirá incumplimientos ineficientes.

Otra alternativa, sería colocar a la víctima en el mismo estado en que estaría si el contrato nunca se hubiera celebrado<sup>55</sup>. Esta solución, sin embargo, también puede ser subcompensatoria en la mayor parte de los casos.

En nuestra opinión, la medida que típicamente satisface los objetivos perseguidos por el Derecho Contractual es la de las expectativas. La dificultad de cálculo no puede forzar a su abandono, sobre todo cuándo – como explicamos a continuación – tal dificultad puede resolverse en gran parte de los casos por medio del recurso a “sucedáneos”.

<sup>54</sup> POSNER. Op. cit. p. 132.

<sup>55</sup> Esta medida, conocida en el derecho anglosajón como “*reliance damages*” (o indemnización de la confianza) y que en nuestra tradición recibe la denominación de “interés negativo” resulta más propiamente aplicable en el ámbito de la responsabilidad pre-contractual. Como quiera que en tales casos todavía no se ha celebrado un contrato, el Derecho no puede reconocer a la parte afectada con el apartamiento de las negociaciones una indemnización equivalente a los beneficios de un negocio no concretado. Por esa razón, normalmente se sostiene que la indemnización debe limitarse a la restitución de aquellos gastos incurridos por la parte que negoció de buena fe, de modo que ésta sea puesta económicamente en una situación semejante a aquella en la que estaría si nunca hubiera iniciado las negociaciones contractuales. En contextos limitados, sin embargo, las cortes norteamericanas han adjudicado indemnizaciones de confianza ante incumplimientos contractuales. Por todos, puede verse el caso de Sullivan v. O’Connor. 363 Mass. 579, 296 N.E.2d 183 (1973), en el que la corte – preocupada ante la posibilidad de imponer una indemnización de expectativas en el caso de intervenciones quirúrgicas – consideró que “las incertidumbres de la ciencia médica y las variaciones en las condiciones físicas y psicológicas de un individuo hacen que sea poco probable que los médicos de mediana integridad puedan efectuar promesas de éxito”. La corte estimó que una indemnización de expectativas podría desincentivar la realización de operaciones quirúrgicas socialmente deseables, mientras que la mera restitución de los honorarios pagados podría subcompensar a la víctima.

Consideremos la siguiente hipótesis: Un empresario convoca a una licitación para la compra de una máquina, cuyo valor estima en S/ 15,000. La buena pro es otorgada al distribuidor A, que ofrece un precio de S/ 10,000. El otro distribuidor participante, B, fija su precio en S/ 11,000. A incumple. ¿Cuál es el monto de la indemnización que el empresario debe recibir? Si la corte a cargo del caso intentara estimar el mayor valor que la máquina representa para el empresario por sobre el precio (S/ 5,000 en nuestra hipótesis), el nivel de evidencia que debería actuarse en el proceso sería sustancial. Dado que existen pocas razones para creer en el “valor” que el empresario declare, podría ser necesario solicitar una proyección de las mayores ventas que éste obtendrá durante el período de utilización de la máquina y descontar los flujos futuros para obtener el valor presente de tal beneficio. Una operación como esa, tremendamente complicada y especulativa, requeriría además de la actuación de una serie de pruebas. Pero existe una solución mejor: la corte podría ordenar que se pague al empresario una suma equivalente al precio de B<sup>56</sup>, dado que si el empresario tuviera el dinero en el bolsillo, podría comprar al otro proveedor la misma máquina y obtener el beneficio esperado del contrato original. Visto de otra forma, en algunos casos no será necesario otorgar al afectado una indemnización equivalente a sus expectativas: bastará con disponer el pago de una suma que le permita adquirir de otro el bien, ya que esto asegura (por vía indirecta) la obtención del valor esperado<sup>57</sup>.

## (ii) El comportamiento estratégico.

Como quiera que la indemnización de expectativas asegura a la parte afectada con el incumplimiento la recuperación del beneficio esperado de la transacción, en algunos casos será necesario – para que dicho beneficio pueda obtenerse – que la corte otorgue a la víctima el monto dinerario necesario para rectificar un perjuicio previamente causado. Esta situación se refleja claramente en el caso de Fox v. Webb<sup>58</sup>. Fox

había contratado a Webb para que construyera una vivienda para él, de acuerdo con ciertas especificaciones. Webb construyó en efecto la casa, aunque sin cumplir con todas las indicaciones de Fox. Fox demandó a Webb para que éste lo indemnizara con el valor necesario para destruir lo construido y reconstruirlo de acuerdo con lo convenido. Durante el proceso, Webb se esforzó por demostrar que si las modificaciones fueran hechas, éstas no incrementarían el valor de mercado del bien. Asimismo, insistió que las discrepancias entre lo construido y lo convenido eran secundarias y se relacionaban únicamente con cuestiones de carácter estético. La corte falló a favor de Fox, reconociendo en particular lo siguiente: “resulta claro para nosotros que cuando un propietario contrata la construcción de una vivienda, él desea una estructura particular, no cualquier estructura que podría ser construida por el mismo precio”.

Criterios como el recogido en el caso de Fox v. Webb pueden, sin embargo, promover comportamientos estratégicos en situaciones similares. Webb podría haber cumplido sustancialmente con lo prometido (de modo que la discrepancia fuera mínima), pero – aún así – Fox podría tener incentivos para exigir la reconstrucción de lo construido. Fox podría pensar, por ejemplo, que si amenaza a Webb con demandarlo, éste podría acceder a ofrecerle un sustancial descuento respecto del precio original.

Para evitar este tipo de problemas, las cortes deben estimar con cautela el perjuicio realmente sufrido por el demandante. En el caso de Jacob & Youngs v. Kent<sup>59</sup>, la corte resolvió precisamente en sentido inverso al precepto que se deriva de Fox v. Webb. Jacob & Youngs había construido una residencia para Kent por un costo de US\$ 77,000. Kent, sin embargo, había dejado de pagar US\$ 3,483.46 bajo el argumento de que los trabajos de plomería no habían sido realizados de acuerdo con lo convenido en el contrato. Una de las especificaciones del contrato de cons-

<sup>56</sup> Lo que, técnicamente, implicaría ordenar a A que devuelva (o restituya) los S/ 10,000 originalmente recibidos y entregue además, a título de indemnización compensatoria, un monto equivalente a la diferencia entre el precio de A y el precio de B (o S/ 1,000).

<sup>57</sup> De hecho, este método de cálculo resulta técnicamente equivalente a la “ejecución por tercero”, a que hace referencia el inciso 2 del artículo 1219 del Código civil peruano. Debe hacerse notar, sin embargo, algunas imperfecciones. El método alternativo que se propone para el cálculo de la indemnización puede no resultar aconsejable cuando las cortes tengan razones para creer que el valor que el empresario esperaba obtener de la ejecución del contrato es menor que el segundo mejor precio que puede obtenerse en el mercado. En tales supuestos, existe la posibilidad de que *ex ante* el empresario no hubiera adquirido el bien a ese precio, con lo que una transacción “forzada” en tales términos podría terminar produciendo un resultado ineficiente. Para ilustrar el punto, varíemos un poco las cifras del caso: El empresario valúa la máquina en S/ 15,000, el distribuidor A ofrece un precio de S/ 10,000 (incurriendo en costos de S/ 9,000) y el distribuidor B ofrece un precio de S/ 17,000 (incurriendo en costos de S/ 16,000). Si A cumple, la transacción produce un beneficio social neto de S/ 6,000 (S/ 5,000 de ganancia para el empresario y S/ 1,000 de ganancia para el distribuidor A). Si la corte dispusiera en este caso que A entregue como indemnización por el incumplimiento S/ 17,000 (el precio de B), el resultado será una pérdida social de S/ 1,000: el empresario nunca hubiera comprado la máquina al precio ofrecido por B.

<sup>58</sup> 268 Ala. 111, 105 So.2d 75 (1958).

<sup>59</sup> 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 23 A.L.R. 1429.

trucción proveía que todos los tubos de la plomería debían ser de marca Reading. Jacob & Youngs había instalado tuberías de calidad sustancialmente equivalente, pero que no habían sido fabricadas por Reading. Al recibir la demanda de Jacob & Youngs, Kent reconvino y solicitó una indemnización equivalente al monto necesario para retirar todas las tuberías de la casa y remplazarlas por las tuberías exigidas de acuerdo con el contrato. La corte, considerando la solicitud oportunista, denegó el pedido y sostuvo lo siguiente: “En las circunstancias de este caso, pensamos que la medida de la compensación no es el costo del reemplazo, que podría ser grande, sino la diferencia en valor (entre la tubería instalada y una tubería reading) que podría ser pequeño o nulo”.

Cuando los acreedores conocen de antemano que – en caso de incumplimiento – tienen derecho a recibir el beneficio esperado del contrato, pueden verse inducidos a presentar demandas insustanciales, con el único propósito de presionar al deudor. Las cortes deben ser muy cuidadosas al identificar estos casos, con el propósito de evitar comportamientos claramente oportunistas.

### (iii) Inversiones ineficientes.

El análisis económico del derecho ha denunciado, además, que la indemnización de expectativas puede inducir la realización de inversiones ineficientes por el acreedor. El caso típico es planteado por Polinsky<sup>60</sup>. V, el vendedor, puede producir una máquina por S/ 150. La máquina no se encuentra fácilmente disponible en el mercado. Un comprador – C – que valúa la máquina en S/ 220, celebra un contrato por S/ 200 con V para la entrega futura de la máquina. El precio se paga por adelantado. Para usar la máquina, C debe realizar ciertos gastos en su fábrica por un valor total de S/ 10 (por ejemplo, instalar un pedestal de concreto, aislar el espacio contra ruidos, etc.). Si tales gastos fueran realizados previamente – caso en el cual se conocen en el Análisis Económico del Derecho como “gastos de confianza” – V podría aprovechar más rápidamente la máquina. Pero si éste fuera el caso y el contrato no fuera ejecutado, los gastos de confianza no tendrían ningún valor y se perderían irreparablemente. Supongamos ahora que, antes de

que la máquina sea construida, existe un 60% de posibilidades de que los costos de producción para V se incrementen hasta S/ 230 y el contrato sea incumplido.

Dada la circunstancia descrita, podría pensarse que – si los gastos de confianza se incurren antes de la celebración de la ejecución del contrato – el beneficio esperado del negocio para C es igual a S/ 10 (el valor para V de la máquina menos el precio y el gasto en confianza<sup>61</sup>). Tal apreciación, sin embargo, es incorrecta. El beneficio esperado – antes de que el contrato sea ejecutado – es negativo. C obtendrá S/ 10 sólo en el 40% de los casos (ya que la máquina será construida), pero perderá S/ 10 en el 60% de los casos (ya que en tales casos la máquina no se construirá y los gastos de confianza no podrán ser recuperados). De esta forma, el resultado esperado del negocio – si se incurre en los gastos de confianza antes del cumplimiento del contrato – es igual a menos S/ 2<sup>62</sup>. Desde un punto de vista social, es deseable por tanto que los gastos de preparación de la fábrica no se efectúen sino en el caso en que la máquina sea efectivamente construida.

Pero si el acreedor conoce de antemano que en caso de incumplimiento recibirá una indemnización de expectativas equivalente a S/ 20 (la diferencia entre el valor de la máquina para él y el precio del contrato) con lo que ganará los S/ 10 originalmente previstos, puede verse inducido a realizar los gastos de preparación con anticipación. Esto es así en la medida que siempre obtendrá el mismo resultado económico: si la máquina se construye recibirá el beneficio máximo del negocio (S/ 10) y si no se construye, la indemnización de expectativas le proporcionará exactamente el mismo beneficio (S/ 10). En los hechos, la indemnización de expectativas asegura al acreedor ante el riesgo de incumplimiento y puede generar incentivos para la adopción de decisiones ineficientes desde un punto de vista social.

Aunque tal efecto no puede ser eliminado totalmente si se mantiene un estándar de indemnización de expectativas<sup>63</sup>, es posible que las cortes establezcan reglas para limitar ineficientes gastos de confianza. Así, por ejemplo, un tribunal podría reducir la indemnización a C de S/ 20 a S/ 10 (con lo que se negaría el

<sup>60</sup> POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Boston, Little, Brown and Company, 1990. p. 28 ss. El ejemplo que aquí elaboramos es una variación del modelo formulado por Polinsky.

<sup>61</sup> Esto es:  $S/ 220 - S/ 200 - S/ 10$ .

<sup>62</sup> Esto es:  $0.4 (10) + 0.6 (-10) = -2$

<sup>63</sup> De hecho, el efecto sólo se elimina si en caso de incumplimiento sólo se concede al acreedor el derecho de solicitar la restitución de lo pagado. Pero, como hemos visto, una medida reitutiva es subcompensatoria y usualmente incentiva incumplimientos ineficientes.

derecho a recuperar el gasto en confianza), en el caso que pudiera demostrarse que C pudo haber conocido – usando una diligencia ordinaria – que la máquina no sería construida. Una justificación para esta regla podría encontrarse entre nosotros en el artículo 1327 del Código Civil, con arreglo al cual “el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

Pienso, como he tratado de mostrar en este apartado, que las dificultades propias de la aplicación de una regla de indemnización de las expectativas no son mayores que las que derivan – para el sistema en su conjunto – de una regla que otorga a los jueces la facultad de fijar a su leal saber y entender el monto de las indemnizaciones. La dificultad para estimar el valor subjetivo de una prestación puede ser superada recurriendo a sucedáneos. El problema del comportamiento estratégico puede ser identificado en cada caso, de modo que no se estimulen demandas oportunistas. El problema de las inversiones ineficientes es un subproducto del estándar que puede ser reducido en alguna medida con una regla con arreglo a la cual se exija que el acreedor tome medidas para evitar que su daño se incremente.

El problema del sistema actual no se encuentra en las posibles equivocaciones de los jueces. Un juez, como cualquier persona, está sujeto a la posibilidad de error. El principal problema del sistema es la incertidumbre: el hecho de no poder estimar *ex ante* cuánto es lo que uno tendría derecho a recibir como indemnización si decide demandar.

## 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La carencia de criterios jurisprudenciales claros para la fijación de indemnizaciones es quizá el más grave problema sustantivo con el que se enfrenta la administración de justicia contractual. La inadecuada reparación de los afectados cuestiona la eficacia del Derecho Contractual y vuelve inútil cualquier otro tipo de discusiones.

Cuando se analiza a fondo la cuestión, se descubre que – para dotar al sistema de certidumbre – es necesario que nuestros magistrados supremos comprendan la enorme relevancia que sus decisiones en este campo pueden tener. En los hechos, no encontramos objeción de ningún tipo para que, variando el curso de acción seguido hasta la fecha, la Corte Suprema se aventure a la tarea de unificar el modo en que deben calcularse en el Perú los montos indemnizatorios. Aunque ésta es una tarea que será necesario desarrollar de acuerdo con los requerimientos de nuestra propia realidad, el criterio de “indemnización de las expectativas” parece recomendable, cuando menos desde una perspectiva teórica.

La unificación de la jurisprudencia peruana en esta materia es una labor que, como hemos tratado de destacar, puede contribuir en gran medida a mejorar el funcionamiento de nuestra administración de justicia. Si no emprendemos esa labor, estaremos condenados a vivir con la sensación de que – en lugar de ejercer el Derecho – vivimos jugando al “*de tin marín*”.

# ALAYZA CONSULTORES LEGALES SOCIEDAD CIVIL

CALLE GUILLERMO MARCONI N° 451  
SAN ISIDRO

Telf.: 472-0628 472-0574 - 472-0577 - 472-9236

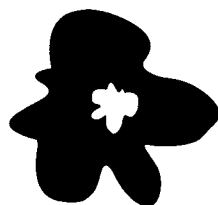
Fax: 472-0015

E-mail: [estudio@alayzalegal.com.pe](mailto:estudio@alayzalegal.com.pe)

# D<sup>©</sup> Mari<sup>©</sup>

**C H © C © L A T E S**

**DULCES FINOS Y TORTAS**



Jirón Tacna 454 Barranco  
247- 4294 / 997-9815 E-mail: [dmarichoc@hotmail.com](mailto:dmarichoc@hotmail.com)

# EL OCULTAMIENTO, USO Y DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN\*

Richard Epstein\*\*

## 1. LA ECONOMÍA DE LA INFORMACIÓN

Desde tiempos remotos hasta la actualidad, la información ha hecho que el mundo se dirija desde las transacciones más rutinarias hacia las más complejas. Una cuestión determinante, de acuerdo con ello, consiste en establecer qué reglas legales, de existir, deberían regir la creación, difusión y uso de información. La importancia de esta cuestión es anterior a Internet e incluso a la computadora. Para un mejor acercamiento al tema, voy a abordarlo a partir de un enfoque conceptual y abstracto, y analizar la cuestión de la regulación legal de la información a la luz de sus principios originales. No voy a comentar específicamente la regulación neozelandesa, pues soy consciente de mi falta de información detallada en este campo. Más bien, la mayoría de referencias se basarán en la regulación norteamericana, lo que me permitirá efectuar una crítica vigorosa sin que ello sea motivo de preocupación ni desagrado.

El primer estudio serio de la información como un concepto económico data recién de 1961, cuando un trabajo de George Stigler sobre la economía de la información inició todo un movimiento académico en este campo. En cierto sentido, la información puede ser considerada como un tipo de propiedad, análoga a la de otros bienes como un saco de papas o un reloj de pulsera. No obstante, la información tiene ciertas características bastante particulares. No se encuentra en paquetes separados y su contenido siempre debe ser verificado e interpretado. Tampoco es sencillo crear derechos de propiedad sobre la

***En la actualidad, la información tiene una esencial importancia en todo tipo de transacciones, desde las más complejas hasta las más rutinarias. Pero las particulares características de la información hacen que sea difícil no sólo establecer titularidades sobre ella, sino también determinar en qué circunstancias debe revelarse o mantenerse en secreto.***

***El autor, a partir de un enfoque económico, desarrolla el tema de la divulgación de la información en contextos tan polémicos como las relaciones laborales, las operaciones en el mercado de valores —en especial aquellas referidas al insider trading— y las donaciones políticas, demostrando la utilidad de este análisis para establecer reglas concretas que benefician a la sociedad en su conjunto y que permitan a los individuos actuar con libertad.***

\* El título original del presente artículo es "Concealment, use and disclosure of information". La traducción fue realizada por Gerardo Solís, bajo la supervisión del Doctor Alfredo Bullard. Agradecemos especialmente al Doctor José Juan Haro por ayudarnos a gestionar el presente artículo para su publicación.

\*\* James Parker Hall Distinguished Service professor of Law en la Universidad de Chicago.



información. Yo puedo entregarle a alguien mi reloj y luego pedirle que me lo devuelva. Cuando me lo devuelven, puedo estar seguro que poseo nuevamente mi reloj. Pero si yo le confío a alguien cierta información de tipo confidencial, resulta muy problemático determinar cómo esa persona podría “devolverme” la información que le brindé, porque no puedo desalojarla de su cabeza una vez que se ha instalado allí. Además, una vez que la información es recibida por un tercero, esta es susceptible de ser reproducida infinitamente y de ser comunicada a otras personas bajo una amplia variedad de circunstancias. La información es, de este modo, rápidamente reproducible y divisible. Su posesión es fácil de adquirir, pero tener la posesión exclusiva es más que complicado. Estas características particulares hacen que sea mucho más complejo crear y fortalecer derechos de propiedad sobre la información.

Un aspecto de este tema, en el que no voy a poner énfasis hoy, es el del anhelo tan común de las personas de crear derechos de propiedad sobre la información en sí misma y no como algo vinculado a alguna otra transacción. En el área de la propiedad intelectual – derechos de autor, marcas, patentes, entre otros – gran parte de los objetivos de las leyes consiste en determinar los medios idóneos para la creación y el fortalecimiento de derechos exclusivos en esta clase de propiedad. El modelo de exclusividad que aparece con este tipo de política legislativa sobre la información guarda alguna similitud, que no es absoluta, con los derechos exclusivos sobre la tierra y bienes en general. Si es que estuviera discutiendo estos temas particulares, me detendría en otros aspectos de la economía de la información y explicaría por qué muchas veces constituye una gran aspiración crear derechos permanentes y exclusivos en el campo de cada uno de los particulares derechos sobre la información. Pero el tema de la presente exposición es el de la información en un contexto diferente, particularmente su influencia en cómo se desarrollan transacciones ordinarias y rutinarias. Por ejemplo, la manera como se modelan los contratos de trabajo, se organizan los de compraventa, se planifican y estructuran los contratos de asociación y de negocios en general o se efectúan y anuncian los planes de compensación. También voy a desarrollar el tema tanto de los grupos comprometidos en el intento de promover la elección de candidatos políticos como de aquellos que deberían divulgar la información acerca de los recursos económicos utilizados en influenciar al público elector.

No hay una solución obvia para el problema de la información. Ciertamente, en términos legislativos,

dos filosofías – inconsistentes en su estructura básica – coexisten entre la amplia gama de normas vigentes. Mi ilustración favorita de esta ironía es el hecho de que, en 1968, el gobierno de los Estados Unidos aprobara dos leyes que fueron consideradas en su tiempo como desesperadamente importantes. Una de estas leyes era el “*Privacy Act*” y la otra el “*Freedom of Information Act*”. No obstante, se hizo evidente que no podíamos tener simultáneamente reglas que permitieran a los particulares mantener cierta información en una esfera privada y luego exigirles que la revelen. Ésta es una de las razones de por qué es un área tan complicada: uno nunca sabe si la confidencialidad es la posición adecuada y la revelación la errónea, o si es a la inversa. Nuestra tarea, entonces, consiste en intentar entender si, en el caso de información que puede ser fácilmente reproducida y transmitida, la confidencialidad o la revelación es la regla legal apropiada donde esta información forme parte de cierto tipo de contratos, tanto los que tienen que ver con relaciones laborales como con diversas transacciones corporativas.

Un punto que salió a relucir en el trabajo de Stigler de 1961 es que, desde el punto de vista de un individuo promedio, la información es poder. Si una persona tiene la posibilidad de elegir entre la ignorancia o el conocimiento, el conocimiento es normalmente preferido. El único tipo de excepción son los casos en donde alguien sabe que tiene un cincuenta por ciento de posibilidades de haber heredado una enfermedad mortal como el mal de Huntington y la cuestión es si quiere descubrir la verdad. Aquí nos adentramos en un complicado campo de sufrimiento psicológico sobre qué quieren hacer las personas con sus propias vidas. Pero en transacciones comerciales ordinarias, la información es comúnmente asociada con el poder. A mayor información tengamos sobre el mundo, mayor la certeza con la que vamos a poder predecir qué es lo que probablemente va a ocurrir y mejor vamos a poder estimar las consecuencias del curso que toman ciertos hechos. Desde la dimensión que nuestra visión de las transacciones es egoísta, mientras más confiable la información y mejores nuestras predicciones, mayor será la ganancia neta por nuestros múltiples esfuerzos.

En general, y por consiguiente, desde la perspectiva de la toma de decisiones individual, más información puede ser mejor vista que menos. Si esa fuera la única consideración, tendríamos que esperar a ver una explosión en la adquisición de información. De hecho, si la información fuera literalmente menos costosa, la confidencialidad se volvería imposible. No importa cuán rigurosamente alguien intentara ocultar

un poco de información, el hecho que pueda ser adquirida a precio cero haría que siempre fuera descubierta. En realidad, sin embargo, la información que puede ser acumulada y tiene valor aparece sólo como un costo positivo. Es esta característica la que hace de la información un problema legal y económicamente interesante. Las personas tienen que hurgar, investigar, buscar o de alguna otra manera encontrar las cosas. Para cualquier individuo, la información –al menos como una primera aproximación- va a ser vista en el mismo sentido que cualquier otro bien: nos vamos a comprometer en actividades para adquirirla hasta no más allá del punto donde el gasto adicional de una unidad de tiempo o esfuerzo produce sólo una unidad adicional de utilidad. En este proceso, siempre decidimos retirarnos antes de alcanzar la certeza. Frecuentemente nos vamos a guiar por diversas estimaciones y técnicas probabilísticas, desde –al menos más allá de un cierto punto- que el cálculo de este tipo se convierta en más confiable que una búsqueda adicional. Una de las características que distinguen al individuo racional de uno que es menos afortunado es la mejor percepción del primero sobre exactamente cómo funcionan estos intercambios. A mayor consistencia de nuestras teorías, menor la “información” que actualmente necesitamos. Existe, de este modo, una relación de sustitución: podemos invertir ya sea en entender cómo deducir consecuencias de información desperdigada, o podemos invertir en obtener información más abundante que concederá explicaciones en la base de teorías relativamente menos consistentes.

## 2. EXTERNALIDADES EN LA INFORMACIÓN

Este análisis ofrece una áspera comprensión sobre cómo es alcanzado un equilibrio privado en la adquisición de información. Pero necesitamos todavía preguntar si este equilibrio privado corresponde al óptimo social. No se trata de un problema, desde luego, privativo de la información, pues surge en relación con la actividad económica en general. Por ejemplo, si alguien está maximizando el valor de una planta realizando determinados actos de contaminación, tendremos una diferente actitud hacia esa contaminación si la persona contaminadora está simplemente afectando su propiedad antes que las tierras de un tercero. En el primer caso el contaminador está dispuesto a soportar el costo mientras reciba los beneficios de sus actividades. Desde que tiene grandes incentivos para tomar la decisión correcta, puede decidir por sí mismo sin peligro el nivel de contaminación tolerable. Pero si sus actividades causan perjuicio a otros individuos, la situación óptima va a dejar de presentarse: normalmente, el contaminador va a

ocasionar mucho más daños porque va a soportar una parte muy reducida del costo total generado. Tendrá que designarse un buen sistema de reglas de responsabilidad para que en cierta forma retornen al contaminador los indeseables efectos secundarios de sus propias acciones, de modo que modifique su conducta. Exactamente el mismo tipo de problema ocurre en el caso de la información. Si la recolección y difusión de determinada información tiene consecuencias externas negativas para otros individuos, la cantidad óptima de información para una persona utilizando su propia capacidad no necesariamente será la óptima para el sistema social en su conjunto.

Necesitamos, entonces, ir de los gustos individuales por la información, hacia el juicio social sobre el tipo de información que debería permitirse recolectar y distribuir. Aquí podemos anotar otra útil distinción, que de nuevo tiene paralelos en otras áreas. Algunos daños se producen a individuos con los que no tenemos acuerdos contractuales: en esos casos el problema de la creación de perjuicios y del sobreconsumo de recursos es severo. En otras situaciones, la información puede afectar adversamente a individuos que han consentido previamente sobre los aspectos relevantes. En este punto el daño es más una especie de perjuicio auto-impuesto. En el primer caso debemos analizar cómo trabaja la información en un contexto de externalidades, mientras que el último se refiere a cómo la información, la información falsa y la información incompleta operan en el marco de acuerdos previamente consentidos.

La difamación nos brinda un ejemplo instructivo de una externalidad negativa. Si yo afirmo algo falso sobre alguien a terceros con la intención de inducir a esos terceros a no iniciar negocios con el individuo objeto de mi difamación, habré creado efectivamente un arsenal de noticias falsas que alterarán para peor los términos del trato para los individuos involucrados. El *common law* ha entendido desde hace largo tiempo que una verdad frecuentemente es incapaz de compatibilizar con una mentira y que la información falsa va a conducir a las personas a evaluar incorrectamente los arreglos que de otra manera podría haber efectuado. La difamación, de este modo, constituye una seria fractura de la mutua cooperación voluntaria. El hecho que los daños bajo análisis sean a menudo económicos o relacionados nunca ha disuadido al *common law* de reconocer estos derechos de acción. Se entiende que, bajo estas circunstancias, la creación de información falsa por una persona supone que otras actuarán bajo premisas incorrectas y tomarán decisiones equivocadas. Protegemos la reputación poseída por un individuo contra las declaraciones

falsas de otros, y lo hacemos considerando que la información falsa crea externalidades negativas que pueden ser desalentadas estableciendo legalmente una indemnización.

De hecho, si un acto de difamación es una mentira deliberada, tiene dos consecuencias dañinas. Primero, hay un efecto sobre la persona difamada y en segundo lugar, hay una consecuencia adversa para la parte que recibe la información falsa. Por otra parte, es probable que el mismo difamador gaste recursos para engañar a las otras partes. Puesto que es probable que existan al menos ciertas sospechas de que el difamador está mintiendo, bien puede necesitar gastar recursos en crear una información falsa que no sea totalmente transparente. El difamador incurrirá en costos para crear un costo adicional en la forma de imposibilitar a la otra parte a entrar en una gran variedad de transacciones beneficiosas. No sólo está preparado para imponer un costo a la otra persona, sino que también empleará una conducta engañosa de tal forma que no se encuentre obligado a compensar a la otra parte. Muy pocas transacciones fraudulentas implican a alguien que dice: "Sr. Jones, ahora estoy a punto de mentirle. Para compensarle por la inconveniencia de este fraude, estoy preparado para pagarle mil dólares". Hay buenas razones por las que la prohibición contra el discurso falso se extiende más allá de la difamación para cubrir los casos del dolo bilateral. En el caso del dolo, el gasto de recursos por una de las partes da lugar a mayores pérdidas a dos o más individuos, y no hay razón socialmente relevante por la que debemos ocuparnos de ella de cualquier otra manera que castigando al ofensor. La pregunta principal en esas circunstancias se refiere al nivel al cual es eficiente proveer remedios legales contra el dolo, o si el mejor remedio es simplemente una sana dosis de recelo. En algunos casos los remedios legales no funcionarán. Esto, sin embargo, no es una objeción moral a las acciones contra dolo. Es una objeción práctica que el costo de rectificar una clase dada de fraude exceda el daño que causa.

Relacionados de cerca con el dolo se encuentran los casos del ocultamiento, que son efectivamente dolo por conducta más bien que por palabras. Si alguien no revela la existencia de termitas en su sótano cuando otro viene a examinar el local, el análisis es idéntico al de la falsedad verbal. Podemos tener falsedades por la conducta, para las cuales la regla del *common law* es también absolutamente constante. El ocultamiento de información y el dolo son tratados como uno: ambos son normalmente punibles por vía de un caso *prima facie*, y

ambas son defensas contra la ejecución de un contrato, si una de las partes ha sido inducida en base a premisas falsas a formar parte de la relación contractual.

### 3. ¿CUÁNDO LA INFORMACIÓN DEBE SER DIVULGADA?

La cuestión de la divulgación, sin embargo, presenta un problema de lejos más difícil. Si hay un hecho material que la otra parte desea conocer, el tema es si me encuentro obligado, bajo determinadas circunstancias, a divulgar esa información a la otra parte, de modo que se pueda tomar una elección informada sobre el acuerdo relevante. Los argumentos en este caso son mucho más complicados, porque el conjunto relevante de costos y beneficios variará marcadamente con el contexto. Esta es la razón por la cual el debate confidencialidad-divulgación resulta ser tan poco concluyente si se lleva a cabo en un nivel muy alto de abstracción.

Comencemos con la situación más simple. Suponga que alguien viene hasta usted con un manojo de mercancías y la pregunta es si son o no comercializables o susceptibles de ser otorgadas en garantía. Ocurre que el vendedor sabe que tienen un defecto oculto. Él los pone en venta y anuncia simplemente el precio, que corresponde al precio del artículo estándar. Invita al posible comprador a que los adquiera. Bajo esas circunstancias, podemos sostener el poderoso argumento de que la naturaleza y estructura de esta transacción supone la condición implícita en el contrato de que las mercancías son de calidad comercializable. Esa deducción será consolidada solamente si una de las partes es un comerciante que participa rutinariamente de la venta de esas mercancías y la otra parte es un consumidor ordinario. La regla del *common law* para este tipo de garantía implícita, antes de los actos de venta de las mercancías y desde su introducción, ha tomado exactamente este acercamiento. La regla del *common law* ha percibido correctamente que el contrato estándar entre dos partes implica mutuo provecho. En la medida que suprime cierta información clave y vende bienes de calidad inferior al precio de un bien de calidad superior, la condición de ganancia mutua ya no está más satisfecha. No necesito alterar los bienes en sí mismos. Es suficiente que el comprador esté descontento con los bienes en relación con el precio pagado por ellos. La persona que cometió el acto fraudulento puede desaparecer como un bandido y habrá una disminución general de la confianza en el comercio

Incidentes de este tipo conducirán a que los vendedores sean requeridos para ofrecer garantías expresas. Los vendedores honestos aprecian reglas de esta clase: pueden entonces vender mercancías con un mínimo de suspicacia, mientras que los vendedores deshonestos no serán capaces de seguir este juego por mucho tiempo y tendrán la necesidad de confiar en un evasivo silencio. Algunos vendedores deshonestos serán conducidos fuera del mercado, y emergerá un equilibrio más satisfactorio. Así, en la medida que la divulgación de información es necesaria para la eficiencia del negocio (para utilizar la frase clásica), por lo menos se requiere alguna forma de divulgación. Específicamente, requeriremos de la divulgación en esas circunstancias donde es necesario promover intercambios que satisfagan el criterio de mutua ventaja.

Podemos explorar ahora más profundamente el caso de la venta de mercancías. Suponga que el vendedor pone algunas mercancías en venta, y le preguntan si se trata de kiwi genuino de Nueva Zelanda. Ésta es claramente una pregunta que puede ser relevante para la decisión de comprar. El vendedor podría negarse a contestar, dejando que el cliente asuma que las mercancías no son probablemente el artículo genuino. En esa situación, la mayoría de los clientes probablemente no comprará. Alternativamente, el vendedor puede confirmar que las mercancías son kiwi de Nueva Zelanda. Pero el comprador puede aún querer más información. Puede ser que, por ejemplo, pregunte por el nombre del abastecedor. El vendedor, que estaba absolutamente dispuesto a garantizar la idoneidad de las mercancías y el país de origen, puede justificadamente mostrarse renuente a dar el nombre del abastecedor. Él puede decir: "Te aseguro que se trata de kiwi neozelandés, pero no voy a decirte de dónde lo consigo. Mi temor es que esta información, que confirmaría que lo obtengo de un abastecedor honesto, te permitiría dispensar de mí como intermediario en la siguiente transacción. Irías directamente donde el abastecedor y comprarías la mercancía tú mismo. Yo gasto considerables recursos construyendo relaciones con mis abastecedores. Si dejo que accedás a esa información, te estaría otorgando un activo separado y distinto de la mercancía en cuestión, y no deseo hacerlo. Es suficiente para ti saber que son bienes de calidad, que se trata de kiwi neozelandés como se anuncia y que me puedes demandar si no se ajusta a los términos de la venta".

Una vez que nos percatamos que este es el tenor en que se desarrollará el diálogo, no desearemos leer en el contrato alguna cláusula por la que implícitamente

se tenga que divulgar información de ese tipo. Por la misma razón, si el vendedor adquirió los bienes a un precio excepcionalmente barato, normalmente va a rehusarse a divulgar esta información a los compradores, pues esto los ayudaría a ofertar un precio inferior. Tenderemos a descubrir, por ello, que las transacciones en un mercado explícito permitirán la conservación de cierta información por el vendedor o el comprador. Típicamente la información conservada le permite al vendedor mantener el capital humano invertido de tal manera que se encuentre en la posición de completar una transacción exitosa, pero habrá una voluntaria divulgación y garantía de esta información para asegurar a los compradores la naturaleza y calidad de las mercancías adquiridas.

No obstante este es el modo como funcionan las transacciones eficientes, no debemos atar a las personas a estas reglas. Si las personas desean divulgar el nombre de sus abastecedores o los precios que pagaron por sus mercancías, obviamente deberían ser libres para hacerlo. Pero al menos en el ámbito de las obligaciones implícitas, no deberíamos fijar la regla supletoria de manera opuesta a nuestras expectativas económicas estándar. Indudablemente no debemos forzar al vendedor a divulgar el nombre de su abastecedor, o el precio que pagó por sus mercancías, como una condición de ingreso en una transacción de mercado. Esto simplemente reduce la posibilidad de que la transacción se lleve a cabo, porque estaríamos efectivamente expropiando el capital humano a través de la obligatoria transferencia de información.

Estos ejemplos parecen ser transportados desde algunos de los temas que vienen bajo el encabezado de "información". Se presenta, no obstante, una íntima conexión entre la lógica de la divulgación en estos ejemplos del kiwi, donde reglas diferentes van a producir diferentes resultados, y áreas expuestas a una intensa regulación en Nueva Zelanda y en otros lugares, especialmente los contratos de trabajo, por un lado, y los diferentes tipos de suministro y operaciones de seguros, por otro. Veamos cómo el análisis del *common law* se aplica a estas situaciones.

#### 4. LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES

Las relaciones laborales nos brindan un problema bastante similar al de los seguros marítimos. Los seguros marítimos son un área dominada por normas muy poderosas de divulgación, pero las obligaciones no se encuentran en la así llamada parte fuerte (el

asegurador). La obligación estándar siempre ha recaído sobre el asegurado. El asegurado tiene información privada relevante sobre la naturaleza y magnitud del riesgo marítimo. Si oculta la información, la decisión de encargarse del seguro – o de la prima – se encontrará seriamente predispuesta. Por esta razón, la mayoría de aseguradores marítimos exigirán una serie de declaraciones expresas. Un panorama normativo de completa divulgación de todos los hechos materiales relacionados con la magnitud y severidad del riesgo fue establecido en el derecho marítimo mucho antes que fuera hecha una condición supletoria bajo varios reglamentos en los albores del siglo XX.

En el contexto del empleo, imagínese que un empleador está a punto de hacer una oferta de trabajo a un trabajador potencial. Si debe ser un contrato de trabajo satisfactorio, será uno en el que se pacten términos mutuamente beneficiosos. En un mercado voluntario, ¿qué es lo que un empleador buscaría y qué lo que un trabajador estaría preparado para divulgar? Puesto que la condición de ganancia mutua será extremadamente importante, el empleador estará obviamente muy interesado en el tipo de servicios y beneficios que le pueda proporcionar. Para comenzar, estará interesado en lo que libremente llamamos “calificaciones” – siendo estos los servicios que espera sean brindados por el trabajador. Las preguntas sobre calificaciones no serán normalmente polémicas. Pero el empleador también querrá información sobre la durabilidad potencial del arreglo contractual. Esto puede requerir típicamente preguntas sobre, por ejemplo, los planes del trabajador para ir de nuevo a escuela. Puede requerir información sobre su edad, o estado civil, o sobre si el aspirante tiene hijos, o planes para tenerlos, etcétera. Esto nos trae dificultades con el “*Privacy Act*”, por lo menos en los Estados Unidos, considerando que la información de este tipo es personal y que un empleador no puede exigirla. En vista que este acercamiento asume que la información no es relevante para una decisión de empleo, se encuentra claramente mal concebido. Desde el punto de vista de un empleador que evalúa las ventajas anticipadas de una relación laboral, la información exacta sobre características tales como el estado civil ayudarán a determinar su durabilidad probable. También le proporcionará una noción más completa de la cantidad de esfuerzo que se puede exigir del trabajador durante cualquier período determinado. Esta información es obviamente estocástica. Pero toda predicción es probabilística y nunca debemos desechar la información imperfecta si la alternativa es ninguna información.

Así, la lógica de contratar sugiere fuertemente que los empleadores en un mercado no regulado pedirán esta

información. Algunos trabajadores no la proveerán, en cuyo caso el potencial empleador estaría libre de tomar una decisión sin ella, o negociaría con otros posibles trabajadores que estén dispuestos a brindar la información. En algunos casos, los trabajadores la proveerán bajo términos que indican la probabilidad de una relación altamente provechosa y un acuerdo decididamente atractivo para ambas partes. En otros casos la información pudo ser enredada y las remuneraciones, las garantías y los términos colaterales se pueden alterar para tomarla toda en cuenta. Pero bajo ambas circunstancias, el salario en sí mismo sería aceptado o rechazado por el trabajador sobre la base de si está convencido de beneficiarse del trato. El empleador estará sujeto a la misma restricción. Así, el contrato de trabajo tiene exactamente la misma asimetría que la información fundamental que observamos en el caso del seguro marítimo.

Bajo muchas circunstancias, el empleador puede indagar información aún más íntima y personal del trabajador. Puede, por ejemplo, estar interesado en si el aspirante tiene SIDA. El costo de un seguro médico para una persona con SIDA, incluso dando asistencia médica ideal, es por lo menos 25 veces mayor que para un empleado de la misma edad y del mismo sexo sin SIDA. Para un empleador que intenta asumir el costo de los seguros médicos del personal, este es un factor muy relevante. Si un trabajador competente se encuentra afligido por una enfermedad o minusvalía, no podemos simplemente ver el lado beneficioso. Debemos también considerar el costo. Divulgar una condición de SIDA no daría lugar necesariamente a la pérdida del empleo, aunque puede implicar un cambio en el resultado de los términos y las condiciones del empleo. Para ciertos contratos a corto plazo puede ser poco importante, pero cualquier empleador ofreciendo beneficios de salud sabrá que el costo probable de la cobertura se ha elevado significativamente.

¿Qué sucedería con la información sobre SIDA una vez que el empleador la adquiriera? Los empleados se encuentran a menudo temerosos sobre divulgar tal información y prefieren ocultarla de otros individuos a quienes no les afecte. Podemos, sin embargo, tener un régimen mixto que exija la divulgación a ciertos individuos, pero que luego les exija a estos mantener la información alejada de otros individuos. De hecho, muchos de los reglamentos de privacidad que rechazan que las personas adquieran información personal sensible se aplican solamente al momento del contrato de trabajo original. Los reglamentos requieren posteriormente obtener la información y mantenerla en reserva, de modo que si, por ejemplo, un trabajador tiene un ataque epiléptico en el trabajo, el empleador

sepa qué tratamiento seguir. Así la repartición de la información permitida por los reglamentos conduce a una diferente división de la información bajo el contrato. Por otra parte, habría un remedio muy severo para el incumplimiento del contrato si la información recibida de forma reservada fue divulgada a terceros.

Por lo tanto, no resulta adecuado regular estos tipos de acuerdos vía reglamentos de privacidad. La privacidad correctamente entendida es simple: si una persona desea mantener cierta información privada, tiene derecho a hacerlo. Pero no se puede obligar a otras personas a tomar una serie de riesgos forzándolas a iniciar una relación de negocios mientras se les niegan información que consideran esencial. Actualmente no sólo tenemos un sistema de no-divulgación, sino que tenemos prohibido realizar cierto tipo de preguntas – lo que paradójicamente convierte a la legislación sobre privacidad en cierto sentido en un instrumento de fraude. El empleador se encuentra impedido de formular ciertas preguntas. No puede conseguir la información conocida aún cuando sea razonable que lo haga. Con todo, ambas partes saben que, en ausencia de regulación legal, la pregunta sería formulada. Si fuera verazmente contestada, en por lo menos algunas circunstancias el trabajo no sería ofrecido o sería ofrecido en términos diferentes. Los autores del *Privacy Act* necesitan explicar por qué intentan forzar a las personas a contratar en condiciones inconvenientes restringiendo su capacidad para adquirir la información relevante para sus decisiones. Además, una vez que las personas encuentren que no pueden conseguir la información que buscan preguntando por ella, buscarán fuentes alternativas investigando a su alrededor. Podría contratarse investigadores privados para informar si una mujer desea casarse, tener niños o dejar la ciudad, o si un hombre tiene SIDA. Forzar a la gente a confiar en la mala información adquirida a un alto costo antes que en buena información a bajo costo, es sin duda un grave error.

Algunas personas objetan que deseamos asegurar oportunidades para los discapacitados. Pero si el gobierno deseaba intervenir por los discapacitados, podría decirle a una empresa: “usted contrate al trabajador. Pagaremos el costo de su póliza de seguro o subvencionaremos de otra manera la posición sin recurrir a los fondos públicos”. Esto aseguraría que la carga no cayera arbitrariamente sobre un solo empleador seleccionado por su buena voluntad de dar una oportunidad, sino que se convertiría en una obligación pública para un beneficio público. Hoy en día, bajo el *Americans with Disabilities Act*, hemos creado derechos que prevalecen sobre contratos de

trabajo privados y, de este modo, reducido el número de puestos de trabajo que las empresas están dispuestas a otorgar a personas discapacitadas. Estas normas mal concebidas son claramente inferiores a las del *common law*.

## 5. LA DIVULGACIÓN EN EL DERECHO CORPORATIVO Y DE SEGUROS

Cuando examinamos el uso y difusión de la información en el ámbito corporativo, la lógica marcha en la dirección exactamente opuesta. A menudo hay una poderosa implicación contractual hacia la confidencialidad. Pero la ley, en lugar de hacer cumplir esta confidencialidad, nuevamente toma el camino incorrecto. Considere, por ejemplo, si se debe divulgar la remuneración del trabajador – por lo menos la de los empleados clave y las grandes corporaciones. La regla americana obliga a la divulgación considerando que la información es arrancada de las compañías en vez de ser divulgada voluntariamente.

En consideración de por qué las compañías no eligen revelar la información voluntariamente, podemos mirar esta cuestión desde tres diversos puntos de vista. Está la perspectiva del trabajador individual, de los accionistas y del empleador o miembro del directorio. Desde cada punto de vista, la divulgación será considerada como indeseable. Primero, el trabajador generalmente no quiere que se sepa alguna información sobre su sueldo. Si otras personas están enteradas de ello, tienen mejor información sobre su potencial como blanco para sobornos o secuestros. Incluso poniendo a un lado estos casos extremos, mientras más personas conozcan sobre la renta de otra, mejor van a poder dirigirle solicitudes indeseadas y conjeturar su precio de reserva en muchas transacciones de mercado. Muy pocas personas circulan por ahí diciendo: “mi nombre es Smith. Gano \$250.000 por año. Puedo permitirme cualquier cosa que deseo”. Por el contrario: cuando Smith va a comprar un automóvil, no pretende parecer rico y famoso. Va vistiendo ropa ordinaria. Se rasca la cabeza como si reflexionara si le pudiera alcanzar para un modelo de lujo aunque le sea posible permitirse cualquier precio que el vendedor le pida. En toda clase de situaciones la gente desea mantener su sueldo confidencial. La ley debería respetar generalmente sus deseos.

Si soy un accionista, ¿deseo esta información? Si fuera de tipo personal, estaría feliz de recibirla. Sin embargo, la divulgación es lo último que desearía, pues desde que recibo la información todos en la ciudad también la adquieren. Información valiosa sobre la estructura laboral de la empresa en la que he invertido

y sobre los sueldos que se pagan –información que ha sido costosa de crear- se convertiría en un bien público. Por otra parte, una vez que los terceros tengan la información, la empresa en la que he invertido se verá perjudicada. Mis competidores estarán en una posición mucho mejor para planear el reclutamiento de mis empleados clave. Como accionista, no quisiera que esa información se divulgara. Y si cualquiera dentro de la relación de negocios desea que la información se haga pública, no puedo ver por qué debe forzarse a ello desde el exterior. Los accionistas, los miembros del directorio, los gerentes y los empleados clave tienen una red de contratos que los relacionan. Los costos de transacción entre ellos son muy bajos. Cualquier divulgación que se pudiera requerir para el beneficio de los accionistas se puede determinar en los estatutos de la compañía o por leyes o en sus contratos de trabajo. No necesitamos una ley que obligue a la divulgación a todos sin excepción.

Cuando analizamos el *insider trading*, tengo exactamente la misma reacción. No hay externalidades involucradas. Una compañía que quiera legitimar el *insider trading* todo lo que necesita es prever en sus estatutos una cláusula que establezca: “Si usted desea negociar con las acciones de nuestra compañía, entienda por favor que todo empleado clave y todo miembro del directorio está permitido de contratar en base a toda la información privilegiada que satisfaga su interés. Si usted desea invertir con nosotros, así es cómo será. Si usted no desea invertir con nosotros, es usted totalmente libre de comprar acciones de nuestro competidor, que no permite esa opción”.

¿Qué sucedería si legalizamos el *insider trading*? Descubriríamos una aversión por parte de muchas empresas de permitir que los empleados clave negocien accediendo a esta información privilegiada. Por ejemplo, las compañías son enormemente sensibles sobre este asunto al contratar abogados para transacciones corporativas delicadas. Cuando un abogado está trabajando para una compañía que está a punto de entrar en una transacción importante, se entiende implícitamente –y si es necesario expresamente- que esa información se hace disponible para permitir solamente que el abogado brinde sus servicios a la compañía en la evaluación de la transacción. Se supone que el abogado no puede negociar con esa información, y la mayoría de empresas adoptan una serie de medidas requiriendo a algunos de sus socios clave poner sus activos en cuentas ocultas, para evitar cualquier aspecto inconveniente. En mi propia práctica profesional, no he negociado con acciones de compañías individuales en años. Me aterroriza la posibilidad de ser acusado de usar información pri-

vilegiada cuando aconsejo sobre un litigio importante, una transacción o una fusión. Si el *insider trading* estuviera permitido, se podrían generar restricciones auto impuestas similares dentro de la compañía.

Por otro lado, permitir a los empleados clave negociar –aunque con ciertos límites- con información privilegiada podría en algunas circunstancias ser considerado como una efectiva estrategia de compensación. La pregunta puede ser respondida de una manera muy simple. Si el valor para los accionistas de permitir el *insider trading* es positivo, esperaríamos ver compañías insertando previsiones importantes en el estatuto y en los contratos de trabajo. Podrían obtener un precio mayor por sus acciones si, en vez de pagarle a las personas en efectivo, pudieran de forma más eficiente compensarlas permitiéndoles aprovecharse privadamente de este tipo de información. Si el valor de permitir el uso de información privilegiada no resulta positivo, esperaríamos ver las previsiones contractuales y estatutarias en un sentido opuesto. Si se prefiere una solución intermedia, también debería desarrollarse de manera natural, sin intervención del estado. En la medida que estamos tratando directamente con las partes de la transacción, ninguna externalidad opaca el análisis. Podemos dejar que el mercado decida. No hay necesidad de regulación, excepto en las situaciones de ocultamiento y fraude que ya fueron discutidas.

## 6. LA DIVULGACIÓN DE DONACIONES POLÍTICAS

Finalmente, nos acercamos al tema de la divulgación de donaciones en un contexto de elecciones políticas. Aquí la figura es mucho más complicada, porque hay externalidades por todos lados. Un argumento fuerte a favor de la obligación de divulgar es que cualquiera que sea elegido para un cargo público estará agradecido a sus financistas y que aquéllos de nosotros que no estemos entre sus allegados podremos saber qué puede influir en el comportamiento de los elegidos. Una posibilidad es ordenar la divulgación de cualquier contribución política a partir de cierta suma. Pero hay otro aspecto de este argumento. Mucha gente gasta dinero a favor de los candidatos perdedores. Si estos donantes son requeridos a publicar su donación, posteriormente pueden ser objeto de represalias. Ellos se hicieron efectivamente a sí mismos un blanco fácil. La pregunta compleja es si esta información útil sobre las donaciones, una vez divulgada, nos permite enfrentar mejor los abusos del poder, preponderando sobre el mal uso que se pudiera hacer sobre la información, si cayera en manos malévolas. Yo mismo no estoy

seguro de esto. La respuesta puede depender del cargo público en concreto al que la gente pretende acceder, además de la naturaleza de las elecciones y una gran variedad de factores. El dilema de la información es sin duda un agudo y muy difícil problema por resolver.

Desde que la respuesta no es clara, necesitamos basarnos en presunciones. Mi propia presunción es que, si es que no hay una fuerte razón para imponer una restricción, la ley debería mantenerse tal cual. Esta presunción es relevante, porque las modificaciones o limitaciones a la divulgación son por sí solas bastante caras de imponer. Una vez que tenemos que divulgar las contribuciones, necesitamos saber qué es una contribución. ¿Es dinero en efectivo? ¿Es un aporte en especies? ¿Es en servicios? ¿Cómo se valoran? Si las donaciones son hechas a través de una organización, ¿debemos investigar a los individuos que la conforman? Se revela como un ejercicio complejo. Adicionalmente, hay tácticas distintas de las soluciones legales que pueden ser tenidas en cuenta. Podemos preguntarle a un candidato repetidamente: “¿Recibió dinero de Brown cuando postuló al cargo público en las últimas elecciones? Si es así, ¿cuánto era y por qué se lo dio?”. Si el candidato dice “No te lo voy a decir porque tengo algo que ocultar”, los votantes pueden sacar sus propias conclusiones. De este modo, la habilidad de preguntar a los individuos y de recibir respuestas satisfactorias o insatisfactorias genera un cuasi mercado de respuestas que puede ser usado. Las elecciones políticas inevitablemente involucran externalidades en las personas que votaron por el candidato opositor. No podemos usar la misma lógica contractual aplicable a los seguros y a los intercambios comerciales, donde están negociando o con accionistas o con terceros que están atentos a los términos del acuerdo y que pueden evitar tomar parte de la transacción si así lo escogen. Con las elecciones tenemos todos los complicados problemas mencionados por George Stigler en su original trabajo.

Los dejo con una ironía final. Evaluando los reglamentos en el contexto del clásico enfoque del *common law*, encontramos instancias donde la divulgación contractual sería la regla y, sin embargo, el reglamento prescribe un régimen de confidencialidad unilateral. Por otro lado, en el área de las remuneraciones y del *insider trading*, la lógica contractual nos llevaría a una no divulgación y, sin embargo, existe actualmente un reglamento para la divulgación. Aparentemente hemos retrocedido en ambas áreas. Todo lo que necesitamos hacer es desechar tanto la *Privacy Commission* como la *Securities Commission*. En este punto tendremos res-

puestas más acertadas para la pregunta de cuándo divulgar y cuándo mantener las cosas confidenciales.

### RÉPLICA DE EUAN ABERNETHY, PRESIDENTE DE LA SECURITIES COMMISSION

Quisiera detenerme tan solo en un par de puntos. Es importante disipar cualquier noción de que existe una intensa regulación del mercado de seguros en Nueva Zelanda, a pesar de la percepción de ciertas personas de que aún es demasiada. Por ejemplo, no requerimos una licencia para los vendedores de seguros. No tenemos un control estatal de los participantes del mercado. La *Securities Commission* tiene ciertos poderes de ejecución, pero son muy limitados y están relacionados únicamente con la difusión de información falsa. Hay algunas excepciones, como la de los agentes de bolsa, pero son muy pocas.

El punto central es la confianza en la provisión de información en los mercados de seguros, que fue uno de los temas de la conferencia. Es la elección del inversionista, basado en esta información, la que dirige el mercado. La entidad reguladora no debe intentar hacer que el inversionista piense dos veces su decisión: sólo concierne al inversionista decidir el nivel de riesgo que acepta. Pero debe ser hecha con una base de información, que es la razón por la que debemos poner énfasis en la divulgación.

En lo que se refiere a la divulgación de las remuneraciones, no veo por qué debemos preocuparnos demasiado. Hay una serie de diversas situaciones en las que la remuneración se divulga porque alguien tiene un legítimo interés en recibir esta información. Por ejemplo, los salarios de los políticos son conocidos porque tenemos un legítimo interés en saber cuánto les estamos pagando. Los accionistas tienen un legítimo interés en las remuneraciones de los empleados clave, porque quieren saber qué tan bien está manejando el directorio la compañía. Los directores son responsables de contratar y despedir al gerente y por establecer su remuneración. En estos días en que existe un gran interés en poner énfasis en el gobierno corporativo, es importante para los accionistas conocer el desempeño del directorio. Esto incluye revisar cuánto le pagan al gerente a la luz de los resultados obtenidos por la compañía. Es improbable que este conocimiento derive en un cambio directo del salario del gerente, pero sí implica que algunos directores sean removidos. Por eso creo que los accionistas tienen un legítimo interés en esa información.

Tal como he entendido los argumentos del profesor Epstein, él sugiere que el *insider trading* sea una



cuestión determinada entre las partes. La información interna de la empresa puede ser utilizada para beneficio personal de los altos funcionarios y de los directores de la compañía si ello les es permitido por sus contratos privados y esto es conocido por los terceros que traten con la empresa. Yo analizaría esto desde un punto de vista distinto. Yo estoy interesado en desarrollar un mercado de seguros vigoroso y eficiente, que es un mercado en el que las expectativas de los inversionistas en términos de información pueden ser razonablemente conseguidas. Nunca vamos a lograr una completa equidad de información. Pero existe un interés legítimo de la comunidad en promover mercados estables y eficientes en los que los agentes tengan confianza. Si existen reglas que previenen el uso de información interna de la empresa para transacciones personales, los agentes que operen en estos mercados tendrán una mayor confianza, lo que beneficiará al mercado en conjunto. Podría argumentarse que si la compañía acuerda con sus ejecutivos que pueden usar la información para su propio beneficio, entonces eso no es robo. ¿Pero eso significa que otros agentes del mercado deban revisar el estatuto de la empresa antes de comprar y vender acciones para enterarse de las reglas que han sido establecidas? Eso me parece imponer mayores costos y esfuerzo a los agentes de mercado de los que son deseables, y deberíamos estar esforzándonos por acuerdos más simples.

#### **RÉPLICA DE BRUCE SLANE, *PRIVACY COMMISSIONER***

Estoy de acuerdo con gran parte del análisis del Profesor Epstein y, en particular con lo inapropiado de intentar adaptar las normas de propiedad a cuestiones de información. El *Privacy Act* de Nueva Zelanda, de 1993, es un poco distinto de su contraparte norteamericano y está basado en los principios establecidos por el OECD, una organización económica. Debo poner énfasis en que la privacidad no es lo mismo que la confidencialidad, ni tampoco lo mismo que el secreto. Esto es relevante para lo que el profesor Epstein ha estado diciendo, porque él bien podría, por ejemplo, revelar a alguien en Nueva Zelanda cierta información que no ha revelado en los Estados Unidos. Mientras que haciendo eso podría haber roto un secreto, no es una cuestión de privacidad porque ha escogido a la persona a la que le ha revelado la información. Él ha tomado esa decisión por sí mismo, por lo que la privacidad se ha respetado. También estoy de acuerdo con los comentarios en relación con la ventajas de un régimen mixto: es posible divulgar la información a unas personas, pero no a otras.

La legislación neozelandesa favorece la publicidad. Tiende a proteger los acuerdos contractuales: si una de las partes promete que no divulgará cierta información, la *Privacy Act* de 1993 protege esa decisión. Facilita a las empresas a adoptar sus propias políticas sobre información concernientes a determinados individuos. Los *Privacy Commissioners* buscan un equilibrio, porque es reconocido que hay otras cuestiones además de la privacidad, como es el caso de las leyes sobre libertad de información. Nuestro *Official Information Act* de 1982 tuvo por algunos años ciertos requisitos para proteger la privacidad, pero no eran absolutos; ellos requerían mantener un balance con otros factores. Afortunadamente, los empleadores neozelandeses no tienen la costosa obligación de los empleadores norteamericanos de asumir los costos de salud de sus trabajadores. Por ello no están bajo la misma presión para utilizar prácticas que invaden la privacidad como pruebas para descartar el consumo de drogas.

Sobre el tema de las remuneraciones de los altos funcionarios, estoy convencido, como resultado de mi experiencia, que los neozelandeses creen que los detalles de sus ingresos personales justifican un alto grado de protección de la privacidad. Muchos ejecutivos me han escrito expresándome su preocupación sobre el impacto de la revelación de sus niveles de ingreso bajo las nuevas reglas de la *Companies Act* de 1993. La información personal estará disponible a expensas de su privacidad. Desde que sus preocupaciones no siempre le generan una gran simpatía al público, el alto nivel de molestia implica una seria preocupación sobre la privacidad, antes que un deseo de pretender evadir responsabilidad o de encubrir algo.

En un caso reciente que involucra la televisión, la Justicia Superior estableció la importante distinción entre aquellas materias que propiamente tienen que ver con el interés público, en el sentido de que sean legítimas las preocupaciones de terceros, y aquellas que simplemente interesan al público a un nivel humano. La cuestión es que aquella forma parte del interés público que puede ser conocido. He llegado a la conclusión de que las reglas de la *Companies Act* de 1993 se refieren a lo que simplemente le interesa a los terceros.

Mi conclusión es que la publicación obligatoria de las remuneraciones de los altos funcionarios son un detrimento para la privacidad y que se puede idear un esquema que esté más acorde con ella. Debo reconocer que si es que hay un cambio, hay otras preocupaciones - en las que no estoy involucrado- que pueden

ser tanto un apoyo para mi punto de vista como un argumento en su contra. No obstante, he intentado en vano descubrir la mayor responsabilidad supuestamente evidente en la divulgación de esta información, de un modo no sistemático, a niveles arbitrarios, sin detalles de los requisitos para el desempeño en un empleo y en un contexto en el que hay ahora un mayor grado de análisis que en el que hubo en el caso anterior.

En Nueva Zelanda, dado el tamaño relativamente pequeño de nuestras compañías, manejando información sobre ingresos cercanos a los \$10 000 *bands* virtualmente identifica individuos específicos, seguramente en compañías pequeñas. En algunas grandes empresas sólo una o dos personas encajarán en algunas *bands*, y también van a ser identificadas. Creo que, en lo que respecta a estas políticas, se necesitan reglas y objetivos gubernamentales claros. Podría ser que algún tipo de información estadística sea de mayor utilidad para los accionistas (como los salarios pagados por las empresas en un determinado ejercicio, o la relación de estos pagos con alguna otra relevante información económica divulgada). Todavía no entiendo la razón para requerir esta divulgación, y creo que la responsabilidad puede ser establecida sin una invasión de la privacidad.

#### RESPUESTA DE RICHARD EPSTEIN

Creo que hay una desavenencia con Bruce Slane por un lado y con Euan Abernethy por otro, sobre la divulgación de la remuneración. Está referida a la pregunta de cómo definimos “legítimo interés”, un término usado repetidamente por el Sr. Abernethy en su argumentación de por qué el público, los accionistas o los posibles accionistas tienen un legítimo interés en la divulgación.

La pregunta es: ¿qué hace que un interés sea legítimo? Para mí un interés legítimo se presenta donde la información tendrá un valor positivo para el receptor si ésta es adquirida y donde el receptor no está haciendo algo impropio o ilegal con la información. Pero todavía tenemos que enfrentar una pregunta difícil. El hecho que la información pueda ser legítimamente deseada por otra persona no es razón suficiente para ordenar su divulgación. Necesitamos recordar qué supone la lógica del intercambio. El trabajador tiene un legítimo interés en su trabajo y, no obstante, se lo entrega a su empleador. El empleador tiene un legítimo interés en su dinero y, no obstante, se lo entrega al trabajador en retribución por sus servicios. Hacen esto sobre la base de que ambas

partes se benefician con la transacción. Algo similar ocurre con la información: no siempre la lógica del intercambio implica la transferencia de información simplemente porque hay un legítimo interés en el receptor. Tiene que demostrarse que el valor ganado por el receptor es mayor que cualquier pérdida de la otra parte. En el caso de las remuneraciones de altos funcionarios, hemos escuchado del Sr. Slane que, por una gran variedad de razones (muchas de las cuales los trabajadores encuentran difíciles de articular), la aversión de tener información personal revelada es sustancial. A la mayoría de accionistas no les interesa esta información. Encuentran otros caminos para hacer a los directores responsables, tales como examinar el nivel de rentabilidad. Una de las razones por las cuales los accionistas se oponen a la divulgación de esta información es que necesariamente esta también llega a terceros que pueden utilizarla de manera que cause detrimento a sus intereses. Por ello, el público no desea la divulgación de información militar clave aún cuando tienen legítimo interés en conocer su contenido.

En realidad, si permitimos el *insider trading*, se impediría a los directores la divulgación a los accionistas y potenciales accionistas de lo que ellos consideran valioso dentro de la sociedad, sin efectuar divulgaciones que podrían exhibir la información menos valiosa. En 1968, en los Estados Unidos, se presentó un caso famoso que involucraba al Texas Gulf Sulphur. Una compañía descubrió yacimientos de minerales muy valiosos al norte de Canadá. A pesar que conocía la ubicación y habría tenido opciones para explotar el recurso, aún no eran titulares de los derechos mineros. La compañía se encontraba en un dilema. Si sus funcionarios querían negociar, estarían obligados a divulgar la información. Tendrían que decir: “La razón por la que compramos acciones es que sabemos que hay algunos yacimientos de minerales valiosos en algún lugar al norte de Canadá y la compañía está interesada en adquirir derechos sobre ellos”. En ese caso, muchas otras partes habrían acudido al mercado con la intención de adquirir esos derechos. La divulgación hubiera dado como resultado una gran pérdida para la compañía.

No es el comercio lo que queremos desincentivar, sino el oportunismo corporativo (la práctica de usar información recibida en el curso de las operaciones de una compañía para obtener una ganancia privada). Si este es nuestro punto, podríamos permitir a los funcionarios negociar las acciones de la compañía. La compra de acciones sería una señal de algunas buenas noticias desconocidas para esta compañía, sin que sea

necesaria la divulgación de la naturaleza de esa información de tal forma que resulte desventajosa para la compañía. El mismo principio opera a la inversa, por ejemplo cuando una compañía se enfrenta a potenciales responsabilidades. Cuando he sido contratado por compañías que enfrentan severas demandas de responsabilidad, algunas veces me han dicho que no mencione el hecho de haber sido contratado. Ellos me dicen: "Es simple. La gente sabe que eres un experto en demandas de responsabilidad. Si ven que te hemos contratado, ésta será una señal de que estamos tomando este caso seriamente. Esto podría ocasionar que algunos accionistas empiecen a preocuparse y a transferir sus acciones. No queremos divulgar la información, aún cuando estos accionistas puedan considerarla esencial. Por el contrario, es tan importante para nuestros accionistas que esta información no sea divulgada, que le prohibimos hablar sobre ello si quiere trabajar para nosotros". Este razonamiento es perfectamente apropiado, y ellos tienen derecho a esperar que yo no vaya y venda las acciones de la compañía sobre la base de mi conocimiento confidencial sobre su proceso.

Para ponerlo de otra manera, en sentido abstracto no hay un interés público involucrado. El problema es entre accionistas. No es cuestión de decirles lo que es bueno para ellos, sino de dejarles decidir por ellos mismos. Los procedimientos no necesitan ser onerosos. Si una compañía desea permitir el *insider trading* en sus acciones, no necesita esconder la información como una nota a pie de su estatuto. Puede simplemente registrar la transferencia. Una simple marca "x" puede designar las compañías en las que sus acciones pueden ser transferidas por *insiders*, mientras que una "y" -o simplemente la ausencia de una "x"- puede hacer referencia a compañías que no permitan dichas transferencias. Donde las empresas quieren comprometerse en esta actividad, y están obligadas a notificar a las autoridades antes de permitírseles llevarla a cabo, sería muy fácil para ellos mostrar su *status* al mercado.

¿Qué ocurre con la divulgación? Esta cuestión es fuente de enormes dificultades. Al menos en el contexto norteamericano, nadie sabe lo que la palabra "materialidad" significa respecto de cualquier transacción. Mucho se ha escrito sobre si una pieza de información sería esencial para un inversionista de ordinaria prudencia y experiencia. Las compañías gastan miles y miles de dólares tratando de entender las reglas de divulgación, aún cuando la información no será relevante para las transacciones en las que están inmediatamente involucrados. Las compañías

no sólo tienen que preocuparse por el *insider trading* -cuyos daños han sido exagerados- sino que tienen que preocuparse también por la falsedad y no divulgación respecto de nuevas cuestiones y otras transacciones corporativas, en formas que constituyen reales impedimentos para los negocios. Este es el peculiar genio americano -tomar una idea simple y hacerla increíblemente compleja, conseguimos reglas grotescas y un mundo inútil- que parodia el título de mi propio libro.

Preferiría un mundo en el que una compañía pudiera decir: "Vamos a divulgar alguna información. Sin embargo, no vamos a divulgarle información que sabemos encontrarás esencial, pero que de buena fe suponemos que ocasionará un detrimento para nuestros intereses si le fuera permitida a terceros". Las personas pueden decidir por sí mismas si quieren negociar acciones en ese tipo de compañía. Si un individuo se preocupa por el *insider trading* puede seguir una estrategia muy simple: comprar y mantener. Siempre que el precio de las acciones de la compañía suba, adquiere un "free ride". Si está preocupado por el *insider trading* que puede perjudicar sus intereses, hay algunas respuestas sofisticadas. Con el desarrollo de los derivados y otros mecanismos, los *outsiders* tienen más habilidad para trabajar estos problemas de información.

En este punto, utilizaré la analogía ofrecida por Mr. Abernethy. Veo una diferencia sustancial entre estas situaciones privadas y las obligaciones de los funcionarios públicos. Estos funcionarios trabajan para todos nosotros; nosotros somos, efectivamente, sus accionistas. Nosotros sabemos que si la información relevante no es divulgada, nos quedaremos con algunos cuestionamientos sobre lo que está sucediendo. Pero en el caso de la empresa no hay razón alguna para tratar a toda la población de Nueva Zelanda o de los Estados Unidos como accionistas cuando la mayoría no tiene interés directo en la empresa. La cuestión deberá ser decidida por una democracia entre accionistas. Y los accionistas bien podrían decidir que la analogía gubernamental no es apropiada, aunque sea sólo porque pueden vender sus acciones si no les gusta el manejo de la empresa, mientras que es más difícil adoptar la misma acción en el caso de un gobierno que desapruueba.

## PREGUNTAS DEL PÚBLICO

*Me pregunto si no estará adoptando una visión estrecha de la relación entre los accionistas y la empresa. ¿No hay consideraciones éticas que deben ser anali-*

*zadas cuando permitimos a los funcionarios de una compañía transferir las acciones de la propia compañía? En el mercado, aquéllos que de alguna manera están implicados en el insider trading son muy fuertes en sus protestas de inocencia debido a la dimensión ética.*

Al menos en los Estados Unidos, el *insider trading* es tomado muy en serio. Cualquier ejecutivo que sea acusado de *insider trading* estará enfrentando una denuncia penal. Si yo estuviera en esa posición, también utilizaría el argumento ético para intentar defenderme de los cargos que se imputan. Muchos denunciados dirían: “Creo que es totalmente contrario a la ética incurrir en este tipo de conducta. Por eso usted sabe que yo nunca haría algo así. Mejor no me meta a la cárcel, ni me multe por 100 millones de dólares”. Exactamente cómo se desarrollará la ética en un mundo sin la actual restricción legal es una cuestión mucho más complicada. Las personas no tendrían la ventaja estratégica de apelar al argumento ético como una vía para incumplir sus obligaciones.

Mi propio instinto me conduce a no ser un fanático del *insider trading* como una forma de retribución. Si fuera mi empresa, sería muy cauto, por las siguientes razones. Generalmente, queremos que la compensación sea proporcional con el valor de lo que el trabajador aporta con su trabajo. Si un empleado importante, bien remunerado, y neutral al riesgo, posee información sobre qué tan duro están trabajando los demás empleados de la empresa, podrá negociar con esa información y obtener una ganancia. Sus ganancias finales no guardarán relación con el valor de su trabajo. Muchas empresas probablemente establecerán la otra regla y prohibirán el *insider trading*. Podemos juzgarla como una decisión ética si queremos, porque efectivamente estamos diciendo que la información del interior de la empresa tiene algunas características perjudiciales, en el sentido que el valor de la información poseída por los *insiders* no guarda relación con el valor que aportan a la firma. En estos casos, serán más apropiadas otras formas de retribución a la medida de lo que contribuyen las personas. La mayoría de las empresas probablemente no adoptará la opción del *insider trading*. Lo que será distinto son los tipos de sanciones impuestas por la violación de una regla de la compañía en comparación con la de una norma de carácter general.

Generar confianza en el mercado es una prioridad mucho mayor para las empresas que para el intercambio en su conjunto. El CEO americano parece gastar

una gran cantidad de tiempo trabajando con analistas, bajo el supuesto que una palabra equivocada va a afectar el valor de los valores en el mercado, y probablemente su propio trabajo. Los incentivos privados son tan fuertes que no necesitamos preocuparnos por los intercambios.

Cuando escucho a alguien hablar sobre ética sin tomar en cuenta a los particulares, presumo que esta persona cree que hay algo incompleto en el análisis y yo quiero saber qué debería ser agregado. Los temas que acabo de tocar agregan dos factores. Uno es el reconocimiento de cómo las personas ajustan sus argumentos para responder a la inevitable prohibición legal. El otro es el argumento económico de que el derecho de negociar con información interna puede ser una forma ineficiente de retribución, a pesar del intento de Henry Manne de convencernos de su eficiencia. Desde luego, en algunas empresas sería una política ineficiente, pero sería incluso más beneficiosa que la siguiente mejor alternativa. Es claro que existe una solución uniforme. Tratar de imponer la uniformidad trae consigo el problema de un solo tipo de solución que siempre imponen las regulaciones. Resulta claro de la literatura económica moderna que las cuestiones referidas a la distribución de valores en una empresa –si hay un libro de control, si las instituciones o individuos van a percibir una retribución por sus acciones, si hay una transacción que está por iniciarse– pueden crear una gran diferencia en la estructuración de una regla específica óptima. Estos factores tienden a ser olvidados cuando utilizamos las normas para crear reglas inflexibles para la negociación de acciones a través de ofertas públicas. La gran variedad de circunstancias en que se desarrollan los negocios y la uniformidad de la regulación, crean juntas un problema endémico para toda el área de la regulación de los negocios. No está confinado a las reglas sobre el *insider trading*.

*Usted se refirió a la posibilidad de que la divulgación de donaciones políticas traiga consigo que el que aquéllos que apoyaron a los perdedores sean víctimas de represalias. ¿No está implícito en lo que ha dicho que ha valorado el daño potencial de vengarse de aquellos que apoyaron al candidato perdedor como más importante que el daño potencial de los favores otorgados a aquéllos que secretamente apoyaron al candidato vencedor? ¿Puede afirmarse esto?*

Lo que he dicho es que no estoy seguro de cuál deba ser la respuesta a esa pregunta. Pero he dicho que, para justificar la regulación, necesitamos probar no sólo que la desigualdad se produce en el sentido que

tú señalas, sino también que el problema es lo suficientemente importante para justificar los costos administrativos necesarios para resolverlo. Déjenme darles otro ejemplo en el que hemos ido en dirección opuesta al caso de la divulgación. John Stuart Mill estaba a favor del voto público. Él pensaba que cualquiera que quisiera participar en una elección debería ser requerido a anunciarle al mundo: “Yo estoy por White”. Hoy en día el voto secreto es considerado como parte esencial del proceso democrático, y por una razón: miedo. El miedo de la venganza es un factor muy importante. Hace algunos años en Chicago, por ejemplo, se realizó una encuesta a boca de urna para ver si el alcalde Daley, candidato favorito, podría ganar. Uno de nuestros periodistas locales predijo confiadamente sobre la base de las encuestas que Daley iba a triunfar en las elecciones. Sin embargo, las cosas cambiaron y este candidato perdió. Mike Ryoto –que es un experimentado periodista de Chicago- fue entrevistado acerca de lo ocurrido y dijo algo como: “No le crean a las encuestas. Había un miembro del partido del alcalde parado a ocho metros de distancia del lugar en que se efectuaba la encuesta. Todos sabían eso y mintieron sonriéndose a sí mismos cuando lo hacían, porque temían una venganza si es que esta persona se enteraba que habían votado por el candidato opositor”. Por eso el miedo es un aspecto a tomar en cuenta.

Otro ejemplo es la crisis de conciencia en la Universidad de Chicago sobre la decisión de invertir fondos en Sudáfrica. Esto tenía que ser resuelto mediante el voto de todos los miembros de la facultad en una reunión de profesores. Todos los miembros que protestaban contra esta medida –sin excepción- demandaron una votación secreta. Ninguno de ellos quería ser visto votando en contra de la administración de la universidad –aún cuando dudaban de la posibilidad de una venganza. Una vez que nos percatamos que las represalias son un factor real en el caso de las votaciones, no me parece que haya un trato superficial respecto de las contribuciones du-

rante las campañas. La cuestión no es decisiva, pero es muy importante.

Hay otro elemento a considerar (algo que siempre me llama la atención cuando considero la información y el proceso político). Los daños de las represalias son directamente proporcionales con la cantidad de bienestar que puede ser afectado, de una forma u otra, por la acción del gobierno. Uno de los argumentos más poderosos en favor de un gobierno limitado es que mientras más pequeño el gobierno menor la venganza, porque habrán menos *levers* bajo su control. Cuando consulto con los mayores negocios norteamericanos siempre me asombra lo temerosos que son. Yo les digo: “¿Por qué simplemente no dices la verdad acerca de esta regulación?” Sus respuestas frecuentemente son así: No teníamos sólo una droga antes de la vigencia de la *Food and Drug Administration*. Teníamos cientos. Si hablamos en un caso, tendremos que pagar el precio de otras regulaciones. Por eso mejor guardamos silencio”. En términos de la práctica del día a día, una amplia discreción en la asignación de licencias y privilegios pueden hacer de la venganza la orden del día. Yo he conocido grandes empresas que han tenido temor de demandar al gobierno por miedo de que su negocio se venga abajo por una aplicación literal de las normas de inspección rutinaria de actividades no relacionadas directamente con la controversia. Y en el ámbito privado, las historias están plagadas de venganzas. No podemos escapar a este problema de la venganza en ningún campo, ni el público ni el privado. Pero podemos intentar limitar su espacio. De hecho, una buena razón para disminuir el tamaño del gobierno es para reducir el espacio de potencial venganza con la finalidad de abrir el discurso público y su oposición. Mientras más grande el gobierno y más sean las actividades que abarque, más difícil resultará evaluar el riesgo de acercarse al público críticamente. Soy genuinamente ambivalente sobre la respuesta para la pregunta sobre las donaciones políticas, porque el problema no tiene una solución de un solo lado.

# COLOQUIO DE ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO: ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO COMO UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA PRINCIPAL-AGENTE\*

Eric Posner\*\*

***Basado en su preocupación por el mal desempeño de las agencias del gobierno norteamericano, Eric Posner enmarca la problemática de fiscalización de las agencias en un problema de principal-agente.***

***Haciendo uso del análisis económico, parte del presupuesto que los gobernantes y, en general, los funcionarios públicos se encuentran ante la disyuntiva de maximizar el bienestar social o la posibilidad de ser reelegidos.***

***El autor, conciente del problema de azar moral en el que incurren los gobiernos, se centra en el uso del análisis costo-beneficio con la finalidad de resolver lo que la historia se empeña en demostrar que es un problema de difícil solución.***

El trabajo del juez Williams aborda un tema sobre el análisis costo-beneficio que es usualmente dejado de lado por la literatura<sup>1</sup>. Este tema es el rol institucional del análisis costo-beneficio en el gobierno americano. Williams arguye que la preocupación del juez Breyer sobre el mal comportamiento<sup>2</sup> de agencia, demanda más que una gran coordinación y experiencia en altos niveles de gobierno; su preocupación demanda una restricción al comportamiento de agencia. Esa restricción es, o debería ser, un análisis costo-beneficio<sup>3</sup>.

El argumento de Williams adopta la forma de una defensa filosófica del análisis costo-beneficio, o una versión adecuadamente modificada del análisis costo-beneficio, como una manera razonable de evaluar proyectos. Analizaré este tema desde un ángulo distinto: preguntando cómo el Presidente (o el Congreso, coaliciones legislativas o el público) debe organizar y monitorear instituciones (agencias) a fin de que pueda depender de estas instituciones para implementar sus metas, cualquiera que éstas sean<sup>4</sup>. Muchos lectores reconocerán que he enmarcado la pregunta como un problema de principal-agente. En efecto, adoptaré la perspectiva clásica del principal-agente<sup>5</sup>.

\* Traducido por Enrique Pasquel Rodríguez y Mirella Miranda Nique, bajo la supervisión del Doctor Juan Luis Hernández Gazzo. Agradecemos al doctor José Juan Haro por facilitarnos el acceso al presente artículo.

Publicado en LEXSEE 53 Ad. L.Rev. 299 bajo el título "Cost-benefit Analysis Colloquy: Cost-Benefit Analysis as a Solution to a Principal-Agent Problem".

\*\* Profesor de Derecho de la Universidad de Chicago. Las ideas de este artículo han sido desarrolladas en POSNER, Eric. "Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis (2001)."

<sup>1</sup> WILLIAMS, Stephen. "Squaring the Vicious Circle", 53 ADMIN.L.REV.257 (2000).

<sup>2</sup> BREYER, Stephen. "Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation" 10-29, 1993 (discutiendo las fallas de las agencias al utilizar el análisis costo beneficio).

<sup>3</sup> Un rol alternativo del análisis costo-beneficio es como un dispositivo generador de información: las agencias deben crear análisis costo-beneficio pero no tienen que obedecerlos. El análisis costo-beneficio opera como un requerimiento que facilita el control político y judicial sobre la conducta del agente en lugar de como un constreñimiento interno y directo. El juez Williams parece adoptar el último rol, uno mucho más fuerte que implica que todos los estatutos reguladores deberían reflejar principios del costo-beneficio. Este punto de vista no se refleja en muchos estatutos existentes, pero no persigo la creación de una discusión sobre el tema.

<sup>4</sup> Ver ADLER, Mathew y Eric POSNER. "Introduction to the Conference on Cost-Benefit Analysis", 29 J. LEGAL STUD. 837 (2000). Ver también KORNHAUSER, Lewis. "Justifying Cost-Benefit Analysis", 29 J. LEGAL STUD. 1037, 1053-54 (2000).

<sup>5</sup> El modelo principal-agente ha sido fructíferamente aplicado al control procesal de las acciones de agencia, ver, e.g. McCUBBINS, Mathew et. al., "Administrative Procedures as Instruments of Political Control", 3 J. LAW, ECON., & ORG. 243 (1987). El único documento que aplica el análisis costo-beneficio es el de SPILLER, Pablo y Emerson TILLER. "Decision Costs and Strategic Design of Administrative Process and Judicial Review, 26 J. LEGAL STUD. 347, 361-62 (1997). Los autores concluyen que el Congreso de 1995, controlado por los republicanos, demandaban a agencias para requerirlas a comprometerse en un análisis costo-beneficio simplemente para incrementar los costos en la toma de sus decisiones, lo que hubiera originado menos proyectos diseñados para cambiar el *status quo*, y para disminuir los costos de decisión de las cortes judiciales, lo que les hubiera permitido de cambiar más decisiones de agencia. Los autores no explican por qué el Congreso no controló a las agencias directamente, reduciendo sus presupuestos o limitando su autoridad, en lugar de emitir más normas.

En el modelo principal-agente, el principal se beneficia de alguna conducta realizada por el agente, la cual no es directamente observada por el principal. Desde la perspectiva del principal, la probabilidad de un buen resultado, en lugar de uno malo, se incrementa con el nivel de cuidado adoptado por el agente. Sin embargo, el agente incurre en costos al adoptar medidas de cuidado. Si el principal le paga al agente un monto determinado por realizar la conducta, el agente cobrará el precio y tomará poco cuidado. Si se produce un resultado negativo, el agente culpará a la suerte y el principal no tendrá otro recurso. A fin de superar este problema de riesgo moral, el principal podrá invertir en tecnología de monitoreo que le permita observar el comportamiento del agente o algún elemento de él; entonces, puede hacer del pago al agente una función de su comportamiento. Alternativamente, el principal podrá hacer del pago al agente una función del propio beneficio del principal cuando el resultado sea óptimo. Esta opción alinea los incentivos del principal y del agente, aunque esta estrategia se dificulte si se encuentra involucrado mucho riesgo —es decir, ante la adopción de cuidados, la probabilidad de un buen resultado se incrementa sólo ligeramente— y el agente tiene aversión al riesgo<sup>6</sup>.

En mi simple enfoque al problema de mal desempeño de las agencias del gobierno norteamericano, inicialmente asumí que el Presidente es el principal y que una agencia individual es el agente. Más adelante asumo que el Presidente o bien (1) maximiza el “bienestar social”, término que será explicado más adelante; o (2) maximiza sus propias posibilidades de reelección. Para estar seguros, la maximización de la probabilidad de reelección puede implicar la maximización del bienestar social, pero también puede implicar la realización de transferencias a los partidarios del presidente o la vindicación de ideales morales del público que no procuran bienestar.

La agencia probablemente maximice cualquier número de cosas. La primera posibilidad es lo que llamaré “*mission relevant welfare*”; un término que procura capturar la preocupación de Breyer sobre la visión “túnel” de agencia. La EPA, claramente preocupada por maximizar el bienestar en un sentido global, no trata de prohibir las drogas peligrosas cuando la FDA falla en el intento, ni prohibir peligrosas prácticas de empleo cuando la OSHA también falla. Esto debe ser cierto incluso cuando los peligros irrelevantes son considerados más urgentes y serios que los problemas

ambientales en la agenda. El problema de la visión “túnel” resulta de la división del trabajo entre agencias. A menos que el Presidente y el Congreso asignen adecuadamente recursos presupuestarios para cada agencia, las agencias sobrefinanciadas gastarán su último dólar en regulaciones que tienen menor valor social que en regulaciones marginales que las agencias sub-financiadas no pueden proporcionar.

La segunda posibilidad es que la agencia maximice los intereses personales o políticos de sus dirigentes. Los funcionarios de agencia probablemente esperen conseguir cargos lucrativos de consultoría en la industria, una vez que dejen la agencia, pero sólo lo conseguirán si actúan de acuerdo con los intereses de la industria. Las agencias probablemente también confíen en la información que la industria les brinde. Alternativamente, una agencia atraerá gente con inclinaciones ideológicas especiales, cuyas metas puedan comprender las máximas de la agencia.

El modelo principal-agente es relevante si la conducta del agente es parcial o completamente inobservable; éste es seguramente el caso de las agencias administrativas. A menos que la Casa Blanca duplique los estudios y discusiones realizadas por la EPA, no puede saber si un proyecto promueve los intereses del Presidente.

Hay algunas formas en las que el Presidente puede reducir el riesgo moral. Una posibilidad es colocar en las agencias únicamente funcionarios leales. Estos funcionarios, conocidos como “designados políticos” pueden reportar al Presidente el comportamiento de la agencia. Sin embargo, el problema de agencia también se aplica a los designados políticos, a pesar de que el problema de agencia con burócratas de carrera, quienes están menos preocupados por el desarrollo político, es claramente más severo. Otra posibilidad es usar restricciones de dominio: proyectos de jurisdicción de agencia en los que el riesgo moral parece inevitable. El cierre de bases militares es un ejemplo de esta estrategia. El problema de cierre de bases militares fue despojado de las manos del Departamento de Defensa y puesto en las manos de una comisión encargada de realizar negocios políticamente sensibles. Desafortunadamente, esta táctica no resuelve el problema principal-agente, sino que traslada el problema de un lugar a otro.

En este artículo, me enfocaré en el uso de un análisis costo-beneficio como un instrumento para reducir el

<sup>6</sup> Ver POSNER, Eric. “Agency Models in Legal Scholarship” en Chicago Lectures in Law and Economics 225 (Eric A. Posner ed., 2000). (Discutiendo el modelo principal-agente).

riesgo moral. El Presidente puede recompensar y castigar a agencias y funcionarios de distintas maneras: puede despedir funcionarios, promoverlos, prometerles mejores cargos en el futuro, incrementar o reducir el presupuesto de la agencia, darles más o menos autoridad sobre su dominio regulatorio, etc. Pero el Presidente puede implementar estas recompensas y castigos sólo si puede evaluar los proyectos de la agencia. Una manera de evaluar los proyectos es requerir a la agencia que describa el proyecto de tal manera que facilite la evaluación, y esto significa utilizar información que pueda ser verificada; en otras palabras, cantidad de información en lugar de calidad; así como utilizar un procedimiento de decisión que pueda ser revisado, lo que implica un procedimiento simple como el análisis costo-beneficio.

La ventaja del análisis costo-beneficio, comparado con un procedimiento de orden más cualitativo, tal como la determinación de si un proyecto maximiza el *"mission relevant welfare"* (por ejemplo, seguridad laboral o calidad ambiental), es que el análisis costo-beneficio le permite al Presidente verificar la base de la decisión. Aquí adquieren importancia dos elementos. Primero, el análisis costo-beneficio requiere información que usualmente puede ser confirmada con fuentes objetivas y públicas, o al menos evaluada sobre la base de la calidad de la fuente. Segundo, el análisis costo-beneficio compromete una simple regla de decisión que puede ser reproducida por un trabajador entrenado en la oficina del Presidente. Si el análisis costo-beneficio de la agencia está basado en información poco confiable o utiliza cálculos imprecisos, entonces, el Presidente tiene la información necesaria para disciplinar a la agencia, así como para rechazar el proyecto.

Hay algunas desventajas asociadas con el análisis costo-beneficio, muchas de las cuales han sido identificadas por el juez Williams y otros; así que seré breve.

El principal problema es que los procedimientos de decisiones o normas, tales como el análisis costo-beneficio son siempre sobre e infra comprensivos<sup>7</sup>.

Si el Presidente quiere maximizar el bienestar social, el análisis costo-beneficio sufre de algunas deficiencias bastante conocidas, aun cuando la extensión de estas deficiencias dependa de qué se entienda por "bienestar social". Si "bienestar social" significa (inverosímilmente) el estándar Kaldor-Hicks<sup>8</sup>, el análisis costo-beneficio normalmente, pero no siempre, nos llevará a resultados exactos. Si "bienestar social" significa utilidad agregada, donde la utilidad marginal se asume que se reduce con la riqueza, entonces el análisis costo-beneficio producirá resultados erróneos, toda vez que las dotaciones de ganadores y perdedores del proyecto difieran sustancialmente. Si el bienestar social tiene un componente objetivo o idealizado, así como para que puedan informarse mal las personas sobre sus propias preferencias o como para que sus preferencias no deban contar (las preferencias sádicas, por ejemplo), entonces el análisis del costo-beneficio producirá resultados erróneos cuando estas preferencias distorsionadas tengan influencia sustancial. Si el Presidente no quiere maximizar el bienestar social cuando los proyectos de maximización de bienestar violan constreñimientos deontológicos u otros ideales morales que no buscan bienestar social, entonces, de nuevo el análisis del costo-beneficio producirá un resultado erróneo.

Los críticos de análisis costo-beneficio argumentan que este análisis está predispuesto en contra de proyectos que refuerzan la calidad del ambiente y otros bienes cuyo valor es difícil de estimar<sup>9</sup>. La razón es que la información no está fácilmente disponible porque, a diferencia de la madera o del petróleo, estos bienes no se comercializan en el mercado. Usted puede fácilmente determinar en cuánto un proyecto ambiental incrementará el costo de la madera, pero es difícil determinar cuánto es el beneficio que dicho proyecto genera, y normalmente esta determinación involucra la extrapolación de bienes disímiles, tales como la recreación. La respuesta apropiada es invertir en más datos, pero si constatáramos que esto es imposible o demasiado costoso, tendremos un problema de "multitarea" clásico<sup>10</sup>. Si a la agencia se le premia por usar el análisis del costo-beneficio correctamente, pero el análisis de costo-beneficio no toma

<sup>7</sup> Ver ADLER, Mathew y Eric POSNER. "Rethinking Cost-Benefit Analysis", 109 YALE L.J. 165 (1999).

<sup>8</sup> Ver id. at. 190 (afirmando que "un proyecto es deseable si hace de los ganadores mejor en un monto suficiente como para sobrecompensar a los perdedores, si los perdedores pudieran ser compensados a través de una transferencia menos onerosa").

<sup>9</sup> Ver ADLER, Mathew y Eric POSNER. "Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences are Distorted", 29 J. LEGAL STUD. 1105, 1046-47 (2000) (discutiendo la opinión de Elizabeth Anderson que afirma que el análisis costo-beneficio *commodities* inapropiadamente riesgo a bienestar, seguridad y medio ambiente, que busca regular y controlar haciendo un *ranking* de alternativas en términos de dinero, utilizando medidas de mercado sobre el valor de riesgos en salud, seguridad y medio ambiente y asumiendo las preferencias que gobiernan).

<sup>10</sup> Ver HOLMSTROM, Bengt y Paul MILGROM. "Multitask Principal-Agent Analysis: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design". 7 J. LAW, ECON., & ORG. 24 (1991) (discutiendo el problema de tareas multidimensionales siendo asignadas al agente en el modelo principal-agente).



en cuenta beneficios importantes pero no cuantificables, entonces produce resultados erróneos. El problema es similar al de las escuelas de Derecho y universidades que se reorganizan para generar resultados que son medidos por el "U.S. News Survey" en lugar de generar una buena educación<sup>11</sup>.

Como el juez Williams nota, uno puede ajustar el análisis costo-beneficio para reducir errores, y eso está bien siempre que uno entienda que cada ajuste reduce el valor de análisis del costo-beneficio como un procedimiento de decisión que le permite al Presidente supervisar y disciplinar las agencias<sup>12</sup>. Para usar el ejemplo de Williams<sup>13</sup>, si las variaciones compensadas se ajustan para reflejar la diferencia en riqueza, este ajuste otorga a la agencia un grado extra de libertad que puede ser mal empleado. Alternativamente, si se le permite a la agencia poner un dedo en la balanza para determinar los beneficios no cuantificables, entonces la agencia puede aprovecharse de esta discreción también y seguir su propio interés. Interesantemente, si nosotros pensamos -como en el caso del EPA- que la propia predisposición de la agencia consiste en asignar valor a los beneficios no cuantificables, entonces no debemos preocuparnos por dar discreción a la agencia para llevar a cabo ciertos proyectos que no pasan la prueba del costo-beneficio. Si nosotros pensamos, sin embargo que el Departamento del Interior se captura minando intereses, ciertamente entonces, la agencia empleará mal la discreción. De esta manera, el juicio de uno mismo sobre el análisis costo-beneficio se encuentra estrechamente conectado a los juicios que uno mismo tiene sobre la cultura interior de una agencia, las metas de quienes son sus dirigentes, y otros factores que entran a determinar el interés «privado» de la agencia. Podría tener sentido para el Presidente aplicar la prueba del costo-beneficio más rigurosamente a algunas acciones de la agencia en lugar de otras, dependiendo del grado en que los incentivos de los dirigentes de la agencia se encuentran alineados con los suyos<sup>14</sup>.

Dejando ello a un lado, observe que el análisis costo-beneficio será un instrumento menos efectivo para desincentivar el riesgo moral si la meta del Presidente

no es maximizar el bienestar sino aumentar sus posibilidades de reelección. La menor efectividad del instrumento depende del modelo del proceso político. Si usted cree que grupos de interés que buscan beneficios económicos hacen *lobby* para proyectos que transfieran recursos desde el público hacia los grupos de interés, y si el Presidente se preocupa sólo por asegurarse que los recursos vayan a los grupos de interés que lo apoyan, entonces el análisis costo-beneficio tendrá pocos atractivos para él. El análisis costo-beneficio rechazará todos los proyectos, en vez de sólo los proyectos que transfieren recursos lejos de los grupos de interés que el Presidente prefiere.

Alternativamente, si usted cree que los grupos de interés con la voluntad de pagar más obtienen proyectos que transfieren recursos hacia ellos, entonces el análisis costo-beneficio generalmente ratificará todos los proyectos, dependiendo del grado de ignorancia pública acerca del proceso político<sup>15</sup>. Si el público no es muy ignorante, entonces un ambiente político competitivo llevará a una eficiente implementación de proyectos. Aquí nuevamente el Presidente estará descontento con el análisis costo-beneficio, pero esta vez el descontento resulta porque ningún proyecto es rechazado, en oposición a sólo aquellos proyectos que transfieren recursos lejos de los grupos de interés que el Presidente prefiere. En suma, el Presidente no necesita el análisis costo-beneficio, más bien necesita un aparato que le alerte cuando una agencia trata de aprobar un proyecto que dañará un poderoso grupo de interés que lo respalda. En efecto, el teórico práctico de la elección pública conjeturará que el Presidente tenderá a hacer cumplir requerimientos de costo-beneficio a las agencias que generalmente no transfieren recursos a sus integrantes, y adoptará una actitud relajada para con las agencias que lo hacen.

Hay un interesante problema final con el análisis costo-beneficio. Suponga que el Presidente rechaza proyectos que no superan el análisis costo-beneficio pero no sabe sobre potenciales proyectos, nunca propuestos, que superarían el análisis costo beneficio. Esta asimetría puede producir agencias que son insuficientemente agresivas, prefiriendo actuar poco antes que ser muy disciplinadas. La solución es o (1) limitar

<sup>11</sup> El problema es incluso más serio si el desarrollo ambiental es un ideal moral en lugar de simplemente un bien difícil de valorizar en dinero. Ver Adler y Posner, *supra* 7, en 209-13.

<sup>12</sup> Ver Adler y Posner, *supra* 9, en 1141 (afirmando que la ventaja política del análisis costo-beneficio es que fuerza a las agencias a ser claras sobre la base de sus decisiones, lo que facilita el monitoreo de otros actores).

<sup>13</sup> Ver Williams, *supra* 1, en 263.

<sup>14</sup> Ver, e.g., FARREL, Joseph y Mathew RABIN. "Cheap Talk", 10 J. ECON. PERSPECTIVES 103, 105, 116 (1996).

<sup>15</sup> Confrontar Gary Becker, "Comment on the Conference on the Cost-Benefit Analysis", 29J. LEGAL STUD. 1149, 1152 (2000) (afirmando que "aún cuando las decisiones políticas resultan de la competencia entre grupos de interés... los verdaderos beneficios y costos de diferentes programas algunas veces determinan qué políticas reúnen suficiente apoyo político").

el castigo para las agencias que patrocinan proyectos deficientes, o (2) ¡permitir que pasen algunos malos proyectos identificados! La razón para estas soluciones es que si la agencia o sus oficiales son aversos al riesgo, los castigos no pueden ser muy severos o muy consistentemente aplicados. Si los malos proyectos producen buenos resultados –desde la perspectiva de la agencia– entonces permitirles ir adelante es una manera de compensar a la agencia por intentar producir generalmente buenos proyectos.

Hasta ahora he usado el modelo del proceso político más simple posible. Permítanme ahora considerar brevemente algunas variaciones de tal modelo. Suponga que el Congreso, en vez del Presidente, es el principal. (O, probablemente, una particular, coalición política es el principal, aunque esta posibilidad deja abierta la opción de que el principal cambie en la medida que la coalición cambia). El análisis es básicamente el mismo, el giro es que el Presidente debe interponerse él mismo entre el principal y el agente. El Congreso puede desear que las agencias realicen el análisis costo-beneficio para efectos de facilitar la fiscalización por parte suya; pero el Congreso puede querer que las agencias no realicen análisis costo-beneficio para efectos de ocultar los costos de la legislación del público o de los grupos de interés. Una ventaja del análisis-costo beneficio en este contexto es que limita la discrecionalidad del Presidente, así como, y dado que, limita la discrecionalidad de las agencias. Pero a esta ventaja le puede quitar peso la interferencia con las transferencias que el Congreso desea realizar a través de acciones de agencias que no superan el análisis costo-beneficio, y dicha interferencia puede ser bastante extensa si se cree en el modelo de buscar ganancias.

El análisis costo-beneficio simplifica significativamente el proceso de revisión judicial. La indeseable jurisprudencia de los “niveles de escrutinio” puede ser echada a un lado y reemplazada con la simple orden de que las cortes aseguren que (1) la información provenga de una fuente confiable; (2) las suposiciones sobre tasas de descuentos, valorizaciones de vida, y similares son consistentes a través de regulaciones y dentro de un rango razonable basado en estimaciones de mercado; y (3) la agregación se realiza correctamente. Cualquier abogado al tanto de los problemas de la revisión judicial se percatará que el análisis costo-beneficio, como cualquier regla, hace a la revi-

sión judicial más predecible que la revisión de la aplicación de un estándar. Claramente, una regla deficiente no es aún mejor que un buen estándar, pero este examen destaca la importancia del procedimiento y el peligro de negar aquél.

Otro candidato para el rol de principal es el público. En este modelo, el Congreso, el Presidente, y las agencias son todos “agentes” en el modelo principal-agente. De igual forma, el análisis costo beneficio debería ser atractivo al público porque clarifica las bases de la manera en que toman decisiones las agencias, y consecuentemente simplifica la evaluación de políticos que apuntan a las cabezas de las agencias. Lo que es más interesante y desconcertante es que el público, hasta el punto que tiene alguna creencia en la materia, parece altamente desconfiado del análisis costo-beneficio<sup>16</sup>. Una razón para este escepticismo puede ser simplemente que el público no comparte las suposiciones de bienestar de análisis costo-beneficio; otra posibilidad es que el rechazo del análisis costo-beneficio es en gran parte estratégica<sup>17</sup>.

Un punto final, brevemente mencionado anteriormente, es que el análisis costo-beneficio opera de manera diferente cuando se aplica a distintas agencias. Suponga que el EPA y el Departamento del Interior suelen aprobar proyectos que fallarán en el análisis costo beneficio, pero que los “gustos” del EPA son parcializados en favor de los objetivos de grupos ambientalistas, mientras que los “gustos” del Departamento del Interior son parcializados en favor de ganaderos del oeste. Claramente, el análisis costo-beneficio, igualmente aplicado a ambas agencias, va a tender a perjudicar a los ambientalistas en el primer caso y a los ganaderos en el segundo. Un Presidente republicano puede no preocuparse sobre los ambientalistas pero importarle mucho los ganaderos; un Presidente demócrata puede tener la visión opuesta. De tal manera, uno puede observar por qué distintos presidentes podrían favorecer o no el análisis costo-beneficio. Si los ganaderos son severamente perjudicados por las regulaciones de EPA, pero no son significativamente afectados por las regulaciones del Departamento del Interior, entonces el análisis costo-beneficio será atractivo para un Presidente (o Congreso) republicano pero no para uno demócrata. Si los grupos ambientalistas no se benefician de las regulaciones del EPA, y son perjudicados por las regulaciones del Departamento del Interior entonces el análisis

<sup>16</sup> Ver W. Kip Viscusi, “Corporate Risk Analysis: A Reckless Act?”, 52 STAN. L. REV. 547, 586-90 (2000) (encontrando un incremento en daños punitivos cuando las corporaciones utilizan el análisis costo-beneficio).

<sup>17</sup> Ver Eric A. Posner, “Law and Social Norms”, 185-202 (2002) (analizando razones por las que las personas y agencias podrían rechazar la aplicación del análisis costo-beneficio).

costo-beneficio será atractivo para un Presidente (o Congreso) demócrata pero no para uno republicano. Consideraciones como éstas demuestran por qué republicanos y demócratas moderados (como el Presidente Clinton) han favorecido el análisis costo-beneficio en recientes años. Si los burócratas de las agencias son liberales, y tienden a internalizar la misión de la agencia, las agencias serán más pro-regulación que la mayor parte del público. El análisis costo-beneficio sirve no sólo como una función política de clarificar la acción de la agencia, sino también de restringir su acción llevándola hacia otra dirección. Esta percepción es, creo, una explicación más convincente sobre la hostilidad académica al análisis costo-beneficio que los problemas de conectar el procedimiento a bases normativas verosímiles.

Mi defensa del análisis costo-beneficio ha sido tentativa, limitada a mostrar que puede jugar el importante rol institucional de asegurar que las agencias activen de manera consistente con las metas del Presidente, Congreso, o el público. Cualquiera con experiencia supervisando subordinados sabe que: (1) cuantificar el desempeño del subordinado es sumamente útil para la evaluación; (2) asignar al subordinado tareas simples y fáciles de evaluar en vez de tareas complejas y difíciles de evaluar puede producir mejores resultados, aun si las tareas complejas se encuentran dentro de la competencia del empleado y son, dejando a un lado los costos de agencia, “mejores”; pero (3) sigue

siendo el caso que una rígida contraria en resultados cuantificados y tareas sencillas puede hacer más daño que bien.

Los defensores del análisis costo-beneficio aún necesitan demostrar que los beneficios de confiar en este simple procedimiento –beneficios que este artículo contabiliza en términos de reducción de costos de agencia– exceden los daños que resultan cuando el procedimiento se desvía del mejor resultado social, teniendo en cuenta los beneficios y perjuicios de procedimientos alternativos<sup>18</sup>. Pero los críticos del análisis costo-beneficio tienen aún una tarea mayor. Deben reconocer que debido a los costos de agencia, las agencias administrativas no siempre actúan directamente en interés del Congreso, el Presidente o el público. El tema se torna entonces en uno de designar los mecanismos más óptimos de supervisión. La insatisfacción con el análisis costo-beneficio puede llevar en una de dos direcciones: hacia más multidimensionales y finos estándares, o hacia reglas aún más simples como riesgo-riesgo<sup>19</sup>. El primero incrementará los costos de agencia; el último producirá aún peor sobre y sub inclusividad que el análisis costo-beneficio. El análisis hecho por algunos críticos deja la impresión que los costos de agencia son cero, por lo que el estándar más complejo posible es deseable. Pero esta asunción no puede ser correcta. Los críticos necesitan prestarle más atención al rol institucional de la regla de decisión.

---

<sup>18</sup> Ver Adler & Posner, *supra* nota 7.

<sup>19</sup> Ver *id.* en 229-31.

# INSOLVENCIA DE EMPRESAS VS. INSOLVENCIA DE PERSONAS NATURALES: ¿SE JUSTIFICA REGULAR LA INSOLVENCIA DE PERSONAS NATURALES?

Huáscar Ezcurra\*

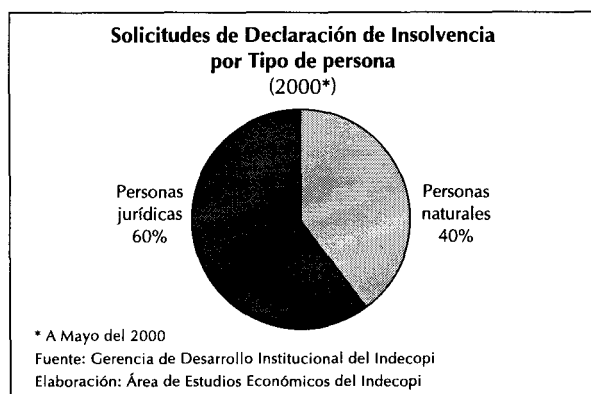
*A pesar de que aún existe una gran discusión al respecto, hoy en día hay consenso en el sentido de que una de las posibles finalidades de la regulación de insolvencia de empresas es la protección del crédito, solución eficiente en tanto supone el menor desperdicio de recursos de la sociedad.*

*Sin embargo, el tema es mucho más polémico tratándose de personas naturales, pues la solución eficiente (protección del crédito) genera una serie de costos para las propias personas insolventes, como la pérdida de la totalidad de sus bienes e incluso de sus ingresos futuros. Asimismo, genera importantes externalidades para la sociedad en su conjunto, que tendrá que gastar recursos en aquellos insolventes que lo perdieron todo.*

*El autor, a partir del análisis económico del derecho, sugiere que la legislación debiera permitir que cada persona contrate con sus acreedores el nivel de riesgo y de seguro que está dispuesta a asumir, aceptando ex ante la tasa de interés que corresponda al nivel de riesgo asumido.*

## I. INTRODUCCIÓN

¿Cuántos de los procedimientos de insolvencia en trámite ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) se siguen frente a deudores personas naturales y cuántos otros frente a deudores personas jurídicas? ¿Cuántos procedimientos son frente a empresas (sean personas jurídicas o personas con negocio) y cuántos frente a personas naturales no-empresa? De acuerdo al gráfico que se inserta a continuación se observa que el 60% de los casos de insolvencia iniciados corresponden a personas jurídicas y el 40% corresponde a personas naturales<sup>1</sup>.



Si bien el gráfico inserto no distingue el porcentaje de procedimientos que corresponde a empresas frente al porcentaje que corresponde a personas naturales no-

\* Profesor de Derecho Concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> El gráfico que se adjunta ha sido extraído del Documento de Trabajo N° 008-2000 "Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una Década", publicado por el Indecopi el 22 de Agosto de 2000.

empresa, las cifras del mismo son suficientes para concluir que la problemática de la insolvencia de personas naturales no-empresa merece un estudio especial, separado de la problemática de insolvencia de empresas. Existen entonces dos grandes categorías a considerar: insolvencia de empresas (que incluye personas jurídicas y personas naturales con negocio) e insolvencia de personas naturales sin negocio. Cada categoría responde a una problemática distinta y, por ello, merece un análisis distinto y por separado.

No existen a la fecha en el Perú trabajos que analicen cómo ha evolucionado la problemática de la insolvencia de personas naturales sin negocio en los últimos años. Por un lado, no nos ha sido posible encontrar data respecto al número de procedimientos de insolvencia iniciados cada año frente a personas naturales sin negocio, o respecto al monto de los créditos involucrados en este tipo de procesos o respecto a los índices de recupero de créditos a partir de los procesos iniciados frente a personas naturales. Datos estos que resultarían sumamente útiles para la tarea de evaluar el impacto que tienen las reglas de insolvencia de personas naturales, tanto en el mercado de créditos como en el comportamiento de las personas naturales. Tal falta de data estadística complica la tarea de evaluar el tema de insolvencia de personas naturales sin negocio.

A la falta de datos estadísticos para evaluar la problemática de la insolvencia de personas naturales sin negocio, se suma la falta de trabajos teóricos analizando cuáles son las diferencias entre la problemática de la insolvencia de empresas y la insolvencia de personas naturales sin negocio, cuál es la necesidad de contar con una regulación respecto de la insolvencia de personas naturales sin negocio, cuáles son las funciones de dicha regulación y cómo se garantiza el mejor cumplimiento de tales funciones.

En el presente trabajo, a partir de una comparación entre la problemática de la insolvencia de una empresa y la problemática de la insolvencia de una persona natural sin negocio, trataremos de aportar en la generación de un marco conceptual para el análisis de la insolvencia de personas naturales sin negocio. En la sección II, abordaremos el tema de la insolvencia de empresas buscando responder cuál es la problemática que se presenta cuando una empresa deviene en insolvencia, cuál es la función que cumplen las reglas de insolvencia de empresas y cómo es que cumplen tal función. En la sección III nos dedicaremos al

análisis de la insolvencia de personas naturales sin negocio, tratando de encontrar los principales aspectos que distinguen esta problemática de la problemática de empresas y, una vez identificada la individualidad de cada categoría, buscaremos responder a la pregunta de cuál es la función que deben cumplir las reglas de insolvencia de personas naturales y cómo lograr que cumplan tal función en forma eficiente. El objetivo último de este análisis será procurar una respuesta a la pregunta que se formula en el título del presente trabajo: ¿Se justifica regular la insolvencia de personas naturales?

## II. INSOLVENCIA DE EMPRESAS

Cuál debe ser la función de un sistema de insolvencia de empresas<sup>2</sup>, y cómo evaluar la efectividad de un sistema de insolvencia, son algunas de las interrogantes que se abordan en la presente sección.

### 2.1 ¿Cómo funcionaría un mundo sin reglas de insolvencia para empresas?

Para determinar la función e importancia de contar con un sistema de insolvencia para empresas, resulta un ejercicio muy útil el que nos preguntemos qué ocurriría si tal sistema de insolvencia de empresas no existiera.

De no existir un sistema de insolvencia y presentarse la insolvencia de una empresa que se enfrenta a la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, los acreedores procurarían ejecutar individualmente los bienes del deudor y hacer efectivo el cobro de sus obligaciones. El resultado del inicio de una “carrera por cobrar” entre los acreedores será que la única y exclusiva respuesta ante la insolvencia es la liquidación de los activos del negocio. Si todos procuran ejecutar los activos más importantes del negocio, resultará imposible que el negocio continúe en marcha y logre reorganizarse efectivamente.

En tal escenario, no existirá la posibilidad de distinguir los negocios viables que sólo enfrentan un problema financiero, de los negocios inviables cuyos resultados no permiten siquiera cubrir sus costos de producción. Todos serían tratados igual. Todos serían liquidados.

Los acreedores actuando individualmente no se encontrarían en posibilidad de determinar si el negocio vale más para ellos en reestructuración o en liquidación y no tendrían información que les permita distinguir un negocio viable de uno no viable. Si los

<sup>2</sup> Para mayor detalle, ver SCHWARTZ, Alan. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy, 107 Yale L.J. 1807, (1998).

acreedores actúan individualmente, el resultado sería que los negocios se liquidarían aun cuando su valor en reestructuración hubiera sido mayor y les hubiera dado una mayor recuperación para sus acreencias en su conjunto.

En consecuencia, quienes presten dinero sabrían que de verificarse la insolvencia de su deudor existe el riesgo de que el valor del negocio no sea maximizado. De presentarse la insolvencia, los acreedores sabrían que por la acción individual de cualquiera de los acreedores, tendrán escasas posibilidades de maximizar el valor del negocio y mejorar su posición en el recupero de sus créditos. Teniendo en cuenta lo anterior, los acreedores terminarían optando por no prestar o, de prestar, lo harían pero a un costo más alto para el deudor. El efecto inmediato sería un encarecimiento del crédito.

A su vez, el efecto indirecto de un encarecimiento del crédito sería que los empresarios tendrían menor acceso a inversión por la vía del endeudamiento y, como consecuencia de ello, menores posibilidades de emprender nuevos proyectos que, con un crédito barato, hubieran resultado rentables. Muchos proyectos que con un crédito más barato hubieran resultado posibles, quedarían en el papel. Con ello, la sociedad toda perdería: se perdería la posibilidad de una mayor inversión, la posibilidad de generar más empleo, así como la posibilidad de brindar a los consumidores mayores y mejores opciones de consumo.

Otros proyectos quizá sí se emprenderían, pero a un costo muy alto. Las empresas tendrían que asignar gran parte de sus recursos al pago de su deuda financiera. Estos recursos, con un crédito menos caro, quizá hubieran podido ser mejor utilizados en otras actividades. Asimismo, teniendo en cuenta que de los resultados del proyecto, buena parte sería destinada al pago de los acreedores inversionistas, el margen de ganancia que quedará para los dueños del negocio y gestores del proyecto sería reducido. Ello descincentivaría a las empresas a un manejo eficiente del negocio, pues sabrían que buena parte del beneficio de sus esfuerzos no sería disfrutado por ellas sino por sus acreedores.

En conclusión, en un mundo sin reglas de insolvencia para empresas el buen funcionamiento del mercado se vería seriamente amenazado. Entonces, la regulación de la insolvencia de empresas se encuentra justificada.

### 2.2 ¿Cuál debe ser la función de las reglas de insolvencia de empresas?

Habiendo determinado en el acápite anterior los problemas que se presentarían en un mundo sin reglas de insolvencia para empresas y, con ello, justificado la necesidad de regular dicha problemática, en el presente acápite propondremos una respuesta a la pregunta de cuál debe ser la función de las reglas de insolvencia de empresas.

¿Un sistema de insolvencia de empresas debe tener por función salvar empresas, salvar puestos de trabajo, proteger a la clase trabajadora frente a los costos de la crisis empresarial o proteger el crédito? ¿Un sistema de insolvencia de empresas debe buscar proteger todos los intereses antes mencionados? ¿Es posible salvar empresas, salvar puestos de trabajo y, al mismo tiempo, proteger el crédito? ¿Un sistema de insolvencia debe preferir el objetivo de salvar empresas y proteger puestos de trabajo, aún cuando ello signifique un crédito más caro? Estas y otras son las preguntas que trataremos en la presente sección.

En el debate sobre cuál debe ser la función de las reglas de insolvencia de empresas pueden distinguirse dos posiciones claramente marcadas: (i) la posición de quienes propugnan la eficiencia como fin último; y, (ii) la posición de quienes propugnan el rol redistributivo como función principal<sup>3</sup>. Nosotros compartimos la posición de quienes propugnan la eficiencia como fin último<sup>4</sup>, posición ésta que explicaremos con mayor detalle a continuación.

Quienes propugnan la eficiencia como fin último, sostienen que un sistema de insolvencia empresarial debe concentrar esfuerzos en la consecución de dos objetivos: (i) maximizar el valor del negocio del insolvente *ex post* la insolvencia (eficiencia *ex post*); y, (ii) reducir los costos de acceso al capital *ex ante* la insolvencia (eficiencia *ex ante*).

(i) Maximizar el valor del negocio *ex post* la insolvencia (eficiencia *ex post*).

<sup>3</sup> PONOROFF, Lawrence & KNIPPENBERG, F. Stephen. The Implied Good Faith Filing Requirement: Sentinel of an Evolving Bankruptcy Policy, 85 Nw. U. L. Rev. 919, 962 (1991); WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policy, 54 U. Chi. L. Rev. 775 (1987) (sugiriendo una serie de objetivos redistributivos mencionados aquí además del objetivo de eficiencia).

<sup>4</sup> Para una explicación de los argumentos de la teoría redistributiva, así como de las críticas que a nuestro criterio la descalifican, ver Documento de Trabajo N° 008-2000 "Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una Década", publicado por el Indecopi el 22 de Agosto de 2000, en el Diario Oficial El Peruano.

En lo que respecta a la tarea de maximizar el valor del negocio del insolvente algunos economistas han argumentado que un modelo de reestructuración debe concentrar sus esfuerzos en maximizar el valor del negocio insolvente y distribuir dicho valor entre sus acreedores respetando el orden de pagos establecido en los contratos celebrados<sup>5</sup>. Esta tendencia se sustenta en el entendimiento de que el objeto de toda legislación empresarial es maximizar los recursos sociales. En esa línea, una ley de reestructuración (que se enmarca dentro del grupo de legislaciones empresariales) debe coadyuvar a una maximización de recursos una vez presentada la insolvencia (maximización de recursos *ex post* la insolvencia), con el objeto de garantizar a los acreedores un mayor recupero de sus acreencias.

¿Cómo maximizar el valor del negocio *ex post* la insolvencia? Una ley de reestructuración incrementará el valor del negocio *ex post* (una vez presentada la insolvencia) resolviendo el problema de coordinación entre acreedores. Resuelto el problema de coordinación entre acreedores y promoviendo una solución colectiva y coordinada a la crisis, el sistema garantizará lo siguiente: (i) que los negocios en insolvencia no serán necesariamente liquidados; y, (ii) que solamente se reestructurarán aquellos negocios cuyo valor en funcionamiento (VNM) sea mayor que su valor en una eventual liquidación de activos (VNL). Dicho en otras palabras, solamente se reestructurarán negocios cuando  $VNM > VNL$ , y solamente se liquidarán negocios cuando  $VNL > VNM$ .

¿A qué costos de coordinación nos referimos? Conviene tener presente que cuando una empresa se encuentra en problemas pueden distinguirse dos tipos de crisis: (i) la de la empresa inviable, cuyos ingresos resultan insuficientes para siquiera cubrir costos de producción; y, (ii) la de la empresa viable, que sólo enfrenta una crisis financiera.

En el primer caso, la empresa no genera ingresos suficientes como para cubrir sus costos no financieros. Sus ingresos son insuficientes para cubrir costos de producción. En estos casos los recursos

de la empresa debieran ser vendidos y reasignados a usos más eficientes (pues,  $VNL > VNM$ ).

En el segundo caso, en cambio, la empresa en crisis genera ingresos suficientes para cubrir sus costos de producción, pero insuficientes para cubrir la carga financiera. En estos casos convendría mantener el negocio en funcionamiento, pero bajo una estructura de capital fortalecida y con un menor nivel de endeudamiento (pues,  $VNM > VNL$ ).

Para la respuesta a la interrogante sobre qué son costos de coordinación, habrá que analizar el comportamiento de un acreedor individualmente considerado (que no coordina con los demás posibles acreedores del mismo deudor), así como sus incentivos para distinguir entre la crisis del negocio inviable y la crisis del negocio viable.

Un acreedor individualmente considerado no se encontrará interesado en efectuar estas distinciones para determinar si conviene mantener en funcionamiento el negocio o si, por el contrario, conviene liquidarlo. El acreedor individual preferirá maximizar su situación ejecutando un bien de la empresa cuyo valor sea suficiente para el cobro de su crédito. Si todos los acreedores mantienen ese patrón de comportamiento (lo que es previsible dados sus incentivos), la empresa en insolvencia será liquidada, sin tener en cuenta si era eficiente o no continuar con el negocio. Dicho en otras palabras, los costos de coordinación referidos no hacen posible la evaluación de si  $VNM > VNL$  o si, en cambio,  $VNL > VNM$ . Bajo tal escenario, ante la insolvencia empresarial, la respuesta siempre será la liquidación del negocio<sup>6</sup>.

Sin embargo, los acreedores considerados como un grupo, hubieran preferido coordinar sus acciones de recupero, de tal forma que el deudor solamente fuera liquidado cuando los resultados de una liquidación sean mayores que los resultados de mantener el negocio en funcionamiento a través de una reestructuración empresarial. Cuando el sistema de reestructuración logra reducir los costos de coordinación entre acreedores, sí es

<sup>5</sup> En ese sentido, la distribución del valor del negocio deberá hacerse pagando primero a los que prestaron dinero al deudor y luego a sus accionistas; y, dentro del grupo de los que prestaron dinero al deudor, pagando primero a los acreedores con garantías y luego a los acreedores no garantizados. Para mayor detalle al respecto, ver, BAIRD, Douglas & JACKSON, Thomas. *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy* (2d ed. 1990); BAIRD, Douglas. *Revisiting Auctions in Chapter 11*, 36 *J.L. & Econ.* 633, 636 (1993); BAIRD, Douglas & JACKSON, Thomas.

<sup>6</sup> ADLER, Barry. *A Theory of Corporate Insolvency*, 72 *N.Y.U. L. Rev.* 343, 360 n.62 (1997). JACKSON, Thomas. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* 7-19 (1986).

posible asignar valores a VNM y VNL y, de esa forma, sí es posible que los acreedores decidan por la opción que les genera el mayor valor y que, como tal, les permite obtener un mayor retorno para la satisfacción de sus acreencias<sup>7</sup>.

Solucionado el problema de los costos de coordinación entre los acreedores, previniendo en forma efectiva su acción individual, se genera un escenario adecuado para maximizar el valor del negocio una vez presentada la insolvencia. La consecuencia natural de lograr el objetivo general de maximizar el valor del negocio una vez presentada la insolvencia, es que los acreedores puedan cobrar más y mejor.

(ii) Reducción de los costos de acceso al capital protegiendo el crédito (eficiencia *ex ante*).

¿Cómo se reducen los costos de acceso al capital para las empresas? Si el sistema de reestructuración cumple la función de maximizar el valor del negocio *ex post* la insolvencia y, con ello, se protege de mejor forma el crédito que se vio afectado por la crisis, se cumplirá también con el objetivo específico de reducir los costos de acceso al capital para las empresas. Quienes presten dinero (sean estos accionistas, entidades financieras o inversionistas en bolsa) prestarán más barato, sólo si saben que en caso de que su deudor devenga en crisis, la legislación sobre reestructuración patrimonial los protegerá adecuadamente permitiéndoles maximizar el valor del negocio *ex post*, con ello, garantizándoles un mejor recupero de sus créditos. Si, en cambio, quienes prestan dinero saben que no existe una ley de reestructuración que permita lo anterior, decidirán no prestar o, si prestan, prestarán más caro.

El objetivo específico de reducir los costos de acceso al capital para las empresas *ex ante* la insolvencia (eficiencia *ex ante*), se cumple si el sistema de reestructuración en cuestión es efectivo en la tarea de maximizar el valor del negocio *ex post* la insolvencia (eficiencia *ex post*).

Es de destacar además que reducir los costos de acceso al capital para las empresas tiene una serie

de ventajas para el mejor manejo de los negocios *ex ante*.

Si se reducen los costos de acceso a capital (reducir el costo del crédito) las empresas se encontrarán en posibilidades de emprender más y mejores proyectos y tendrán, además, los incentivos adecuados para maximizar el valor del negocio. Las empresas podrán emprender más proyectos de inversión pues el costo de los proyectos rentables será menor. Un proyecto rentable que con un crédito caro no era viable pues terminaba siendo muy costoso, con un crédito barato, en cambio, si resultará viable por los menores costos de acceso al capital. Habrá entonces más proyectos de inversión y, con ello, mayor crecimiento, mayor desarrollo y más empleo.

Adicionalmente, si el acceso al capital fue más barato, la carga financiera de la empresa que decidió emprender el proyecto de inversión será menor. Ello redundará en que sea el dueño y gestor del negocio el mayor beneficiado con el éxito del proyecto. Las rentas derivadas del éxito del proyecto no tendrán que ser destinadas en gran parte a pagar una pesada carga financiera, sino que serán utilidad neta para el dueño y gestor del negocio. Ello traerá como consecuencia de que el dueño del negocio tenga mejores incentivos para emprender e implementar el proyecto de inversión con éxito, pues sabe que él (y no otros) será el beneficiario de los resultados de su esfuerzo.

De acuerdo con esta tendencia, los sistemas de insolvencia no tienen por función proteger el empleo, proteger industrias en problemas, facilitar el recupero de impuestos para el Estado, etc. Su función exclusiva es proteger a los acreedores afectados por la crisis del negocio, fin este que, en ocasiones (cuando VNM > VNL), implicará salvar a la empresa, salvar puestos de trabajo e incrementar la recuperación de tributos para el fisco.

El fin último de un sistema de insolvencia de empresas será promover la maximización de recursos sociales promoviendo la eficiencia *ex ante*

<sup>7</sup> SCHWARTZ, Alan. Bankruptcy Workouts and Debt Contracts, 36 J.L. & Econ. 595, 595 n.1 (1993). Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Commentary on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy, 51 U. Chi. L. Rev. 97 (1984). Las ideas de Jackson han influenciado en forma importante la legislación Alemana sobre insolvencia. Ver KAMLAH, Klaus. The New German Insolvency Act: Insolvenzordnung, 70 Am. Bankr. L.J. 417, 421 (1996); BAIRD, Douglas. The Elements of Bankruptcy 71-72 (rev. ed. 1993).



y la eficiencia *ex post* la insolvencia. Este fin implica minimizar los costos de acceso al capital para las empresas *ex ante*, teniendo en cuenta que el sistema permite maximizar el retorno para los acreedores *ex post*<sup>8</sup>.

El gran objetivo será diseñar un sistema de insolvencia para empresas que procure un balance adecuado entre los incentivos que genere para el manejo eficiente del negocio *ex ante*, el manejo del negocio *ex post* y, todo ello, bajo la premisa de que, para que el modelo sea efectivamente eficiente, los costos de administración del mismo deberán ser bajos<sup>9</sup>. La efectividad de un modelo de insolvencia de empresas deberá ser evaluada teniendo en consideración los efectos del modelo desde la perspectiva de la eficiencia *ex ante*, los efectos del modelo desde la perspectiva de la eficiencia *ex post* y, asimismo, los costos de administración del modelo de insolvencia adoptado. Un modelo de insolvencia de empresas podrá ser considerado como efectivo para cumplir sus funciones, si es que el análisis lo demuestra capaz de cumplir los tres objetivos mencionados: lograr la eficiencia *ex ante*, lograr la eficiencia *ex post* y, todo ello, a costos relativamente reducidos.

### III. INSOLVENCIA DE PERSONAS NATURALES

Cuál es la necesidad de tener reglas de insolvencia para personas naturales sin negocio, cuál debe ser la función de las reglas de insolvencia para personas naturales sin negocio y cómo evaluar la efectividad de tales reglas de insolvencia, son algunas de las preguntas que buscamos responder en los siguientes acápite.

#### 3.1 ¿Cómo funcionaría un mundo sin reglas de insolvencia para personas naturales?

Así como anteriormente lo hicimos para el análisis del caso de insolvencia de empresas, imaginemos ahora cómo sería un mundo en el cual no existen reglas de insolvencia para personas naturales e identifiquemos las patologías que se presentarían<sup>10</sup>, si es que algunas.

Asumamos que una persona natural sin negocio se endeuda en el periodo 1 y se compromete a pagar tal deuda en el periodo 2. Las posibilidades de pago en el periodo 2 de las obligaciones asumidas se encontra-

rán sujetas a los ingresos que el deudor de nuestro ejemplo reciba en el periodo 2.

Los ingresos de la persona natural en el periodo 2 son inciertos. Por un lado, existe la posibilidad de que sus ingresos sean mayores a lo que debe en el periodo 2, caso en el cual el deudor pagará sus obligaciones y tendrá un remanente de ingresos disponible.

Sin embargo, también existe la posibilidad de que sus ingresos en el periodo 2 sean iguales o menores que el monto de las obligaciones asumidas y, con ello, que el deudor se enfrente a una situación de insolvencia que no le permita asumir el pago de sus obligaciones.

Asumamos, además, que el deudor de nuestro ejemplo cuenta con bienes de un determinado valor. Asimismo, asumamos que el deudor tiene la posibilidad de, a través de su esfuerzo, afectar las probabilidades de tener mayores o menores ingresos en el periodo 2. Dependiendo de su mayor o menor esfuerzo, el deudor tendrá mayores o menores probabilidades de tener ingresos suficientes en el periodo 2, como para asumir el pago de sus obligaciones.

En caso de que no existieran leyes regulando la insolvencia de personas naturales, los escenarios posibles serán los siguientes.

- Si el consumidor tiene ingresos mayores que sus obligaciones en el periodo 2, tendrá un patrimonio positivo en el periodo 2 que le permitirá pagar sus obligaciones sin problemas.
- Si el consumidor tiene ingresos que sumados al valor de sus bienes resultan menores que sus obligaciones, no estará en posibilidad de pagar tales deudas y, como no puede declararse en insolvencia al no haber regulación al respecto, tendrá que pagar sus obligaciones poniendo a disposición de sus acreedores el valor de sus bienes y el valor de sus ingresos futuros.

Ante la falta de reglas de insolvencia para personas naturales, ocurrida la insolvencia del deudor, sus acreedores iniciarán procesos individuales de ejecución de los bienes e ingresos de su deudor. Seguramente se dirigirán contra todos sus bienes, así como

<sup>8</sup> Hay quienes sostienen que para la tarea de reducir los costos de la reestructuración resultan sumamente efectivos los sistemas que permiten la subasta de empresas en crisis en lugar de un largo proceso de reorganización. Para mayor detalle al respecto, ver BAIRD, Douglas. The Uneasy Case for Corporate Reorganizations, 15 J. Legal Stud. 127 (1986); AGHION, Philippe. Improving Bankruptcy Procedure, 72 Wash. U. L.Q. 849 (1994).

<sup>9</sup> RASMUSSEN, Robert y SKEEL, David Jr. The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 85, (1995).

<sup>10</sup> El escenario que estamos asumiendo es un escenario sin reglas de insolvencia y sin reglas que, antes de la insolvencia, exceptúen de ejecución individual ciertos bienes del deudor.

contra sus ingresos presentes y futuros. El resultado de estos procesos de ejecución será que los bienes del deudor serán necesariamente liquidados. El deudor persona natural que devino en insolvencia perderá todos sus bienes y verá sus ingresos presentes y futuros afectos al pago de sus obligaciones.

La única respuesta del sistema será la liquidación de activos. A este respecto debe observarse que en el caso de personas naturales – a diferencia del caso de empresas – no hay la opción de reorganización como una alternativa a la liquidación que pueda brindar mayor valor a los acreedores. Por lo anterior, la acción individual y no coordinada de los acreedores no ocasiona un problema desde el punto de vista de eficiencia.

Una persona natural sin negocio no puede reestructurarse, pues no hay negocio que reestructurar. En ese sentido, la acción individual y no coordinada de los acreedores no constituye un problema, pues los acreedores siempre obtendrán el mismo valor por los bienes del deudor (ya sea que coordinen o no). La única observación que podría hacerse a la acción individual de los acreedores (en lugar de una acción coordinada), sería en relación con cómo se distribuye valor entre los acreedores. Lo único que una regulación al respecto podría aportar sería una distribución de valor más equitativa<sup>11</sup>.

El efecto de la falta de regulación en el comportamiento de quienes prestan dinero tampoco sería un problema. Por el contrario, quienes presten dinero sabrán que en caso de insolvencia de su deudor podrán dirigirse frente a todos sus bienes e ingresos presentes y futuros. Bastará un análisis completo de las propiedades del deudor así como de sus fuentes de ingresos, para establecer la tasa de interés que mejor protege a los acreedores frente al riesgo de incumplimiento. Las tasas de interés serán fijadas en función de la solvencia que demuestre cada deudor. A mayor solvencia (por mayor valor de los bienes e ingresos) menor será la tasa de interés. En consecuencia, los acreedores estarán mejor protegidos frente al riesgo de insolvencia sin reglas de insolvencia, pues el deudor no podrá escudarse en un procedimiento de ese tipo para imponer mayores costos de ejecución a sus acreedores, postergar el pago de sus obligaciones y exceptuar ciertos bienes e ingresos de su alcance. Ello redundará en menores tasas de interés.

Otro efecto importante de la falta de reglas de insolvencia para personas naturales, será el efecto que tal falta de regulación tendrá en el comportamiento de los deudores. Como los deudores sabrán que en la eventualidad de insolvencia, todos sus bienes e ingresos presentes y futuros podrán ser ejecutados por sus acreedores, los deudores que decidan endeudarse y asumir el riesgo de perderlo todo, tenderán a trabajar esforzadamente para evitar incurrir en una situación de insolvencia. En ese sentido, la falta de regulación aportará eficiencia.

Sin perjuicio de lo anterior, debe observarse que los beneficios de la falta de regulación comentados líneas arriba vendrán a un costo. Por un lado, la falta de regulación ocasionará que las personas naturales que devengan en insolvencia lo pierdan todo. Tales personas perderán sus bienes y verán sus ingresos afectos al pago de sus obligaciones. Ello ocasionará que tales personas se conviertan en una carga para el Estado y la sociedad, quienes tendrán que terminar asumiendo el mayor costo de su manutención.

Adicionalmente, tales personas tendrán menores incentivos para trabajar esforzadamente, pues gran parte de sus salarios se encontrará afectada al pago de sus acreedores. Ello ocasionará pérdidas adicionales en términos de menor eficiencia en las empresas. Lo anterior a su vez ocasionará pérdidas para el Estado y la sociedad, pues a menor eficiencia de las empresas, menores utilidades que el fisco puede gravar a través de la imposición de impuestos.

Finalmente, a falta de reglas de insolvencia para personas naturales, las personas naturales afectadas por ella, terminarán convirtiéndose en “esclavos” de sus acreedores por tiempo indefinido, teniendo en cuenta que buena parte de sus ingresos deberán ser destinados al pago de sus obligaciones.

Podemos resumir en tres los problemas que se presentan en un mundo sin reglas de insolvencia: (i) personas que pierden sus bienes e ingresos; (ii) personas que por lo anterior se convierten en una carga social para el Estado y la sociedad, generando externalidades; y, (iii) personas cuyos ingresos se convierten en “esclavos” de sus acreedores.

En conclusión, la falta de regulación tiene una serie de

<sup>11</sup> A este respecto, ver ADLER, Barry; POLAK, Ben y SCHWARTZ, Alan. Regulating Consumer Bankruptcy: A Theoretical Inquiry, 29 J. Legal Studies 585, June 2000. Los autores sostienen que en la insolvencia de personas naturales no hay un problema de eficiencia *ex post* similar al problema que se presenta en el caso de insolvencia de empresas. Al respecto, señalan que la acción individual de los acreedores frente al patrimonio del deudor podrá beneficiar a los acreedores que lograron cobrar, en perjuicio de los que no cobraron; pero ello no implica un problema de eficiencia, sino una transferencia de valor de unos acreedores a otros.

ventajas o beneficios. Pero también tiene desventajas o costos. Si los beneficios exceden los costos es una pregunta que no nos encontramos en aptitud de responder aún. Entonces, a diferencia de lo concluido en el acápite 2.2 cuando analizamos un mundo sin reglas de insolvencia para empresas<sup>12</sup>, para el caso de personas naturales no es tan claro que la regulación del tema se encuentre plenamente justificada.

Para responder a nuestra pregunta de si se justifican reglas de insolvencia para personas naturales, el gran reto será determinar si los beneficios de la falta de regulación (menos los costos correspondientes) superan los beneficios que puede aportar la regulación (menos los costos correspondientes). En ese sentido, resulta pertinente que en nuestro acápite siguiente analicemos cómo se viene regulando la insolvencia de personas naturales y cuáles son los efectos de tal regulación ocasiona. Si comparamos los efectos de la falta de regulación, con los efectos actuales de la regulación, quizá nos encontremos en aptitud de optar mejor por un sistema u otro.

### 3.2 ¿Cómo se suele regular la insolvencia de personas naturales?

Los especialistas en el tema sostienen que la regulación de la insolvencia de personas naturales debe tener por función las siguientes: (i) brindar a las personas naturales insolventes un seguro frente al riesgo de pérdida de bienes e ingresos<sup>13</sup>; (ii) prevenir las externalidades que ocasiona la insolvencia de personas naturales; y, (iii) prevenir que los ingresos de las personas se conviertan en “esclavos” de sus acreedores.

Se sostiene que los deudores se enfrentan al riesgo de ver desaparecer o ver reducidos sus ingresos futuros. La continuidad de los ingresos futuros no necesariamente dependerá del esfuerzo del deudor. En no

pocas ocasiones, las personas naturales terminan perdiendo su fuente de ingresos por causas no imputables a ellos. Como tienen aversión al riesgo, se encuentran dispuestos a comprar un seguro que les permita enfrentar tal riesgo en forma adecuada. La regulación de insolvencia tiene por función ofrecer a las personas naturales ese seguro que ellos están dispuestos a comprar. A través de dicho seguro, las personas naturales buscarán que su situación patrimonial en el estado de insolvencia sea semejante o lo más cercana posible a su situación patrimonial en el estado de solvencia.

Para cumplir las funciones arriba mencionadas, las reglas de insolvencia de personas naturales suelen prever los siguientes mecanismos: (i) liberan al deudor persona natural de las obligaciones que no puede pagar con los resultados de la venta de sus activos, (ii) establecen que ciertos bienes del deudor tienen la categoría de no embargables y, por lo tanto, no sujetos al proceso; y, (iii) liberan del proceso a los ingresos futuros del deudor.

De esa forma, un deudor persona natural sabrá que en el caso que el escenario no favorable se concrete (escenario de pérdida o reducción de sus ingresos), acogiéndose a un proceso de insolvencia podrá salir del proceso sin obligaciones pendientes de pago y mantener sus bienes de naturaleza inembargable así como sus ingresos futuros<sup>14</sup>. Es cierto que el seguro que ofrecen las reglas de insolvencia al deudor persona natural no será un seguro completo, pues no devolverán a la persona natural lo que perdió por la reducción o pérdida total de sus ingresos. Sin embargo, no es menos cierto que tal seguro pondrá al deudor persona natural en una situación patrimonial mejor que si no tuviera seguro y más cercana a su situación patrimonial en estado de solvencia.

<sup>12</sup> En el acápite 2.2 se concluyó que en un mundo sin reglas de insolvencia para empresas, el funcionamiento del mercado se vería seriamente amenazado. En consecuencia, se dijo que la regulación de la insolvencia de empresas se encuentra plenamente justificada.

<sup>13</sup> Ver WHITE, Michelle. Why it pays to file for Bankruptcy: A Critical Look at the Incentives Under U.S. Personal Bankruptcy Law and a Proposal for a Change, 65 *U. Chi. L. Rev.* 685, Summer, 1998. La autora señala que el argumento central para tener un proceso de insolvencia de personas naturales es que tal proceso provee a los deudores con aversión al riesgo de un seguro frente al riesgo de que sus ingresos o recursos puedan verse reducidos en un futuro, a un nivel tal que no les permita cumplir con sus obligaciones. Ver además, JACKSON, Thomas. The Logic and Limits of Bankruptcy Law, page. 228- 232, Harvard, 1986, así como REA, Samuel. Arm-Breaking, Consumer Credit and Personal Bankruptcy, 22 *Econ. Inquiry* 188 (1984).

<sup>14</sup> La legislación peruana tiene un diseño que se encuadra dentro de la tendencia que asigna a las reglas de insolvencia de personas naturales la función de seguro frente a la insolvencia y de prevención de externalidades y “esclavitud” de ingresos futuros. En el caso peruano, las reglas de insolvencia para personas naturales contenidas en la Ley de Reestructuración Patrimonial disponen que agotados los activos del deudor y existiendo obligaciones pendientes de pago, corresponde solicitar la quiebra del deudor ante el Juez correspondiente. El Juez correspondiente tendrá a su cargo declarar la quiebra del deudor y declarar incobrables las obligaciones que resultaren impagas. Con ello, se brinda al deudor persona natural la posibilidad de quedar liberado de las obligaciones que no pudo pagar con el resultado de la venta de sus activos. Asimismo, la legislación peruana dispone que los bienes que el Código Procesal Civil define como de naturaleza inembargable, se encuentran excluidos del proceso de insolvencia y con ello fuera del alcance de los acreedores del deudor. Finalmente, la legislación peruana dispone que los ingresos futuros del deudor sujeto a un procedimiento de insolvencia no se encuentran afectos al proceso de insolvencia, sin perjuicio de lo cual el deudor podrá consentir en ese sentido.

Entonces, dentro de esta tendencia, el proceso de insolvencia será efectivo para permitir que el deudor persona natural que devino en insolvencia no pierda todos sus bienes e ingresos, no se convierta en un costo para la sociedad (generando externalidades) y no vea sus ingresos futuros afectados al pago de sus acreencias. La regulación mencionada cumpliría con la función de evitar las desventajas que la falta de regulación presenta.

### **3.3 Un mundo con reglas de insolvencia para personas naturales: ¿Cuáles son los efectos que la regulación impone en términos de eficiencia?**

Sin perjuicio de las bondades que la regulación puede aportar, debe observarse que la regulación también vendrá a un costo. Nuestra opinión es que los mecanismos legales previstos en la regulación de la insolvencia de personas naturales (liberación de obligaciones, bienes e ingresos futuros del proceso), no hacen sino profundizar los problemas observados en un mundo sin reglas de insolvencia.

Consideramos que al igual que para el caso de empresas, las reglas de insolvencia de personas naturales deben procurar garantizar eficiencia *ex ante* y eficiencia *ex post*. El gran reto al respecto será diseñar un sistema que brinde un balance adecuado entre estos dos aspectos.

#### **(i) Eficiencia *ex post***

Como se mencionó anteriormente, en la insolvencia de personas naturales sin negocio (en un mundo sin reglas de insolvencia) no existe un problema de ineficiencia (o pérdida social) *ex post* la insolvencia, que requiera de una regulación orientada a evitar tal ineficiencia. No existe un probable problema de ineficiencia *ex post*, pues los acreedores no tienen que distinguir entre un negocio viable y otro no viable. No hay negocio alguno que reestructurar. Solamente hay bienes que liquidar.

En nuestra opinión, son las reglas de insolvencia que usualmente recogen las legislaciones (liberando obligaciones, bienes e ingresos del deudor), las que generan un problema de ineficiencia *ex post* la insolvencia. Lo que las reglas de insolvencia vigentes hacen al liberar del proceso obligaciones, bienes e ingresos del deudor, es generar ineficiencia *ex post*, pues reducen el universo de

los activos que los acreedores pueden afectar al pago de sus acreencias.

En esa medida, los acreedores estarán mejor protegidos *ex post* la insolvencia en un mundo sin reglas de insolvencia. En efecto, en un mundo sin reglas de insolvencia, el deudor tendrá que pagar todas sus obligaciones, y sus acreedores podrán dirigirse contra todos sus bienes e incluso contra sus ingresos futuros.

#### **(ii) Eficiencia *ex ante***

A más completo el seguro que se otorgue (por mayor liberación de obligaciones y mayor cantidad de bienes exceptuados del proceso) mejor se cumplirá con la función de asegurar a la persona natural frente al riesgo de perder sus bienes e ingresos. Sin embargo, a mayor el seguro frente a las pérdidas propias de un proceso de insolvencia y mayor la facilidad de acceder a él, menores serán los incentivos que tendrá el deudor para esforzarse y evitar incurrir en una situación de insolvencia. Si el deudor está totalmente asegurado y, con ello, la insolvencia le resulta amigable, comportarse irracionalmente sobre endeudándose e incumpliendo sus obligaciones no le impondrá ningún costo.

En ese sentido, las reglas que dan un seguro completo y de fácil acceso al deudor, generarán que *ex ante*, el deudor tienda a comportarse en forma ineficiente, pues tal comportamiento ineficiente no le cuesta nada.

De otro lado, la regulación también tiene el efecto de encarecer el crédito. A mayor el monto de obligaciones del que se libera el deudor debido a su situación de insolvencia, y a mayor el número de bienes que se encuentre exceptuado del proceso, mayor y más efectivo será el seguro que tendrá el deudor persona natural. Sin embargo, no debe perderse de vista que a mayor la cantidad de obligaciones liberadas de pago y mayor el número de bienes exceptuados del proceso, menor será el retorno para los acreedores *ex post* la insolvencia. En consecuencia, los acreedores tenderán a demandar mayores tasas de interés *ex ante* la insolvencia.

Cuando presten dinero a personas naturales sin negocio, los acreedores se enfrentarán a dos tipos de personas naturales: (i) las personas naturales

que suelen cumplir con sus obligaciones, y que más allá de las ventajas que les pueda brindar el acogerse a un proceso de insolvencia, trabajarán esforzadamente para mantenerse solventes y pagar sus obligaciones; y, (ii) las personas naturales que, más allá de su posibilidad de pagar o no, incumplirán sus obligaciones y sacarán ventaja del sistema de insolvencia establecido<sup>15</sup>. Cuando prestan dinero los acreedores no se encuentran en posibilidad de distinguir entre el caso (i) y (ii). Entonces, optarán por exigir una tasa de interés alta para todos los casos, que los proteja frente a los deudores que suelen sacar ventaja del sistema.

La consecuencia será que todos los deudores persona natural pagarán mayores tasas de interés mientras son solventes y, con ello, terminarán destinando buena parte de sus ingresos a pagar sus obligaciones. Tales mayores tasas de interés en el estado de solvencia, cumplirán la función de subsidiar a los deudores que devienen en situación de insolvencia. Puede observarse entonces que a más efectivo el seguro que brinden las reglas de insolvencia, mayor el riesgo de que los deudores terminen destinando buena parte de sus ingresos al pago de altas tasas de interés. Con ello, un seguro muy efectivo para el deudor, tendrá por efecto negativo generar ingresos “esclavos” destinados al pago de sus acreencias.

Adicionalmente, el que los deudores se vean obligados a pagar altas tasas de interés para acceder a capital, los desincentivará a esforzarse en sus trabajos, pues sabrán que buena parte del resultado de su esfuerzo será disfrutado por sus acreedores, y no por ellos. Ello tendrá finalmente un impacto negativo en los niveles de eficiencia de las empresas.

Adicionalmente, tales mayores tasas de interés en el estado de solvencia así como los grandes beneficios que brinda la regulación de insolvencia, generarán una presión sobre los deudores que

solían cumplir con sus obligaciones, quienes finalmente se convertirán en deudores que prefieren incumplir, pues incumplir les resultará económicamente más razonable<sup>16</sup>.

En conclusión, un mundo con reglas de insolvencia, si bien cumple con el objetivo de asegurar adecuadamente al deudor frente al riesgo de insolvencia, lo hace a un costo muy alto en términos de eficiencia *ex ante* y eficiencia *ex post*.

### 3.4 ¿Cuál debe ser la función del sistema de insolvencia de personas naturales? ¿Cómo garantizar la efectividad del sistema por el que se opte?

Habiendo determinado en los dos acápites anteriores cuáles son los problemas que se presentarían en un mundo sin reglas de insolvencia de personas naturales, así como los problemas que se presentarían en un mundo con reglas de insolvencia de personas naturales, en el presente acápite propondremos una respuesta a la pregunta de cuál debe ser la función de las reglas de insolvencia de personas naturales.

¿Un sistema de insolvencia de personas naturales debe asegurar al deudor frente al riesgo de insolvencia? ¿Un sistema de insolvencia de personas naturales debe además proteger el crédito? ¿Debe procurarse un adecuado balance entre la función de asegurar al deudor y la función de proteger el crédito?

Consideramos que un sistema de insolvencia de persona naturales debe tener por función proteger el crédito, así como proteger al deudor frente al riesgo de insolvencia. El reto será diseñar un sistema que permita mantener un adecuado balance entre ambas funciones.

Optar por un sistema de regulación que se preocupe exclusivamente por asegurar al deudor frente al riesgo de insolvencia (liberando obligaciones, bienes e ingresos del deudor insolvente), tendrá el problema referido de generar ineficiencia *ex post* e ineficiencia

<sup>15</sup> Ver, WHITE, Michelle. Personal Bankruptcy Under the 1978 Bankruptcy Code: An Economic Analysis, 63 Ind. L.J.1, Winter 1987. La autora propone un modelo teórico de análisis de la decisión de iniciar un proceso de insolvencia de persona natural. Su análisis sugiere que para muchas personas naturales iniciar un procedimiento de insolvencia les resultará más ventajoso que pagar sus obligaciones, pues iniciando un proceso se verán liberados de parte de sus obligaciones y exceptuarán ciertos bienes del alcance de sus acreedores. En ese sentido, señala que las personas naturales tenderán a comportarse estratégicamente iniciando un procedimiento de insolvencia aún cuando cuenten con los recursos para pagar sus obligaciones.

<sup>16</sup> Sobre el particular, ver WHITE, Michelle. Why it Pays to File for Bankruptcy: A Critical Look at the Incentives Under U.S. Personal Bankruptcy Law and a Proposal for Change, 65 U. L. Rev. 685, Summer, 1998. La autora sostiene que cuando se produce un incremento en el número de procesos de insolvencia de personas naturales, más personas aprenderán acerca de los beneficios que ofrecen las reglas de insolvencia, ya sea a través de amigos, parientes o abogados. Se enterarán de que la insolvencia es simple, rápida y favorable al deudor, y de que es fácil obtener crédito después de haber pasado por un proceso de insolvencia. Lo anterior, generará que muchos cambien su actitud negativa hacia la posibilidad de iniciar un proceso de insolvencia. El estigma de la insolvencia tenderá a desaparecer. Por todo lo anterior, la autora concluye que los procesos de insolvencia de personas naturales tenderán a seguir incrementándose.

ex ante, encareciéndose sustancialmente el crédito.

El problema que se presenta es sustancialmente el mismo que se enfrenta para el diseño de cualquier sistema de seguro. Si al asegurado se le da una cobertura muy amplia, y no se implementa un sistema de controles adecuados que incentiven a que el sujeto asegurado se comporte cuidadosamente, lo más probable es que el asegurado se comporte en forma descuidada<sup>17</sup>.

La problemática en el caso de insolvencia de personas naturales se complica aún más por el hecho de que es el Congreso el que, a través de las reglas de insolvencia que se establezcan, termina decidiendo cuál es la cobertura que el seguro brindará a la persona natural que devenga en insolvencia. Cada persona natural será más o menos propensa a devenir o no en insolvencia dependiendo del tipo de trabajo que desempeñe, de su profesión, de su edad y de sus características morales, entre otros aspectos. El riesgo de insolvencia variará de individuo a individuo. Sin embargo, la cobertura del seguro establecida legalmente será una sola y en función a una categoría general aplicable a todos los individuos.

Por otro lado, optar por un sistema que se preocupe exclusivamente por la función de proteger el crédito, tendrá el problema de descuidar las externalidades que se generan cuando deudores personas naturales lo pierden todo (bienes e ingresos). El mejor sistema para los efectos de proteger el crédito, es la no-regulación del tema, pues, como lo hemos señalado anteriormente, la no-regulación generará eficiencia *ex post* así como eficiencia *ex ante*. Sin embargo, reconocemos que la no-regulación tiene el problema de descuidar la externalidades que se ocasionan por las personas naturales que lo pierden todo a raíz de su insolvencia.

Consideramos que la mejor forma de diseñar un sistema que sea capaz de brindar un adecuado balance entre la función de asegurar al deudor frente al riesgo de insolvencia así como proteger el crédito, es diseñar un sistema que permita a los privados contratar sobre el nivel de cobertura de seguro que mejor se adecua a su situación particular<sup>18</sup>.

En ese sentido, las reglas de insolvencia de personas naturales que se establezcan, debieran prever la posibilidad de que el deudor, *ex ante* la insolvencia, pacte con su acreedor el nivel de liberación de obligaciones, así como de bienes y de ingresos exceptuados del proceso que más se adecue a su verdadero riesgo insolvencia. Con ello, el deudor se encontrará en posibilidad de pactar con sus acreedores reglas de insolvencia que le garanticen un seguro que le brinde una cobertura adecuada a su situación y, asimismo, que le permitan obtener tasas de interés razonables *ex ante*. Los acreedores, por su parte, estarán en posibilidad de garantizar una mejor situación para ellos *ex post* la insolvencia y, con ello, exigir menores tasas de interés *ex ante* la insolvencia.

Brindarle a los propios individuos la posibilidad de elegir el nivel de cobertura que desean del sistema de insolvencia, redundará en un mejor balance entre los incentivos que tendrá el deudor para comportarse eficientemente *ex ante* la insolvencia, y el retorno que tendrán asegurados los acreedores *ex post* la insolvencia.

El gran reto del sistema de insolvencia de personas naturales por el que se opte será diseñar un sistema que sea capaz de brindar un nivel de cobertura de seguro tal, que a pesar de la cobertura ofrecida, sea capaz de mantener en el deudor los incentivos suficientes para que éste continúe solvente. De esa forma, se logrará que los deudores que devengan en insolvencia se encuentren debidamente asegurados frente a la pérdida de sus ingresos y bienes y, asimismo, que los deudores solventes tengan la posibilidad de acceder a capital de costos reducidos. Debe reconocerse que son los privados los que se encuentran en mejor posición que el Estado (a través del Congreso) para decidir cuál es el nivel de cobertura más adecuado a su particular riesgo de insolvencia.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Resolver la problemática de la insolvencia de personas naturales es una tarea compleja. La complejidad del tema reside en la tensión existente entre la función de proteger el crédito y la función de asegurar al deudor frente al riesgo de insolvencia. A mayor y más

<sup>17</sup> Al respecto, ver WANG, Hung-Jeng and WHITE, Michelle. An Optimal Personal Bankruptcy Procedure and Proposed Reforms, 29 J. Legal Stud. 255, January 2000. Los autores señalan que las compañías de seguro privadas no estarán dispuestas a brindar seguro a personas naturales frente al riesgo de que éstas pierdan sus ingresos o recursos, pues ello incentivaría a un comportamiento descuidado de las personas naturales aseguradas.

<sup>18</sup> Ver ADLER, Barry; POLAK, Ben y SCHWARTZ, Alan. Regulating Consumer Bankruptcy: A Theoretical Inquiry, 29 J. Legal Studies 585, June, 2000. En dicho artículo los autores explican la ganancia en eficiencia que se derivaría de relajar las actuales restricciones que el sistema americano de insolvencia de personas naturales impone a la contratación privada acerca de las reglas establecidas. Al respecto, sostienen que en un mundo en el que los deudores persona natural suelen tener control sobre su destino la mayoría de las veces, debería permitírseles contratar sobre el nivel de seguro que quieren adquirir.

completo el seguro que el sistema ofrezca al deudor, menos protegido estará el crédito, por la ineficiencia *ex post* y la ineficiencia *ex ante* que se genera. A mayor protección que se pretenda brindar al crédito favoreciendo la eficiencia *ex post* y la eficiencia *ex ante*, menor será el seguro que tendrá el deudor frente al riesgo de insolvencia y mayores serán las externalidades que se generen por las personas naturales que lo perdieron todo a raíz de su insolvencia.

En esa medida, la respuesta a la interrogante planteada al inicio del presente trabajo -¿se justifica regular la insolvencia de personas naturales?- se presenta más difícil e interesante de lo que habíamos previsto en un primer momento. La dificultad del tema implica que la respuesta no sea simplemente un “no es necesario regular el tema”, o un “sí es necesario regular el tema”. La tensión referida entre la función de proteger el crédito y la función de asegurar al deudor obliga a la búsqueda de una solución intermedia.

En ese sentido, proponemos que la función de asegurar al deudor sea una función que sólo inicialmente se encuentre a cargo del legislador. Corresponderá al legislador determinar en la regulación de la insolvencia de personas naturales, las obligaciones que quedarán liberadas, los bienes que quedarán exentos y los ingresos que no estarán afectos al proceso de insolvencia del deudor persona natural. La legislación brindará el seguro mínimo para

proteger al deudor frente al riesgo de insolvencia. Sin embargo, con el objeto de que tal seguro inicialmente conferido por el legislador, no sea de tal extensión que termine afectando negativamente el crédito al punto de hacer que el sistema no sea capaz de cumplir su doble función (brindar un seguro y proteger el crédito), deberá permitirse que deudor y acreedor negocien sobre el nivel de cobertura inicialmente conferido por el legislador. El sistema deberá permitir que el deudor que desea acceder a créditos a menores tasas de interés, renuncie a parte de la cobertura que le ofrece el seguro conferido por la legislación.

Reconocemos las limitaciones de nuestro análisis y sus conclusiones. No contar con data que nos permita cuantificar los beneficios y costos que impone la regulación, para compararlos con los beneficios y costos que impone la no-regulación, hace que nuestras conclusiones encuentren su único y exclusivo sustento en nuestra intuición. Conclusiones producto de la intuición, sin una base empírica que permita su comprobación, son sin duda conclusiones rebatibles y revisables a futuro. Sin embargo, esperamos haber contribuido en la generación de un marco conceptual para el análisis de la problemática de la insolvencia de personas naturales que permita, en lo futuro, mejorar y profundizar esta primera aproximación al tema, sin perjuicio de que ello pueda llevarnos a tener que repensar nuestras conclusiones.

# ¿EN QUÉ SE PARECEN JOHNNIE WALKER Y PABLO ESCOBAR?

## El problema de las drogas: entre la prohibición y la libertad\*

Gerardo Solís\*\*

*"The minimal state is the most extensive state that can be justified. Any state more extensive violates people's rights".  
Robert Nozick*

*Si queremos escoger un tema polémico nos es muy difícil encontrar uno que lo sea más que la legalización de las drogas. De hecho, en la arena de las políticas estatales, la discusión sobre su no prohibición suele ser obviada no sólo por su carácter controversial, sino por la cantidad de intereses políticos involucrados, a los que se suman las tendencias paternalistas en que se encuentran inmersos países como el nuestro.*

*No obstante, el debate es fundamental, puesto que el valor que se encuentra en juego es el pilar de nuestra sociedad: la libertad. Y, en efecto, arriesgamos mucho más que ella, como lo demuestra lúcida y desprejuiciadamente Gerardo Solís, desde el análisis económico del derecho, en las líneas que siguen a continuación. El autor, de quien esperamos este sea el primero de una larga lista de trabajos, analiza incisivamente los costos y beneficios de los sistemas de prohibición y legalización de las drogas, mostrando quiénes son las verdaderas víctimas de su proscripción, cuáles son sus efectos en el mercado y revelando claramente una verdad que muchas veces negamos: la guerra contra las drogas es una guerra perdida, donde los mayores perdedores somos nosotros mismos.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Hace alrededor de doscientos años, John Walker, hijo de un granjero escocés, emprendió una empresa que revolucionaría la industria de los licores. Desde 1820 John inició en Kilmarnock, pequeña ciudad escocesa ubicada al sur de Glasgow, su propio negocio de whisky. Debido a su arduo trabajo y a sus extraordinarios conocimientos sobre los distintos tipos de whisky que Escocia podía ofrecer, logró consolidar rápidamente la reputación de sus licores. A su muerte, las combinaciones que había logrado para el whisky que producía eran conocidas en gran parte de su país. Décadas más tarde, gracias a la labor continuada por sus hijos y nietos, el whisky, denominado ahora Johnnie Walker en honor a su creador, era ya uno de los más conocidos y disfrutados del mundo.

Nadie duda que el éxito de Johnnie Walker radicó básicamente en su propia capacidad y en las largas horas de esfuerzo y trabajo que le permitieron sacar adelante su negocio. Pero tampoco es posible negar que sus logros se debieron a que tuvo suficientes oportunidades y una importante capacidad para ganar dinero<sup>1</sup>. De hecho, el éxito profesional, empresa-

\* A mis padres.

\*\* Alumno de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Deseo agradecer los valiosos comentarios del doctor Alfredo Bullard durante la realización de este artículo. Asimismo, quiero expresarles mi gratitud por sus sugerencias y críticas a mis buenos amigos Mirella Miranda, Andrés Bayly y Enrique Pasquel.

<sup>1</sup> Como señala Posner, existen dos conjuntos de razones que explican la diferencia de los ingresos (que es uno de los parámetros para determinar el éxito de una persona): diferencias del gusto por el ingreso en relación con otros bienes (que pueden llamarse "tiempo libre") y diferencias de las oportunidades o la capacidad para ganar dinero (suerte, salud, inteligencia, etc.). POSNER, Richard. "El análisis económico del derecho". México, D.F., Fondo de Cultura Económica 1998. p. 436.



rial o artístico de una persona depende siempre, en mayor o menor medida, de estas oportunidades<sup>2</sup>, que incluyen una amplia gama de factores cuya característica en común es que no dependen de la propia persona y comprende aspectos tales como la salud, la inteligencia, el lugar de nacimiento, la suerte, etc. Uno de estos factores es sin duda la legalidad o no, en un lugar y tiempo determinados, de los bienes que se producen y comercializan<sup>3</sup>. Es cierto que Johnnie Walker fue una persona con una gran habilidad para los negocios. Pero también, y eso nos debe quedar claro, fue una persona con suerte.

Pablo Escobar ha sido seguramente el mayor narcotraficante de todos los tiempos. Propietario de enormes sembríos de hoja de coca en Colombia y cabeza de la organización de traficantes de drogas más importante que se conoce, lograba ingresar, sobretudo a Estados Unidos, enormes cantidades de narcóticos. Fue durante varios años el centro de atención de la policía especial antidrogas norteamericana y de la policía colombiana. Luego de alrededor de dos décadas al mando de un poderoso cártel de drogas y de varios ingresos a cárceles de su país, murió abatido en una escaramuza a fines de 1993.

Sin duda alguna, desde que la actividad que realizó estaba prohibida, Pablo Escobar fue un criminal. Pero no podemos negar que fue también un tipo sumamente hábil, pues a pesar de las rigurosas medidas antidrogas existentes, logró sacar adelante un negocio que le reportaba cuantiosos ingresos económicos.

A primera vista las diferencias entre Johnnie Walker y Pablo Escobar son abismales. El primero, un empresario reconocido y exitoso; el segundo, un hábil criminal. Sin embargo, un análisis más profundo del problema nos demuestra que las diferencias no son tan marcadas, y que el parecido entre ambos personajes puede resultar asombroso. A Escobar sin duda le faltó algo que Johnnie Walker sí tuvo y que incluimos dentro de lo que denominamos oportunidades. Le faltó nacer en algún lugar y tiempo donde la producción y comercialización de las drogas no estuvieran

prohibidas. En esas circunstancias, Pablo Escobar no sería recordado como un criminal, sino como un próspero y creativo empresario<sup>4</sup>.

Todos los días leemos en el periódico noticias sobre la guerra contra las drogas. Cuantiosos gastos del Estado, miles de prisioneros, erradicación de cultivos, nombramiento de funcionarios públicos encargados de librarnos de tan terrible plaga, muertes y violencia, son el pan de cada día. Casi siempre asumimos que se está haciendo lo correcto. Que el Estado, siempre benefactor con los privados, intenta a toda costa protegernos de algo terrible.

La pregunta es, ¿funciona el sistema de la prohibición? Hace más de treinta años que se ha iniciado. ¿Existen hoy menos consumidores? ¿Se ha logrado reducir la producción y comercialización de las drogas? Evidentemente hay algo que está fallando. No podemos negarlo. Ello no quiere decir que debamos rendirnos, pero sí que tenemos que optar por caminos distintos, propuestos de manera clara y creativa. Estas alternativas, que serán evaluadas más adelante, implican evaluar también la posibilidad de la legalización de las drogas. Legalización que no debe ser entendida como un incentivo para crear consumidores y expandir insensatamente el uso de las drogas, sino como la única manera de luchar eficazmente contra ellas.

Esta polémica sobre la legalización de las drogas siempre ha consistido en un debate entre el bando de los "reyes filosóficos", es decir aquellos que pueden decirles con absoluta certeza a los demás lo que es bueno y malo para ellos, y el de quienes creen en la libertad de cada cual para elegir lo que consideran mejor para sí mismos<sup>5</sup>. Sin descartar esta perspectiva, el presente trabajo pretende ir más allá, evaluando los costos y beneficios tanto del sistema de prohibición como del de la legalización y sus posibles variantes. Su lectura implica dejar de lado prejuicios y consideraciones morales particulares sobre la bondad o no de un determinado acto. Como sugiere Bullard<sup>6</sup>, no podemos limitarnos a tomar decisiones guiados sólo por una ética incompleta, basada en conceptos abs-

<sup>2</sup> ¿Alguien podría asegurar, por ejemplo, que la voz de Frank Sinatra hubiera sido igualmente apreciada si en lugar de nacer en Nueva York durante el siglo XX, hubiera nacido en la India durante la época de la colonización inglesa? ¿O que Michael Jordan hubiera sido un deportista extraordinario si le hubiera tocado vivir en un país tercermundista?

<sup>3</sup> Si las bebidas alcohólicas hubieran sido legales en Chicago durante los años veinte, Al Capone no sería el prototipo de gangster y mafioso.

<sup>4</sup> No pretendemos asegurar con esta afirmación que el mismo Pablo Escobar hubiera sido un empresario honesto, pues parece bastante claro que fue una persona que poseía ciertas ventajas competitivas para dedicarse a una actividad ilegal, como su habilidad para corromper, la falta de escrúpulos y su innegable capacidad para evadir la ley. Simplemente queremos señalar que, bajo circunstancias distintas, la actividad de producir y comercializar drogas sería llevada a cabo por empresarios honrados y alejados de actividades criminales.

<sup>5</sup> FRIEDMAN, Milton. "The war we are losing". En: KRAUSS, Melvyn y Edward LAZEAR (ed.). "Searching Alternatives: Drug- Control Policy in the United States". Stanford, Hoover Institution Press, 1991. pp. 55.

<sup>6</sup> BULLARD, Alfredo. "Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el derecho contractual". En: *Ius et Veritas*, No. 10, 1995. p. 52.

tractos, subjetivos y en los que es evidente el influjo de concepciones que tienen por fuente creencias humanas y religiosas, pues ello, paradójicamente, es inmoral. Recordemos que encontrar la mejor solución va a significar una mejora para la sociedad en su conjunto.

## 2. LAS VÍCTIMAS DE LAS DROGAS: AUTOVÍCTIMAS Y VÍCTIMAS INOCENTES

Siempre que pensamos en las víctimas de las drogas, solemos incorporarlas a todas dentro de un mismo gran grupo. No nos percatamos que es fundamental, para comprender a cabalidad el problema, distinguir entre las autovíctimas y las víctimas inocentes de las drogas.

La persona que decide por sí misma consumir drogas es una autovíctima. Nadie le ha impuesto los costos del consumo. Ella misma, mediante una elección libre, se ha escogido como víctima. Estas autovíctimas van a existir tanto bajo un régimen de prohibición como bajo uno de legalización<sup>7</sup>.

La cuestión a discutir es si el Estado debe preocuparse por las autovíctimas por el simple hecho que la elección que libremente han tomado les ocasiona un perjuicio. Podría pensarse que parte esencial del rol que debe cumplir el Estado es proteger a los individuos del daño que ellos mismos se generen. Debemos tomar en cuenta, sin embargo, que una afirmación como esta traería en la práctica problemas innumerables. Para comenzar, ¿dónde dibujamos la línea más allá de la cual el Estado no puede decirles a los individuos lo que pueden o no pueden hacer?

Algunos ejemplos sirven para aclarar el problema. Es sabido que el consumo de cigarrillos origina una cantidad mucho mayor de autovíctimas que las drogas. El número de personas que fallece o que sufre de diversas enfermedades a causa del cigarrillo es sin

duda mucho mayor que el que causa el consumo de drogas. Sin embargo, los fumadores, como diría Gary Becker<sup>8</sup>, lo son no porque necesariamente ignoren las consecuencias de sus actos, sino porque el periodo de vida que se les garantiza no vale para ellos tanto como el costo de dejar de fumar. Teniendo esto en cuenta, la lógica de que el Estado debe velar porque los individuos no se dañen a sí mismos no resulta consistente. ¿No sería absurdo entonces que se prohíba también el consumo de cigarrillos?

El consumo de comida con alto contenido de grasa es causa de la muerte de más personas que las drogas y el tabaco. Un individuo que decide comerse un chorizo o una hamburguesa sabe perfectamente que eso incrementa las posibilidades de que sufra alguna enfermedad al corazón. A pesar de este riesgo, las personas normalmente preferimos no privarnos de esta comida tan sabrosa porque el placer que nos provoca su consumo lo valoramos en mayor medida que el riesgo de sufrir alguna dolencia cardíaca. Por eso, percibiríamos como una restricción injustificada contra nuestra libertad el hecho que el Estado, o un tercero cualquiera, con el afán de protegernos de las futuras enfermedades cardíacas que pudiéramos sufrir, nos prohibiera arbitrariamente consumir chorizos o hamburguesas<sup>9</sup>.

La lectura de los libros de Marx sin duda ha terminado por matar a más gente de las que han muerto como consecuencia de las drogas, los cigarrillos y la comida grasosa juntos<sup>10</sup>. Basta recordar las desastrosas consecuencias de las políticas económicas y sociales de los regímenes marxistas, los millares de muertos y afectados por los enfrentamientos de la absurda y falaz lucha de clases y los terribles efectos en el bienestar y desarrollo de las personas de gobiernos totalitarios y dictatoriales como los de Stalin o Fidel Castro. Pero sería una atentado contra nuestra libertad de expresión y opinión si el Estado nos impidiera leer a Marx,

<sup>7</sup> Salvo que la actual lucha contra las drogas sea totalmente efectiva y consiga reducir a cero el número de consumidores. Esta hipótesis no sólo es utópica sino que no va a generar una disminución importante (si es que genera alguna) de muchos de los problemas hoy en día vinculados con el consumo de drogas. Así, una reducción a cero del número de adictos va a generar un traslado de gran parte de la demanda de drogas hacia bienes sustitutos, como el alcohol y el tabaco. Esto aumentará el número de autovíctimas y de víctimas inocentes relacionadas con el consumo de estos bienes, por lo que difícilmente podrá argumentarse que, en el agregado, el éxito de la lucha contra las drogas va a acercar a la sociedad hacia una situación óptima en términos de Pareto.

<sup>8</sup> BECKER, Gary. "El enfoque económico del comportamiento humano". En: Información Comercial Española. No. 557, enero 1980, p. 15. Así, como señala este mismo autor, de acuerdo con el enfoque económico, la mayoría (si no todas) las muertes son en cierta medida "suicidios", en el sentido que el fallecimiento pudo haberse pospuesto si se hubiesen invertido más recursos con el objeto de prolongar la vida.

<sup>9</sup> Imaginemos que el Estado, en lugar de prohibir el consumo de chorizos y hamburguesas, tan solo decidiera regularlo. Dejando de lado los importantes costos administrativos de este sistema, ¿mejoraría esto la situación de quienes se intenta proteger? Evidentemente no. Estas personas, que no verían totalmente satisfecha su demanda de estos bienes, buscarían un sustituto. En gran medida, el sustituto lo encontrarán en el mercado negro. Allí adquirirán productos sin marca, a precios exageradamente altos, de dudosa procedencia y que seguramente, al ser de calidad inferior, les generarán daños aún mayores. Ello dejando de lado la corrupción que una norma de este tipo supondría y sus peculiares efectos redistributivos, que terminarían afectando a los más pobres de la sociedad.

<sup>10</sup> FRIEDMAN, Milton. "The drug war as a socialist enterprise". En: TREBACH, Arnold y ZEESE, Kevin (ed.). "Friedman & Szasz on Liberty and Drugs". Washington, D.C., The Drug Policy Foundation, 1992.

nos castigara por hacerlo o nos impusiera una multa simplemente por poseer uno de sus escritos.

Estos ejemplos dejan bastante claro lo absurdo que puede resultar que el Estado empiece a prohibir a los individuos la realización de actividades por el solo hecho que con ellas se genera un daño –en el peor de los casos– o aumenta la posibilidad de que éste ocurra<sup>11</sup>. Los individuos, en un verdadero Estado de Derecho, deben ser libres para decidir por sí mismos qué es lo que más les conviene, teniendo como único límite para ello el daño que puedan ocasionarle a otros individuos. Cualquier intervención del Estado que restrinja o pretenda restringir las elecciones de los individuos sobre qué consumir, ingerir o hacer representa no sólo, como vamos a analizar detenidamente más adelante, un enorme costo social, sino que constituye un atropello contra el derecho a la libertad de cada persona para elegir en función de sus propias preferencias e intereses<sup>12</sup>.

Al margen de la crítica sobre el rol del Estado respecto de las decisiones particulares de los individuos, el actual sistema de prohibición es sumamente perjudicial para la salud y el bienestar de las propias autóvíctimas<sup>13</sup>. Parece bastante claro que el hecho de prohibir el consumo del bien X no desaparece su demanda. Ésta va a seguir existiendo, pero como la comercialización del bien en cuestión es ilegal, los consumidores van a buscar cauces alejados de la legalidad para satisfacer sus necesidades. Surgirá así un mercado negro. En este mercado los consumidores podrán encontrar y adquirir el bien X. Pero desde su salida del mercado legal, este bien puede haber sufrido algunas mutaciones. En primer lugar, va a ser un bien sin una marca que lo identifique. Esto va a aumentar los costos de búsqueda de los consumidores y va a impedir que distingan la calidad de los bienes

precisamente en función de la marca. La ilegalidad de los bienes, además, no permite una adecuada fiscalización de los mismos y conduce a que los consumidores no puedan denunciar la mala calidad del producto, porque ello supondría declararse criminales.

Este escenario tan particular se presenta, en general, en el caso de los bienes cuya comercialización y consumo se encuentran prohibidos. Resulta interesante ver cómo en el caso de las drogas la prohibición produce algunos efectos adicionales perjudiciales para los consumidores.

La guerra contra las drogas ha tenido como consecuencia que los traficantes hagan todo lo posible por no ser descubiertos. Por esta razón, prefieren comercializar con drogas de menor peso y volumen. Ello supone un proceso de concentración de las sustancias y los efectos que las drogan producen. Es decir, la prohibición trae consigo un paso de drogas de efectos más suaves y distendidos y a otras de efectos más fuertes y concentrados<sup>14</sup>. Adicionalmente, los consumidores también tienen incentivos para no ser descubiertos, desde que la sola posesión de determinadas drogas son suficientes para pasar una larga temporada en prisión, aun cuando estas drogas sean sólo para consumo personal. Los consumidores, entonces, tenderán a consumir las drogas en menor tiempo que el que se tomarían si fueran productos legales. Así, en vez de ingerir cierta cantidad de una determinada droga durante un par de días, con la finalidad de evitar ser descubierto, el consumidor preferirá ingerirla en unos pocos segundos. Resulta ocioso mencionar que esta concentración de los efectos y del consumo trae consecuencias perjudiciales para los propios consumidores<sup>15</sup>.

Como podemos apreciar, la política de prohibición de las drogas enfrenta dos grandes cuestionamientos en

<sup>11</sup> Los ejemplos, por supuesto, son tan innumerables como absurdos. Así, el Estado podría prohibir una gran cantidad de deportes peligrosos, el trabajo en fábricas de asbesto o en lugares donde se manipule material tóxico, la pesca en alta mar para los pescadores artesanales (que representa un grave riesgo para su vida y su salud) e incluso los automóviles. Lo paradójico es que esta lógica sin sentido se aplica para prohibir el consumo de drogas.

<sup>12</sup> Como sugiere Bullard, “El dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, además de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético, por lo menos para quienes creemos en la libertad. Por ello el punto de partida es que se debe respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales”. BULLARD, Alfredo. “Me quiere, no me quiere. Deshojando “margaritas ideológicas” en torno a la protección al consumidor”. En: *Ius et Veritas* No. 14, p. 113. Las situaciones excepcionales a las que se refiere este autor se presentan en los casos en los que la elección de un individuo genera externalidades entre los demás miembros de la sociedad. La prohibición de la contaminación, por ejemplo, se justifica en tanto crea importantes efectos externos en quienes no han consentido para que esta se produzca.

<sup>13</sup> Que son, paradójicamente, aquellos a quienes el Estado intenta proteger.

<sup>14</sup> NORTH, Douglas, LEROY MILLER, Roger y BENJAMIN, Daniel. *The economic of public issues*. Harper Collins. p. 32.

<sup>15</sup> Es interesante recordar lo que ocurrió en los Estados Unidos durante la época de la prohibición de bebidas alcohólicas. En este periodo, hubo una marcada tendencia hacia bebidas de efectos fuertes como el whisky. Obviamente, hubiera sido insensato que un distribuidor se dedicara al reparto de cerveza, por el excesivo espacio que esta ocupaba en relación con otras bebidas. Los mismos efectos que en un grupo de consumidores ocasionaría un camión de cerveza, serían generados por dos o tres cajas de una bebida más fuerte como el whisky. Por otro lado, los consumidores, en lugar de ingerir estas bebidas durante un largo almuerzo, las consumían a escondidas y fugazmente, para minimizar el riesgo de ser descubierto por las autoridades.

relación con quienes denominamos autovíctimas. Por un lado, supone una peligrosa intervención del Estado que atenta contra la libertad de los individuos de elegir por sí mismos lo que consideran mejor para ellos. Por otro, genera una serie de efectos perjudiciales para los propios consumidores, al eliminar la posibilidad de adquirir un producto de calidad y crear incentivos para la concentración de los efectos y del consumo de las drogas.

Pero los daños que sufren las autovíctimas de las drogas no son los que más deberían preocuparnos. Finalmente, en ejercicio de su libertad, han decidido asumir estos daños como el costo de consumir drogas. Existe otro gran grupo de víctimas, que no han elegido serlo, y que por eso llamaremos víctimas inocentes. El número y conformación de este grupo de víctimas inocentes depende del sistema que acojamos.

¿Quiénes son las víctimas inocentes de las drogas? Un primer tipo de víctimas inocentes son los llamados *crack babies*, es decir, los nonatos concebidos por madres consumidoras de drogas. Este tipo de víctimas va a existir tanto bajo un sistema de prohibición como bajo el de la legalización. Sin embargo, con el actual sistema, una mujer embarazada que es adicta a las drogas siente temor de acudir a un tratamiento prenatal porque ello supone prácticamente declararse criminal. Con la legalización, en cambio, esta misma mujer, que aún cuando es adicta tiene un cierto sentido de responsabilidad respecto de su hijo, va a tener incentivos para acudir a recibir un tratamiento adecuado. Además, bajo estas circunstancias será posible implementar un sistema mucho más efectivo de cuidado prenatal, y va ser más sencillo persuadir a las mujeres adictas que procuren no tener hijos o que si salen embarazadas, dejen de consumir drogas durante el periodo de gestación<sup>16</sup>.

Otro caso de víctimas inocentes de las drogas son aquellos que sufren la violencia de algunos consumidores. Este es, por ejemplo, el caso de los atropellados por un conductor bajo el influjo de las drogas. El régimen actual centra sus esfuerzos en la prohibición del consumo, producción y comercialización de las drogas, descuidando los actos que se producen como consecuencia del consumo. Si las drogas son legalizadas ya no se va a requerir gastar enormes recursos

económicos y humanos en evitar el consumo, producción y comercialización. Liberados estos gastos, se podrá invertir una parte en combatir aquellos actos de violencia que se generen como consecuencia del consumo de las drogas. En lugar de una costosa fiscalización *ex ante*, se optaría por una más efectiva fiscalización *ex post*. Así, aun en el supuesto que aumente el número de consumidores (supuesto que, repetimos, es por lo menos incierto), la situación de las víctimas de la violencia de los consumidores va a ser mejor con la legalización<sup>17</sup>.

Parece bastante claro que las víctimas inocentes de las drogas merecen una mayor atención y preocupación que los propios consumidores. Resulta indudable, además, que estas víctimas inocentes van a encontrarse en una mejor situación si las drogas son legalizadas.

Pero estas víctimas inocentes no son las únicas que existen. El sistema de prohibición que actualmente nos rige ha creado un nuevo tipo de víctimas, que son las víctimas inocentes del sistema, cuya lista se ha vuelto inquietantemente extensa. La presencia de esta gran cantidad de víctimas inocentes del sistema parece demostrar, una vez más, la ineficacia de prohibir las drogas como un medio para librarnos de ellas. Un primer tipo de estas víctimas son los habitantes de los países exportadores, quienes dejan de percibir ingresos importantes (derivados de mayores niveles de trabajo, mayor inversión, etc.) por el hecho que países básicamente consumidores como los Estados Unidos no tienen la capacidad suficiente para ejecutar eficazmente sus normas dentro de las fronteras de su país. Pero lo más grave es que los efectos redistributivos que en este aspecto produce el régimen de prohibición suelen afectar en mayor medida a los más pobres. Así, resulta bastante sencillo para el funcionario público determinar que se va a reforzar la campaña de cultivos alternativos en la selva. Esta decisión no va a afectar al funcionario que la tomó, pero sí a los miles de agricultores de bajos ingresos que se van a ver imposibilitados de comercializar con el producto que mayores beneficios les reportaba.

Otro gran grupo de víctimas inocentes del sistema está conformado por quienes solventan los gastos del Estado a través del pago de impuestos. Los contribuyentes, en lugar de pagar impuestos para la provisión

<sup>16</sup> FRIEDMAN, Milton. Interview with Milton Friedman on the drug war.

<sup>17</sup> Resulta sorprendente la similitud de estos dos últimos ejemplos con lo que ocurre en el caso del alcohol, en el que existe un elevado número de autovíctimas y una casi insignificante cantidad de víctimas inocentes, que son básicamente las víctimas de la violencia de los consumidores de alcohol. Lo inquietante e inexplicable es el trato diametralmente opuesto que se les da a problemas cuyas similitudes son mucho más que aparentes.

de bienes públicos, los pagan para mantener más prisioneros y prisiones<sup>18</sup>, y un número mayor de policías y agentes dedicados a la guerra contra las drogas<sup>19</sup>.

Al encontrarse destacados para luchar contra las drogas un número significativo de policías, aumenta el número de personas que son víctimas de otros delitos, como asaltos, robos, violaciones, homicidios, etc. Si estos agentes se dedicaran a resguardar el orden interno de cada ciudad y protegieran a los ciudadanos de estos delitos comunes, la tasa de delitos y violencia disminuiría de forma importante.

También son víctimas inocentes del sistema las personas muertas en la lucha contra las drogas (cuyo número ha crecido estrepitosamente en los últimos años), las personas afectadas por la corrupción del sistema legal y todos los consumidores que son tratados como criminales.

¿Qué ocurriría si las drogas se legalizaran? Asumiendo por un momento que aumentaría el número de consumidores<sup>20</sup>, es posible predecir que existirían más autovíctimas. Pero también parece bastante claro que el número de víctimas inocentes disminuiría notablemente. De hecho, no existiría ninguna de las víctimas inocentes del actual sistema de prohibición. Ello no quiere decir que con la legalización desaparecería la totalidad de las víctimas inocentes. Pero sí que las escasas víctimas que quedan tendrían mayores posibilidades de no serlo.

Evidentemente, todos quisiéramos que el número de consumidores de drogas disminuyera. Pero, ¿resulta acaso justificado imponer a la sociedad un costo tan elevado sólo para impedir que un grupo de personas decida libremente hacerse daño?

### 3. LA LEGALIZACIÓN Y EL CONSUMO, ¿UN MUNDO LLENO DE ADICTOS?

Uno de los principales problemas relacionados con la legalización de las drogas consiste en determinar qué

va a ocurrir con el número de consumidores. Quienes se oponen a la legalización argumentan que si se somete el comercio de drogas a las reglas del libre mercado, la cantidad de consumidores va a aumentar estrepitosamente, generando una importante escalada de violencia. Es cierto que existe una relación directamente proporcional entre el número de consumidores y la cantidad de violencia, pero ¿realmente va a aumentar de manera drástica el número de consumidores con la legalización, hasta llegar a tener un mundo poblado por adictos?

Dos constataciones bastante simples abonan en favor de quienes se oponen a la legalización. En primer lugar, el sencillo razonamiento de la ley general de la oferta y la demanda nos indica que una disminución del precio de un bien determinado va a traer como consecuencia un aumento en la cantidad demandada. En el caso de las drogas, esta disminución del precio se produciría porque los productores y comercializadores ya no van a tener que incurrir en costosos sistemas de evasión de las autoridades. Dada esta disminución del precio de las drogas, en un mercado legal su demanda aumentaría.

En segundo lugar, la legalización, en una de sus variantes, supondría la posibilidad de que las diversas empresas que compitan en el mercado efectúen publicidad de sus productos en los distintos medios de comunicación. Una parte significativa de esta publicidad va a estar orientada a aumentar el número de consumidores, desde que ello les va a reportar ganancias a las empresas productoras de drogas<sup>21</sup>.

La contundencia de las constataciones esbozadas es, sin embargo, aparente. Existen sendas razones por las que la demanda de drogas no sólo no aumentaría considerablemente con la legalización, sino que incluso, con el tiempo, tendería a disminuir.

Una primera razón por la cual con la legalización no aumentaría el consumo es que ella incentiva el paso

<sup>18</sup> El número de prisioneros como consecuencia de la prohibición de las drogas es sorprendente. Si bien en el Perú no existen datos estadísticos al respecto, en los Estados Unidos se calcula que, desde mediados de los años sesenta en que se inició la lucha contra las drogas, el número de prisioneros prácticamente se ha triplicado.

<sup>19</sup> Dentro de este rubro se encuentran incluidos los gastos por el uso de soplones. En la medida que ni el vendedor ni el comprador de drogas tienen incentivos para reportar una violación de la ley, es necesario utilizar a personas que se infiltren en estas organizaciones, a los que comúnmente se denomina soplones. Para mantenerlos, se utilizan enormes sumas de dinero que, a su vez, generarán corrupción.

<sup>20</sup> Más adelante demostraremos que esta afirmación no sólo es incierta (y que, por lo tanto, no es posible afirmar categóricamente que el número de consumidores vaya a aumentar con la legalización) sino también inexacta, pues con la legalización existen importantes incentivos para el no consumo.

<sup>21</sup> El tema de la publicidad es uno de los más conflictivos si es que se opta por la legalización. ¿Se imagina usted, por ejemplo, ver a las 11:00 a.m. en la televisión a una hermosa modelo sugiriéndole "consume las drogas marca x... ¡sus efectos lo enloquecerán!"? Parece claro que una ausencia total de regulación en este campo podría ocasionar importantes externalidades, sobretudo para los menores de edad. Sin embargo, este no es un argumento de peso para oponerse a la legalización, pues nada impide que el Estado, tal como hace con ciertas bebidas alcohólicas, regule los horarios y medios de comunicación en que este tipo de publicidad será permitida.

de drogas de efectos más fuertes a drogas de efectos más suaves. La prohibición, por el contrario, genera incentivos para una adicción más fuerte. Como mencionamos en el punto anterior, con el sistema de la prohibición los traficantes tienen que minimizar el riesgo de ser descubiertos. Ello implica comercializar con drogas de menor volumen y cuyos efectos se encuentran concentrados. Los traficantes no sólo invierten en crear adictos, sino que buscan crear un determinado tipo de adictos. Por lo tanto, la adicción, en este escenario, será mayor.

Un ejemplo nos permitirá verificar este razonamiento. La marihuana es una de las drogas menos adictivas y menos dañinas que se conocen. Sin embargo, es una sustancia comparativamente pesada y espaciosa. Esto ha hecho que las autoridades que luchan contra las drogas tengan más éxito capturando al traficante de marihuana que al de, por ejemplo, cocaína. Por esta razón, el precio de la marihuana se ha elevado y resulta más difícil obtenerla, lo que ha generado incentivos para que los consumidores de marihuana empiecen a consumir drogas más fuertes como la cocaína o la heroína. Adicionalmente, dado el alto grado de captura del traficante de marihuana, ha dejado de ser rentable su comercialización, por lo que el traficante también tiene incentivos para el comercio de drogas de efectos más concentrados.

La legalización no aumentará el consumo de drogas por dos razones adicionales que se encuentran relacionadas entre sí. La primera es que la legalización supone el establecimiento de un mercado explícito en el que va a existir mucho mayor información sobre los efectos que una droga determinada genere y en el que el acceso a las drogas va a ser bastante más sencillo. Esto va a permitir al consumidor seleccionar las drogas que ocasionen menos efectos indeseables, como reacciones violentas o una mayor adicción. La segunda consiste en que la prohibición trae consigo mercados ilegales en los que la calidad de las drogas es variable y resulta imposible anticipar los efectos de las drogas, incluyendo los efectos adictivos. La legalización, por el contrario, permitirá al consumidor diferenciar las drogas en función a su calidad y al grado de adicción que ocasionen. En otras palabras, la legalización va a crear una adicción *soft*, con drogas de efectos menos concentrados y menos perjudiciales para la salud de los consumidores. Así, aun cuando aumente el número de adictos,

habrá un tipo distinto de adicción y un consumo menos dañino.

Parece ser que en mercados transparentes existen una serie de mecanismos regulatorios que, como en el caso del tabaco, pueden desincentivar el consumo de drogas. Así, se podría requerir a los productores que incluyan una advertencia sobre los efectos de la droga producida, generar un mecanismo de control publicitario y, en general, regular las externalidades que con el tiempo se vayan verificando.

Una razón adicional, aunque de menor peso, es que con el actual sistema de prohibición, existen claros incentivos para los vendedores de drogas de invertir capital en la creación de adictos. El vendedor, por ejemplo, le da a una persona un par de dosis gratis para que inicie el consumo. Una vez que esta persona se convierte en adicto, el vendedor va a tener un mercado cautivo. Los costos de transacción, manifestados a través de la falta de información sobre otros posibles vendedores, así como el estar participando en una actividad delictiva, le imponen al consumidor dificultades para encontrar un vendedor que le ofrezca los mismos productos a mejores condiciones. Crear un adicto implica, bajo estas reglas, ganar un cliente.

Si las drogas se legalizaran, este tipo de incentivos para crear adictos puede disminuir. Supongamos que el mismo vendedor le da nuevamente a una persona un par de dosis gratis. Esta persona, una vez que es adicta, no necesitará acudir al vendedor que le ofreció las drogas por primera vez. Acudirá al supermercado, tienda o farmacia donde encuentre las drogas que busca a un menor precio<sup>22</sup>.

Tenemos, pues, importantes razones que compensan el aumento de la cantidad de consumidores derivado de una disminución en el precio de las drogas y de la posibilidad de hacer publicidad bajo un supuesto de legalización. El balance final en el número total de consumidores si las drogas se legalizan resulta incierto. No se puede afirmar que la cantidad de consumidores se va a elevar exponencialmente, pero tampoco se puede asegurar que se vaya a mantener o a disminuir.

Esta incertidumbre no es, a pesar de todo, absoluta. Dos experiencias de épocas y lugares diferentes nos sugieren elocuentemente que la legalización no va a traer un aumento desproporcionado del número de

<sup>22</sup> Esta razón, como hemos expresado, no es contundente. En mercados similares en que también se comercializan productos adictivos, las empresas que los fabrican buscan, por medio de la publicidad, crear adictos. Y ello porque aun cuando nada les garantizará que internalizarán la totalidad de los beneficios -pues el adicto, en un mercado explícito, no necesariamente comprará la marca del producto con la que le crearon la adicción- asumen como parte de sus costos la externalidad positiva que le generan a la competencia.

consumidores, sino que, por el contrario, éste se va a mantener o incluso va a disminuir.

La primera de estas experiencias se produjo en los Estados Unidos. Durante la década de los '20 se estableció la prohibición de comercializar y consumir alcohol (salvo por motivos religiosos y pequeñas dosis para el consumo personal). La finalidad de los funcionarios que establecieron este régimen fue sin duda muy loable: desterrar de tierras norteamericanas uno de los mayores males que sufrían. Los resultados, sin embargo, fueron desastrosos. A pesar de ello, existía el gran temor de que si el alcohol era nuevamente legalizado se produciría un tremendo incremento del porcentaje de la población que consumiría bebidas alcohólicas y del número de adictos al alcohol. La realidad echó por tierra estos temores. Desde 1937, cuatro años después de culminado el régimen de prohibición, hasta la actualidad, el porcentaje de consumidores de alcohol y el gasto total en bebidas alcohólicas<sup>23</sup> ha descendido de manera constante<sup>24</sup>.

Para nuestro propósito, la lección importante que se deriva de estos datos es que la legalización del alcohol claramente no ha estimulado el alcoholismo.

La segunda experiencia, mucho más cercana a nosotros, es la holandesa<sup>25</sup>. En Holanda desde hace unos años se decidió la legalización de cierto tipo de drogas<sup>26</sup>. Los resultados hasta el momento no pueden ser más alentadores. A pesar de un inicial incremento en el número de consumidores, actualmente éste se encuentra no sólo controlado, sino que ha empezado un paulatino pero constante descenso. El mayor éxito de esta política radica sin duda en que el sector que mayor disminución relativa de consumidores ha experimentado es el de los jóvenes.

La conclusión de todo esto es que no se puede asegurar de manera fehaciente que si las drogas se legalizan y se les da una regulación similar a la que actualmente rige para el alcohol, se va a producir un incremento en el número de adictos. Por el contrario, existen importantes razones que nos llevan a pensar

que la cantidad de adictos se mantendrá o incluso disminuirá con la legalización.

#### 4. DROGAS Y VIOLENCIA

El control y reducción de las conductas violentas es una de las preocupaciones centrales y uno de los roles esenciales de todo Estado. Casi la totalidad de países prohíbe la violencia, y gasta cuantiosos recursos en sancionarla y controlarla.

Uno de los pilares del sistema de prohibición es que el Estado no permite la producción, comercialización y consumo de drogas justamente con el propósito de eliminar o al menos reducir la violencia provocada por su consumo.

Nuevamente el Estado se ha impuesto una meta loable: proteger a sus ciudadanos de la violencia que otros ciudadanos del mismo Estado puedan ejercer contra ellos. Pero otra vez propósitos loables traen consigo resultados que por lo menos resultan ambiguos.

La relación entre las drogas y la violencia se da bajo tres aspectos distintos: la violencia por los consumidores de drogas, la violencia relacionada con la producción y distribución de las drogas y la violencia directamente asociada con la ejecución por parte del Estado de las normas relacionadas con la prohibición de las drogas<sup>27</sup>. En las líneas siguientes desarrollaremos cada una de estas clases de violencia relacionadas con el consumo y distribución de las drogas y mediremos los efectos esperados de la violencia tanto bajo un sistema de legalización como bajo el de prohibición que actualmente nos rige.

##### a) Violencia por los consumidores

La violencia por parte de los consumidores de drogas es básicamente de dos clases. La primera es la de las personas que cometen crímenes como consecuencia del consumo de drogas. En este caso, la violencia se produce como un efecto colateral del consumo. Quie-

<sup>23</sup> Cabe destacar que el gasto total en bebidas alcohólicas ha descendido en términos absolutos desde 1980. Ello quiere decir que el gasto total en alcohol en los Estados Unidos es hoy en día menor que hace veinte años.

<sup>24</sup> Al respecto ver FRIEDMAN, Milton. "The war we are losing". Op.cit., pp. 53-67. MIRON, Jeffrey. Violence and the U.S. Prohibitions of Drugs and Alcohol. En: [www.econ.bu.edu/miron](http://www.econ.bu.edu/miron). FRIEDMAN, David. Drugs, Violence and Economics. En: [www.davidfriedman.com/academic/drugs\\_and\\_violence/drugs\\_and\\_violence.htm](http://www.davidfriedman.com/academic/drugs_and_violence/drugs_and_violence.htm).

<sup>25</sup> Para un breve comentario al respecto, ver FRIEDMAN, Milton. "The war we are losing". Op.cit., p. 63. Similares experiencias, con los mismos resultados positivos, han tenido en China con el opio y en el estado de Alaska.

<sup>26</sup> No se han legalizado la totalidad de las drogas no porque no exista el consenso de que es la mejor alternativa para combatirlas, sino porque Holanda se encuentra vinculada a ciertos convenios de la Comunidad Europea que no se lo permiten.

<sup>27</sup> El marco conceptual que desarrollaremos se basa en las ideas propuestas por David Friedman en su ensayo titulado Drugs, Violence and Economics. FRIEDMAN, David. Op.cit., p. 4.

nes han consumido drogas normalmente tienen un menor control sobre sí mismos, por lo que pueden desarrollar comportamientos violentos que sin el influjo de las drogas no aflorarían. En términos económicos esto quiere decir que existe una demanda de cierto bien —en este caso el placer derivado del consumo de drogas— que es producido por dos elementos inherentes a él y que pueden resultar sumamente costosos. Uno de estos elementos es la propia droga. El otro, presente en el caso de ciertos consumidores, el riesgo de una conducta violenta y los costos asociados a ella<sup>28</sup>. Ello nos puede conducir a pensar que incrementando los costos de acceso a las drogas a través de la prohibición se reduce el consumo y, por lo tanto, el riesgo de violencia. Sin embargo, este razonamiento deja de lado que los consumidores están en capacidad de tomar ciertas precauciones que reduzcan este riesgo de violencia, como consumir drogas solos o con amigos cercanos, en lugar de hacerlo en una fiesta o en el estadio durante un partido de fútbol<sup>29</sup>.

Ello sugiere que la violencia por el consumo de drogas depende en la mayoría de casos de una elección de cada consumidor antes que del consumo de drogas en sí mismo. Entonces, la violencia derivada del consumo de drogas puede ser reducida reforzando los mecanismos que tienen como meta la violencia antes que el consumo. Esto puede reducir la violencia en dos sentidos. En primer lugar, se generan claros incentivos para que los individuos consuman drogas en lugares donde es muy difícil que se generen actos violentos. En segundo lugar, se generen incentivos para que los consumidores reduzcan la cantidad de drogas ingeridas, porque ello a su vez reducirá el riesgo de que se produzcan conductas violentas.

Un ejemplo propuesto por David Friedman<sup>30</sup> puede servirnos para aclarar este tema. Supongamos que el consumo de una dosis de la droga X genera un 10% de probabilidades de cometer un asalto. Asumamos además que todos los asaltos provienen del consumo de la droga X y que el único costo para el Estado es el de imponer un castigo, que en este caso será una multa.

El Estado cuenta entonces con dos posibilidades: o bien persigue y sanciona el consumo de la droga X (con, por ejemplo, una multa equivalente a 10 dólares), o bien persigue y sanciona los asaltos producidos como consecuencia del consumo de la droga X (con una multa de 100 dólares)<sup>31</sup>.

En este sentido, si el Estado decide disminuir la penalidad por consumir drogas en un dólar por acto de consumo, e incrementar la penalidad por asalto en 10 dólares (toda vez que cada acto de consumo conduce a un décimo de los consumidores a asaltar a alguien), el costo esperado de la penalidad no varía, pues quien decide ingerir drogas tiene que afrontar ahora un dólar menos de castigo esperado por el consumo, pero también una posibilidad de un décimo de cometer un asalto, para el que la sanción ha aumentado en 10 dólares<sup>32</sup>.

Sin embargo, el mismo gasto en castigo produce una mayor reducción de los asaltos si se utiliza para perseguir y sancionar los asaltos antes que el consumo de drogas. ¿Por qué? Porque los consumidores, que saben de la existencia de una multa por asaltar, van a tomar ciertas precauciones para que el acto de consumo no devenga en un acto de violencia. Supongamos que incurriendo en costos de precaución el consumidor logra reducir las posibilidades de cometer un asalto al 5%. En este caso, el costo esperado del consumidor por cada acto de consumo con una penalidad de 5 dólares será igual al precio de la droga X más los 5 dólares de castigo esperado por el acto de consumo. En cambio, el costo esperado del consumidor por cada acto de consumo con una penalidad de 100 dólares por asalto equivale al precio de la droga X, más los 5 dólares de castigo esperado por el asalto, más el costo de precaución. Ello nos demuestra que mediante un control *ex post*, se eleva el costo relativo de consumir drogas, lo que a su vez traerá como resultado un menor consumo. En otras palabras, el costo de represión de actos concretos resulta menor que el de actos más difundidos y extendidos. Además, como los consumidores tienen la posibilidad de tomar ciertas precauciones,

<sup>28</sup> Ibid. p. 5.

<sup>29</sup> Como señala David Friedman, la evidencia empírica sugiere que gran parte del bajo nivel de violencia asociado con el consumo de alcohol es visto por ciertos consumidores no como un costo, sino como un beneficio. Es decir, algunas personas consumen alcohol con la finalidad de realizar actos violentos. En el caso del alcohol, esta evidencia ha llevado a la lógica reacción de concentrar los esfuerzos de la policía en prevenir y perseguir estos actos violentos y no, por los enormes costos que ello supone, en prohibir su consumo. Ibid. p. 6.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Los montos asignados a las multas, si bien son arbitrarios, guardan relación entre sí, pues en cada caso el costo esperado para el consumidor es de 10 dólares. Así, si ambas reglas estuvieran vigentes, el consumidor que ingiere una dosis de droga tendrá afrontar un costo esperado de 20 dólares (10 dólares por el acto de consumo más 10 dólares por la probabilidad de uno en diez de recibir una multa de 100 dólares).

<sup>32</sup> En ambos casos, el costo esperado de consumir drogas se mantiene en 20 dólares (10 dólares de costo esperado por el consumo más 10 dólares de costo esperado por el asalto en el primer caso; y 9 dólares de costo esperado por el consumo más 11 dólares de costo esperado por el asalto en el segundo).



la probabilidad de que consuman drogas y luego cometan un asalto es menor<sup>33</sup>.

Este argumento de tener como meta el control de la violencia antes que el del consumo de drogas se vuelve aún más fuerte si consideramos que una de las precauciones que los consumidores pueden tomar para evitar cometer actos violentos y ser castigados por ello es empezar a consumir una droga que con mayores dificultades pueda generar conductas violentas en quienes la consumen. Así, eliminando la prohibición de las drogas se incrementarán las alternativas para los consumidores y aumentarán los incentivos para producir y consumir drogas con tendencia a no generar comportamientos violentos.

El segundo tipo de violencia relacionada con los consumidores es el de las personas que cometen crímenes con la finalidad de pagar sus drogas. La regla general en este caso es exactamente igual que en el anterior. Aumentar el costo del consumo de drogas asociadas con conductas violentas va a significar una reducción de dicho consumo y, por lo tanto, una disminución de la violencia<sup>34</sup>.

Pero incluso si el precio de las drogas disminuye con su legalización, el efecto final en la violencia es bastante ambiguo, desde que el consumo de drogas tiene un límite fijado por restricciones no pecuniarias. El consumidor de cocaína que mantiene su nivel de gastos en drogas una vez que su precio cae como consecuencia de la legalización, difícilmente va a poder cometer delitos por mucho tiempo para mantener sus hábitos porque pronto estará muerto<sup>35</sup>.

## b) Violencia en la distribución y comercialización

Con el actual sistema de prohibición, la violencia en la distribución y comercialización de las drogas se debe básicamente a tres factores. La primera posibili-

dad es que la violencia ocurra porque las personas vinculadas con esta actividad, al poseer normalmente activos valiosos como drogas y dinero en efectivo, son un blanco atractivo para otros criminales. Llamar a la policía resulta ser una solución poco práctica en estos casos, por lo que se utiliza el uso de la violencia privada como mecanismo de protección. Evidentemente con la legalización de las drogas este tipo de violencia disminuiría notablemente.

La segunda posibilidad, sugerida por Jeffrey Miron<sup>36</sup>, es que la violencia constituye el modo de resolver conflictos en los mercados negros. De acuerdo con este autor, las actividades de cualquier mercado dan origen a disputas comerciales. Estas disputas originan, a su vez, una demanda para solucionarlas. Los métodos de solución de conflictos son muy ricos y variados, y van desde un largo proceso ante el Poder Judicial, hasta la violencia. En los mercados legales, los participantes generalmente encuentran más barato contratar a un abogado que usar la violencia. En mercados ilegales, sin embargo, resulta imposible utilizar los mecanismos oficiales de solución de conflictos, desde que las cortes no considerarán como válidos contratos que implican una transacción de mercancías prohibidas y las partes difícilmente pueden usar estos mecanismos sin inculparse ellas mismas. Por eso, en tanto resulta menos costoso para las partes, en los mercados negros se utiliza la violencia antes que los abogados para resolver disputas comerciales<sup>37</sup>.

La tercera posibilidad es que la violencia en la distribución se produzca por la competencia territorial entre los abastecedores. En tanto las ganancias de cada proveedor dependen del territorio ocupado o controlado, se espera una competencia entre abastecedores adyacentes por el control de cierta zona. Una forma muy común de competencia es aquella que toma la forma de violencia. Parece bas-

<sup>33</sup> Cabe destacar que este ejemplo es tan solo un modelo simplificador de la realidad con el que se busca predecir ciertas conductas. Ello quiere decir que trabaja con supuestos que no necesariamente se verifican tal cual en la realidad. Así, por ejemplo, no sería cierto si el costo de imponer una penalidad por los asaltos fuera sustancialmente mayor que el costo de penar los actos de consumo. Tampoco es cierto, evidentemente, que toda la violencia de una sociedad provenga del consumo de las drogas, ni que el único costo que tiene Estado en la ejecución de sus normas es el de imponer un castigo. A pesar de ello, estas constataciones no deslegitiman ni inutilizan el ejemplo, pues su valor radica, como ya se mencionó, justamente en la capacidad que tiene para predecir conductas.

<sup>34</sup> La situación en este caso no es tan clara, porque también resulta válido el razonamiento contrario que señala que la existencia de drogas caras (sistema de prohibición) determina un mayor esfuerzo de los consumidores para obtener el dinero que requieren para consumir sus drogas.

<sup>35</sup> Esta constatación que puede resultar muy dura a primera vista en realidad no lo es tanto. Después de todo, ¿por qué tendría que obligarse a otras personas a asumir el costo de la elección personal de un individuo acerca de lo que hace o deja de hacer con su vida? ¿No es acaso cada uno de nosotros responsable por las decisiones y elecciones que toma en ejercicio de su libertad?

<sup>36</sup> MIRON, Jeffrey. Op.cit. p. 3.

<sup>37</sup> No estamos descartando que los distribuidores de drogas puedan llegar a un acuerdo de reparto del territorio como mecanismo para evitar el uso de la violencia. Sin embargo, estos acuerdos son bastante frágiles, pues su incumplimiento no puede ser reclamado ante el Poder Judicial. Por otro lado, es posible presumir la existencia de elevados costos de transacción en este campo como para esperar que estos acuerdos se tomen y se lleven a cabo con normalidad.

tante claro que esta forma de violencia también sería eliminada si se optara por la legalización.

### c) Violencia relacionada con la exigibilidad de las normas por el Estado

Una de las fuentes de violencia más importantes relacionada con las drogas es la exigibilidad, por parte del Estado, de las normas que prohíben su consumo y comercialización.

De acuerdo con Miron<sup>38</sup>, existen claras razones por las que la exigibilidad de las normas que prohíben las drogas dan lugar a un incremento de la violencia. La primera razón es que la exigibilidad de estas normas implica una disminución de la libertad de los individuos para producir y comercializar libremente cierto tipo de bienes. Esto trae como consecuencia que un mayor número de disputas comerciales tenga que resolverse a través de mecanismos ilegales, lo que incrementa el uso de la violencia<sup>39</sup>.

La segunda razón consiste en que, aun manteniendo el régimen legal constante, la violencia aumenta si las actividades del Estado dirigidas a reforzar la prohibición se incrementan. Por ejemplo, si el Estado decidiera reforzar la prohibición de las drogas persiguiendo el consumo y comercialización de drogas que hoy en día son legales si se utilizan para fines medicinales, no sólo estaría sacando fuera del mercado estos productos, sino que también impediría que los conflictos derivados de estas transacciones se resuelvan a través de los cauces legalmente establecidos. Los abastecedores de estas drogas seguramente ya no serán las clínicas y farmacias, sino individuos que solucionarán los conflictos que surjan mediante el uso de violencia.

En tercer lugar, en algunos casos la exigibilidad de las normas tiende a quebrar acuerdos llevados a cabo en el mercado negro justamente para evadir el uso de la violencia como mecanismo de solución de conflictos. Así, cuando la coacción del Estado es utilizada para arrestar abastecedores de drogas, se incrementará la violencia como consecuencia de los intentos de los restantes abastecedores para hacer suyo el mercado que ha sido dejado libre. Ello porque no se toma en cuenta que incluso en el mercado negro los

abastecedores pueden crear sus propios mecanismos de solución de conflictos que no impliquen el uso de violencia.

La cuarta razón proviene del hecho que en mercados ilegales las disputas entre el Estado y los participantes de estos mercados se resuelven normalmente mediante el uso de violencia. El propio Estado frecuentemente utiliza la violencia en la ejecución de las normas que prohíben las drogas (rompiendo puertas a media-noche, capturando individuos, deteniendo vehículos, etc.) y como los participantes de los mercados negros no pueden acudir al Poder Judicial a demandar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, normalmente responden con violencia (atacando policías, jueces, funcionarios públicos y políticos).

Finalmente, la quinta razón consiste en que se genera una especie de redistribución de los recursos disponibles para la lucha contra la violencia, desde el crimen en general hacia la guerra contra las drogas. Ello implica que existe una relación positiva entre el número de efectivos asignados a la lucha contra las drogas y las tasas de delitos comunes: mientras mayor cantidad de personal se destaque al control de las drogas, menor será la cantidad de efectivos que luchen contra los delitos comunes y, por lo tanto, mayor será la tasa esperada de delitos comunes cometidos<sup>40</sup>.

Pero la actuación del Estado en este campo no sólo genera violencia, sino que tiene peculiares efectos redistributivos en favor de los grandes cárteles de drogas. En un mercado libre existen miles de importadores y exportadores. Cualquier persona puede entrar al negocio. Pero es muy difícil para un individuo entrar al negocio de importación de drogas, porque los costos de evadir a las autoridades le resultan prohibitivos. Los únicos que pueden sobrevivir en este negocio son los cárteles que tienen el suficiente dinero como para tener sus propios aeroplanos y pistas de aterrizaje clandestinas, y para utilizar sofisticados métodos con la finalidad de no ser descubiertos. ¿Qué más querría un monopolista?

Lo que se deriva de todo este análisis sobre la violencia en relación con los consumidores, la distribución de las drogas y la actuación del Estado, es que la principal fuente de violencia no son las drogas en sí

<sup>38</sup> MIRON, Jeffrey. Op.cit., pp. 4-6.

<sup>39</sup> El ejemplo típico de esta situación es la inicial creación de una prohibición. Pero incluso se produce un incremento de la violencia cuando la prohibición ya existente se expande hacia sustitutos cercanos.

<sup>40</sup> Esta afirmación se vincula, como ya se señaló anteriormente, con la existencia de uno de los tantos grupos de víctimas inocentes que trae consigo el sistema de prohibición, como es el que componen todas aquellas personas que son víctimas de delitos comunes (como robos, asaltos, violaciones y homicidios) derivados del hecho que gran parte del personal de la policía se encuentra luchando contra las drogas.

mismas sino la prohibición que existe para su consumo y comercialización. Si se optara por la legalización, prácticamente toda la violencia relacionada actualmente con las drogas desaparecería<sup>41</sup>. Esta afirmación se encuentra respaldada, además, por la copiosa evidencia empírica de lo que ocurrió en los Estados Unidos con la prohibición del alcohol<sup>42</sup>.

## 5. ¿CÓMO REGULAR EFICIENTEMENTE EL MERCADO DE DROGAS?

Hemos constatado a través del presente análisis el enorme costo social que impone la guerra contra las drogas y el sistema de prohibición. Se eleva exponencialmente el número de víctimas inocentes, no se logra controlar el consumo y aumenta la violencia en la sociedad. Es claro que la solución pasa por un cambio de sistema. Sin embargo, este nuevo sistema puede tener diversos matices que se distinguen según el grado de intervención del Estado en este campo.

La primera alternativa, que hemos venido proponiendo a lo largo de este trabajo, consiste simplemente en legalizar las drogas y dejar que su consumo se rija por las reglas del libre mercado. En este marco, el rol del Estado se limitará a prohibir la venta de drogas a los menores de edad<sup>43</sup> (lo que incluye prohibirla en lugares cercanos de los colegios) y a regular los horarios de la publicidad a través de los medios de comunicación. Es decir, someter el comercio de drogas a la misma regulación que actualmente rige para el consumo de ciertos licores con alto contenido de alcohol.

Una segunda alternativa es que, en lugar de permitir que el consumo de drogas se rija por las reglas del libre mercado, el Estado se encargue de distribuirlas de forma gratuita a los adictos que se encuentren debidamente registrados. Los problemas con esta opción son, sin embargo, enormes. Parece bastante claro que no existen los bienes gratuitos<sup>44</sup>, pues siempre alguien

termina pagando por ellos. En este caso, todos los que pagan sus impuestos estarán subsidiando el consumo de drogas. Además, se crearán incentivos para que los adictos soliciten una mayor cantidad de drogas de las que realmente necesitan o desean<sup>45</sup>, lo que dará lugar a largas "colas" para conseguir las drogas requeridas. Uno de los principales problemas con esto es que, en la medida en que las personas más ricas generalmente valoran su tiempo más altamente que las personas más pobres (pues su costo de oportunidad es mayor), el efecto que se genera es incentivar un uso relativamente mayor de las drogas por parte de los sectores de menores recursos de la sociedad. Por otro lado, estas drogas serán colocadas en lugares en los que sí tengan un valor de mercado, generando corrupción entre los funcionarios públicos encargados de distribuirlas.

Otra alternativa, que supone una menor intervención estatal y, por lo tanto, una menor distorsión de los precios e información que brinda el mercado, es que se legalicen las drogas, pero que sólo puedan comercializarse en tiendas administradas por el Estado, de tal forma que se pueda controlar la oferta de drogas y, consecuentemente, el número de adictos. Esta posibilidad trae también diversos problemas. Una primera objeción es que si la finalidad de estas tiendas estatales es abastecer la demanda, el Estado se va a convertir en un propulsor del consumo de drogas (ubicando las tiendas, por ejemplo, en lugares accesibles y concurridos). Además, debido a la enorme cantidad de dinero que existe en este negocio, se crearán claros incentivos para el abuso y la corrupción.

Finalmente, una última alternativa, analizada por Posner<sup>46</sup>, es que se produzca un desplazamiento del objetivo de la ley, del castigo a la educación. Sin embargo, ¿cuál es la probabilidad de que la educación sobre los peligros de las drogas sea eficaz? Como señala este autor, el precio total de las drogas para el consumidor tiene dos componentes: el precio nominal, es decir, el precio de mercado cobrado por el vendedor; y el costo del uso de la droga para el

<sup>41</sup> Una demostración de esto es lo que ocurre hoy en día con el alcohol. ¿Cuánta violencia existe alrededor del comercio de alcohol? En relación con las drogas la violencia es casi nula y se reduce a la que existe como consecuencia de la prohibición del alcohol a los menores, de los elevados impuestos que crean incentivos para el contrabando, de los accidentes y de los actos violentos de algunos consumidores.

<sup>42</sup> Ver al respecto FRIEDMAN, Milton. "The war we are losing". Op.cit., p. 58. MIRON, Jeffrey. Op.cit., pp. 32-40. FRIEDMAN, David. Op.cit., pp. 1-3.

<sup>43</sup> Incluso para los menores de edad la opción de la legalización es menos dramática. Somos conscientes de que la prohibición de venderles drogas a los menores va a ser en parte incumplida. En este caso, sin embargo, los menores tendrían acceso a drogas más suaves y menos dañinas. Aunque esto parezca duro, es preferible a que consuman drogas de dudosa procedencia y que les pueden ocasionar incluso la muerte. Ocurriría algo similar a lo que ocurre con el alcohol: debido a que los menores tienen acceso a la cerveza (bebida con un bajo grado de alcohol) se reduce el número de menores que consumen caña.

<sup>44</sup> O, como diría Milton Friedman, no hay almuerzo gratis.

<sup>45</sup> Ello se deriva de que si el precio de las drogas se mantiene por debajo del equilibrio competitivo (cosa que parece bastante clara si el precio es nulo), la gente comprará más de lo que compraría si el precio fuera el de equilibrio competitivo.

<sup>46</sup> POSNER, Richard. Op. cit., pp. 236-237.

consumidor, que se presenta bajo una disminución de la longevidad, la salud, las perspectivas de empleo, etc., tal como el consumidor percibe este costo. La educación sobre los peligros del consumo de drogas aumenta ese costo percibido, pero sobretodo para los consumidores que tengan suficiente educación y acceso a los medios de comunicación como para entender cabalmente estos costos. Así, este sistema de educación será efectivo para los consumidores de clase media, entre quienes disminuirá la demanda de drogas y, en consecuencia, el precio de las mismas. La demanda de los consumidores de clase baja en quienes no ha surtido efecto este programa educativo disminuirá poco o nada. Por el contrario, aumentará a medida que baje el precio de mercado como consecuencia de la disminución de la demanda de los consumidores de clase media. En resumen, es bastante probable que un programa educativo no reduzca en absoluto la cantidad de drogas consumidas en la sociedad. Lo único que conseguirá será un traslado del consumo hacia el grupo social más pobre y que cuenta con menores recursos. Esta política, en un país sumido en la pobreza como el Perú, puede traer consigo efectos dramáticos.

En realidad, cualquier política que busque reducir el consumo de drogas y que suponga la intervención del Estado en la economía está destinada a fracasar. Ello no porque los funcionarios estatales carezcan de buenas intenciones. Por el contrario, seguramente gran parte del actual sistema de prohibición de las drogas se basa en buenas intenciones de un grupo bien pagado de burócratas. Lo que ocurre es que la intervención estatal en la economía, y especialmente en un área tan rentable como el comercio de drogas, genera incentivos para la corrupción.

Como señala Milton Friedman<sup>47</sup>, la guerra contra las drogas está destinada a fracasar porque constituye una típica empresa socialista, que nace probablemente de las buenas intenciones de un grupo de funcionarios públicos, pero que resulta ineficiente porque es ventajosa para el pequeño grupo de políticos que la maneja y dañina para una gran cantidad de personas. Como sugiere este autor, una inversión de la máxima de Adam Smith sobre la mano invisible es también cierta: las personas que sólo intentan velar por el interés público son llevadas por una mano invisible a satisfacer su interés privado, aunque esta no sea su intención inicial.

¿Por qué la intervención del Estado en la economía incentiva la corrupción? Como señala Lorenzo Bernaldo de Quiroz<sup>48</sup>, "el desarrollo de la corrupción se debe a un error metodológico de base: la idea de que la naturaleza humana sufre una mutación sustancial en función del lugar donde los individuos desempeñen su actividad. Según este planteamiento, los individuos se comportan de manera diferente cuando actúan en el mercado a como lo hacen en el sector público. En éste se despojarían de todo interés egoísta, entregándose al servicio del bien común (...).

Como es evidente, la esquizofrenia entre el doctor Jeckyll funcionario político y el mister Hyde sujeto privado carece de consistencia teórica y empírica. Todas las personas intentan maximizar su utilidad; lo único que cambia es el contenido de ésta en razón del marco institucional donde los individuos actúan. Ahora bien, las consecuencias derivadas de la acción individual que maximiza su utilidad son muy distintas si esta se despliega en el mercado o si lo hace en el terreno político. Si el interés propio domina a la mayoría de los hombres en todas las empresas comerciales ¿por qué no también en sus empresas políticas?".

Agrega este autor que "en un mercado libre, las transacciones se producen porque benefician a las dos partes. No habría intercambio si quienes participan en él no lo estiman mutuamente beneficioso"<sup>49</sup>. Por otro lado, "cuando el individuo participa en la acción colectiva, su actitud no pierde su naturaleza maximizadora, simplemente se modifica el fin a maximizar. Los políticos y los burócratas maximizan poder, pero la mano invisible que en el mercado lleva a convertir los intereses egoístas en un servicio a la colectividad, actúa en un sentido inverso en la vida pública; en efecto, la mano invisible funciona al revés, ya que convierte los intereses colectivos en individuales. En el terreno político, la maximización de la utilidad requiere que ésta se produzca a costa de los demás"<sup>50</sup>.

El mismo autor concluye señalando que "la única forma para limpiar la escena de las democracias occidentales no es poniendo al frente de los órganos políticos y administrativos a seres inmaculados, sino impidiendo que el poder pueda ser mal utilizado por los malvados o pueda corromper a los justos. Esto supone cambiar el planteamiento de ¿quién gobierna? por el de ¿cuánto poder se debe confiar a los gober-

<sup>47</sup> FRIEDMAN, Milton. "The drug war as a socialist enterprise". Op.cit., pp. 3-8.

<sup>48</sup> BERNALDO DE QUIROZ, Lorenzo. "Estado, economía y corrupción". En: Themis No. 38, p. 257.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibid, p. 258.

nantes? Aquí, la respuesta es evidente: el menor posible para que el poder pueda hacer el menor daño posible<sup>51</sup>.

Como vemos, la regulación del problema de las drogas trasciende el ámbito de los consumidores y la violencia, abarcando otros de mayor relevancia incluso para la vida cotidiana de cada uno de nosotros. Mientras más facultades y poderes ostente el Estado para intervenir en las elecciones estrictamente privadas de los particulares, menor será la libertad de cada individuo para elegir lo que crea más conveniente para sí mismo, y mayores las posibilidades de ver afectados sus derechos fundamentales. Como señala Friedman<sup>52</sup>, progresaremos más en la lucha contra las drogas si reconocemos que repeler la prohibición es parte del problema mayor de cortar el poder del gobierno y restaurar el poder de los particulares.

## 6. CONCLUSIÓN

Hemos visto a lo largo de estas páginas cómo la prohibición del consumo y comercialización de las drogas resulta una medida socialmente ineficiente, por la enorme cantidad de recursos que se desperdician y los enormes costos que como sociedad debemos asumir.

Sin embargo, podría objetarse el presente análisis argumentando que el problema de las drogas es un tema que trasciende el ámbito meramente económico y que abarca otros de tanta importancia como la moral y la justicia. En realidad, las críticas al uso del criterio de la eficiencia para buscar soluciones concretas a problemas cotidianos desconocen, en su mayoría, que este concepto trae implícito la noción de justicia. Como señala Guido Calabresi, evitar el desperdicio es parte de la noción común de justicia. En otras palabras, en una sociedad donde los recursos son escasos, desperdiciarse es injusto<sup>53</sup>. Richard Posner, por su parte, señala que un significado de justicia, tal vez el más común, es el de la eficiencia. Así, "cuando los individuos califican de injusto el hecho de condenar a una persona sin someterla a juicio, de expropiar sin una compensación justa o de no obligar a un automovilista a que pague los daños causados a la víctima de su

negligencia, esto no significa nada más que la afirmación de que ese comportamiento desperdicia recursos (...). Y con un poco de reflexión nos sorprenderá que, en un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerarse inmoral"<sup>54</sup>.

Considerar la justicia y la eficiencia como dos conceptos separados es un grave error. Evitar el desperdicio y hacer que los costos de una decisión recaigan sobre un determinado individuo o grupo social porque genera los incentivos adecuados, es parte de las nociones de justicia y moral que comúnmente manejamos. En este sentido, ¿no resulta inmoral, acaso, que los contribuyentes paguen impuestos expropiatorios para pagar el sueldo de una mayor cantidad de policías o para mantener más prisiones y prisioneros? ¿No es inmoral exigirle a los agricultores más pobres de nuestro país que se dediquen a una actividad distinta porque de las plantas que cultivan se pueden extraer ciertas drogas? ¿No es inmoral dejar que una gran cantidad de personas sean víctimas de asaltos, robos y violaciones porque las fuerzas policiales se encuentran inmersas en la guerra contra las drogas? ¿No es inmoral, finalmente, que quienes no somos consumidores tengamos que asumir un costo tan alto por la decisión libre de otras personas de hacerse daño a sí mismas?

La prohibición de las drogas es sumamente costosa para la sociedad. Pero lo realmente trágico es que quienes pagan por el mantenimiento de este sistema absurdo son, en su gran mayoría, aquellos que se encuentran alejados del problema del consumo. En este contexto, no permitir la legalización de las drogas resulta ineficiente y, por lo tanto, inmoral.

Vemos ahora como Johnnie Walker y Pablo Escobar son dos personajes con un gran parecido. Ambos fueron grandes empresarios y tuvieron una gran visión para los negocios. Evidentemente existe una brecha de carácter ético que los separa. Eso es indudable. El que hoy día cerremos esa brecha depende de una decisión burocrática. Sólo así veremos a los futuros Pablo Escobar convertidos en prestigiosos Johnnie Walker.

<sup>51</sup> Ibid, p. 262.

<sup>52</sup> FRIEDMAN, Milton. "The drug war as a socialist enterprise". Op. Cit., pp. 6-7.

<sup>53</sup> CALABRESI, Guido. Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto? En: *Ius et Veritas*. No. 4, 1992, p. 90.

<sup>54</sup> POSNER, Richard. Op.cit., p. 32.

## PORQUE LA CIENCIA. EN TORNO AL SABER MÚLTIPLE

Hugo Neira

*Estamos frente a un texto que muestra el dominio, propio de un erudito de diversas disciplinas en las que se ha dividido el estudio del saber humano.*

*El autor comenta la crisis en la que se encuentra la ciencia en general, dejando en evidencia sus deficiencias axiomáticas, abogando porque las ciencias reductoras dejen de lado su marcado estructuralismo y se abran más hacia el estudio de factores imprevisibles.*

*Neira concluye con una alarmante crítica que constituye, a la vez, un llamado desesperado de auxilio a nuestros pensadores nacionales: para salir del subdesarrollo seamos partícipes o, al menos, testigos de la discusión científica que se viene dando en el Primer Mundo. De lo contrario, pronto nos convertiremos en un "país-museo".*

¿Por qué la necesidad de una cultura científica? Sostengo que nadie que trabaje en ciencias sociales y humanas y a pesar de la especificidad de éstas, puede ahorrarse el esfuerzo de saber hacia dónde se mueve la masa del saber humano. No digo ni de broma la totalidad, pero sí la orientación. ¿Qué ocurre, en efecto, en nuestro tiempo, en materia de métodos, de percepción del mundo, de reflexión sobre los procedimientos mismos de la investigación científica? Y ello, en interés del propio campo, ¿qué ocurre en las disciplinas vecinas o conexas? Formulo estas cuestiones mayores en el frontispicio de las líneas que siguen, como un conjunto de interrogaciones, es decir, una problemática. Nadie que se ocupe de la investigación y de trabajos de frontera puede eludir los criterios de verdad, causa, determinismo y azar. En otras palabras, la lección de ciencia es lección para las ciencias. Las diversas epistemologías se interactúan.\*

○○○

(\*) Me hago cargo, por cierto, del estado de la educación en el Perú, de los salarios paupérrimos de sus docentes universitarios, al punto que algunos tienen que reunir varios cargos de profesor “a dedicación exclusiva”, vale decir, trabajar a “tiempo completo” en varios establecimientos, para reunir un mínimo salario; ocupamos el penúltimo lugar en inversión en educación de la América Latina, pero como conversaba con Mario Vargas Llosa de paso por Tahiti para un “*honoris causa*”, los colegios estatales en los que estudiamos en los cincuenta y el San Marcos de los sesenta, no estaban nada mal, y tanto él como yo, les debemos mucho. ¿Qué pasó? El país hizo el peor ahorro, el de docentes con salarios de hambre. Claro está, con profesores que no tienen para viajes ni para comprar libros, abrumados por horarios asesinos, no se puede exigir una cultura científica y humanista. No tengo nada contra las universidades privadas, a condición de que no se dediquen a profundizar el malentendido cultural, pero están siguiendo lo que creen las rutas del futuro, carreras cortas, de éxito, listas para la globalización. No lo diré yo con mis propias palabras. “Ni por asomo alguna especialidad académica pura o de investigación humanística como física, matemáticas, literatura o filosofía”<sup>1</sup>. Es eso lo que llamo la dimisión científica. Incluso, en las clases acomodadas. “La Universidad como una fábrica de perilleros o digitadores de artefactos cibernéticos y de consumidores compulsivos. Ni un ápice de sus raíces primigenias: la investigación y el conocimiento universal del ser humano”<sup>2</sup>. De eso se trata, de educar y no de adiestrar a nuevas formas, me temo, de servidumbre.

○○○

Antes de continuar, quisiera proponer al lector una metáfora. Siempre me intrigó la ciudad de Venecia, no sólo por motivos estéticos, es sin duda la ciudad más bella del mundo, pero tanto como la Venecia visitada por artistas y escritores, desde Goethe a Rilke, me intrigó su deriva histórica. La he recorrido a veces con un sentimiento de culpabilidad. Su decadencia se origina cuando aparece en el horizonte Sevilla y Amsterdam, es decir, el opulento comercio hacia las tierras americanas. Hasta entonces, Venecia fue la reina de los mares, y en sus fiestas, echaba al agua el Bucentauro, la maravillosa galera esculpida y dorada para desposar la ciudad con el océano. La flota y la república veneciana no fueron sino una misma entidad. Ahora bien, visitando el formidable astillero donde antaño se construyeron las galeras comerciales y militares que le dieron la dominación

del mar Adriático y múltiples colonias portuarias hasta que llegaron los turcos, me sorprendió que siguieran haciendo galeras, es decir, barcos a remo, cuando portugueses y castellanos habían adoptado la carabela, la nave con velas triangulares capaz de navegar mar adentro, lejos del borde de las costas, cosa que no hacían los marinos venecianos. La pregunta es muy simple ¿por qué no cambiaron? Fabricaron galeras hasta dos siglos que los océanos se poblaron de barcos de vela y las flotas de diversas naciones aprendieron a dominar los vientos. La respuesta que recibí, acompañado de historiadores italianos es interesante y a la vez tautológica. El dominio exclusivamente costero de los venecianos no precisó de otras embarcaciones de las que ya conocían, repito, a base de remeros (una potente corporación que defendía sus intereses). ¿O fue al revés? ¿El hecho de fabricar únicamente naves de remos los condujo a no concebir otra cosa que precarias posiciones costeras? Que el lector eliga.

¿Necesito explicar cuáles son nuestras galeras? No estoy seguro qué origina nuestro secular desinterés por la ciencia; sé que ello genera un tipo de estudios, un tipo de intelectual y, en consecuencia, una de las formas de nuestra dependencia. O es al revés, nuestra dependencia genera una forma de aproximación subalterna y dependiente al saber científico, por lo tanto, un tipo de profesional, un tipo de clase cultivada indiferente a la producción del saber científico, y en consecuencia, y de todos modos, el retardo. El tema queda planteado. Mientras tanto, diversos pueblos, y no necesariamente europeos o desarrollados, han cambiado sus astilleros, y no fabrican más galeras, por hermosas que sean.

## I. PORQUE LA CIENCIA

No se trata solo de admitir su importancia para todos en el mundo en que vivimos. Un mundo que es en gran parte sus inventos. Lo que llamamos la modernidad, el paisaje de nuestras ciudades, la manera de vivir, trabajar o divertirse, resulta indisoluble de lo que durante los últimos 200 años, el saber científico ha ido no sólo introduciendo sino acumulando, por olas de invenciones. La primera revolución industrial de la hulla y el carbón distribuyó los ferrocarriles, barcos a vapor y fábricas por todas partes, y para entender nuestro siglo XIX, Jorge Basadre tuvo que interesarse a lo que de otro modo, no es sino un capítulo de la difusión de los descubrimientos

<sup>1</sup> HUAMÁN, Miguel Ángel. En: Hueso Húmero, No. 34, julio de 1999. p. 185.

<sup>2</sup> Ibidem.

científicos. Pero de pronto en los días de la construcción del ferrocarril central, anduvimos más cerca de las claves del progreso que el día de hoy. Sea como fuera, la segunda ola de modernización trajo consigo la electricidad, rutas aéreas y camiones y automóviles. No es poca cosa, las aldeas andinas son una cosa antes del comercio en mulas o a pie y otra, cuando las ferias comerciales, el movimiento de productos y pasajeros. La tercera revolución tecnológica en curso en nuestros días, ¿va abrir otros caminos? ¿La genética, la informática, los nuevos medicamentos, las nuevas plantas obtenidas en laboratorios?

¿Cuáles son las consecuencias de la globalización científica? Aun viniendo de fuera, hay que tener un mínimo de preparación para entenderla, apropiarse de su técnica y consecuencias. El poder de la técnica, o como señalan algunos, de la tecnociencia, o sea, la imbricación de grandes laboratorios y grandes capitales, es demasiado poderosa para dejarla de lado. Es el lenguaje del mundo. Ciencia y sociedad seguirán ligados, y ay del pueblo, nación, comunidad humana, investigador aislado, o docente, que lo ignore. ¿Cómo dejar de interesarse por los efectos, benignos o malignos, que desencadena el uso de alimentos genéticamente modificados? Ante el uso de la técnica en gran escala, lo menos que podemos decir es que sus efectos guardan un grado alto de ambivalencia. Es el caso de las aplicaciones de la informática en oficinas y de máquinas robots en talleres. Quién negará que aumenta la productividad y disminuye los costos. Cómo cerrar los ojos a que disminuye la posibilidad de emplear. El gran público que cree ver la ciencia avanzar cuando lo que ve es aplicaciones de la misma. La primera ordenadora Apple pudo ser construida en un garage, pero su principio binario es conocido desde 1645, cuando la "máquina aritmética" de Blaise Pascal se echa a andar dotada de una simple rueda dentada.

La ciencia sabe lo que no sabe. Sus inventarios, cuando lo son, son modestos, dicen que falta saber. John Maddox, que durante años fue el redactor de la prestigiosa revista "Nature" ( la revista en que la publicación equivale a una consagración ) ha hecho la lista de los dilemas irresueltos. ¿La teoría del *bing bang* resistirá un mejor conocimiento de los agujeros negros? ¿Podremos algún día llegar a saber dónde se encuentra la inmensa masa escondida (o

negra) del universo? ¿Realmente, sabemos que es lo viviente? ¿Puede haber otra forma de organización de la vida que la nuestra, fundada en el carbono? ¿Llegaremos a una explicación científica de las funciones intelectuales, de la imaginación, de la conciencia? De la astrofísica a las matemáticas, de la genética a las neurociencias, pasando por la paleontología, la biología, la ecología y la informática, lo que está en juego, el listado de lo pendiente es simplemente abrumador<sup>3</sup>.

Ahora bien, interesarse en la ciencia es preocuparse de algo que se está moviendo, y que contrariamente a lo que muchos creen, es incompleto, inseguro, unido a una impresionante capacidad de innovación, lo cual abre el camino del progreso tanto a teóricos aislados como a países pequeños. En efecto, las deslumbrantes invenciones -ordenador, fax, teléfonos portátiles- no dejan ver al común de los mortales, y aun la otra cara de las aplicaciones comerciales e industriales de la técnica y que son los dilemas no resueltos de la ciencia fundamental. Me estoy refiriendo a axiomas de base, algunos de ellos decisivos y que permanecen irresueltos desde comienzos del siglo veinte. El problema es conocido en los medios especializados, en los "círculos epistemológicos". La situación es paradójica. Nunca el saber aplicado ha sido más intenso y espectacular. Nunca el genio humano ha reconocido con tanta nitidez como en nuestros días, sus límites. En teoría de física, matemáticas y ciencias del universo, lo que suele encontrarse es una serie de aporias. Aporia: objeción o problema insoluble. En una contribución mía al IX Congreso de psicólogos en Lima, he hablado de este no progreso, bajo el título de "El eje roto"<sup>4</sup>.

Pondré un par de ejemplos entre los mayores de la historia de las ciencias en el siglo veinte. Por un lado, uno que compete al corazón mismo de la física cuántica. El público se ha familiarizado con la imagen simpática de Alberto Einstein sin medir la revolución que ha introducido. La teoría de la realidad, recuerda Jacqueline Russ (filósofa especializada en la historia de la ciencia y las ideas) ha hecho desaparecer algunos criterios absolutos, como masa, espacio, tiempo, pero ha hecho aparecer otros, no menos desconcertantes<sup>5</sup>. Además, la teoría cuántica establecida por Max Planck, ha añadido criterios sorprendentes (si lo juzgamos con nuestro sentido ordinario y común). Si

<sup>3</sup> MADDOX, John. "What remains to be discovered". Brockman, Inc. 1998.

<sup>4</sup> NEIRA, Hugo. "Los conceptos de subjetividad y complejidad. Nuevos relatos persuasivos en la Ciencias Sociales". En: Subjetividad e intersubjetividad, IX Congreso. Viernes, 7 de setiembre, Lima, Perú.

<sup>5</sup> RUSS, Jacqueline. "La marche des idées contemporaines". Paris, Armand Colin, 1994.



Plank tuviera razón (y no se ha demostrado que no la tenga) los físicos manejan lo real, sin saber exactamente qué es. Lo cual, se comprenderá, es todo lo contrario de la aspiración científica. En 1933 la proposición de Heisenberg, Premio Nobel de física ese mismo año, conocida como “el principio de incertidumbre” añade un elemento mayor de desconcierto. La materia se presenta bajo un doble aspecto, a través de una dualidad onda/corpusculo, según el experimento que se le aplique. Ahora bien, el observador al intervenir, debido a la diferencia de escala, modifica forzosamente la materia observada. De lo cual resulta imposible garantizar la validez absoluta de una medida. Este asunto del indeterminismo de un sistema subatómico ha provocado y provoca los más vivos debates, y es la cuestión misma de la objetividad científica lo que está en juego.

La crisis en los fundamentos de la física clásica se instala en los lejanos años treinta y no se ha cerrado hasta nuestros días. Algunos de sus correlatos nos resultan inadmisibles. Dos partículas, alejadas como de New York a Tokio; cuando se afecta a una, la otra reacciona. Los físicos llaman a este fenómeno, tranquilamente, el de complementaridad; bien vista, esa experiencia que más de un laboratorio puede reproducir, se tira abajo el principio lógico de no-contradicción con el cual razonamos desde los griegos, a saber, un perro o es un perro o es un no-perro, pero no puede ser a la vez un caballo. Pero las partículas subatómicas pueden estar a la vez separadas y juntas. La micromateria no parece obedecer a las reglas del mundo de la macromateria.

Otro gran problema no resuelto proviene de las proposiciones de Kurt Gödel que llevan su nombre; la aritmética, como saber axiomático, no podría llegar a demostrar ni la validez ni la no validez de sus propios axiomas. Si esto fuese así - y nadie ha refutado hasta ahora la propuesta de incompletitud de Godel - entonces, todo sistema de fundamentación resultaría inacabado al remitirse inevitablemente a un axioma mayor, y así, infinitamente. Formulada en 1934 el “teorema de la incompletitud”, resulta “indecible”, esto es, la proposición de base, aun siendo supuestamente cierta, no puede ser objeto de demostración al interior del mismo sistema hipotético-deductivo, con lo cual se establece no sólo un límite para las aritméticas, sino a la misma razón humana.

Entre los años veinte y treinta, la evolución de las grandes teorías científicas de las ciencias “duras”, matemáticas y física, conducen a la disolución del determinismo absoluto de Laplace ante las propuestas tanto de Heisenberg como de Godel, y todo en el lapso de unos pocos años. Las nuevas disciplinas como la mecánica cuántica, la teoría de la micromateria y los teoremas de la “incompletitud”, no conducen solo a la renovación de ciencias de la materia inerte (ciencias que ven la materia disolverse en un continuo- discontinuo) sino que llaman a una renovación de los principios mismos del conocimiento humano. Esta crisis de fundamentos sin precedentes en los tiempos modernos (habría que remontarse a los días de Newton) no ahorra ni las ciencias humanas ni otras disciplinas.

Pero el conocimiento siguió abriéndose camino a través de sus dificultades, marcando un tiempo de apertura a gigantescas modificaciones de la epistemología de las ciencias matemáticas, físicas, biológicas, que afectaron a las ciencias del hombre, el análisis del lenguaje y la lingüística, alcanzando a la filosofía con el retorno de la ética vinculada a la política (R. Aron, A. Arendt) hasta la totalidad de las ideas contemporáneas, tema imposible ni de resumirse en este breve trabajo. Me limitaré a señalar la aparición de un par de nuevos “sujetos” de conocimiento: la idea de complejidad y la de autoorganización. Una inspiración proveniente de disciplinas novedosas y en apariencia, distintas.

Los estudios sobre la termodinámica de Wiener, y los de autorregulación de von Neumann se sirven del concepto del *feed-back*. Es decir, los estados inestables se autorregulan, es el caso de las mareas marítimas y huracanes. No son el único caso en que estados de la materia en desorden producen orden, toda una temática que interesará, años más tarde, a Ilya Prigogine, Premio Nobel de química<sup>6</sup>. Este concepto del desorden creador, de la autoorganización, ha emigrado a los estudios del comportamiento social con Cornelius Castoriadis y Edgar Morin, bajo la forma de autoorganización<sup>7</sup>. Pero es la biología contemporánea la que aportará, y de manera irreversible, con sus estudios de lo orgánico y lo viviente como entidades que utilizan el *feed-back*, la autoregulación -¿qué otra cosa no son la renovación de los tejidos, la autoinmunidad?- con los materiales para otra formu-

<sup>6</sup> Cfr. ODILE, Jacob. “La fin des certitudes”. Paris, 1996. Cfr., en español, La nueva Alianza, escrito con I. Stengers, 1979.

<sup>7</sup> MORIN, Edgar. “La Méthode”. 4 tomes, Seuil. (traducido en 1991) Cfr. CASTORIADIS, Cornélius. “L’Institution imaginaire de la société”. Seuil. (traducida al español, 1975) Ver también, “Las encrucijadas del laberinto”, 1978-1990.

lación de paradigma. En la biología no cuentan, pues, únicamente, sus admirables descubrimientos -ADN, cirugía microgenética- sino la sugerencia para pensar el conocimiento desde otra manera.

La biología es la ciencia que estudia no solamente lo viviente, sino la autonomía. ¿Qué es, en efecto, algo vivo? Un ser que se autoorganiza, responden. “La identidad de lo viviente, es la capacidad de mantenerse a través de una serie de actividades que el viviente mismo produce” (Varela). Henri Atlan y Francisco Varela conceptualizan la vida como autoorganización, y una, en particular. Por un lado, la cualidad de contradecir, a diferencia de la materia inerte, la segunda ley de la termodinámica que postula la marcha inexorable del universo de lo caliente a lo frío. Obedecida en todas las galaxias, esa ley general se contradice solamente en el caso de la vida, verdadera excepción cósmica, pues lo viviente va de lo caliente, los progenitores, a lo caliente, la progenie. La vida tiene una segunda particularidad. De la amiba al hombre, avanza de lo simple hacia lo complejo. Ahora bien, esa complejidad implica una mayor riqueza combinatoria, los organismos superiores, hasta llegar a la conciencia, la de la especie *sapiens sapiens*. Pero, a la vez, se acompaña de una mayor fragilización. La amiba, por unicelular, goza de una inquietante estabilidad, casi podríamos decir, que al autoreproducirse, no innova pero tampoco muere. La amiba es inmortal. La marcha hacia la conciencia inteligente es un camino que combina desorganización y autoorganización. Y que tiene como posibilidad a la vez, la conciencia y también la muerte. Lo viviente acrecienta la incertidumbre. Lo viviente, insiste Henri Atlan, no es únicamente orden, regularidad, repetición, es también, variación, diversidad. Un ser vivo es una máquina que se auto-repara y se autoreproduce (hasta cierto punto, en que morimos).

La conceptualización de la experiencia biológica, ¿qué ofrece? Desde un punto de vista metodológico, una combinación de orden, desorden y autoorganización, el inicio de otra forma de pensar, según Edgar Morin. Estamos a comienzos de una aventura, señala Ilya Prigogine. “La ciencia proseguirá pero no examinando situaciones simplificadas sino la complejidad de lo real”. A lo que asistimos, a nivel de epistemes, es a una introducción del concepto de Caos no como obstáculo sino como sujeto, e incluso, como forma operacional. Y ello, además de las catástrofes naturales, terremotos o plagas, en fluctua-

ciones bursátiles, la evolución de poblaciones, los ritmos biológicos y la fisiología humana. La teoría de la complejidad es la vieja razón incluyendo lo inesperado, lo imprevisible.<sup>8</sup>

¿Por qué interesarse por el caos y lo imprevisible? La respuesta es, ¿por qué no hacerlo? Hoy existen en algunas facultades, la materia “caos”. Físicos y matemáticos sostienen que se puede estudiar los problemas complejos desde el momento en que los problemas simples de alguna manera están resueltos. Hace ya un siglo del cuadro de clasificación de elementos químicos del ruso Dmitir Mendeleiev, al cual se han ido añadiendo elementos naturales nuevos. Es cierto que mucho del progreso de la ciencia se debe a su formidable reduccionismo. Los modelos científicos, que nos parecen fríos (y de hecho lo son) tienen la ventaja de establecer unas variables, un juego de simplificaciones de lo real, que en muchos casos, da cuenta de lo real. Es tiempo, sin embargo, se dicen los investigadores, de enfrentar los problemas complejos.

La paradoja del desorden creador, venida de la biología, interesa a especialistas de la inteligencia artificial, y a filósofos y psicoanalistas. Es el resultado de una cierta transdisciplinariedad entre ciencias humanas y de la naturaleza, de una confluencia cognitiva entre campos diversos del saber humano. Prepara, al parecer, una reforma de lo que Kant llamaba, “el entendimiento”. Ya se insinúa con el aporte de Karl Popper, decisivo, la tesis de la “falsificabilidad” de los juicios científicos, que lo son, no porque digan la verdad, sino porque puede demostrarse que contienen error. La revolución epistemológica popperiana es otra de las grandes conquistas mentales del siglo veinte, tan rico en lo contrario, en la mentira ideológica.

## II. UNA DERIVA HACIA LA SORPRESA Y LA HUMILDAD

A las grandes construcciones del espíritu de los años sesenta, en ciencias del hombre, algo se les va a escapar, a saber, el acontecimiento. Es decir, la singularidad, la sorpresa. Gran parte del siglo veinte transcurre bajo la hegemonía intelectual del estructuralismo. Esa álgebra de grupos humanos. Surgido de la antropología y la lingüística (aunque Levi-Strauss tuvo también una formación de filósofo) su metodología resulta eficaz para explicar las sociedades en frío, a través del *échange*, o intercambio. “En primer lugar,

<sup>8</sup> Una opinión de E. Morin, en un artículo publicado por Unesco, cuya traza se me ha perdido, no la memoria.

el lenguaje, las reglas matrimoniales, las relaciones de producción, el arte, la ciencia, la religión” (Levi-Strauss). La lingüística resulta entonces un canje de mensajes. La economía, de bienes. Los clanes, del intercambio de mujeres. La vida social en la técnica levistroniana es un sistema de intercambio de signos. La antropología misma no otra cosa que una gigantesca semiótica. “La Cultura se apartaba de la Naturaleza, el hombre de la mujer, lo inteligible del acontecimiento. Formidable gimnasia mental” dice una lectora de “Mythlogiques”, Catherine Clément<sup>9</sup>.

¿Qué faltó a la tiranía estructuralista? Dominar el rebelde acontecimiento. Por lo demás, el estructuralismo se instala como un antihumanismo. Sus críticos ven en él, una forma de supraracionalismo que pone en cuestión no sólo la explicación de la historia, sino que reduce el relato mítico a una producción sin seres humanos, estos sólo llevan consigo una palabra que les precede o habita. Por los ochenta se habla de la “muerte del hombre”. Como decían los lingüistas, no es el individuo el que habla una lengua, la lengua, ça, eso, lo habla. Pero si todo discurso es mítico, entonces, también las convicciones fundadoras del occidente liberal, el *logos*, la democracia, la tolerancia, el *consensus*, ¿lo son? Acaso no Levi-Strauss pero algunos de sus acólitos, reduciendo a la nada las instituciones tienden a un fascismo larvado. La objeción y la distanciaci3n no tardaron en llegar.

En los años noventa regresa en historia el acontecimiento, en sociología el actor. La historia, en la prolongada hegemonía de la escuela de Annales había prescindido, en el sueño de una historia total, de lo episódico, lo singular, lo circunstancial. No hubo sitio para lo efímero en el formidable concepto de la “cuenta larga”, en el empeño de una historia científica, es decir, de serializaci3n, de cifras. Pero en el fin de siglo, el acontecimiento vuelve a ocupar un lugar importante: con la microhistoria, en boga sobre todo en Italia, con lo que llama el historiador Pierre Nora “una inmensa promoci3n de lo inmediato”. En fin, en sociología se vuelve al individuo como una de las claves para entender la interacci3n social. Aunque no se abandonan las anteriores categorías de clase, status, etc. En realidad, lo inteligible no se sitúa ni en lo social ni en lo indivi-

dual, sino en los entrecijos de lo uno y de lo otro, en los tramados sociales (Norbert Elias).

¿Qué origina esta vasta renovaci3n? Los filósofos alemanes suelen utilizar el concepto de *zeitgeist* aire del tiempo. Pues bien, en el que concierne a los noventa, el aire del tiempo lo establece una serie de accidentes, ellos alteran profundamente la realidad del mundo y de paso las categorías intelectuales, morales, científicas con las que se había pensado ese mismo mundo que llegaba a su fin. Resulta curioso que el súbito fin de la URSS por accidente o implosi3n interna, confirme la sorpresa en la evoluci3n histórica, la bifurcaci3n imprevisible de las sociedades al mismo tiempo que, en ciencias naturales, los naturalistas est3n cada vez más convencidos que la desaparici3n de los grandes saurios del Jurásico solo es explicable por un accidente, o un meteorito o una cadena de explosiones volcánicas, o la combinaci3n de ambas catástrofes. Ni en el fin del imperio soviético ni del tiranosaurio estaba escrito en las leyes de la materia y la sociedad, por la simple raz3n que estas leyes deterministas no existen.

Ahora bien, si el marxismo fue el último determinismo, de alguna manera el heredero del optimismo racionalista del siglo XVIII, una forma de teodicea cientista que podía explicarlo y preverlo todo, la crítica del totalitarismo va a echar más sombras sobre nuestra confianza en el progreso humano, pues tanto Hannah Arendt como Raymond Aron, se esforzarán en demostrar que el totalitarismo, es decir, Stalin y Hitler, no fueron formas de la tiranía clásica sino un fenómeno nuevo. No es la crueldad solamente lo que lo caracteriza, Atila no fue menos, sino la dominaci3n por la persuaci3n y la atomizaci3n de los individuos. Aun derrotados ha quedado la terrible interrogaci3n. La novedad de la banalidad del mal totalitario señala que el futuro bien no puede ser la marcha forzosa a formas superiores de humanidad sino su contrario, a formas de esclavitud feliz, (o alienada) como fue la postrera preocupaci3n de Alexandre Kojève<sup>10</sup>. Nada est3 garantizado. Lo innombrable, lo demoníaco, lo inhumano, puede volverse a encarnar. Dicho sea de paso, la crítica del totalitarismo puso en cuesti3n también el holismo, es decir, las explicaciones globales y generalizantes. Stalin y Hitler no son reducibles a ninguna explicaci3n que ellos mismos.

<sup>9</sup> DUMAS, Jean Louis. “Histoire de la pensée”. Tomo 3. París, Tallandier, 1990.

<sup>10</sup> Filósofo francés de origen ruso, lo hizo célebre un seminario sobre Hegel en la escuela de altos estudios entre 1937- 1938. Fue un formado, aunque sus estudios sobre Leo Strauss, la filosofía pagana, Kant, y el concepto del tiempo, el derecho y el saber, fueron publicados desde 1990 por Gallimard.

Pocos años después asistiríamos a la victoria del capitalismo liberal en el oeste occidental, la extensión de la democracia por una serie de transiciones en el mundo a países que no las habían tenido o las habían abandonado como en España y la América Latina. A estos signos positivos se suman la aparición de una sociedad de la comunicación a nivel mundial. Y se comenzó a hablar de postmodernismo. Una vez más, otra sorpresa. Hay que escuchar, ante la sociedad de comunicaciones (vulgares) de masas, la severa objeción del filósofo italiano Vattimo. Cuando esperábamos una sociedad más “transparente”, más consciente de sí misma, más “iluminada” es decir, más sabia, el resultado es una sociedad más compleja, más caótica y más vulgar. La televisión es un buen ejemplo, por todas partes<sup>11</sup>.

El fin del siglo veinte resulta marcado por una extraordinaria ambigüedad. Acaso ella ha existido siempre, pero sus contrastes, multiplicados por las *mass-media*, nos son mucho más visibles que a otras generaciones y en otras épocas. Ciertamente, se han agotado “las grandes narraciones” (Lyotard)<sup>12</sup>. Y con ellos, las metamentiras, las falsas ilusiones, las utopías despóticas. ¿Pero no surgen nuevas propuestas de alienación? ¿Qué es el Islam, aun el más moderado? ¿No es la propuesta de una sumisión al poder temporal en la medida que este encarna a la vez el poder espiritual? Separación o escisión realizada en Occidente y que hoy se nos revela como un particularismo feliz. No lo hubo en otras sociedades, que a diferencia del occidente cristiano, reunieron trono y templo. La religión secular del comunismo, nacido de los generosos sueños utopistas del XVI al XIX, se transformó en una ideología del poder al servicio de diversas burocracias despóticas. Pero no deja de ser una irónica verdad que como amenaza sobre Europa y USA, produjo una serie de respuestas al interior de las sociedades industriales, que en conjunto, hoy podemos considerarlas como algo más que reformas, una verdadera mutación de la equidad y la redistribución interna de riquezas. La gran transformación de Polanyi ocurrió en las democracias occidentales, bajo la doble presión de sus masas salariales y del rival soviético, pero ocurrió.

La historia no trabaja hacia el progreso únicamente, también hacia fenómenos de desagregación, de retroceso. No, occidente no, el centro del mundo, sino una

experiencia particular cuyos valores, la democracia y la tolerancia, pueden o no pueden, emigrar a otras naciones y culturas. Y la discusión si el capitalismo es posible desde los fundamentos religiosos y culturales distintos, es un debate presente, pero todavía muy temprano para obtener una conclusión. ¿Los países asiáticos entraron al capitalismo porque son confucionistas o a pesar de serlo? Los puntos de vista son demasiado antagónicos para animarme a una conclusión, por coyuntural que fuese.

La cultura científica no ha escapado a las críticas que provienen de los hechos del siglo concluido. Si el dogma del determinismo universal ha concluido, ¿cuáles son las consecuencias, para el método científico y sus procedimientos? Hasta la mitad del siglo veinte - dice Morin - la mayoría de ciencias tenían por principio o modalidad, la especialización y la abstracción. Es decir, la reducción del conocimiento y de todo conocimiento, a las partes que lo componen. Como si la totalidad, o sea, la organización, produjera nuevas cualidades en relación a las partes componentes consideradas aisladamente. Ese concepto central era el determinismo. Pero lo imponderable, lo imprevisible, lo nuevo, lo oculto, el resultado del azar, quedaba descartado. Ahora bien, la aplicación de una lógica mecánica permitía ver unos aspectos, pero ocultaba o dejaba en la ininteligibilidad, la otra lógica, aquella de lo viviente y lo social. Este nuevo postulado afirma que la vida y la sociedad responden a un paradigma distinto a las ciencias reductoras de la materia inerte. La inteligencia parcelaria (léase especialidades cerradas) no ha cesado de fragmentar el mundo.

El mundo de inicios del siglo XXI es de problemas y desafíos enormes, y de recursos formidables. Se explica, entonces, que las ciencias dialoguen, no sólo entre ellas, sino con las ciencias de lo viviente, con las ciencias de la lógica, las matemáticas, y del pensamiento, el gran espacio que ocupa en nuestros días el tema de la cognición. ¿Qué es aprender? ¿Cómo funciona el cerebro humano? En la ebullición de estos días, surgen pasajes, conexiones, los científicos sociales retoman temas filosóficos. Y vuelve, cosa que nuestro gusto por las ideologías totalizadoras ignora, la razón en filosofía, es decir, Kant, Hobbes, Spinoza, la vinculación entre ética y política, entre ética y ciencia. Se dibuja un nuevo paisaje intelectual que

<sup>11</sup> VATTIMO, Gianni. “La sociedad transparente”. Barcelona, Paidós, 1989. p. 78.

<sup>12</sup> LYOTARD, Jean- François. “La Condición posmoderna”, 1979. (en castellano).

tiene dos grandes volantes. Señalo, por una parte, el debate sobre el status de la racionalidad filosófica y científica, el status de lo inteligible. Por otra parte, la tendencia, cada vez mayor, a sobrepasar disciplina y especialización, a romper los saberes, no sólo sometidos al determinismo sino a los hábitos académicos y profesionales, a los intereses perezosos de las corporaciones universitarias. La novísima motivación arranca de la aceptación del carácter multidimensional de los fenómenos. Lo real es complejo, dicen Atlan y Morin. Ahora bien, esa convergencia de saberes que se insinúa, es señal de racionalidad y modestia y no de desmesura científica.

Apertura a lo incierto, digna de una época de rupturas y metamorfosis, de un tiempo de aventura con la epistemología de las ciencias matemáticas, físicas y biológicas, como “ciencias conjeturales” como la sociología o el análisis político. En los últimos decenios, digamos, de los años sesenta a la fecha, la historia de las ciencias ha estado habitada por un debate permanente, la teoría de la falsificación de Karl P. Popper, la de los paradigmas y el avance del saber por rupturas y revoluciones de Thomas S. Kuhn, la contribución de Lakatos, las cuestiones relativas a la incertidumbre, el azar, la explicación misma, los límites de leyes y teorías, todo esto, acompañado de debates en el interior de epistemologías particulares. No creo que nada de esto nos haya entusiasmado ni convocado coloquios ni reuniones. Sin embargo, y lo digo con toda la firmeza y la convicción de la que soy capaz, en estos inicios del siglo XXI, si algo está en la primera prioridad de la agenda científica, disciplina por disciplina, o en el panorama planetario del movimiento de ideas, es la cuestión de métodos. Su discusión. Exactamente, lo último que parece interesarnos.

### III. LA CRISIS DE LOS PARADIGMAS COMO UNA AVENTURA PERSONAL

El panorama de movimientos de ideas y discusión de epistemes que acabo de trazar no nos pertenece. Mejor dicho, es nuestro, pero no se genera ni en nuestras universidades ni en intelectual alguno. No puedo disertar sobre los motivos ajenos, me limitaré a los propios, y que cada uno saque la conclusión que se impone. Con anticipación a estas notas, me he explicado ampliamente, pero no cuesta nada glosar lo dicho<sup>13</sup>. En los años ochenta, después de alguna gran desilusión política, volví a la vida universitaria y volví a Europa, en donde, a parte del episodio de San

Marcos y del aprendizaje con Raúl Porras, ha transcurrido el íntegro de mi vida académica. Por mi parte, necesitaba emprender la revisión de los fundamentos mismos del saber personal, de mi manera de percibir los fenómenos sociales. La crisis del marxismo, un saber ya en plena marginalidad antes de la crisis de la *Perestroika*, al menos en Europa (no en la América Latina donde el dogmatismo propio a nuestros fundamentos mentales, alargó hasta nuestros días) servía para la búsqueda que yo había emprendido. Mi primera sorpresa fue comprobar que las disciplinas en las que hasta entonces me había apoyado (historia, ciencias políticas, ciencias sociales) vivían su propia crisis de legitimidad, y también emprendían un radical cuestionamiento de sus conceptos fundamentales. Tengo, debo decirlo sin ningún pudor, facilidad para las ideas y contracción para el trabajo intelectual. Sigo siendo de alguna manera, un escolar aplicado. Decidí indagar un poco más lejos. Mi asombro creció, no sólo las ciencias del hombre habían entrado en una autocrítica feroz, de esas que se acostumbran en Europa y que el medio intelectual limeño no solo ignora sino que aborrece (cuesta tanto aprender algo, para encima demolerlo, me decía con ironía, un amigo) autocrítica que alcanzaba a las ciencias llamadas duras, las de la materia. Poco después, el hundimiento de la URSS, el advenimiento del mundo complejo en que vivimos, hizo surgir el pensamiento crítico de la misma modernidad. El fin de siglo celebró la cercanía del milenio por una combustión de métodos y valores. La inmensa fogata me deslumbró. El capitalismo avanza por autodestrucción, dice Shumpeter. La ciencia no es sino un saber que se autocorriga, Karl Popper. Comprendí entonces que no podía ahondar en los principios básicos de las disciplinas que me nutren sin seguir al día, al menos al nivel de la información, del movimiento general del saber científico y filosófico. Un deber de conexión, en alguna manera. Y poco a poco, se comenzó a divisar campos grises. De auto-influencia.

Suele llamarse “campos grises” el tipo de problemas que requieren de diversas disciplinas. Se ha usado para explicar el particular modo de operar de Amartya Sen, Premio Nobel de economía, pues, para atacar el tema de la pobreza, recurre a la economía, a las ciencias políticas y a la filosofía. No estamos ante un caso aislado, bien por el contrario, es muy frecuente. No estoy diciendo que únicamente varios científicos se reúnen para formar un equipo, esto es obvio. Ni que aparezcan formas combinadas de saber, “exobiología”,

<sup>13</sup> NEIRA, Hugo. “Hacia la Tercera Mitad, Perú XVI - XX, ensayos de relectura herética”. Lima, Sidea, 1996.

la ciencia que estudia la vida fuera del planeta, o en condiciones distintas. Nosotros conocemos también esa fecunda yuxtaposición, es el caso de la etnohistoria. Estoy diciendo más que eso. Varias disciplinas pueden enriquecer una obra individual. Esto es hoy posible. Vivimos más tiempo. Es posible dos o tres doctorados.

Todo aquello que tiende a comprender la realidad desde diversos ángulos y desde su intrínseca complejidad se inscribe en el sentido de las nuevas tendencias del conocimiento humano. Es lo que ocurre con los discursos múltiples de C. Geertz : "... ¿Qué es Foucault? ¿Un historiador, un filósofo, un teorizador político? ¿Qué es Thomas Kuhn? ¿Un historiador, un filósofo, un sociólogo del conocimiento? o clasificar las obras , (¿qué es "Después de Babel" de George Steiner? ¿lingüística, crítica, historia cultural? ¿y qué es "On Being Blue" de William Gass? ¿Un tratado, una charla, una apologética?<sup>14</sup>". Obviamente, este sistema de la combinación interdisciplinaria, a lo que se agrega el personal punto de vista, y la idea que el verdadero conocimiento es riesgo e interpretación (de Nietzsche a Paul Ricoeur) me lleva, como cualquiera que ha frecuentado mis libros, al libre ensayo, a un pensamiento que se sustenta en el saber académico pero que no se resigna a la división convencional del saber. El siglo XXI, contrariamente a lo que hacen creer a nuestros jóvenes, no va hacia la extrema especialización. Va a una profesionalización, sin duda, en un primer momento o profesión, pero atenta a las ciencias conexas e inmediatas, a formas múltiples del saber combinado, y no pienso solamente a la relación interindividual o en equipos, sino al desarrollo individual, no enciclopédico pero sí humanista, amplio.

Hay un debate de fondo. No siempre se asiste a un cambio profundo de maneras de ver el mundo. Y vuelvo a la pregunta inicial, a las galeras venecianas, a la actitud peruana ante la ciencia. Voy a partir de dos hipótesis desagradables. La primera es que pensamos, sin osar decirlo, que eso es un asunto que prácticamente no nos concierne, un poco el "que inventen ellos" de Unamuno. La segunda es una suerte de economía de esfuerzos, ya es bastante terminar estudios, regentar una cátedra con salarios bajos y en la inestabilidad de las instituciones de enseñanza, para que además, nos ocupemos de lo que hacen los vecinos y en especial, de la marcha de la ciencia en las

sociedades avanzadas. Demasiado. He observado que nuestros sociólogos, antropólogos y politicólogos, suelen no hablar de esa discusión de fondo de sus colegas del primer mundo, como si hacerlo, fuera desacreditarse. Como si fuesen ellos portadores de una infusa ciencia sin fallas.

En un reciente trabajo que compendia diversos trabajos de antropología peruana, las dedicadas a la antropología en un mundo global, sólo son tres páginas. El libro es apreciable, salvo el detalle señalado. ¿Por qué ese silencio? Sólo dos posibilidades se abren ante este enigma. La primera, que sus autores ignoren el debate interno de la antropología en los países donde se forjó como disciplina científica. Esa suposición es absurda, muchos científicos sociales peruanos, entre los más connotados, van y vienen a los Estados Unidos. Además, los libros viajan. La otra posibilidad no es menos alarmante. En el silencio sobre la discusión teórica de nuestros días radica el *a priori* de que ésta no nos concierne. Es decir, las disciplinas en cuestión, no son elaboradas en el país, son técnica, aplicación. El silencio revela una dimisión teórica extremadamente grave, por infecunda y errada.

Lo que se opina desde países también sin tradición científica propia, y tan periféricos como el nuestro, hablo de México, Brasil o la India, es bien distinto. Para los científicos sociales de esas naciones que tienen problemas de economía doméstica tan parecidos a los nuestros, el trabajo intelectual de nuestros días abre posibilidades asombrosas, aunque no tengan grandes recursos. La exploración no sólo de la realidad sino de los epistemes o categorías que permiten interpretar lo real, es posible, con tanta o mayor fortuna que los científicos de las naciones centrales. Un particular saber puede erigirse en la situación de sociedades híbridas (Néstor García Canclini) o como señala el hindú Gayatri Spivak, en los estudios llamados subalternos. Ciertamente, hay un lastre en pensar desde la condición periférica y postcolonial, "y no se puede negar que escribimos como personas cuya conciencia se ha formado como la de sujetos coloniales sería negar nuestra historia". Pero, por otra parte, es posible adoptar "una perspectiva teórica desde un área específica del Tercer Mundo ( la India, el sur de Asia ) y corregir o enmendar una disciplina específica de origen externo. Spivak invita a repensar la relación existente entre antropología e historia desde un punto de vista que desplaza la posición central del historiador o del antropólogo europeos como sujeto de dis-

<sup>14</sup> GEERTZ, C., J. CLIFFORD y otros. En: "El surgimiento de la antropología moderna", Barcelona, Gedisa, 1996.p. 64. Se puede encontrar en Lima, lo encontré en el Virrey.

curso, y de la sociedad india como su sujeto. Ello no implica un rechazo de las categorías occidentales, pero sí anuncia el inicio de una relación nueva y autónoma con respecto a ellas"<sup>15</sup>.

Hay ciencia y conciencia de sí, fuera de occidente y desde y en contra de muchas categorías del mismo occidente, sin que ello sea necesario la invención de una nueva epistemología, mucho es conocerla, para darle la vuelta como un guante. Es lo que hicieron en literatura los grandes escritores del "boom" de la novela en los años sesenta, devoraron por igual Hemingway y Faulkner, Camus o Joice, para salir con otro esquema de relato, desde Borges a Carpentier, de Cortázar a Mario Vargas Llosa, aprendieron de todo en técnicas literarias, para iniciar un camino propio. No así, en sociología, historia, economía, ciencias políticas, antropología y filosofía latinoamericanas. El déficit, fuera de la novela, es casi total. Para pensar, tenemos novela y ensayo.

No se puede emprender una discusión con lo que no se conoce. Aunque suene a escándalo, conocemos mal la historia de las ideas occidentales. Nuestros economistas tienen demasiado puestos los ojos en el modelo Miami para mirar un poco más lejos. Nadie tiene claro qué pasó en esas sociedades que

evitaron la propuesta soviética y alcanzaron con otros modelos combinatorios de estado y mercado que los Estados Unidos, situaciones de progreso social masivo. Damos por sentado que lo occidental forma parte de nuestro legado, como lo indio o lo español o lo negro, pero descuidamos lo que pasó en las ideas filosóficas y políticas, aunque de vez en cuando se logre hacer venir a alguien como Habermas.

Lo que he combatido en estas páginas es el provincialismo en las ideas y la exclusiva norteamericanización de nuestras lecturas, mientras en América del Norte no pierden ocasión de asimilar "la filosofía continental", el nombre que le dan a lo que producen en materia de pensamiento sus primos del otro lado del Atlántico. Y para volver a la imagen inicial, la de las galeras venecianas, es previsiblemente triste saber a dónde nos conducen, a ninguna parte. Acaso los venecianos no pudieron cambiar a tiempo por la simple razón que el gremio de armeros y remeros fue lo suficientemente poderoso para impedir toda renovación y la extranjerizante carabela, y menos el potente galeón, llegaron a ser adaptados. A Venecia esto le costó muy caro. Podemos seguir sin cultura científica, como hasta ahora. Si elegimos un destino de nación-museo.

---

<sup>15</sup> Ver SPIVAK. "Subalter studies". 4 Tomos, New Delhi, 1989.

# LA RECUPERACIÓN DE LA IDEA DEL “HEMISFERIO OCCIDENTAL”

Ricardo V. Luna\*

*El autor introduce sagazmente las distinciones históricas entre el continente americano y el viejo occidente como punto de partida para el análisis de un complejo fenómeno: la evolución y el posesionamiento de la política internacional y las relaciones entre las naciones.*

*Donde el antimperialismo yanqui y sus manifestaciones son el resultado de la percepción de dominio del sistema mundial, se genera un distanciamiento entre las poblaciones del hemisferio americano, a pesar de no haber estado identificadas entre sí. Sin embargo, podemos ver cómo se ha determinado por causa de ello, la expansión del denominado “americanismo español” hacia un “americanismo latino”, con miras a un inesperado acercamiento europeo. No obstante, tenemos que la tendencia actual es homogenizar las reformas económicas y objetivos políticos para lograr estabilidad social y jurídica. Tales estándares recogen desde la disciplina fiscal, reformas tributarias, liberalización comercial, unificación de tasas de cambio, desregularización de los sectores productivos, privatización de empresas estatales, promoción de la inversión extranjera, hasta la concepción de la democracia.*

Al inicio del siglo XIX, bajo los auspicios de la Ilustración, Thomas Jefferson formuló la idea del “Hemisferio Occidental”. Los precursores de los movimientos de independencia de las repúblicas latinoamericanas lo asumieron simultáneamente. Ambas versiones fueron casi idénticas. En síntesis, se postulaba que las poblaciones del hemisferio americano, de norte a sur, tienen una relación especial inherente, única y natural entre sí, bien diferenciada cualitativamente y separada de sus vínculos con el mundo extra continental. El pensamiento (con aportes, variables, mareas y reflujos) ha trascendido el evidente origen geográfico de su singularidad y abarca un período que va desde finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX. A su vez, han sobrevivido políticas tan diversas como la unilateral Doctrina Monroe de 1823 (Bornholdt), largos períodos de indiferencia mutua, seguido de décadas de prejuicio cultural características del naciente *establishment* de Estados Unidos (racista, anti-español y anti-católico), la doctrina Drago desarrollada en 1902 por el ministro de Relaciones Exteriores argentino (para detener la recuperación forzosa de la deuda por parte de las potencias europeas), coincidió con el surgimiento del movimiento Panamericano durante la última década del siglo XIX y contribuyó a transformarlo en el sistema interamericano del siglo XX. La noción original de la similitud de un conjunto de valores afines entre los pueblos de América ha sido de carácter principalmente geográfico y político; sin embargo, ésta se ha diversificado y continúa extendiéndose hacia visiones sociales y culturales comunes, tanto racionales cuanto, en cierto grado, imaginarias.

\* Profesor invitado de “Relaciones Internacionales” en las universidades de Princeton y Columbia, ex embajador del Perú en Estados Unidos y ante las Naciones Unidas.



Mi interpretación de la naturaleza y la evolución de la idea a la que se refiere el título se inspira en un libro de Arthur Whitaker publicado en 1954. La posibilidad de su hipotética recuperación es el tema que se pretende desarrollar, implícitamente, al abordar las relaciones interamericanas contemporáneas.

El pensamiento tuvo, en su versión norteamericana, un carácter esencialmente defensivo y abstracto: aislar al continente de Europa y sus conflictos bélicos. Para las repúblicas latinas incipientes, de 1820 en adelante, que tenían también una actitud defensiva, éste implicaba además un impulso concreto para proporcionar alguna suerte de marco institucional sistemático (en la forma de congresos, confederaciones y pactos comerciales). Lo que estaba en juego, desde el inicio, constituye todavía el desafío de hoy: crear aquellos elementos de unidad que proporcionarían un sistema perdurable de congruencia entre el Norte y el Sur, sobre la base de una visión del mundo compartida de manera espontánea y profunda. El desafío resulta tan permanente como el pensamiento mismo. Pero, hasta ahora, y por un lapso demasiado extenso, éste se ha visto atascado en una telaraña recíproca de desatención.

Fueron Simón Bolívar (aunque de manera reticente) y el frustrado Congreso de Panamá de 1826, convocado por el Perú (al que los delegados estadounidenses no pudieron asistir y cuyas convenciones nunca fueron ratificadas) los que pusieron en marcha un proyecto internacional con la modalidad de un proceso diplomático claro, a fin de evitar la intervención potencial de Europa. Una carta clave que previamente Thomas Jefferson escribió a Alexander von Humboldt en 1813 es la expresión más precisa del pensamiento: "América tiene su propio hemisferio. Debe tener un sistema de intereses independiente que no debe subordinarse a aquéllos de Europa. El estado de aislamiento en el que la naturaleza ha colocado al continente americano debería permitirle que ninguna esquila de cualquier guerra que se desate en otros rincones del globo pueda atravesar los amplios océanos que nos separan de ellos"<sup>1</sup>.

La palabra operativa es sistema. En esencia, Latinoamérica inició la concertación internacional en el Nuevo Mundo sin asignarle la modalidad hemisférica de un sistema "americano"; Estados Unidos desarrolló la idea de un régimen "americano" pero quedó a la zaga de América Latina en implementarlo activa-

mente. Cuando el sistema americano finalmente se convirtió en la base de la política exterior unilateral de los Estados Unidos, como lo hizo con la doctrina Monroe de 1823, se le dio un carácter declarativo que mantuvo por más de un siglo. Constituyó, en efecto, la proyección hemisférica de la política nacional de Estados Unidos, en vez de una de naturaleza multilateral<sup>2</sup>.

El aislacionismo de la administración Jackson en los Estados Unidos y las guerras civiles, y la anarquía en las repúblicas sudamericanas, llevaron a la primera de una serie de períodos de "yanquifobia", que culminó con la guerra de Estados Unidos contra México durante la década de 1840. Durante las dos décadas siguientes, Perú tomó la posta liderando un movimiento interamericano de carácter amplio y hemisférico, que incluyó a los Estados Unidos y tuvo como objetivo frustrar cualquier nueva agresión de Europa (Bruce St. John 50-51, 222). Este positivo esfuerzo, fue más constante que el énfasis desatado por la agria atmósfera de las guerras mexicanas.

Pero entre las iniciativas mexicana y peruana y más allá de los ciclos de indiferencia mutua y el constante prejuicio cultural de Estados Unidos, reside el punto de inflexión más crítico de esta idea. Según las palabras de Arthur Whitaker:

"Para un número cada vez mayor de latinoamericanos, la actitud distante de los Estados Unidos era una fuente de gratificación, pues les ahorra la vergüenza de tener que cerrarle la puerta en la cara a un invitado no deseado.

En realidad, la tendencia más saliente del período, a partir de 1845, se centró en una división del hemisferio en dos Américas y la apropiación de la idea hemisférica para uso exclusivo de una de ellas: América Latina. En el proceso, la idea necesariamente se desvirtuó. Sus cimientos, eminentemente geográficos, sufrieron un evidente abandono al excluir a uno de los estados del hemisferio más importantes. La base política se vio socavada por la tentativa de incluir a la monárquica Brasil, a la vez que excluir a la república de EE.UU. Y su sesgo inicial contra Europa empezó a transformarse en un sesgo a favor de, por lo menos, una parte de Europa; uno tan pronunciado que encontró fuerte eco en algunos rincones (especialmente Argentina y Bolivia), incluso durante el clímax de la agresión europea desatada

<sup>1</sup> WHITAKER, Arthur. "The Western Hemisphere Idea". Ithaca, Cornell University Press, 1954. p. 29.

<sup>2</sup> Ibid. p. 23-24.

durante la Guerra Civil de 1861-1865 en los Estados Unidos. En resumen, la idea hemisférica se emplea, paradójicamente, para expandir el americanismo español hacia un americanismo latino, con miras a un *acercamiento* hacia Europa"<sup>3</sup>.

No obstante, a partir del Segundo Congreso de Lima de 1864 (que logró afirmar cierta estructura), se generó una actitud positiva hacia los Estados Unidos, que pronto se transformó en una marea de simpatía bajo el liderazgo del estadista argentino Faustino Sarmiento. Esta etapa pro-americana se consolidó a lo largo de tres décadas de positivismo, aquella corriente filosófica que la élite latinoamericana adoptó no sólo como el mejor medio para acelerar el progreso, sino también para profundizar su democracia. El Secretario de Estado Blaine, en Washington, mantuvo una actitud ampliamente receptiva. Sin embargo, la tendencia llegó a su fin durante la guerra de España contra los Estados Unidos en 1898 (y el consiguiente protectorado en Cuba) y fue seguida por décadas de imperialismo económico y político por parte de los Estados Unidos en virtud de la "misión civilizadora" de Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson. El entusiasmo enfático del respaldo wilsoniano a la democracia y la autodeterminación sólo pudo ser percibido por los líderes latinoamericanos con mayor afinidad a Estados Unidos como perfidia política. Por otro lado, este período coincidió con la amplia circulación del "Ariel" de Rodó, ensayo seminal, lírico pero sobrevalorado, en el cual se contrastaba la presunta espiritualidad latina con el materialismo norteamericano.

Sin embargo, para el objetivo del análisis es válido concluir que, a pesar de períodos alternados de "yanquifobia", intensos pero no tan largos, y de "yanquifilia", más prolongados pero leves, la idea del Hemisferio Occidental fue y sigue siendo una noción de origen endógeno e idealismo compartido, en el que una parte enfatiza la articulación de políticas y la otra el proceso.

La brecha entre la teoría y la práctica en las ideas más ambiciosas generalmente se originan en sus primigenias enunciaciones. Y este caso no es la excepción. La paradoja que define esta historia genuinamente americana reside en el hecho que al igual que la idea del Hemisferio Occidental, en el siglo XIX, la región pasó a formar parte, en términos históricos reales, de la esfera de intereses de Estados Unidos, cuando decidió competir con las potencias europeas por la expansión del territorio, recursos y mercados en el continente. Los

conflictos militares con México justo antes de la mitad de siglo y la guerra con España por Cuba, ya hacia finales de siglo, enmarcan este proceso. Los dos eventos originan la intensificación de una vinculación bastante tensa entre Estados Unidos, México, América Central y el Caribe en la primera mitad del siglo XX. Aunque Jefferson y Bolívar eran individuos de suprema inteligencia, eran también complejos y contradictorios. Por eso, sus entusiasmos alternaron de manera errática con su reticencia por la idea del Hemisferio Occidental. Cada uno, dentro de su estilo propio, parecía prever las sombras de desconfianza que separarían al continente. Desafortunadamente, sus legados fueron más perdurables como las intuiciones de hombres que como sus prescripciones de genialidad.

Los años treinta resultaron una era de contradicciones marcadas. El sentimiento antiimperialista, promovido principalmente por el APRA, partido político peruano, fue intenso en toda la región a medida que la penetración económica de los Estados Unidos alcanzaba el apogeo anterior a la guerra. Al mismo tiempo, Sumner Welles, en el Departamento de Estado, se encontraba redactando cuidadosamente las bases legales y diplomáticas para la Política del Buen Vecino de Franklin Delano Roosevelt. Al final de esta etapa tan constructiva, no obstante, la Segunda Guerra y sus repercusiones determinaron un cambio sísmico en el sistema mundial, colocando en primer plano la agoría de la posguerra europea y, con ello, la revisión integral de la diplomacia norteamericana y el declive de la idea del Hemisferio Occidental.

Durante casi todo el proceso histórico, los contactos entre los Estados Unidos y América del Sur fueron menos inmediatos y frecuentes que con Mesoamérica y más centrados en el área del comercio o de incidentes consulares. Sin embargo, para la totalidad de países de la región, las relaciones con los Estados Unidos, a partir de su independencia, constituyen, sin duda alguna, el interés predominante de su política exterior. En este sentido, Estados Unidos siempre ha sido, pasiva o activamente, un factor clave en la región; primero como potencia continental y, más reciente y significativamente, como la única superpotencia del mundo.

## EL CONTEXTO CULTURAL IMPLÍCITO

No sé si la prudencia o la auto-censura ha contribuido a la escasez de trabajos sobre ciertos rasgos de América Latina y Estados Unidos que subyacen a su

<sup>3</sup> Ibid. p. 25.

recíproca desinteligencia, pero existe evidencia abundante para explicar algunos aspectos nítidos de identidad cultural que pueden proveer el contexto de su persistencia.

América Latina carga las condicionantes de su tradición histórica en la fricción que genera su proceso de modernización con su búsqueda de afirmación de identidad, según sugiere Juan Larrain<sup>4</sup> y en esa fricción se asienta la debilidad de sus estados. Entre esas condicionantes hay fenómenos como el clientelismo que neutraliza la educación, la capacidad o el éxito (es decir, el mérito personal) para el acceso al poder, favoreciendo, en cambio, las conexiones de amistad políticas o culturales con un sesgo paternalista. De manera similar, otro legado del pasado Latinoamericano consiste en la reinterpretación de valores modernos de las sociedades avanzadas en contextos tan disímiles que llevan a reforzar estructuras retrógradas (societales o políticas)<sup>5</sup>. Un tercer defecto heredado de la colonia y en ciertos casos de épocas pre-colombinas es el autoritarismo, en ambientes familiares, privados, entes públicos o en la esfera política y sus manifestaciones concretas oscilan de lo moderado hasta lo extremo.

Otra falla residual entre varias menos importantes que las ya consignadas, es el racismo, frecuentemente racionalizado o denegado<sup>6</sup>. Nadie se auto-definiría como racista en América Latina, pero categorías raciales afectan y a veces determinan ciertas percepciones de la realidad en las profesiones, en los medios de comunicación y en complejas modalidades de auto-engaño.

De otro lado, sobre la constancia de los prejuicios Norteamericanos, Lars Schoultz ha escrito un libro de historia de la política norteamericana en la región, sugerentemente titulado "Debajo de Estados Unidos". Documenta cuidadosamente, en ese texto, la tesis que en los últimos 200 años su seguridad, asuntos de política interna o la expansión económica han dominado la agenda de Estados Unidos, pero que de ninguna manera éstas entrañan la esencia de su política exterior. En su lugar, dice Schoultz, la premisa tácita, desde los tiempos de John Quince Adams en adelante, consiste en que Estados Unidos ha actuado y continúa haciéndolo en el convencimiento que los

Latinoamericanos son racialmente inferiores, de sangre mixta, incompetentes, indolentes, anárquicos y autoritarios, esto es, los herederos desquiciados del fanatismo católico y de la decadencia española. El secretario de Estado, Henry Clay, por ejemplo, apenas pudo disimular este enquistado enfoque, al instruir a sus agentes diplomáticos en 1825 para que "todas las expresiones de desdén por sus hábitos cívicos o religiosos, toda insinuación de incompetencia por parte de su población para el auto-gobierno deben ser evitadas de manera estricta"<sup>7</sup>. La tesis de Schoultz es que las políticas exteriores subsiguientes de Estados Unidos en la región han sido superpuestas cronológicamente y de acuerdo a las circunstancias sobre este constante prejuicio cultural.

Vistos desde la actual perspectiva es claro que los prejuicios del siglo XIX y de la mayor parte del XX efectivamente cumplieron un papel significativo. Sin embargo, se podría argüir que esta percepción negativa de la cultura política latinoamericana expresados en términos racistas o de inferioridad puede corresponder mejor a una visión de la inestabilidad de América Latina, aunque expresada conforme los valores y el lenguaje comunes al *establishment* anglo-americano y europeo de su tiempo. Que persiste hoy en día no cabe duda, pero es imposible saber si aún predomina.

En la historia de las relaciones hemisféricas, las incursiones de Estados Unidos en la época imperial (1790-1945) fueron seguidas por el predominio de la ideología, la turbulencia y la desconfianza generadas por la estrategia de la Guerra Fría. Sin embargo, la etapa contemporánea de las relaciones interamericanas (desde 1989 al 2001), que conserva ciertos ímpetus de las fases previas, es, desde un punto de vista objetivo, diferente a la del pasado. Implica un abrupto declive o transformación, aunque no la desaparición de los intereses tradicionales, ideológicos y de seguridad de Estados Unidos como factores claves en la formulación de su política exterior regional.

## MÁS ALLÁ DE LA GUERRA FRÍA

Con la excepción de la política estructurada y coherente de Franklin Delano Roosevelt, las relaciones

<sup>4</sup> GWYNNE, Robert y Cristóbal, KAY. "Latin America Transformed: Globalization and Modernity". Londres, Oxford University Press, 1999. p. 202.

<sup>5</sup> HANES DE ACEVEDO, Rexenne Ann. "El Clientelismo Político en América Latina: Una Crítica a la teoría de la dependencia". Mérida, Ediciones Librería Universitaria, Cruz del Sur, 1984.

<sup>6</sup> SAGRERA, Martín. "Los Racismos en las Américas". Madrid, Ipelala, 1974.

<sup>7</sup> SCHOULTZ, Lars. "Beneath the United States: A History of US Policy towards Latin America". Cambridge, Harvard University Press, 1998. p. 13.

entre los países de América Latina y Estados Unidos nunca han llegado a un alto grado de convergencia y generalmente han conllevado instancias significativas de desacuerdo. Esa contradicción tiene su origen en el esfuerzo latinoamericano por mantener un difícil acto de equilibrio: mantener una relación privilegiada con Estados Unidos a la vez que reducir los vínculos de dependencia, para incrementar su propia autonomía en el ámbito global. Igualmente, para Estados Unidos, aunque relevante por su proximidad, América Latina nunca ha sido vista, más allá de su impacto geoeconómico y geopolítico, como una prioridad elevada en su política exterior. Es evidente que, actualmente, Rusia, Europa, la Alianza del Atlántico, Japón, China, Medio Oriente, el Sudeste de Asia y el Sur de Asia siguen teniendo más prioridad que América Latina, lo que hace que la política hacia esta región esté subordinada a las demás, excepto en los casos en los que una crisis repentina obliga a concentrar su atención en ella.

El fin de la Guerra Fría modificó algunos criterios bastante enraizados y la búsqueda de mercados obligó a Estados Unidos a dirigir su atención, con interés renovado pero cauto, hacia América Latina, una región actualmente caracterizada por regímenes políticos democráticos y sistemas económicos de mercado. En síntesis, y a pesar de que el mundo ha cambiado, la persistente asimetría de poder en sus relaciones todavía refleja la fortaleza excepcional de Estados Unidos, la debilidad relativa de los países latinoamericanos y, por ende, las prioridades distintas que cada interlocutor reclama al otro.

A partir de la Segunda Guerra Mundial hasta la última década del siglo XX, uno puede percibir, del lado latino, una actitud de creciente desconfianza frente a Estados Unidos. Esta característica puede ser el resultado de la suspicacia remanente de la élite con respecto a las amenazas externas, reales o imaginarias, que podrían haber sido alimentadas indirectamente por percepciones propias de grandeza pasada y mecanismos de defensa psicológica profundamente arraigados en los reflejos coloniales de algunos países de la región. Pero, con certeza, esta tendencia continúa resonando en relación con las intervenciones de esos años críticos de la Guerra Fría: en la década del 50, el golpe de estado contra el presidente electo de Guatemala; en la década del 60, la revolución cubana y los corolarios de la invasión a la Bahía de Cochinos, la crisis de los misiles y la eliminación del Che Guevara en Bolivia, la invasión de la República Dominicana en 1965, así como la reacción inicial contra el gobierno militar peruano de tendencia izquierdista (en este panorama, la Alianza para el Progreso resultó tan

poco útil como silbar durante un huracán) desatado por los intelectuales vinculados a la teoría de la dependencia y, más tarde, por el repentino surgimiento de varias dictaduras militares; en la década del 70, el derrocamiento del gobierno de Allende en Chile; en la década del 80, los conflictos en América Central, la crisis de la deuda y las intervenciones melodramáticas, y casi cómicas, en Grenada y Panamá al final de dicha década. En este panorama, la exitosa defensa de los derechos humanos por Carter y la conclusión de los tratados sobre el Canal de Panamá fue una honrosa y notable excepción. Las consecuencias erráticas de la globalización y las hecatombes financieras constituyen los rasgos característicos de este nuevo siglo y han sido, hasta ahora, mal manejadas.

Con el fin de la Guerra Fría y especialmente la desarticulación de su esencia ideológica, el vínculo fundamental entre América Latina y Estados Unidos ya no quedaba definido ni condicionado por el conflicto occidental-oriental. Esta transformación básica en el sistema internacional abrió, por sí sola, una nueva dimensión interamericana. En consecuencia, el descubrimiento inesperado de metas comunes en la agenda hemisférica, tal como se registró en las cumbres de Miami (1994), Santiago (1998) y Quebec (2001), confirma un cambio cualitativo en esta relación. En contraste, es indispensable recordar que la transacción histórica implícita que dio lugar al sistema de la OEA en la Guerra Fría fue, en esencia, un compromiso por parte de América Latina para contener el comunismo, y una promesa paralela de Estados Unidos de frenar su intervención compulsiva en los asuntos internos de los países de la región. En efecto, esta promesa consolidaba políticamente la conferencia de Derecho Interamericano de 1936, que había abolido la intervención categóricamente. Sin embargo, como es obvio, Washington no cumplió con su parte del acuerdo.

Conviene hacer hincapié en que nos encontramos en una nueva fase, totalmente diferenciada de la historia diplomática común. Actualmente ambos lados del hemisferio han superado las trabas por ellos mismos impuestas: por lo general, contradictorias, prepotentes y simplistas en lo que respecta a Estados Unidos; retóricas, legalistas y agrias en el caso de América Latina.

Durante la primera década después de la Guerra Fría, Estados Unidos no solo consolidó su rol como la potencia militar suprema en el sistema internacional, sino también, y quizás más significativamente, como motor principal de la agenda y prioridades de la globalización económica y política. Al hacerlo, tam-

bién confirmó su primacía como el factor hegemónico, hasta cierto punto reacio, del continente. La política de Estados Unidos para América Latina coincidió con la intensificación de las reformas de mercado y los regímenes democráticos en casi todos los países de la región y buscó, además, consolidar estas tendencias. Su implementación implicó para la región difíciles y penosos ajustes estructurales, económicos, políticos, así como dolorosas tensiones sociales.

El presente modelo, vigente desde comienzos de los 90 hasta la actualidad (economía de mercado y democracia), sirvió como marco general para las relaciones entre Estados Unidos y América Latina. Sus orígenes, durante el mandato del Presidente George Bush padre, y su desarrollo en base al estilo y enfoque de formulación de políticas *ad hoc* durante la era del presidente Bill Clinton, sumados a las brechas existentes entre las metas y la realidad, han generado confusión y errores. Los efectos sociales negativos del "Consenso de Washington" y la erupción de serias crisis políticas en las repúblicas andinas han contribuido a su polarización. La evolución de las casi enigmáticas relaciones cívico-militares, como una variable implícita que subyace a la precariedad de los regímenes democráticos eficaces en la región sigue siendo en la actualidad un factor clave de la inestabilidad de Sudamérica.

En contraste, el surgimiento de Brasil, México y Canadá como potencias regionales brindan cierta esperanza y compensan la complejidad agobiante de problemas que perjudican el entendimiento incipiente entre las Américas del Norte y del Sur. Sin embargo, debido a la radical diferencia existente entre América del Sur y Estados Unidos, los problemas de mayor importancia relacionados con la formulación de políticas internas en Estados Unidos, respecto de sus vecinos más cercanos (México, América Central y el Caribe) deben analizarse a través de una perspectiva diferente y no se abordarán directamente en este trabajo. Me refiero a la inmigración, los flujos financieros y el narcotráfico que afecta a toda la región pero que alcanzan magnitudes más significativas en los vecinos más cercanos de Estados Unidos, generando así mayor impacto en la política interna dadas las grandes proporciones de inmigrantes de esas áreas.

Las dificultades conceptuales y prácticas, tanto en la consolidación como en la medición del progreso en términos de democracia y derechos humanos; los problemas cruciales en el tráfico de drogas y los cambios recientes en sus redes y métodos; así como la protección ambiental y el alivio de la pobreza son temas que tanto Washington como América Latina

han abordado de manera irregular, a pesar de los primeros esfuerzos desplegados para lograr anteproyectos consensuales, tal como se puso de manifiesto especialmente en las cumbres presidenciales de Miami y Santiago en 1994 y 1998, respectivamente.

La lentitud de las instituciones interamericanas existentes, como la OEA y el BID, para asumir la función ejecutiva corolaria de las cumbres presidenciales, en su calidad de fuentes de cambio dinámico y vehículos para la puesta en marcha de políticas, todavía constituye materia de seria preocupación. Ella sólo refleja la fragilidad de las instituciones civiles de los gobiernos latinoamericanos que son, claro está, los principales medios para ejecutar y respaldar un espectro tan amplio de reformas históricas.

Las reacciones cruciales frente a políticas generalmente conflictivas planteadas por Washington durante la última década con respecto a temas concretos, subregiones y países específicos, son difíciles de subestimar y obviamente desencadenan respuestas negativas. Sin embargo, éstas no tienen por qué impedir un enfoque más práctico por parte de Estados Unidos sobre la viabilidad de iniciativas bilaterales y multilaterales combinadas. Esta aproximación compartida constituye el único medio viable para lograr estrategias realistas. Tal visión global, si es elaborada por Washington en cooperación con sus homólogos sureños, debe tomar en cuenta, antes que nada, las tendencias internacionales y las condiciones extracontinentales en un contexto globalizado; condiciones que por lo general neutralizaron el avance de los proyectos estratégicos más coherentes en el pasado. Sólo en este sentido, los principios básicos de la idea del Hemisferio Occidental mantendrían su validez.

En esencia, el objetivo del marco político trazado por el Presidente Bill Clinton que, hasta ahora, bajo el mandato del Presidente George W. Bush, se encuentra aún en la fase de formulación, es claro: identificar iniciativas prácticas viables, así como prioridades en la toma de decisiones para una nueva política exterior orientada hacia América Latina como un todo, y establecer objetivos consecuentes, aunque independientes para sus países más importantes, elevando así la atención e interés respecto de la región.

## ORÍGENES Y DESARROLLO DEL MODELO ACTUAL

La década de los 90's estuvo caracterizada por las iniciativas de comercio de EE.UU. (ALCA), los esfuerzos para aliviar la carga de la deuda, los nuevos flujos

de inversión, a la vez que las reformas económicas en la región. Un “código de conducta correcta”, bajo el concepto genérico de Consenso de Washington, estableció un listado de reformas económicas y objetivos políticos implícitos para una política común de norte a sur. La naturaleza del ajuste económico requerido incluyó una mejor disciplina fiscal, reformas tributarias, mejores prioridades en el gasto público, liberalización comercial, unificación de tasas de cambio, desregularización de los sectores productivos, privatización de empresas estatales, promoción de la inversión extranjera y afirmación de los derechos de propiedad.

La respuesta de América Latina a este ajuste radical ha sido positiva aunque insuficiente. La mayoría de los países puso en marcha estas recomendaciones económicas, mientras que otros sólo lo hicieron parcialmente o a un diferente ritmo. La correlación entre el desempeño económico y el grado de ejecución de las reformas del Consenso de Washington fue básicamente positiva hasta el inicio de la recesión de 1997-1998.

El ajuste político paralelo requerido para complementar el modelo (consolidación del imperio de la ley a través de la promoción y defensa de los derechos humanos y el fortalecimiento de las instituciones democráticas) no se registró explícitamente, a excepción de algunos discursos aislados, en un texto específico o como una doctrina precisa. Al parecer, se carecía también de una visión integral o un programa tentativo para su realización. De hecho, las administraciones de George Bush padre y Bill Clinton apelaron a este marco con énfasis desiguales o con objetivos diversos. A su vez, estas iniciativas eran, por lo general, impulsadas por demandas urgentes o imprevistas de la política interna de Estados Unidos o surgían como consecuencia de crisis inesperadas y, por lo tanto, entrañaban lineamientos vagos o de emergencia.

Adicionalmente, con la llegada del milenio, los grandes desafíos que enfrentaban las reformas económicas y políticas socavaron el optimismo inicial. En los niveles académico, tecnocrático y popular se viene formando una corriente de opinión respecto de los límites del Consenso de Washington como paradigma (crítica que ahora afecta las premisas centrales y funciones originales de las instituciones del acuerdo de Bretton Woods) y a la falta de liderazgo percibida, así como el debilitado ánimo existente, para establecer nuevos objetivos interamericanos. Estas tendencias negativas y otros factores externos, como las crisis financieras internacionales recurrentes y sus efectos

devastadores en las economías de América Latina, las demandas competitivas de la globalización, así como los efectos de los nuevos vínculos con Europa (particularmente a través de Brasil y Argentina) y con los países de la APEC (a través de Chile, Perú y México), perjudican el ritmo del proceso, debilitan el objetivo general hemisférico y además recortan la inversión americana, ya afectada por la recesión económica en Estados Unidos.

La presidencia de Clinton se vio absorbida por la inercia de sus prioridades en Europa, Asia y Medio Oriente, tendencia que continúa actualmente con la administración de George W. Bush. Washington pareciera estar esperando, en cuanto a sus relaciones con América Latina, que el mismo énfasis económico de principios de los noventa genere un ritmo auto-sostenido, a su vez, que lleve a América Latina a la modernización de manera endógena. Como consecuencia de las declaraciones y los programas de acción de las cumbres presidenciales de América (Miami 1994, Santiago 1998 y Quebec 2002), la OEA y el BID apenas comienzan a tratar, de manera más directa, enfoques multilaterales sobre temas tan políticamente cargados como son la seguridad, la precariedad democrática, el acceso a los mercados y las drogas.

Como complementos esenciales de la meta central de un Área de Libre Comercio en las Américas para el 2005, dichos temas y sus premisas conceptuales siguen formando las bases teóricas para la confluencia de las posiciones de América Latina y Estados Unidos. Considerados así, éstos podrían trascender colectivamente las complejidades o contratiempos eventuales en cualquiera de estas políticas. De hecho, existe un apoyo general bi-partidario en Washington con respecto a los objetivos centrales aludidos. No obstante, algunos temas especialmente conflictivos y gobiernos específicos se encuentran a merced de iniciativas de sectores del Congreso de Estados Unidos que suelen ser erráticos, especialmente cuando éstos (o su personal) intentan micro-gerenciarlas.

### **TRES TEMAS CRÍTICOS: DEMOCRACIA, COMERCIO Y DROGAS**

Existe un consenso general de que la noción de democracia, como principio compartido de la región, ya incluye estándares mínimos, mecanismos colectivos para rectificaciones por retrocesos, cualquiera sea su naturaleza; y un entendimiento implícito de criterios claros para medir su desempeño efectivo en cada uno de los países del sistema interamericano. Lo que todavía hace falta es una serie de estímulos o proyec-

tos que puedan crear la estabilidad institucional que asegure la consolidación de la democracia y evitar futuras frustraciones.

Pero esta inmensa tarea común debe comenzar, primero, por comprender la persistencia de un problema histórico. Durante el siglo XIX, las nuevas repúblicas hispanoamericanas se vieron influidas por el debate francés sobre la revolución y la contrarrevolución, que había amenazado sin éxito, en Francia, un concepto específico de democracia destinado a proporcionar al estado el monopolio de poder y los medios necesarios para proteger la libertad de sus ciudadanos. Ese tema ya había sido abordado y resuelto con cierta anterioridad en Inglaterra y América del Norte pero en la forma muy diferente de la garantía de los derechos inalienables de los ciudadanos para ejercerlos con la ayuda del estado, sin éste, e incluso contra el mismo. Si América del Norte y América del Sur deben ahora superar, directamente, esa diferencia histórica y conceptual, la tarea pendiente involucraría un esfuerzo colectivo, paciente, pero no necesariamente inalcanzable. El imperio de la ley y el debido proceso tiene un sentido diferente en las tradiciones políticas Franco-latinas y en las Anglo-Americanas. La jurisprudencia es diferente si se basa en precedentes o si está determinada por códigos específicos. Y la justicia se entiende de manera diferente si deriva de la presunción de inocencia en vez de culpabilidad, o viceversa. Ninguno de estos matices críticos han sido aún reconciliados dentro de una perspectiva común Norte-Sur en torno a la democracia. No obstante, reconciliar estas tradiciones divergentes es una pre-condición objetiva para la eficaz promoción de la legitimidad democrática genuinamente compartida por las sociedades civiles anglo-americanas y latino-americanas.

Es curioso, en el contexto descrito, que en el 1926, el eminente jurista peruano, Alberto Ulloa, ya había argumentado que la persona humana, y no el Estado, era el sujeto idóneo del derecho internacional, y en 1961 introdujo esta noción en los debates de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Así, por iniciativa de un estadista latino, estableció el fundamento esencial para una visión continental común sobre los derechos humanos, más de cuatro décadas antes de la adopción de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A la luz de este avance, resulta complejo pero ciertamente no imposible extrapolar

del sistema internacional a la esfera interna normas y prácticas complementarias<sup>8</sup>.

En todo caso, en la era de la globalización, es el comercio, más que la democracia, la controversia que determinará el ritmo inmediato de las relaciones interamericanas. La prueba clave para verificar la factibilidad de un Área de Libre Comercio de América es elusiva, pero no está determinada por asuntos técnicos de procesos de integración continuos como el ALCA, la Comunidad Andina o el MERCOSUR. Ni siquiera es un asunto de compatibilidad o de coordinación sincronizada. Los pactos comerciales bilaterales con Estados Unidos, o con cualquiera de los acuerdos comerciales subregionales, también son temas secundarios. El desafío central es, por un lado, que el gobierno de Estados Unidos tenga la capacidad de obtener el permiso de *fast-track* en el Congreso y, por otro lado, convencer al aprehensivo Brasil para que tome medidas reales encaminadas a poner en marcha el FTAA antes del 2005. Las recientes medidas arancelarias impuestas por Estados Unidos y sus subsidios a los productos agrícolas desde luego no ayudan.

Sin embargo, esto no hace más que sacar a relucir el subyacente problema porque, mientras Washington parece centrarse en las barreras arancelarias y para-arancelarias, la preocupación esencial de sus socios comerciales sureños es que este proyecto histórico no logre los niveles adecuados de reciprocidad en términos de acceso al mercado. La recesión global, las crisis financieras y fiscales que restringen el desarrollo económico en la región y que ya obstaculizan los pactos comerciales subregionales existentes (como la crisis Argentina con relación al MERCOSUR), sólo pueden polarizar estas dos posiciones. Si bien el comercio es el objetivo central, el fulcro, de la globalización, y resulta para pocos productores competitivos sólo una oportunidad de encontrar "nichos de mercado" para exportaciones específicas, dicho ideal únicamente se puede percibir a nivel popular, en el mejor de los casos, como una suerte de "idealismo económico claustrofóbico" que podría entorpecer el progreso comercial ya conseguido a nivel subregional y ampliar aún más las grandes disparidades sociales existentes dentro y entre los países de la región.

Finalmente, el problema de las drogas, la concentración de la cooperación estadounidense en el "Plan Colombia" y sus consecuencias caóticas para los países vecinos a éste, la ineficacia de los esfuerzos

<sup>8</sup> ULLOA, Alberto. "Derecho Internacional Público". Lima, Sanmartí y Cía, 1926. Capítulo 1.

bilaterales pasados desplegados por los países de la región andina y Estados Unidos, y la incapacidad o la poca disposición de la administración anterior (o actual) de Estados Unidos para emprender una estrategia global de interdicción, políticas de derecho y orden, y regímenes de desarrollo alternativo para las naciones andinas (como enfoque integral) sólo puede incrementar el escepticismo existente. Tras el desmantelamiento de los carteles, se teme una militarización no deseada e intensificada de los esfuerzos antidrogas, y el efecto de "propagación" en las fronteras de países vecinos de Colombia, donde operan pequeñas redes de narcotráfico descentralizadas y vinculadas a las insurgencias. Esto hace que sea más difícil llegar a un acuerdo razonable y eficiente, adecuadamente financiado, con respecto a ese frustrante fenómeno criminal para las relaciones continentales. De más está decir que los efectos políticos de esta inestabilidad no planeada, ante la falta de una estrategia global, irán en perjuicio de las dinámicas políticas que pudieran lograr los tres temas que se citan como discrepancias centrales, a pesar de las intenciones manifestadas por los jefes de estado en la Cumbre de Québec del año pasado.

## DE OBJETIVOS DE POLÍTICA A LA REALIDAD

En términos prácticos, América Latina ha tenido serias dificultades para poner en marcha el esquema de políticas de las entidades financieras de Washington, especialmente para beneficiar a estratos importantes de la población. Las famosas reformas de "segunda generación", que pretenden incluir a una mayor parte de la sociedad en los beneficios de las reformas del Consenso de Washington, todavía tardan en implantarse por una variedad de razones que es necesario entender mejor. La grave ineficiencia o incapacidad institucional (en lo que respecta a aquellas políticas sociales), las insuperables limitaciones de los esfuerzos anticorrupción y de la promoción del imperio de la ley, del debido proceso y de los derechos humanos, han conllevado, en la mayoría de gobiernos democráticos de América del Sur, a una desconfianza amplia con respecto a las políticas neoliberales. Se han alcanzado los niveles más bajos de confianza durante las crisis financieras de México en 1994, Brasil en 1998, Ecuador en 1999 y Argentina en la actualidad. De hecho, las dudas sobre la factibilidad de un área de libre comercio antes del 2005, o en algún otro momento, son ahora más pronunciadas.

El pesimismo general hoy se refuerza (y puede marcar un hito negativo) con la erupción repentina de las crisis políticas y los conflictos cada vez más violentos que caracterizan a las repúblicas andinas, particularmente a Colombia. Esto ha dejado a las poblaciones y gobiernos de esa subregión con una sensación de pesimismo muy amplio, pero que extrañamente parece imperceptible para las figuras claves encargadas de la formulación de políticas en Washington. Los aspectos relevantes de esta crisis andina como la seguridad, democracia y drogas *vis a vis* los países afectados (Colombia, Perú, Venezuela, Ecuador y Bolivia) deben evaluarse no sólo con urgencia, sino tomando en cuenta los hechos históricos sin precedentes, la magnitud y las variedades de violencia desatadas<sup>9</sup>.

## UN FUTURO INCIERTO

Como consecuencia de los esfuerzos internos, interamericanos y estadounidenses para promover y consolidar la democracia -sin duda el desafío interamericano más delicado-, ésta ha evolucionado y en algunos casos se ha profundizado. Sin embargo, no han provocado una disminución automática de la función política de las Fuerzas Armadas. Junto con el debilitamiento de las instituciones civiles (como resultado de las frustradas reformas prescritas en el modelo de 1990), el carácter generalmente hermético de los vínculos cívico-militares en toda la región es un elemento que contribuye a la fragilidad del sistema democrático. Dentro del contexto de las nuevas nociones emergentes (todavía bastante teóricas) sobre seguridad, las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas, como institución legítima, resultan inciertas. Las alianzas tentativas de las Fuerzas Armadas con las administraciones civiles en América Latina reflejan una fuente de tensión y un riesgo constante, tanto en lo que se refiere a la autoridad cuanto a la eficiencia de los gobiernos electos. La naturaleza sutil de estos vínculos constituye un serio problema para la consolidación de los objetivos comunes democráticos y comerciales, y para hacer más compatibles las prioridades de Estados Unidos y las de sus vecinos de América Latina en un futuro inmediato. Ejemplos recientes han revelado la susceptibilidad peligrosa a la corrupción corrosiva de algunos estratos superiores de las Fuerzas Armadas, un factor que puede acabar en un abrir y cerrar de ojos con años de construcción nacional. Donde se han producido reformas éstas han sido en realidad purgas. Donde no se han dado reformas, la subordinación de las fuerzas armadas a la

<sup>9</sup> Cfr: SMITH, Peter H. "Talons of the Eagle: Dynamics of US- Latin American Relations". New York, Oxford University Press, 2000. BERGQUIST, Charles. "Violence in Colombia. 1990-2000; Waging War and Negotiating Peace". Washington, Scholarly Resources, 2001.



sociedad civil es incompleta. En ambos casos, la tensión persiste en detrimento de los regímenes civiles.

Sin embargo, hay motivos para un cauto optimismo y también existen síntomas positivos relevantes. Brasil se ha vuelto una potencia económica mundialmente importante y es uno de los mercados emergentes más atractivos. En consecuencia, su surgimiento como líder político, económico y diplomático de América del Sur también es un nuevo fenómeno que debe tomarse en consideración en este contexto que cambia a un ritmo acelerado. Brasil puede convertirse en el origen de prioridades políticas y económicas alternativas para el subcontinente, o actuar como un participante importante y discreto en relación con la crisis andina. Asimismo, su nuevo liderazgo también le permite ser un contrapeso más sutil para los tradicionales esfuerzos diplomáticos mexicanos en el hemisferio. Adicionalmente, a partir de su integración a la OEA en 1989, Canadá está tratando de sustituir (pero no desplazar) la supremacía formal de Estados Unidos, sin afectar su importancia natural, pero libre de algunos mecanismos de "corrección política," generalmente impopulares, que frecuentemente se promovieron con entusiasmo (pero de manera dispareja) durante el gobierno de Clinton.

A pesar de todo lo que se ha dicho, es posible que el objetivo general -tal como se sugirió repetidas veces durante el gobierno de Clinton y se reiteró durante la campaña presidencial de George W. Bush -sea que América Latina pueda, y deba, convertirse en una prioridad significativa de política exterior. Desde esta perspectiva, mayor eficacia de los gobiernos de la región parece ser un paso previo e inevitable tanto para la consolidación de la democracia cuanto para el desarrollo en la región. A la luz de estos supuestos, nuevos enfoques deben aplicarse para países individuales o para subregiones específicas. Desafortunadamente, las políticas actuales todavía no toman en consideración que existen tantas diferencias a nivel geográfico, cultural y político entre los países de la región como entre los países de Europa, y que ellas no se limitan simplemente a las etapas de modernización política y ajuste económico-social. En la mayoría de los casos, estas políticas todavía vienen construyendo o reconstruyendo los componentes esenciales de un estado funcional que es una precondición para la consolidación democrática. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta que, además de estos esfuerzos tentativos, se están esbozando medidas incipientes para que MERCOSUR y los países andinos definan una política exterior común; y que bajo el liderazgo brasileño y/o mexicano es

posible que se renueve alguna modalidad de concertación política-diplomática exclusivamente latinoamericana, similar a aquella del esfuerzo del Grupo de Río en los 80, modalidad eventual que EE.UU. debería acoger con beneplácito.

Por lo tanto, parece ser especialmente importante que los líderes del continente se concentren en aquellos temas centrales que reflejen algunos de los problemas políticos y económicos críticos que impiden o retrasan el consenso entre EE.UU. y América Latina. Las controversias centrales ya analizadas, tales como los medios para la cristalización de reformas económicas de "primera" y "segunda" generación, la resolución de controversias comerciales y del narcotráfico, o la aparente contradicción entre las normas interamericanas tradicionales y las nuevas (como la no-intervención frente a la legitimidad democrática y su consolidación) deben abordarse conjuntamente.

En realidad, las Américas ya se han librado de la aplastante resaca ideológica de la Guerra Fría, han universalizado su membresía, se han institucionalizado y básicamente han dejado atrás sus obsesiones europeas. No se puede afirmar con certeza si el liderazgo de Cardoso en Brasil, Fox en México, Lagos en Chile y otros políticos pragmáticos de América del Sur puede complementarse con el nivel de estadistas, entusiasmo y disposición política en Estados Unidos. Si en Estados Unidos se presenta sólo de manera retórica, la idea del Hemisferio Occidental será discutida hasta el cansancio por expertos, quienes la transformarán en un cúmulo de neologismos inaccesibles. Si, por el contrario, sus temas centrales son analizados sobre la base de una visión preceptiva de trabajo en curso, o básicamente, sobre la base de una red de apoyo paciente y de largo plazo para la reconstrucción nacional en América Latina, entonces la estabilidad democrática, el comercio dinámico y el crecimiento económico (con progreso social) pueden integrarse en una red de relaciones que permitiría a Estados Unidos navegar, exitosamente, estrechos parlamentarios y vencer obstáculos nacionales inevitables.

## DIPLOMACIA VIRTUAL

Con la culminación exitosa del esfuerzo multilateral descrito, el mayor impedimento para la concreción de la idea del Hemisferio Occidental (la asimetría de poder norte-sur), podría eventualmente neutralizarse mediante el empeño de todos los miembros de este reciente nuevo mundo, si se integra en una estrategia substancial común que trascendería sus expectativas primigenias.

En este contexto, permítanme una digresión aparente sobre la práctica de la diplomacia, parafraseando un comentario crítico de Louis Halle a un viejo libro. Me refiero a los esfuerzos de embajadores, ministros de estado, y otros representantes. Este comentario no se refiere al concepto de liderazgo. Se trata, más bien, de una observación sobre el poder limitado y las debilidades de las personas responsables de concretar las políticas.

El enviado profesional cumple una función inevitablemente ambigua. Sus conocimientos provienen de una experiencia directa con el mundo y sus interlocutores, esencialmente desconocidos para las personas y para el gobierno que él oficialmente representa. Mientras el público tiene una idea imaginaria del ambiente externo en el que el agente diplomático se desenvuelve, éste funciona en él y observa la realidad. En consecuencia, como representante oficial, él está en la delicada posición de efectuar un trabajo que es diferente a lo que su público y gobierno piensan. Para él, resulta simplemente natural evaluar cada situación meticulosamente y hacer lo necesario para obtener el respaldo de aquéllos para quienes trabaja. Rara vez recibirá efectivamente un aporte evidente o un respaldo específico por parte de ellos. Lo que normalmente sucede es que el diplomático no adquiere una visión de la realidad esencialmente diferente de la visión común en que se basan sus instrucciones. En la mayoría de casos, procura no interpretar sus instrucciones de una manera tan detallada que pueda alienar a sus interlocutores para así lograr la máxima ventaja posible. Por tanto, la dificultad intrínseca de la labor del diplomático se da sólo en la medida en que ésta genere conflictos internos o contradictorios con la sociedad y/o régimen que tiene que representar. En todo caso, dicho conflicto surge sólo en proporción a su integridad profesional, esto es, su credibilidad que es finalmente su único patrimonio permanente.

Si los conocimientos de los agentes diplomáticos provienen de las vivencias directas de un mundo que es esencialmente desconocido para las personas que representan oficialmente, y además actúan bajo un sistema que no les permite participar libremente en un debate público, su abnegación generalmente conti-

núa aún después de jubilarse. De tal manera que son pocos los que tienen algo que decir, incluso cuando ya adquieren la libertad para hablar. En cualquier caso, aquéllos que poseen alguna agudeza intelectual se inhiben de contrastar los conocimientos adquiridos en sus gestiones en el exterior con personas que no tienen experiencia paralela propia. En este contexto, mi opinión es que la distancia entre el propósito y el proceso en la gestión diplomática suele ensancharse por características inasibles del elemento humano. Sólo si se dan eventuales circunstancias de la oportunidad y el azar es que excepcionalmente los propósitos y la práctica convergen.

Esto aparentemente tiene el carácter de un epílogo tangencial. Pero en efecto el dilema que se acaba de describir llevará al éxito o al fracaso de cualquier ambicioso plan. En este sentido, la combinación de tendencias convergentes y de esquemas creativos para el renacimiento, en la actual generación, de la idea del Hemisferio Occidental puede concretarse sólo si se cuenta con la persistencia y constancia personales sobre puntos comunes y si se concentran en resolver de manera consciente los residuales prejuicios culturales y así diluir las discrepancias. El desenlace final de este antiguo ideal americano puede cristalizar, por lo tanto, en el momento oportuno o, lamentablemente, quedar rondando nuestro continente como la nube que nos ha separado durante dos siglos de incompetencia.

La situación posterior a los trágicos acontecimientos del 11 de setiembre de 2001 sólo ha agudizado el dilema debido a la militarización global inevitable de la política exterior de EEUU. El problema no consiste en la globalización de la seguridad como el sesgo predominante de su política exterior, ni en su intensificación, sino en su probable transformación en un nuevo paradigma ideológico anti-terrorista de la diplomacia norteamericana que tiende a erosionar cualquier aproximación constructiva regional. Con la excepción del genocidio terrorista en Colombia, América Latina sólo parece tener lazos tenues con la visión que emerge desde Washington (que en sí es sólo un preanuncio de la estrategia imperial a escala global en proceso de gestación). En consecuencia la antigua idea hemisférica parece destinada a sucumbir en una suerte de somnolencia terminal.

Rodrigo, Elías & Medrano  
**Abogados**

Felicita a los señores Lenka López Verástegui, Priscila Valle Tantavilca y Alejandro Manayalle Chirinos, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por haber obtenido la beca de estudios "Luis Carlos Rodrigo Mazuré" en el año 2002.

Av. San Felipe 758, Lima 11. Teléfono 219-1900. Fax 463-7300.  
<http://www.estudiorodrigo.com>

**DUANY & KRESALJA**  
**ABOGADOS**

Central telefónica: 241 4545

Fax: (51.1) 445 1677

[dkbufete@duakre.com.pe](mailto:dkbufete@duakre.com.pe)

[dkpin@duakre.com.pe](mailto:dkpin@duakre.com.pe)

[dkcorporativo@duakre.com.pe](mailto:dkcorporativo@duakre.com.pe)

[duakre@terra.com.pe](mailto:duakre@terra.com.pe)

Dirección: Av. Reducto 1534 - Miraflores - Lima 18 - Perú

# LAS LEYES DEL CIBERESPACIO\*

Lawrence Lessig\*\*

*Siendo conciente de las cuestiones que la regulación plantea, el autor nos alerta respecto a la tendencia controlista que Estados Unidos está implantado en este nuevo campo de acción social que es el ciberespacio.*

*Esta postura - contradictoria a los valores de libertad que el país norteamericano propugna - podría resultar peligrosa puesto que podría atentar contra las políticas internas que cada estado busque aplicar en el espacio real, problema que se agrava tras considerar que la tendencia norteamericana es predominante en la regulación del ciberespacio.*

Antes de la revolución, la Rusia Zarista tenía un sistema de pasaportes interno. La población detestaba este sistema. Los pasaportes indicaban el estado del cual provenía uno y esta indicación determinaba los lugares a donde uno podía ir, con quiénes podía asociarse uno, lo que uno podía ser. Los pasaportes eran distintivos que otorgaban acceso, o lo impedían. En suma, controlaban lo que en el Estado ruso los rusos podían conocer.

Los Bolcheviques prometieron cambiar todo esto. Ellos prometieron abolir los pasaportes internos. Y así lo hicieron poco después de tomar el poder. Los rusos eran de nuevo libres para viajar a donde quisieran. A dónde podían ir ya no era determinado por un documento que se les exigía llevar con ellos. La abolición del pasaporte interno simbolizó la libertad para el pueblo ruso – una democratización de la ciudadanía en Rusia.

Esta libertad, sin embargo, no habría de durar. Una década y media después, ante la perspectiva de campesinos hambrientos invadiendo las ciudades en busca de comida, Stalin trajo de regreso el sistema de los pasaportes internos. Los campesinos estaban de nuevo atados a sus tierras (una restricción que permanecería hasta el fin de los setentas). Los rusos estaban una vez más restringidos a lo que su pasaporte permitía. Una vez más, para acceder a Rusia, los rusos debían mostrar algo acerca de quiénes eran.

MISCELAÑEA

\* Artículo traducido por Oscar Trelles y Jorge Trelles bajo la supervisión de José Luis Cúneo Galdós. Este trabajo fue presentado en Taipei, en marzo de 1998, como parte de la Conferencia Taiwan Net '98.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

\*\*\*

El comportamiento en el mundo real – este mundo, el mundo en el cual estoy ahora hablando – está regulado por cuatro tipos de limitaciones. La ley es sólo una de las cuatro limitaciones. La ley regula por medio de sanciones impuestas *ex post* – deja de pagar impuestos y probablemente vayas a la cárcel; roba mi carro y probablemente también vayas a la cárcel. La ley es el más conocido de los reguladores, pero es sólo uno de los cuatro.

En segundo lugar, están las normas sociales. También regulan. Las normas sociales –entendimientos o expectativas acerca de cómo uno debe comportarse, cuya exigibilidad no se da a través de un sistema centralizado de cumplimiento normativo, sino a través de entendimientos y expectativas de casi todos los miembros de una comunidad – dirigen y limitan mi comportamiento en un mayor espectro de situaciones que cualquier ley. Estas normas me indican qué ropa usaré –un traje, no un vestido; ellas nos indican que ustedes deben sentarse silenciosa y educadamente, por al menos 40 minutos, mientras hablo; ellas organizan cómo interactuaremos una vez terminada la charla. Las normas guían el comportamiento; en este sentido, funcionan como una segunda regulación limitadora.

El mercado es una tercera limitación. Regula a través del precio. El mercado limita el monto que puedo gastar en ropa; o lo que puedo generar dando discursos; indica que puedo cobrar menos por lo que escribo que Madonna, o menos por mi canto que Pavarotti. A través del mecanismo del precio, el mercado determina mis oportunidades, y a través de este rango de oportunidades, regula.

Y, finalmente, está la limitación de lo que algunos pueden llamar la naturaleza, pero que yo llamaré “arquitectura”. Ésta es la limitación que impone el mundo como lo encuentro, aun si el mundo que encuentro es un mundo hecho por otros. El que no pueda ver a través de la pared es una limitación a mi habilidad de saber qué está ocurriendo al otro lado de la habitación. El que no haya rampas de acceso a una biblioteca limita el acceso de una persona en silla de ruedas. Estas limitaciones, en el sentido al que me refiero, regulan.

Entonces, para entender una regulación debemos entender la suma de estas cuatro limitaciones operando conjuntamente. Cualquiera individualmente no puede reflejar el efecto de las cuatro juntas.

\*\*\*

Esta es la era del ciber-liberalista. Es un tiempo en el cual cierta “publicidad” sobre el ciberespacio se ha desarrollado. Dicha “publicidad” es la siguiente: el ciberespacio es inevitable y, no obstante, el ciberespacio no puede ser regulado. Ninguna nación puede vivir sin él, sin embargo ninguna nación será capaz de controlar el comportamiento en él. El ciberespacio es ese lugar en donde los individuos son, inherentemente, libres del control de los soberanos del espacio real. Es, en las palabras de James Boyle, la gran trampa tecnológica –naciones del mundo, no pueden vivir sin él, pero naciones del mundo, cuando lo tengan, no vivirán por mucho con él.

Mi objetivo hoy es dar una diferente visión del ciberespacio. Mi objetivo es atacar esta “publicidad” ya que, desde mi punto de vista, el mundo en el cual estamos entrando no es uno de libertad perpetua; o más precisamente, el mundo en el cual estamos entrando no es uno. El ciberespacio tiene el potencial de ser el espacio más completo y extensamente regulado que jamás hayamos conocido en cualquier lugar, en cualquier momento de nuestra historia. Tiene el potencial de ser la antítesis de un espacio de libertad. Y al menos que entendamos este potencial, al menos que veamos cómo esto puede llegar a ser, posiblemente nos durmamos a lo largo de esta transición entre la libertad y el control. Pues ésta, desde mi punto de vista, es la transición de la que estamos siendo testigos actualmente.

Ahora quiero demostrar este argumento haciendo uso de la introducción inicial –la historia acerca de la Rusia bolchevique, y la idea sobre la regulación–, pues juntas sugerirán hacia dónde está yendo el ciberespacio y, más importante, cómo podemos esperar que el ciberespacio llegue ahí.

Primero la idea: al igual que en el espacio real el comportamiento en el ciberespacio está regulado por cuatro tipos de limitaciones. La ley es sólo una de esas limitaciones. Pues no obstante la “publicidad”, hay leyes regulando el ciberespacio en este mismo momento –derecho de marcas, leyes de difamación o acoso sexual, todas las cuales limitan el comportamiento en el ciberespacio en la misma manera en que lo hacen en el espacio real.

También hay, tal vez sorprendentemente, normas sociales en el ciberespacio –reglas que regulan el comportamiento, y exponen a los individuos a sanciones por parte de otros. Aquéllas también funcionan en el ciberespacio como hacen las normas sociales en el espacio real, amenazando con sanciones *ex post* de la comunidad.

Y lo mismo ocurre con el mercado. El mercado limita el ciberespacio de la misma forma que en el espacio real. Si cambia el precio por el acceso, las limitaciones sobre el acceso variarán. Si cambia la estructura en el cobro por acceso, la regulación del acceso marginal variará, de la misma manera, dramáticamente.

Pero para nuestros propósitos, la más significativa de estas cuatro limitaciones al comportamiento en el ciberespacio es la análoga a la que llamé "arquitectura" en el caso del espacio real. A ésta la llamaré "código". Por código, simplemente me refiero al *software* y *hardware* que forma el ciberespacio tal como es –el conjunto de protocolos, de reglas, implementadas o codificadas en el *software* del propio ciberespacio, que determinan cómo las personas interactúan, o existen, en este espacio. Este código, como la arquitectura en el espacio real, determinan los términos en los que ingreso o existo en el ciberespacio. Como la arquitectura, no es opcional. Yo no puedo escoger si obedezco o no a la estructura preestablecida –los hackers pueden escoger, pero ellos son especiales. Para el resto de nosotros, la vida en el ciberespacio está sujeta al código, como la vida en el espacio real está sujeta a la arquitectura del espacio real.

La esencia de las limitaciones del código en el ciberespacio varía. Pero la forma como se experimentan no varía. En algunos lugares, uno debe ingresar una clave antes de obtener acceso; en otros, uno puede entrar con o sin identificación. En algunos lugares, las transacciones en las que uno interviene producen trazos que permiten rastrear la transacción hasta el individuo; en otros lugares, esta posibilidad de rastreo sólo se puede dar si el individuo así lo elige. En algunos lugares, uno puede hablar en un lenguaje que sólo el receptor puede oír (a través de la encriptación); en otros lugares, la encriptación no es una opción.

Las diferencias están constituidas por el código de estos diferentes lugares. El código o *software* o arquitectura o protocolos de estos espacios establecen estas características; son características seleccionadas por los creadores del código; éstas limitan cierto comportamiento permitiendo otro. Y en este sentido, éstas, como la arquitectura en el espacio real, regulan el comportamiento en el ciberespacio.

Entonces, el código, el mercado, las normas sociales y la ley, en conjunto, regulan el ciberespacio tal como la arquitectura, el mercado, las normas sociales y la

ley regulan el espacio real. Y mi posición es que, al igual que con las regulaciones del espacio real, deberíamos tener en cuenta cómo estas cuatro limitaciones operan en conjunto.

Un ejemplo –un contraste entre una regulación en el espacio real, y la misma regulación en el ciberespacio –hará más claro este punto. Piensen acerca de la preocupación que existe en mi país (algunos podrían llamarla obsesión) respecto de la regulación sobre indecencia en la red.

Esta preocupación despertó en los Estados Unidos a comienzos de 1995. Su origen fue un incremento extraordinario en el número de usuarios comunes de la red y, por consiguiente, un incremento en su uso por niños, así como un incremento aun más extraordinario en la disponibilidad de lo que muchos llaman 'porno' en la red. Un estudio sumamente controversial (y sobretodo defectuoso) publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Georgetown informaba sobre una red inundada por pornografía. Tanto "Time" como "Newsweek" publicaron artículos de portada sobre su disponibilidad. Y senadores y congresistas fueron bombardeados con demandas para regular la "ciberpornografía".

No hay duda que la furia en ese momento era grande. Pero uno podría preguntar por qué esta furia sobre la pornografía en el ciberespacio era tan grande. Ciertamente hay más pornografía en el espacio real que en el ciberespacio. ¿Por qué entonces la furia sobre el acceso a pornografía en un lugar donde la mayoría de los niños no tiene acceso?

Para entender el por qué, piensen por un segundo acerca del mismo problema tal como se da en el espacio real. ¿Qué regula la distribución de pornografía en el espacio real?

Primero: en Estados Unidos, las leyes en el espacio real regulan la distribución de pornografía a niños –leyes que exigen a los vendedores de pornografía verificar la edad de los compradores, o leyes que requieren que los vendedores se ubiquen en una parte determinada de la ciudad, usualmente alejada de los niños. No obstante, las leyes no son la más importante de las limitaciones impuestas a la distribución de pornografía a los niños.

Más importante que las leyes son las normas sociales. Éstas prohíben a los adultos vender pornografía a los niños. Aun entre los distribuidores de pornografía esta restricción es relativamente efectiva.

Y no sólo las normas sociales. El mercado también, pues la pornografía cuesta dinero, y los niños no lo tienen.

Pero la limitación más importante del espacio real es a la que yo me he referido como arquitectura, dado que todas las otras regulaciones en el espacio real dependen de la limitación llamada arquitectura. Las leyes, normas sociales y mercado pueden discriminar en el espacio real debido a que es difícil en éste esconder que se es un niño. Por supuesto, un niño puede ponerse un bigote, usar zancos y tratar de entrar a una tienda para comprar pornografía. Pero en la mayoría de los casos los disfraces fallarán. En la mayoría de casos, será muy difícil esconder que es un niño. Así, normalmente las limitaciones basadas en ser un niño son limitaciones que pueden ser efectivas. El ciberespacio es diferente. Aun si asumimos que las mismas leyes que se aplican al espacio real se apliquen al ciberespacio, y aun si asumimos que las limitaciones de las normas sociales o del mercado también se aplican, aun así, subsiste una diferencia radical entre los dos espacios. Pues mientras que en el espacio real es difícil esconder que se es un niño, en el ciberespacio el esconder quién se es, o más precisamente, esconder características de quién se es, es la cosa más simple del mundo. Lo normal en el ciberespacio es el anonimato. Y debido a que es tan fácil esconder quién se es, es prácticamente imposible que las leyes y normas sociales se apliquen al ciberespacio. Para que estas leyes se apliquen uno tiene que saber que está negociando con un niño. Pero la arquitectura de este espacio simplemente no proporciona esta información.

Ahora el punto importante es ver la diferencia, e identificar su fuente. La diferencia es una diferencia en lo que quiero llamar la 'regulabilidad' del ciberespacio –la capacidad de los gobiernos para regular el comportamiento en éste. Como es ahora, el ciberespacio es menos regulable que el espacio real. Hay menos que el gobierno puede hacer.

La fuente de esta diferencia en la regulabilidad es una diferencia de la arquitectura del espacio –una diferencia en el código que constituye el ciberespacio tal como es. Mi posición es que su arquitectura lo hace esencialmente irregulable.

O así lo hizo en 1995, y en 1996, cuando el Congreso de los Estados Unidos logró su objetivo de aprobar un

intento para enfrentar este problema –la Ley de Decencia en las Comunicaciones<sup>1</sup>. Voy a hablar un poco de lo que ocurrió con dicha ley, pero primero quiero marcar este periodo, y diferenciarlo de donde nos encontramos ahora. Era la arquitectura del ciberespacio en 1995 y 1996 la que lo hacía esencialmente irregulable.

Llamemos a esa arquitectura Red 95 –como en 1995–, y aquí están sus características: en la medida que uno tuviese acceso a la Red 95, uno podía navegar sin identificarse. La Red 95 era la Rusia bolchevique. La identidad o características de uno eran invisibles en la red en ese entonces, con lo cual uno podía entrar y explorar sin credenciales –sin un pasaporte interno. El acceso era abierto y universal, no condicionado a credenciales. Era, en un sentido restrictivo del término, un momento extraordinariamente democrático. Los usuarios eran fundamentalmente iguales. Esencialmente libres.

Fue contra este contexto –el contexto de la red como era en 1995– que la Corte Suprema recién revisó la Ley de Decencia en las Comunicaciones. Dos cortes de inferior jerarquía habían atacado la ley por ser violatoria del derecho a la libertad de expresión. Mientras, millones observaban las deliberaciones de la corte en el caso –observaban en el ciberespacio, mientras los argumentos eran reportados, debatidos y criticados.

Finalmente, en junio del año pasado,<sup>2</sup> la Corte confirmó la decisión de las cortes inferiores, declarando la ley inconstitucional. Las razones por las que era inconstitucional no son tan importantes para nuestros propósitos aquí. Lo importante es la retórica que llevó a la Corte a esa conclusión.

Ello por cuanto la decisión se apoyó de forma crucial en afirmaciones sobre la arquitectura de la red tal como era –esto es, sobre la arquitectura de la Red 95. Dada esta arquitectura, la Corte concluyó que cualquier regulación que intentase mantener a los niños fuera de la pornografía sería una regulación demasiado gravosa para los hablantes y escuchadores. Como era la red, la regulación sería demasiado gravosa.

Pero lo que fue significativo era que la Corte hablaba como si la arquitectura de la red en 1995 –Red 95– fuese la única arquitectura que la red podía tener.

<sup>1</sup> N. del T.: *Communications Decency Act* en el original.

<sup>2</sup> El discurso fue realizado en 1998.

Hablaba como si hubiese descubierto la naturaleza de la red, y estaba entonces decidiendo acerca de la naturaleza de cualquier regulación posible de la red. Pero el problema con todo esto es, por supuesto, que la red no tiene una naturaleza. No hay arquitectura alguna que sea esencial para el diseño de la red. La Red 95 era un conjunto de características, o protocolos, que constituían la red en un momento dado. Pero nada obliga a que estas particularidades, o protocolos, siempre caractericen a la red como ésta siempre será. Y en efecto, nada de lo que hemos visto en los últimos dos años debería llevarnos a pensar que ello será así. Un ejemplo demostrará el conjunto más sencillamente. Antes de ser profesor de Harvard yo enseñaba en la Universidad de Chicago. Si uno quería acceder a la red de la Universidad de Chicago, uno simplemente debía conectar su máquina a uno de los terminales localizados alrededor de la universidad. Cualquier máquina podía conectarse a estos terminales y, una vez conectada, cualquier máquina tendría acceso completo a la internet. El acceso era anónimo, completo y libre.

La razón de esta libertad fue una decisión de la administración. Pues el rector de la Universidad de Chicago era Geof Stone, un ex decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, y un reconocido estudioso de la libertad de expresión. Cuando la universidad estaba diseñando su red, los técnicos preguntaron al rector si debería permitirse la comunicación anónima. El rector, citando el principio de que las reglas de la universidad sobre expresión serían tan protectoras de la libertad de expresión como la Primera Enmienda, dijo que sí: uno tendrá el derecho a comunicarse en la universidad anónimamente, ya que la Primera Enmienda de la Constitución garantizaría el mismo derecho tal como lo haría frente al gobierno. De esta política surgió el diseño arquitectónico de la red de la Universidad de Chicago.

En Harvard, las reglas son diferentes. Uno no puede conectar su máquina a la red de Harvard salvo que la máquina esté registrada –autorizada, aprobada, y verificada. Sólo miembros de la comunidad universitaria pueden registrar su máquina. Una vez registrada, todas las interacciones con la red pueden ser monitoreadas y son identificadas en relación con una máquina en particular. En definitiva, la expresión anónima no está permitida en esta red –es contra las reglas. El acceso puede controlarse sobre la base de quién es uno; y la interacción puede ser rastreada sobre la base de lo que uno hizo.

La razón para este diseño también está basada en la decisión de un administrador - un administrador me-

nos interesado en las protecciones otorgadas por la Primera Enmienda en este caso. Controlar el acceso es el ideal de Harvard; facilitar el acceso era el ideal de Chicago; tecnologías que hacen el control posible fueron, por esto, escogidas en Harvard; por ello, tecnologías que facilitaban el acceso fueron elegidas en Chicago.

Ahora bien, esta diferencia entre las dos redes es bastante común actualmente. La red de la Universidad de Chicago es la arquitectura de la internet en 1995. Es, de nuevo, Red 95. Pero la arquitectura de Harvard no es una arquitectura de internet. Es más bien una arquitectura de intranet. La diferencia es simplemente ésta: dentro de una intranet, la identidad está suficientemente determinada para que el acceso sea controlado y el uso monitoreado. Los protocolos subyacentes siguen siendo TCP/IP –los protocolos fundamentales o subyacentes de la internet–. Pero encima de este protocolo se encuentra una serie de otros protocolos destinados a facilitar el control. La red de Harvard es la *internet plus*, en donde el *plus* es el poder de controlar.

Estas dos arquitecturas reflejan dos filosofías acerca del acceso. Reflejan dos conjuntos de principios o valores, sobre cómo debe controlarse la expresión. Mi argumento es que ejemplifican la diferencia entre regímenes políticos de libertad, y regímenes políticos de control. Rastrear la diferencia ideológica entre la Alemania Oriental y la Occidental; entre los Estados Unidos y la antigua República Soviética; entre la República de China, y la China continental. Representan la diferencia entre el control y la libertad –y manifiestan esta diferencia a través de la arquitectura o el diseño del código. Estas arquitecturas permiten la existencia de valores políticos. Son, en este sentido, políticas.

Ahora bien, no ofrezco este ejemplo para criticar a Harvard. Harvard es una institución privada; es libre, en una sociedad libre, para invertir sus recursos en la forma que quiera. Por el contrario, mi punto es simplemente hacerles notar cómo las arquitecturas son muchas, y cómo la elección de una es política. Y cómo, al nivel de una nación, la arquitectura es inherentemente política. En el mundo del ciberespacio, la elección de una arquitectura es tan importante como la elección de una constitución. Pues en un sentido fundamental, el código del ciberespacio es su constitución. Establece los términos bajo los cuales las personas adquieren acceso; fija las reglas; controla su comportamiento. En este sentido, tiene su propia soberanía. Una soberanía alterna, compitiendo con las soberanías del espacio real, en cuanto a la regula-



ción del comportamiento de los ciudadanos del espacio real.

Pero la Corte Suprema de los Estados Unidos trató el tema de la arquitectura como si la arquitectura de este espacio hubiese estado dada. Opinó como si sólo existiese un diseño del ciberespacio –el diseño que tenía.

En esto, la Corte Suprema no está sola. Pues desde mi punto de vista, el error más grande de los teóricos del ciberespacio –de eruditos, y especialmente abogados pensando en la regulación de este espacio– es este error de la Corte Suprema. Es el error del naturalismo aplicado al ciberespacio. Es el error de creer que la arquitectura que tenemos es la arquitectura que siempre tendremos; que el espacio nos garantizará libertad; que por necesidad eliminarán gobiernos que quieren control.

Este punto de vista está profundamente equivocado. Profundamente equivocado porque mientras nosotros celebramos la libertad “inherente” de la red, la arquitectura de la red está cambiando debajo de nosotros mismos. La arquitectura está mutando de una arquitectura de libertad a una arquitectura de control. Está mutando ya sin ningún tipo de intervención gubernamental, a pesar de lo cual el gobierno está rápidamente viendo cómo podría intervenir para acelerar la mutación. Y donde el gobierno está ya interviniendo, lo está haciendo de una forma diseñada para cambiar esta misma arquitectura en una arquitectura de control para hacerla, como ya he dicho, más regulable. Mientras los eruditos prometen libertad perpetua, construida dentro de la arquitectura de la propia red, los técnicos y políticos están trabajando juntos para cambiar la arquitectura, para apartarla de la arquitectura de la libertad.

Como los teóricos del espacio, debemos llegar a comprender este cambio. Debemos reconocer las consecuencias políticas de este cambio. Y debemos asumir responsabilidad por estas consecuencias. Por cuanto la trayectoria del cambio es inequívoca, y el fruto de esta trayectoria, veneno.

Como constitucionalistas, por tanto, debemos confrontar una pregunta fundamentalmente constitucional. ¿Si existe la opción de elegir entre una arquitectura de control y una arquitectura de libertad, entonces cómo resolvemos estas preguntas de índole constitucional? ¿Si las arquitecturas son muchas, acaso la Constitución por sí misma nos guía en la selección de una de ellas?

En mi punto de vista, los valores constitucionales sí implican una arquitectura del espacio. En mi punto de vista, los valores constitucionales deben guiarnos en nuestro diseño de este espacio. Y, en mi punto de vista, los valores constitucionales deben limitar los tipos de regulación que estas arquitecturas permiten.

Pero en mi punto de vista está ausente la idea que ocupa el rol del gobierno en el ciberespacio. En efecto, mi nación –que por muchos años ha sido el símbolo de la libertad en un mundo donde ésta era rara– ha adoptado el liderazgo en formar la arquitectura de la internet, de una arquitectura de libertad a una arquitectura de control. Es decir, una arquitectura que adoptó la tradición de libertad expresada en nuestro pasado constitucional, a una arquitectura que es fundamentalmente antagónica a dichas tradiciones.

Pero ¿cómo? ¿Cómo puede el gobierno hacer estos cambios? ¿Cómo pudo el gobierno realizar este control? Muchos no pueden ver cómo el gobierno puede resolver este control. Por tal motivo, en los pocos minutos que restan a mi charla de hoy, quiero mostrarles cómo. Quiero graficarles el sendero en el cual estamos, y hacia donde, me temo, estamos yendo. Quiero que ustedes vean cómo estos cambios son posibles y cómo el gobierno puede ayudar a que sean permanentes.

Regresen entonces conmigo a la idea que empezó este ensayo –el punto sobre las diferentes modalidades de limitación– y noten algo importante sobre la idea que hemos remarcado poco antes. Dije al inicio que debemos considerar a la ley como sólo una de las cuatro modalidades de limitación; que debemos considerarla sólo como una de las partes de la estructura limitadora utilizada para regular.

Uno podría considerar lo dicho como un argumento acerca de la insignificancia de la ley. Si hay tantas fuerzas reguladoras distintas a la ley, esto podría sugerir que la ley por sí misma puede hacer relativamente poco.

Pero dense cuenta de lo que debería ser obvio. En el modelo que he descrito, la ley está regulando por regulación directa –regulando al individuo a través de la amenaza del castigo. Pero la ley también regula de otras formas. Es decir, regula indirectamente y directamente. Y regula indirectamente cuando regula estas otras modalidades de limitación, de forma tal que éstas regulen de forma distinta. Esto es, puede regular normas sociales, de forma que éstas regulen de forma diferente; puede regular el mercado, para que éste regule de forma diferente; y puede regular la arquitec-

tura, de forma que la arquitectura regule de forma diferente. En cada caso, el gobierno puede influenciar en las otras estructuras de forma que éstas limiten conforme con los fines del gobierno.

La misma regulación indirecta es posible en el ciberespacio. Pero aquí, sugiero, la regulación indirecta será aun más importante. Pues aquí, el gobierno puede no sólo regular indirectamente para lograr un fin esencial del gobierno. Más importante aún, el gobierno puede regular para cambiar la propia regulabilidad del espacio. Así, el gobierno puede regular las arquitecturas del ciberespacio, de forma tal que el comportamiento en el ciberespacio se vuelva más regulable –en definitiva, para que se convierta en una arquitectura potencialmente más regulable que cualquier otra cosa que hayamos conocido en la historia del gobierno moderno.

Dos ejemplos van a clarificar el punto anterior –un primer ejemplo, en el cual el gobierno regula para lograr un objetivo esencial particular, y un segundo ejemplo, que fluye del primero, en el cual el gobierno regula para incrementar la regulabilidad.

El primer ejemplo es la regulación de la encriptación. La preocupación del gobierno con respecto a la encriptación está referida al uso de la tecnología para proteger la privacidad –la habilidad de esconder el contenido de las comunicaciones de los ojos de terceras personas, ya sea que dicha tercera persona sea el gobierno, o un vecino entrometido. A lo largo de la historia de la tecnología, el gobierno estadounidense ha regulado fuertemente la tecnología; por un tiempo amenazó con prohibir su uso; ha prohibido sistemáticamente su exportación (como si sólo los estadounidenses entendieran las matemáticas avanzadas); y por un tiempo tuvo la esperanza de inundar el mercado con una tecnología de encriptación estándar que dejase una puerta abierta trasera para que el gobierno pudiese entrar.

Las más recientes propuestas son las más significativas. Este noviembre último, el FBI propuso una ley que requiriese a los fabricantes asegurar que cualquier sistema de encriptación tenga una habilidad de recuperación clave o una puerta trasera, de modo tal que los agentes del gobierno, si lo necesitaban, pudiesen tener acceso equivalente al contenido de dichas comunicaciones.

Esta es la regulación del código por parte del gobierno, para regular indirectamente el comportamiento. Es

una regulación indirecta en el sentido que describí párrafos atrás y, desde una perspectiva constitucional es brillante. No es brillante porque sus fines sean buenos; es brillante porque la Constitución estadounidense, al menos, ofrece muy poco control sobre regulaciones gubernamentales de este tipo. La Constitución estadounidense ofrece muy poca protección en contra de la regulación gubernamental sobre los negocios; y dado los intereses comerciales existentes, dichas regulaciones tienden a ser efectivas.

Mi segundo ejemplo se desprende del primero. Por cuanto, un segundo uso de la encriptación es la identificación – al igual que ocultar lo que alguien dice, la encriptación, a través de certificados digitales, puede ser utilizada para identificar a una determinada persona. Con la habilidad de identificar a alguien, el gobierno puede determinar de dónde proviene la persona, o cuántos años tiene. Y con esta habilidad – a través de la certificación de documentos de identidad (pasaportes en la autopista de la información) – los gobiernos pueden regular el comportamiento más fácilmente en esta autopista. Esto recrearía el poder de controlar el comportamiento, recrear el poder de regular.

Dense cuenta lo que ambas clases de regulaciones lograrán. Dado que los Estados Unidos es el mercado más grande para productos de internet, ningún producto puede tener la esperanza de tener éxito a menos que éste sea exitoso en los Estados Unidos. Por tanto, aquellos estándares impuestos exitosamente en los Estados Unidos se convertirán en estándares para todo el mundo. Y estos estándares facilitarán, primero, la regulación y, secundariamente, asegurarán que las comunicaciones en internet puedan ser intervenidas por cualquier gobierno que siguió los procedimientos descritos en la ley. Pero los estándares que esos gobiernos tendrían que cumplir no son estándares de la Constitución estadounidense. Éstos serán cualquiera de los estándares que cualquier gobierno local tenga –ya sea que estemos ante el gobierno de China continental o el gobierno de Suiza.

La consecuencia es que el gobierno de los Estados Unidos estaría exportando una arquitectura que facilita el control, y un control de parte no sólo de gobiernos democráticos, sino de cualquier gobierno, por más represivo que éste sea. Es así que los Estados Unidos pasaría ser de un símbolo de libertad, a un mercachifle de control. Habiendo ganado la Guerra Fría, estaríamos fomentando las técnicas de nuestros enemigos de ese entonces.

\*\*\*

¿Cómo debemos responder? ¿Cómo deben ustedes – como soberanos independientes de la influencia de cualquier gobierno extranjero– y nosotros, constitucionalistas liberales, responder? ¿Cómo debemos responder ante las movidas de un poder político y económico dominante en influenciar la arquitectura de la arquitectura dominante en la regulación del código –la internet?

Los soberanos deben percatarse de lo siguiente: que el código del ciberespacio es por sí mismo una clase soberana. Es un soberano en competencia. El código es, en sí mismo, una fuerza que impone sus propias reglas a las personas que están ahí, pero las personas que están ahí son también las personas que están aquí – ciudadanos de la República de China, ciudadanos de Francia, ciudadanos de cada nación en el mundo. El código los regula, aun cuando éstos están sujetos por derecho a la regulación de soberanías locales. Así, el código compite con las opciones políticas de las soberanías locales. Y en esta competencia, a medida que la red se convierte en un lugar dominante para los negocios y la vida social, se desplazarán a la regulación de las soberanías locales. Ustedes como soberanos tenían la influencia competitiva de las naciones. Sin embargo, una nueva nación está conectada a sus teléfonos, y su influencia sobre sus ciudadanos está creciendo.

Ustedes como soberanos, comenzarán a reconocer esta competencia. Y ustedes deben reconocer y cuestionar el rol especial que los Estados Unidos está jugando en esta competencia. En virtud de la distribución de recursos que controlan la arquitectura de la red, los Estados Unidos tienen un poder único para influenciar el desarrollo de dicha arquitectura. Es como si la ley de la naturaleza se estuviese redactando, teniendo a los Estados Unidos en el lado de los autores. Este poder impone una enorme responsabilidad en los Estados Unidos –y ustedes deben asegurarse que ejercite dicho poder responsablemente.

El problema para los constitucionalistas –aquéllos preocupados en preservar las libertades sociales y políticas en este nuevo espacio– es más difícil.

Ahora regresemos a la historia que comenzó esta conversación –el mundo de los pasaportes internos. Una forma de entender la historia del ciberespacio que he contado hoy día está alineada con esta historia sobre la Rusia Zarista. El nacimiento de la red fue la revolución misma; la vida bajo la Red 95 fue la vida en la Rusia Bolchevique (las partes buenas, en las que el pasaporte interno se eliminó); la Red tal como se está volviendo es la Rusia de

Stalin, donde los pasaportes internos fueron requeridos una vez más.

Ahora, hay una trampa en esta historia –una trampa retórica que al menos tiende a oscurecer un hecho importante sobre la vida en el espacio real. Por cuanto todos nosotros vivimos en el mundo de los pasaportes internos. En los Estados Unidos, en muchos lugares, uno no puede vivir sin un carro; uno no puede manejar sin una licencia; la licencia es un pasaporte interno: dice quién eres, de dónde vienes, cuántos años tienes, si has sido condenado recientemente por algún delito; conecta tu identidad a una base de datos que revelará si has sido arrestado (hayas sido procesado o no) o si existe alguna orden judicial que ordene tu arresto en alguna jurisdicción del país. La licencia es el pasaporte interno del estado moderno Norteamericano. Y no hay duda que su habilidad de controlar o identificar es mucho mejor a la que había en la Rusia Zarista.

Pero en los Estados Unidos –al menos para aquéllos que no parecen ser inmigrantes o pertenecientes a una minoría desfavorecida– la carga de estos pasaportes es leve. La voluntad para regular, monitorear, rastrear, no es lo suficientemente fuerte en los Estados Unidos para sostener cualquier esfuerzo sistemático de usar estos pasaportes para controlar el comportamiento. Y esta voluntad no es lo suficientemente fuerte porque el costo de dicho control es demasiado grande. No hay puestos de control en cada esquina; a uno no le requieren que se registre cuando se mueve a través de una ciudad; uno puede caminar relativamente en el anonimato la mayor parte del tiempo. Las tecnologías del control son posibles, pero demasiado costosas. Y esta limitación en el costo es, en gran parte, la fuente de libertad. Es la ineficiencia de las tecnologías de control en el espacio real las que permiten la libertad en el espacio real.

Pero ¿qué pasaría si el costo del control cae dramáticamente? ¿Qué pasaría si emerge una arquitectura que permite el monitoreo constante; una arquitectura que facilita el rastreo constante del comportamiento y del movimiento? ¿Qué sucedería si emerge una arquitectura que a muy bajo costo permite la recolección de información sobre los individuos, sobre su comportamiento, sobre en qué quieren convertirse? ¿Y qué sucedería si la nueva arquitectura pudiese hacer todo esto de manera invisible, sin interferir en la vida diaria del individuo?

Esta arquitectura es el mundo en el que la red se está convirtiendo. Esta es la imagen del control en el que se está volviendo. Tal como en el espacio real, nosotros

tendremos pasaportes en el ciberespacio. Como en el espacio real, estos pasaportes pueden ser usados para rastrear nuestro comportamiento. Pero en el ciberespacio, a diferencia que en el espacio real, este monitoreo, este rastreo, este control del comportamiento, será mucho menos costoso. Este control es el que está detrás, el cual ocurrirá en forma efectiva e invisible.

Ahora, describir este cambio no es para señalar si éste es para bien o para mal. En efecto, sugiero que como constitucionalistas nosotros debemos tomar conciencia de una ambigüedad fundamental en nuestros actuales juicios políticos sobre la libertad y el control. Las personas están divididas en su reacción frente a la imagen de un sistema de control perfecto, pero, sin embargo, invisible. Muchos dirán que este sistema es maravilloso. Que es mejor para atrapar al culpable, con menos carga por el inocente. Pero muchos también dirán que este sistema es horrible. Mientras como gobierno profesamos nuestros ideales de libertad e independencia, habremos establecido un sistema de control mucho más efectivo que cualquier otro que haya existido en la historia.

Pero la respuesta a todo esto no es necesariamente renunciar a las tecnologías de control. La respuesta no es en insistir que la Red 95 sea la arquitectura perpetua para la red. La respuesta, en cambio, es encontrar la forma de trasladar a esta arquitectura de la red aquello que es notable e importante de las libertades actuales y de la democracia constitucional. El punto radica en ser críticos del poder de este soberano –el soberano emergente– así como somos críticos del poder de cualquier soberano.

Cuáles son estos límites: conforme el gobierno toma el control o influye en la arquitectura del código en la

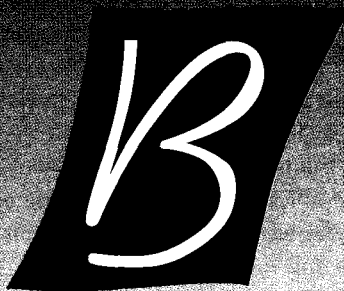
red, como mínimo, nosotros debemos asegurarnos de que el gobierno no obtenga un monopolio en estas tecnologías de control. Nosotros debemos asegurarnos que los controles que construimos en cualquier democracia constitucional sean regulados en la regulación de esta constitución –el código. Nosotros debemos asegurarnos que las limitaciones de cualquier democracia constitucional –los límites eficientemente constituidos por declaraciones de derechos, y sistemas de control y balances– sean regulados por el código. Estos límites son los “bichos” en el código de una democracia constitucional –y como dijo John Perry Barlow, debemos introducir estos “bichos” en el código de ciberespacio. Debemos mejorarlos de tal forma que, por su ineficacia, puedan recrear de nuevo algunas de las protecciones que conocemos de hace mucho tiempo.

El ciberespacio está regulado –por leyes, pero no sólo por ellas. El código del ciberespacio es una de estas leyes. Debemos llegar a ver cómo este código es un soberano emergente –omnipresente, omnipotente, gentil, eficiente, en crecimiento– y debemos desarrollar en contra de este soberano los mismos límites que nosotros hemos desarrollado en contra de los soberanos del mundo real. Los soberanos siempre dirán –tanto del espacio real como del ciberespacio– que los límites, y las ineficiencias –los “bichos” – no son necesarios. Pero las cosas se mueven demasiado rápidas para tener tanta confianza. Mi temor no sólo es que contra este soberano no hemos aún desarrollado un lenguaje de libertad. Ni que tampoco tenemos tiempo para desarrollarlo. Mi temor es que mantengamos la voluntad – la voluntad de las sociedades libres de los últimos dos siglos, para construir constituciones que protejan la libertad, sin perjuicio de las eficiencias.

**ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA**  
**ABOGADOS**

**BENITES, MERCADO & UGAZ**  
— ABOGADOS —

Independencia 663, Lima 18 - Perú  
Teléfono: 444-4966  
Fax: (511) 447-5022  
e-mail: bmu@bmu.com.pe



**BALBI CONSULTORES ASOCIADOS**

AV. PABLO CARRIQUIRI 349 SAN ISIDRO / TELEFONO: 225-5333  
E-MAIL: balbi@infonegocio.com.pe

# LO QUE LARRY NO ENTIENDE: CÓDIGO, DERECHO Y LIBERTAD EN EL CIBERESPACIO\*

David G. Post \*\*

## PREFACIO

"Código y otras leyes del Ciberespacio" es el ambicioso intento de Lawrence Lessig de hacernos partícipes de los nuevos retos legales y regulatorios que el ciberespacio nos presenta. La premisa fundamental sobre la cual se apoya entiende al Código —es decir, el *hardware* y el *software* que pueblan este nuevo ambiente y las reglas de comunicación que permiten a dichos elementos interactuar— como aquél que define la arquitectura de este nuevo espacio y que será de cardinal importancia al momento de determinar el modo en que dicho ámbito será regulado. Como antropología de las diversas regulaciones y pseudo-regulaciones que vienen originándose en las estructuras de la red global, este libro se debate entre lo cautivador y lo fascinante; en él, Lessig demuestra con eminente vigor que el ciberespacio es un lugar donde el Código domina todo, un universo en donde el "Código es la Ley". Sin embargo, como normativa que pretende iniciar "un llamado a las armas", la obra de Lessig es quizás menos exitosa; proclama que el Código, al ser creado por nosotros mismos —ya que el ciberespacio es un mundo "construido", no "descubierto"— necesita ser sometido a un control político que base sus reglas en una decisión colectiva. Sugiero algunas razones por las que dicha conclusión no se desprende de la premisa inicial del modo tan inevitable y tácito como Lessig pretende hacernos creer.

*El autor del siguiente artículo desarrolla el tema de la arquitectura y el código del ciberespacio, explicando cómo está estructurado este nuevo ambiente de interacción humana y las posibilidades que nos presenta. Como sabemos, con este nuevo ámbito surgen nuevas formas de regulación y de control.*

*A través de su artículo, el autor critica la postura de Lawrence Lessig, defendiendo por su parte una posición libertadora.*

---

\* Traducción de José Luis Gargurevich V., del artículo "What Larry doesn't get: Code, Law, And Liberty in Cyberspace" de David G. Post. (52 Stanford Law Review 1439 (2000)), bajo la supervisión del Doctor Juan José Martínez.

\*\* Profesor asociado de Derecho, Temple University Beasley School of Law. Agradecimientos a Dawn Nunziato, Eugene Volokh, y David Johnson por las conversaciones iluminadas que compartieron conmigo acerca de anteriores bocetos de este ensayo, a Bill Scheinler por su imprescindible labor de investigación, y a Larry Lessig por compartir sus ideas conmigo (sin mencionar una versión cibernética de los bocetos de su obra).

## INTRODUCCIÓN

La génesis de este vasto ecosistema informático al que denominamos “Ciberespacio” constituye un evento de incalculable valor en la historia de la libertad de los hombres. La diversidad y versatilidad que ofrece este “interminable e ilimitado diálogo mundial”<sup>1</sup> continúa sorprendiendo día a día con particular asombro a todos aquéllos que dedicamos tiempo a practicarla. Sin embargo, la vida –como Kierkegaard aseguraba– tiene que ser vivida mirando al futuro aun cuando sólo pueda ser entendida revisando el pasado. Una interrogante surge entonces, ¿cómo mantenemos vivo este sistema, cómo logramos que persista su crecimiento para que mantenga su promesa de libertad y evolución constante?, ¿cómo lo hacemos?, ¿qué metodología utilizamos?

Algunos sugieren que este sistema es ya demasiado importante como para dejarlo a la deriva del mercado, que las opciones que el ciberespacio nos invita a elegir comprometen valores fundamentales, incluso “constitucionales”, que –sin duda– las leyes del mercado se encargarían de ignorar o destruir. “Código y otras leyes del Ciberespacio”<sup>2</sup>, la obra de Lawrence Lessig, es el exponente más destacado de esta mentalidad: para lograr un ciberespacio donde dichos valores sean protegidos, necesitamos no un poder oculto, sino una política de control colectivo sobre el decir y el hacer de este virtual universo<sup>3</sup>.

Mi intención es proponer un punto de vista alternativo. Si bien los valores fundamentales son los que están en juego en la construcción de este espacio cibernético, ellos podrían ser mejor salvaguardados si se fomenta un vasto terreno donde las decisiones individuales, libres e irrestrictas encuentren el espacio para encarnar e identificar cada uno de esos valores: necesitamos, por ello, no una metodología sino un conjunto ilimitado de metodologías disponibles a la elección y al criterio de cada individuo. Será el mercado enton-

ces, y no la política coercitiva de la sociedad, quien le otorgará a nuestro sistema dicha ansiada plenitud.

Mientras preparaba este ensayo fui invitado a dictar una charla en una mesa redonda sobre correo electrónico indeseado (“spam”) en el Harvard Law School’s Berkman Center for Internet and Society<sup>4</sup>, casa de estudios donde profesa el doctor Lawrence Lessig. La discusión se centró en una particular institución llamada MAPS (*Mail Abuse Prevention System*); Paul Vixie, autor y líder de MAPS, también participó en el evento. La tarea de MAPS constituye atacar a aquéllos que envían archivos y correos electrónicos indeseados a los buzones de los cibernautas a través de una red organizada de proveedores de servicios en Internet, denominados ISP (*Internet Service Providers*). ¿Cómo opera? Trataré de explicarlo brevemente<sup>5</sup>: los administradores de MAPS crean una lista –*The Realtime Blackhole List* (RBL)– de ISPs que, luego de una exhaustiva investigación, aparecen como aquellos que auspician la distribución de “spam”. MAPS tiene su propio concepto de lo que significa “auspiciar la distribución de “spam”: significa, por ejemplo, “proveer servicios de soporte de “spam” (mediante ofertas de publicidad en portales de Internet a compañías que aprovechan dicho espacio para rastrear a todos los que lo visiten para así distribuirles “spam”) o quizás a través del “open-mail relay” (esto es, permitiendo que se manipulen los servicios de correo electrónico en manos de personas no suscritas)<sup>6</sup>. En resumen, MAPS ofrece los servicios de RBL a cualquier ISP en la red mediante la suscripción a través de la red<sup>7</sup>. Aquellos que se suscriban al RBL podrán, si así lo requieren, encargar a su ISP la eliminación de cualquier correo electrónico que se mande o que provenga de cualquier dirección de la referida lista: tan pronto como dicho correo indeseado se envía al usuario o trata de ingresar a su buzón es eliminado inmediatamente sin que nadie note cuándo ni cómo fue hecho<sup>8</sup>. El evento resultó ser un momento propicio para mi investigación. Es bastante claro que Lessig no comparte en lo

<sup>1</sup> American Civil Liberties Union, et al., v. Reno, et al., 929 F. Supp. 824, 883 (E.D. Pa. 1996).

<sup>2</sup> LESSIG, Lawrence. “Code and Other Laws of Cyberspace”. 1999.

<sup>3</sup> Ver notas 82 y 83 *infra*.

<sup>4</sup> Mis agradecimientos a Jonathan Zittrain, Director Ejecutivo de Berkman Center, por invitarme a dicho evento: aquellos interesados pueden leer las “notas de los discursos” de esta discusión en <<http://cyber.law.harvard.edu/is99/scribes10.html>> y un archivo de video de toda la conferencia en <<http://cyber.law.harvard.edu/is99/class10>>.

<sup>5</sup> “Maps Realtime Blackhole List”. En: <<http://maps.vix.com/rbl/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999); y “Mail Abuse Prevention System”. En: <<http://mail-abuse.org/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999).

<sup>6</sup> “Maps RBL Candidacy”. En: <<http://maps.vix.com/rbl/candidacy.html>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999).

<sup>7</sup> No existe actualmente un costo por inscripción al RBL. “MAPS RBL Participants”. En: <<http://maps.vx.com/rbl/participants.html>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999).

<sup>8</sup> Por ejemplo, imaginemos que utilizo los servicios de Temple University para enviar y recibir mensajes electrónicos. Asumamos que el ISP XYZ ha sido ingresado al RBL y que Temple University está suscrito a los servicios de RBL. Si Temple University implementara voluntariamente una especie de “boicot” en XYZ, cualquier mensaje que envíe o que reciba de janedoe@xyz.com será eliminado de mi bandeja antes de ser enviado.

absoluto la idea que persigue RBL y se ha encargado de manifestar dicho disgusto a través de artículos publicados periódicamente en "Industry Standard" donde denuncia a los miembros de lo que él llama "la autoconstituida policía anti-spam" y donde sostiene que las "preguntas primordiales acerca de cómo debe organizarse la red" no deberían estar en las manos de estos "vigilantes"<sup>9</sup>. ¿Es que, acaso, la política de la red tiene que estar sometida a la gestión de un "poder oculto"?

*"La respuesta es obvia aun cuando la solución no lo sea. Definitivamente, ésa no es la política que deberíamos utilizar. Lo sabemos; sin embargo, lo que no sabemos es cómo reemplazarla. Nos imaginamos un contexto donde las decisiones se tomen aceptando que los puntos de vista contrarios se manifiesten sin ser sancionados, donde las decisiones provengan de toda la colectividad. Pero ése no es el contexto del ciberespacio, ni siquiera el que nuestra mente se imagina que alguna vez podría llegar a ser"*<sup>10</sup>.

Mi visión de RBL es expresamente distinta a la de Lessig<sup>11</sup>. Los denominados "vigilantes" de MAPS ("los malos") bien podrían ser caracterizados como los "activistas" ("los buenos"), y esa desorganizada y descentralizada clase de proceso sin pies ni cabeza del que RBL forma parte<sup>12</sup>, bien podría entenderla como una razonable "política en la red" y una forma de "resolver las preguntas primordiales sobre cómo la red debería organizarse".

Lo que más me perturba no es la efectiva discrepancia entre los argumentos de Lessig y los míos -no es la primera vez que hemos discutido en privado o en público sobre las leyes y la organización del ciberespacio, hace muchos años ya que mantenemos nuestras diferencias al respecto<sup>13</sup>. Lo perturbador es que Lessig considera mi opinión no sólo incorrecta, sino obvia e intrínsecamente incorrecta. Se ha empeñado en colocar un gran letrero que advierte "Prohibido el paso" en uno de los caminos que pueblan esta enorme jungla informática; un camino - que, a decir verdad, se muestra excesivamente interesante- restringido sin ninguna explicación aparente<sup>14</sup>.

No obstante, sí existe una explicación al respecto: "Código y otras leyes del Ciberespacio", la obra de Lawrence Lessig. El tema del libro -al menos uno de los más explícitos temas en esta red compleja de argumentos que se exponen- es precisamente el que Lessig fundamenta en su columna: la "política manejada por este poder oculto" creará un ciberespacio en donde nadie querrá vivir. "No hay ninguna razón..." - afirma al comienzo de su obra- "... para creer que la libertad en el ciberespacio surgirá, sin mayor intervención. En realidad, como me propongo explicar, se trata del caso completamente opuesto. *Tenemos todo el bagaje de razones suficiente para asegurar que el Ciberespacio, aislado y a la deriva, no será capaz de cumplir su promesa de libertad.* Si así lo dejáramos, se convertiría acaso en una perfecta herramienta de control... El argumento

<sup>9</sup> LESSIG, Lawrence. "The Spam Wars". En: The Industry Standard, 31 de diciembre de 1998, <<http://www.thestandard.com/articles/display/0,1449,3006,00.html>>.

<sup>10</sup> Ibidem., (cursivas agregadas).

<sup>11</sup> POST G., David. "Of Horses, Black Holes and Decentralized Law-Making in Cyberspace". En: <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/blackhole.html>>.

<sup>12</sup> Muchas otras organizaciones compiten con los servicios de MAPS con el objetivo de reducir y eliminar lo que ellos denominan "spam". El ORBS (*Open Relay Behavior Modification System*) concentra sus esfuerzos en proveer una lista de servidores de correo electrónico que permitan la participación de terceros. Ver "Orbs". En: <<http://www.orbs.org/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999). El *Network Abuse Clearinghouse* re-envía las quejas sobre correo indeseado y otros problemas de la red al administrador que corresponde. Ver "Abuse.Net: Home Page". En: <<http://www.abuse.net/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999). WWW.SPAM.ABUSE.NET provee diversa información sobre los esfuerzos y métodos que existen para eliminar el correo indeseado ("spam") ya sea que haya sido obtenido en la red o a través de un servidor particular. Ver "Fight Spam on the Internet!". En: <<http://www.spam.abuse.net/>>. El *Forum for Responsible & Ethical E-Mail* instruye a muchos administradores del sistema y usuarios terminales en técnicas para reducir el "spam" así como invita a diversos equipos de trabajo gubernamentales a promulgar leyes para dicha reducción. Ver "Forum for Responsible and Ethical E-Mail" En: <<http://www.spamfree.org/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999). El *Coalition Against Unsolicited Commercial E-Mail* (CAUCE) es la principal asociación que se preocupa por realizar esquema que convengan a los focos legislativos del gobierno de promulgar leyes al respecto. Ver "Coalition Against Unsolicited Commercial E-Mail". En: <<http://www.cauce.org/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999). Finalmente, *The Blacklist of Internet Advertisers* mantiene una lista actualizada de aquellos servidores y mensajes publicitarios que violan los parámetros mediante la práctica del envío de correo indeseado. Ver "Blacklist of Internet Advertisers". En: <<http://www-math.unipaderborn.de/%Eaxel/BL/>> (última visita realizada el 19 de noviembre de 1999).

<sup>13</sup> POST G., David y David R. JOHNSON. "Chaos Prevailing on Every Continent: a New Theory of Decentralized Decision-making in Complex Systems". En: Chicago-Kent Law Review, número 73, 1998. p. 1055. (Accesible en la red en: <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/chaos/chaos.html>>, como una réplica a LESSIG, Lawrence. "The Zones of Cyberspace". En: Stanford Law Review, número 48, 1996. p. 1403 y a JOHNSON, David R. y David G. POST. "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace". En: Stanford Law Review, número 48, 1996. p. 1367.

<sup>14</sup> Esto no busca convertirse en una crítica. Yo mismo, en los últimos años, me he enfrascado en la redacción de múltiples y "popularizados" artículos que abordan complejos temas sobre la ley en el ciberespacio; por tanto, soy consciente de las dificultades que implica el sustentar un argumento de manera tan específica y completa y con las draconianas restricciones que la expresión escrita le otorga a las premisas que Lessig ha venido utilizando.



de este libro sostiene que *el poder oculto tras el ciberespacio está construyendo en él una nueva arquitectura que contradice por completo a aquélla que existía cuando fue creado*. A través del mercado, este poder oculto está edificando un armazón que perfecciona el control...<sup>15</sup>.

Así, la obra de Lessig constituye –en pocas palabras– una densa y multidisciplinaria denuncia al “poder oculto”. Como todo buen abogado, su argumento lleva consigo una fragancia de certeza inevitable que los buenos argumentos siempre suelen llevar, encaminados lógicamente e inexorablemente, sin admitir dudas, desde sus premisas hasta sus conclusiones: el acusado es culpable desde el inicio del proceso. Y es allí cuando surgen, llenas de frustración y completa desesperanza, las preguntas de Lessig: ¿por qué, cuando debería formar parte esencial de su mentalidad, aquellos que propugnan la libertad no lo entienden?<sup>16</sup>, ¿cómo pueden pensar que “la libertad sola puede llegar a cuidar de sí misma”?<sup>17</sup>, ¿por qué parecen hasta “orgullosos de confiar este nuevo espacio a un “poder oculto””?<sup>18</sup>, ¿por qué no pueden captar la idea de que, al dejar al “poder oculto” obrar por sí mismo, sólo terminará envenenando nuestro ciberespacio y convirtiéndolo en un mundo “menos libre” del que actualmente es?<sup>19</sup>, ¿por qué no lo entienden?, ¿cómo pueden llegar a ser tan obtusos?

Aún cuando no he sido nombrado el representante oficial de la posición libertaria, sí me considero (puedo decirlo) más atraído que Lessig a dicha posición y, debo decirlo, estoy contento de aceptar su desafío. Mi intención es sugerir que realmente sí lo entendemos; es más, admiramos sus argumentos y aprendemos de ellos: lo que sucede es que no lo aprobamos. No es que no podamos comprender o apreciar la lógica del argumento de Lessig; simplemente, no aceptamos las

premisas que utiliza y que, como trataré de explicar, no son tan evidentes ni tan obvias como Lessig nos quiere hacer creer que son. Es posible, en otras palabras, iniciar este camino desde un conjunto de premisas totalmente distintas, encaminarse –lógica e inexorablemente incluso– hacia una conclusión que al menos arroje dudas sobre la culpabilidad del acusado.

## LO QUE ES

Debemos, por ende, echar una cuidadosa mirada al argumento de Lessig y al contexto que él nos presenta: ¿qué es lo que necesitamos saber sobre este nuevo espacio para estar en condiciones de pensar ecuánimemente sobre derecho y política en él? Lessig definitivamente no es partidario de una mentalidad que entienda al espacio cibernético como un espacio real; reconoce, más bien, que no estaremos listos para debatir sobre derecho y política en el ciberespacio si no interiorizamos la idea de que “algo fundamental ha cambiado”<sup>20</sup>, de que “el ciberespacio presenta una innovación para todos aquéllos que se preocupan por el orden y la libertad, y que demandan una explicación sobre cómo está siendo regulada la vida en dicho mundo y qué se regula allí”<sup>21</sup>.

Esa innovación es lo que Lessig presenta como “Código” en el título de su libro. La regulación de la conducta humana se realiza a través de la interacción de cuatro poderes, de cuatro “reguladores” distintos. Tres de ellos nos son bastante familiares: la ley, el mercado, y las normas sociales<sup>22</sup>. El cuarto es lo que Lessig denomina “arquitectura”, los límites que forman la combinación de la física, la naturaleza y la tecnología y que es, a fin de cuentas, aquélla que define el perímetro del lugar (o los lugares) donde se desarrolla la actividad humana y del medio (o los medios) que dicha actividad utiliza para expresarse.

<sup>15</sup> LESSIG, Lawrence. Op. cit. “Code and Other Laws of Cyberspace”. pp. 5-6 (cursivas agregadas).

<sup>16</sup> Ibid., p. 58. El último capítulo de “Code and Other Laws of Cyberspace” se titula “What Declan Doesn’t get” (“Lo que Declan no entiende”). Hace referencia a Declan McCullagh, un “astuto, aunque joven, libertador” que escribe para “Wired News” y “cuya primera reacción frente a cualquier sugerencia que involucre al gobierno es la mofa”. Ibid., p. 231. Ver también <<http://www.what-declan-doesnt-get.com/>> (última visita realizada el 15 de diciembre de 1999).

<sup>17</sup> Ibid., p. 58.

<sup>18</sup> Ibid., p. 234.

<sup>19</sup> Ibid., p. 109.

<sup>20</sup> Ibid., p. 136.

<sup>21</sup> Ibid., p. 6.

<sup>22</sup> Ibid., pp. 85-99. Lessig ilustra su argumento utilizando el ejemplo de los cigarrillos: “Si quieres fumar”, se pregunta, “¿qué restricciones enfrentas? ¿Qué factores regulan tu decisión de fumar o no?” Ibid., p. 87. La ley es una restricción ya que existen muchas normas que prohíben la venta de cigarrillos a menores de 18 años, o que prohíben fumar en determinados lugares. Los usos también restringen, existen normas sociales que te obligan a preguntar –por ejemplo– si puedes fumar dentro de un automóvil con muchos pasajeros, normas que te permiten prender un cigarrillo en un picnic sin pedir permiso a nadie, o normas que permiten a terceros obligarte a apagar un cigarrillo dentro de un restaurante. Y el mercado también restringe a su manera, ya que mucho dependerá nuestra posibilidad y voluntad de adquirir cigarrillos del precio, la calidad y las características que el mercado nos ofrezca.

En referencia a su ejemplo sobre los fumadores<sup>23</sup>, Lessig escribe:

“... Finalmente, existen las restricciones creadas, por así decirlo, por la tecnología del cigarrillo, o quizás por aquella que afecta su abastecimiento. Los cigarrillos sin filtro presentan mayores restricciones al fumador que desea cuidar su salud que los cigarrillos con filtro. Los cigarrillos sin nicotina son adictivos por lo que presentan más restricciones que aquellos con nicotina. Los cigarrillos que no despiden tanto humo presentan menos restricciones porque son admitidos en más lugares, mientras que los cigarrillos que despiden fuertes olores presentan más restricciones porque pueden ser fumados en pocos lugares. De cualquier modo, el cómo ha sido fabricado dicho cigarrillo influye en las restricciones que se le presentan al fumador. Cómo está hecho, cómo está diseñado, cómo está construido; en una palabra, su *arquitectura*”<sup>24</sup>.

Cada una de estas restricciones es una “modalidad distinta de regulación”<sup>25</sup>. Y, aunque distintas, resultan altamente interdependientes. La regulación de una conducta individual se obtiene tras la “suma de estas cuatro restricciones”<sup>26</sup>, y un esquema de dicha actividad reguladora sólo será completo si se consideran las cuatro.

Lo que transforma al ciberespacio en un nuevo mundo es que su arquitectura está definida, única y exclusivamente, por el código que utiliza -es decir, por el diseño de todos los elementos tangibles e intangibles que pueblan este nuevo ambiente y las reglas de comunicación que permiten a dichos elementos interactuar.

“En analogía con la arquitectura, lo que regula la conducta en el ciberespacio es el código. Los elementos tangibles e intangibles que permiten que el espacio cibernético sea lo que es hoy en día constituyen un conjunto de restricciones sobre la manera como debemos comportarnos allí. Estas restricciones, en esencia,

pueden variar pero constituyen las condiciones que tendremos que experimentar al momento de acceder al ciberespacio. En algunos lugares (tomemos el caso de servicios como los de America Online, por ejemplo) debes ingresar una clave antes de obtener acceso. En otros lugares puedes ingresar ya sea que te identifiques o no. En algunos, las transacciones que realizas con un servicio dejan un rastro (los llamados “*mouse droppings*”) que le permite a aquél rastrear tu ubicación y responderte; en otros, en cambio, dicho rastro sólo existe si tú así lo permites. En algunos lugares, puedes elegir comunicarte con un tipo de lenguaje que sólo el receptor del mensaje puede entender (a través de la encriptación) mientras que en otros dicha opción no existe. El software o el código o la arquitectura o la regulación es lo que establece dichos rasgos; son rasgos que han sido seleccionados por aquéllos que escriben el código; son rasgos que restringen algunas conductas y permiten que otras conductas sean posibles, u otras, imposibles... En ese sentido, ello también es una regulación, así como la arquitectura de los códigos del mundo real también lo es”<sup>27</sup>.

Es la arquitectura de estos lugares en el ciberespacio lo que, en gran escala, determina lo que son, y la arquitectura que conforman dichos lugares está constituida, a su vez, por el código. Lessig se embarca en una extensa antropología del quehacer en America Online (AOL) para ilustrar este punto, y vale la pena citarlo con detalle:

“Lo que AOL construye es, en gran medida, la estructura de un espacio. Ingresas a AOL y encuentras allí un determinado universo. Ese espacio está constituido por el código... Como miembro de AOL, tú puedes llegar a ser hasta cinco distintas personas. Ésta es sólo una de las sorprendentes características de este mundo. Cuando decides abrir una cuenta en AOL, obtienes el derecho de crear hasta cinco identidades, a través de cinco distintos “*screen names*” que, en efecto, establecen cinco distintas cuentas. Evidentemente, algunos usuarios utilizan estos nombres para

<sup>23</sup> Ibid., p. 126.

<sup>24</sup> LESSIG, Lawrence. Op. cit. “Code and Other Laws of Cyberspace”. (Cursivas en el original).

<sup>25</sup> “Cambios en cualquiera de estos cuatro reguladores influirán en el proceso de regulación en su totalidad. Algunas restricciones apoyarán a otras a su vez, mientras que otras serán atacadas... Las restricciones varían pero comparten un factor común: son interdependientes... La tecnología, por ejemplo, podría apoyar el curso de las normas y la ley; pero bien podría también atacarlas. Algunas restricciones hacen posible que existan otras restricciones, y que algunas sean imposibles de acceder. Actúan en conjunto aun cuando sus funciones y los efectos que producen sean distintos. Los usos y costumbres restringen a la sociedad a través del propio estigma que se impone la comunidad; el mercado restringe mediante el precio que propone al público; las arquitecturas restringen a través de sus propios límites materiales; y la ley restringe a través de la coacción y las sanciones. Es posible denominar a cada una de estas restricciones un “regulador” y pensar en cada una de ellas como una modalidad única y específica de regulación”. LESSIG, Lawrence. Op. cit. “Code and Other Laws of Cyberspace”. pp. 87-88.

<sup>26</sup> Ibid., p. 88.

<sup>27</sup> Ibid., p. 89 (énfasis en original; se omitieron las citas).

darle acceso a AOL a miembros de su familia. Pero no todos utilizan de esa manera la cuenta en AOL. Pensemos en aquella mujer soltera que, tras aperturar una cuenta en AOL, obtiene la posibilidad de tener cinco identidades y denominarlas de la manera como ella mejor prefiera –cinco personas que ella podrá usar en la red. ¿Qué significa realmente eso? Un “*screen name*” es tan sólo una etiqueta de identificación que utilizas mientras estás conectado al ciberespacio. No tiene que (es más, en algunos casos, no puede) ser tu verdadero nombre. Si tu nombre-pantalla es “StrayCat”, todos pueden comunicarse contigo enviándote un correo electrónico a “straycat@aol.com”. Si te encuentras conectado a la red, podrán contactarse contigo buscándote en el sistema de AOL bajo el nombre de “StrayCat”; un mensaje de diálogo aparecerá entonces en tu pantalla para preguntarte si quieres o no comunicarte con dicha persona. Cuando ingreses a un “*chat room*” (cuarto de conversación virtual) los participantes de la conversación podrán agregarte a su lista con el nombre de “StrayCat”. Pero, ¿quién es realmente “StrayCat”?<sup>28</sup>

Es el código/la arquitectura de este particular lugar en el ciberespacio lo que les otorga a los visitantes este “fantástico poder del pseudónimo”, el poder de construir su propia identidad, un poder que no te dan aquéllos que escriben el código en el mundo real<sup>29</sup>. Y éste no es un ejemplo aislado; otras facetas en el código/la arquitectura de AOL también presentan de manera muy similar otros aspectos de este quehacer:

“Existen lugares en AOL donde grupos de personas pueden reunirse; lugares donde pueden acudir para leer mensajes que otros envían a la red. Sin embargo, no hay ningún punto en dicho espacio en donde sea obligatoria su presencia, donde todos se reúnan al mismo tiempo, donde todos –tarde o temprano- tengan que llegar a encontrarse. No existe un espacio público donde puedas ubicar a todos los usuarios de AOL. No existe algo así como una “sala comunal” o una “asamblea pública” donde las personas puedan quejarse o hacer que sus demandas sean escuchadas por toda la comunidad. No hay un espacio lo suficientemente amplio como para iniciar una revuelta ciuda-

dana. Sólo los dueños de AOL, empero, pueden hablar con todos. Steve Case, “el alcalde”, escribe cartas informales a cada miembro. AOL así, puede publicitarse con todos ellos y enviarles correos electrónicos. Pero sólo los dueños y aquéllos autorizados podrán hacerlo; el resto de los miembros sólo podrá comunicarse con la multitud de AOL cuando efectivamente noten la presencia de una multitud. Y nunca, a una multitud que sobrepase las 23 personas.

Una tercera característica de la estructura de AOL se origina también en el código. Ésta es el rastreo. Mientras los usuarios de AOL no se encuentren dentro del área de acción de su servicio (en otras palabras, mientras no estén utilizando AOL como un portal en Internet), AOL puede (y, sin lugar a dudas, lo hace) rastrear sus actividades y compendiar información sobre ellos. Qué archivos descargas de la red, qué portales frecuentas, quiénes son tus amigos –todo ello es accesible para AOL. Dicha información es sumamente valiosa; con ella AOL puede estructurar sus servicios de acuerdo a la demanda de sus clientes. La posibilidad de tener la habilidad para recolectar todos esos datos (es) una parte de la conformación de AOL –esto es, una parte constituida por su código (que) permite en algunos, y restringe en otros, el poder de vigilar<sup>30</sup>.

Lessig argumenta –de manera más persuasiva- que estas características en la arquitectura/código de AOL importan de sobremanera dada la peculiar modalidad como se desarrollan la vida y las situaciones que podemos experimentar allí<sup>31</sup>. Arquitecturas así permiten que ciertos valores florezcan y, a su vez, restringen la posibilidad de alcanzar otros; habilitan ciertas formas de vida mientras desactivan otras; les *brindan* medios de expresión a singulares capacidades humanas pero terminan silenciando otras. Las arquitecturas son siempre así, señala, pero se revisten de mayor poder en el ciberespacio que en cualquier otro ámbito; ello sucede porque los códigos en el ciberespacio son poderosos en una forma que ninguna arquitectura en el mundo real –en realidad, ningún sistema de regulación- puede igualar. El código puede proporcionar un sistema de perfección del control tal que terminará suministrando al ciberespacio el regulador más poderoso.

<sup>28</sup> Ibid., pp. 66-70.

<sup>29</sup> Ibid., p. 68. Es posible intentar, Lessig aclara, “vivir en el mundo real una variedad inmensa de múltiples vidas simultáneas... Pero a menos que tomes precauciones excesivas para ocultar tu identidad, esas vidas simultáneas siempre pueden ser rastreadas de una u otra forma hasta llegar a ti. No es tan simple como definir el personaje que quieres ser; es necesario construirlo enteramente, y –lo que es aun más importante (y difícil)- mantenerlo separado de tu identidad original”.

<sup>30</sup> Ibid., pp. 68-69.

<sup>31</sup> Ibid., pp. 69-71. Ibid., pp. 82-83. (“How Architectures Matter and Spaces Differ”).

Este punto, conocido para aquéllos familiarizados con otras obras de Lessig sobre el Derecho en el ciberespacio<sup>32</sup> (sin restarle por ello importancia), dictamina indudable y sustancialmente nuestro pensamiento acerca del gobierno y la regulación en dicho espacio cibernético. Lessig nos pide reconsiderar “los problemas que origina la perfección”<sup>33</sup>. Lo ilustra así cuando se refiere a los intereses protegidos en el mundo real bajo el sistema de los derechos reservados:

“Actualmente, cuando compras un libro existen infinitas opciones que puedes escoger para decidir qué hacer con él. Puedes leerlo una o cien veces. Puedes prestarlo a un amigo. Puedes fotocopiar algunas de sus páginas o quizás “escanearlo” e ingresarlo a tu procesador de textos en la computadora. Puedes quemarlo, usarlo como un pisapapeles o simplemente venderlo. Podrías guardarlo en un estante y no abrirlo jamás”<sup>34</sup>.

Algunas de las opciones que puedes escoger existen porque “la ley expresamente te reconoce el derecho”, y algunas otras porque la arquitectura construida en el mundo real no tiene forma alguna imaginable de impedirte que lo hagas<sup>35</sup>. Un vendedor de libros “podría venderte un ejemplar a un precio determinado si prometes que lo leerás sólo una vez, y a un precio distinto si pretendes leerlo más de cien veces, pero no existe forma en que el vendedor pueda cerciorarse con seguridad de que obedeciste el contrato”<sup>36</sup>. El vendedor de libros bien podría encargar a un policía la tarea de vigilarte todo el tiempo para asegurarse de que el trato se cumpla efectivamente, pero dicha modalidad de corroboración tendría un costo de prohibición que la haría imposible.

Sin embargo, los códigos/arquitecturas del ciberespacio no resultan ser tan limitados. Aun cuando “el código, tal

como existe en estos días, tiene una mínima injerencia en la forma en que se regula la distribución y el acceso a la información en la Red”<sup>37</sup>, dichos códigos pueden ser diseñados con el objetivo de brindar mucha más protección a dichos datos que lo que alguna vez el mundo real podría permitir. Muchas tecnologías “sistemas confiables” proporcionan un “control mucho más minucioso y exhaustivo en el acceso y el uso de material protegido que lo que la ley permite, y pueden ejercer dicho control sin el amparo de la ley”<sup>38</sup>. El código de estos sistemas confiables puede regular “si lees un documento una o cien veces, si lo copias en tu procesador de texto o si prefieres leerlo mientras dure tu conexión en la red; puede verificar si estás enviando dicha información a alguno de tus amigos por correo electrónico o si lo mantienes grabado en tus archivos personales; puede decidir si podrás borrarlo o no de tu disco duro; si lo pretendes usar para otra clase de trabajo, con una finalidad u otra”<sup>39</sup>. El poder de restringir el acceso y el uso de material con derechos reservados “está por perfeccionarse, ...llevándolo a los propietarios de dichos derechos registrados un regalo de protección que nunca hubieran soñado tener”<sup>40</sup>.

Entonces, ¿en qué lugar nos encontramos? En un mundo hegemonizado por el código –un universo cuyos límites y valores están moldeados por el código<sup>41</sup>. Un mundo donde “el código puede hacer gran parte de lo que correspondería a la Ley y, más efectivamente”<sup>42</sup>. Un mundo donde la potestad de regulación cambia constantemente de las manos de la ley a las del código, de los gobernantes reales al espacio intangible”<sup>43</sup>. Un mundo en donde el código “desplaza a la ley tras codificar sus reglas, haciéndolas más eficientes de cuando eran simplemente reglas...”<sup>44</sup>.

Indudablemente, Lessig tiene toda la razón<sup>45</sup>: se trata de un cambio, grandioso y fundamental:

<sup>32</sup> LESSIG, Lawrence. “Reading the Constitution in Cyberspace”. En: Emory Law Journal, número 45, 1996. p. 869. LESSIG, Lawrence. “Intellectual property and Code”, 11 En: St. John’s J.L. Comm. 635, 1996. LESSIG, Lawrence. “The Zones of Cyberspace”. En: Stanford Law Review, número 48, 1996. p. 1403. LESSIG, Lawrence. “Constitution and Code”, 27 Cumb. L. Rev. 1 (1996/1997). LESSIG, Lawrence. “Commons and Code”, 9 Fordham I.P., Media & Ent. L.J. 405 (1999). LESSIG, Lawrence. “The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net”. En: Berkeley Tech. Law Journal, número 14, 1999. p. 759.

<sup>33</sup> LESSIG, Lawrence. Op. cit. “Code and Other Laws of Cyberspace”. p.139

<sup>34</sup> Ibid., p. 128.

<sup>35</sup> Ibidem

<sup>36</sup> Ibidem

<sup>37</sup> Ibid., p. 127. (“Bajo el actual código que regula la red, es imposible controlar quien descarga qué y quién copia qué en Internet. Si tú copias una foto con derechos registrados, colocada en un archivo de gráfico en la red, puedes hacer de ella ilimitada cantidad de copias sin afectar nunca a la foto original. Cuando llegues a la copia #100 nada indicará que realmente se trata de la copia #100, pues nada la distingue de la copia #1. Hasta ahora, existe poco en el código que rige el ciberespacio que ayude a regular la distribución de material registrado por la red”).

<sup>38</sup> Ibid., p. 129.

<sup>39</sup> Ibid., p. 128.

<sup>40</sup> Ibid., p. 127.

<sup>41</sup> Ibid., p. 130.

<sup>42</sup> Ibid., p. 126.

<sup>43</sup> Ibid., p. 206.

<sup>44</sup> Ibid., p. 130.

<sup>45</sup> Léase, “Estoy de acuerdo con él”.

“El ciberespacio exige una nueva comprensión acerca de la regulación que allí se ejerce y sobre la manera como dicha regulación se realiza. Nos compele a mirar más allá del lente tradicional del abogado -más allá de leyes, reglamentos, normas... Debemos comprender al fin cómo el código regula al ciberespacio -cómo pueden los elementos tangibles e intangibles lograr una regulación tal que haya convertido al ciberespacio en lo que actualmente es. Como William Mitchell propone, este código es la “ley” del ciberespacio. *El Código es la ley*”<sup>46</sup>.

Éste es, podríamos decir, la antropología del asunto, el examen objetivo de los hechos: lo que es. Llamar a esta porción del argumento de Lessig un *tour de force* resultaría un elogio insuficiente; la exposición que muestra es verdaderamente fascinante, y lo que Lessig ha argumentado es, sin lugar a dudas, una contribución imprescindible en nuestro entendimiento sobre el Derecho en este nuevo y extraño mundo.

## LO QUE DEBE SER

¿Y qué lugar queda, sin embargo, para lo que debería ser? Hay una pregunta que subsiste: si realmente estamos de acuerdo con Lessig acerca del aspecto que ha tomado la ley en el ciberespacio, ¿cómo deberíamos hacer dicha ley? ¿Qué clase de política será la mejor en un mundo construido de esta manera? ¿Qué pasa con el caso de MAPS y RBL?

Lessig toma como punto de partida la misma interrogante normativa que utilizan los partidarios de la posición libertaria: se pregunta qué es lo que exactamente constituye, en este particular momento y espacio, “la amenaza que acecha a la libertad y qué haremos para vencerla”<sup>47</sup>. Se pregunta cómo será posible garantizar que sea éste un mundo donde la libertad del hombre pueda florecer. Es más, se pregunta cómo podremos garantizar que siga siendo éste un mundo donde la libertad del hombre pueda florecer ya que está convencido de que la red, tal

como ha sido entregada a nosotros (a la que llama “Net95”), posee una remarcable “arquitectura libre”<sup>48</sup>.

“La arquitectura del ciberespacio hace intrincada la regulación de las conductas humanas dado que aquéllas que pretendes controlar podrían estar localizadas en cualquier lugar de la red (entiéndase, fuera de tu alcance). Quién eres, dónde te encuentras, y cómo puede ser aplicada la ley en tu caso -todas éstas son las preguntas que el gobierno deberá responder si le llegara el momento de imponerse en el ciberespacio. Pero responderlas es un reto casi imposible dada la particular arquitectura que esboza dicho espacio- por lo menos hasta ahora”<sup>49</sup>.

Estas singulares facetas del código/arquitectura del llamado “Net95” “no inhabilitan un aspecto importante de la red tal como la conocemos; más bien, habilitan un aspecto importante dentro de la red que ya conocemos: la libertad. Son virtudes de un mundo donde el control es limitado, y donde aquéllas cooperan para su constitución”<sup>50</sup>. “La estructura de “Net95” se basa en la incapacidad de regulación pues las facetas de su código así lo permiten”<sup>51</sup>. Por ejemplo, ha sido el código/arquitectura del ciberespacio, y no la Primera Enmienda, “el verdadero defensor de la disertación allí”<sup>52</sup>, ya que este código “se encarga de protegernos contra cualquier previa prohibición tal como lo hizo la Constitución alguna vez -al contar con esa garantía, es imposible ejercer un control irrestricto de la información”<sup>53</sup>. A través del código/arquitectura de la red hemos sido capaces de “exportar al mundo una Primera Enmienda *como código* más amplia y aventajada que nuestra propia Primera Enmienda *como ley*”<sup>54</sup>.

Pero así es “Net95”. No obstante, el código/arquitectura del ciberespacio puede cambiar. Lo que el ciberespacio es actualmente, no es necesariamente lo que el ciberespacio tiene que ser. La “posibilidad de arquitecturas de ello que denominamos “la Red” es incontable, y la particularidad de la vida dentro de

<sup>46</sup> Ibid., p. 6 (cursivas en el original).

<sup>47</sup> Ibid., p. 85.

<sup>48</sup> Ibid., p. 30.

<sup>49</sup> Ibid., pp.19-20.

<sup>50</sup> Ibid., p. 28.

<sup>51</sup> Ibidem

<sup>52</sup> Ibid., pp.166-167. (“La primera que ocupa la lista de protectores de la libre expresión en el ciberespacio es la arquitectura. Sin embargo, el relativo anonimato, la distribución descentralizada, los múltiples focos de acceso, el no estar atado a ningún punto geográfico, las herramientas de “*encryption*” -entre otras- son facetas que demuestran la dificultad que existe en controlar la libre expresión en el ciberespacio”)

<sup>53</sup> Ibid., p. 170, citando a ABRAMS, Floyd. “First Amendment Postcards from the Edge of Cyberspace”. En: 11 St. John’s J. Legal. Comm. 693, 1996.

<sup>54</sup> Ibid., p. 167 (cursivas en el original).

esas arquitecturas resulta muy diversa<sup>55</sup>. Pero no es una cuestión de “naturaleza” lo que obliga al ciberespacio a ser de la forma que es, o a tener el código/arquitectura que ostenta ahora; nosotros lo construimos así; ergo, podemos construirla de una forma diferente. La incapacidad de regulación de “Net95”, los valores que propulsan la libertad y que la red encarna son funciones específicas del código/arquitectura de “Net95”, y valores propulsores de libertad muy distintos a los del presente podrían ser aquéllos que encajen en el código/arquitectura del ciberespacio del futuro.

Y, siguiendo con el discurso de Lessig, así será. El ciberespacio –actualmente, incontrolable- se convertirá, si no “hacemos nada”<sup>56</sup>, en un mundo perfectamente controlado, un espacio surrealista desprovisto de aquellos valores de libertad y libre expresión contruidos en “Net95” y que portanto tiempo mantuvimos sacralizados. ¿Por qué? ¿Qué causará esta transformación?

Lessig sugiere que dos poderes se están enlistando para darle vida a este indeseado panorama. En primer lugar, los gobiernos de todo el orbe, sorprendidos con la guardia baja ante este explosivo crecimiento de la red, despertarán de su letargo<sup>57</sup>. Reconocerán (si ya no se habían percatado antes) que el código/arquitectura del ciberespacio guarda la llave para restaurar su poder, así como el poder de sus leyes, en este lugar supuestamente irregular. Estructurada así la arquitectura de la red, es complicado para el gobierno regular las conductas dentro de ella; pero justamente estructurada así la arquitectura de la red, “no será difícil para el gobierno tomar medidas para alterar o complementar dicha arquitectura pre-establecida y así lograr conductas más regulables”<sup>58</sup>. Conseguir libertad, sin embargo, “depende de cuán costoso resulte la regulación”<sup>59</sup>, la arquitectura del ciberespacio hace muy costosa la regulación. Los gobiernos, por ende, tendrán que forzar dicha arquitectura para alterar

sus parámetros y lograr que la regulación resulte menos costosa; con ello, su reinsertión en la red afectará también el control de otras actividades del ciberespacio. Si el obstáculo que encontrarán los gobiernos en la red para controlar directamente la conducta está basado en el peculiar código/arquitectura del ciberespacio, entonces tendrán que “regular la regulabilidad” allí, realizando cambios sustanciales en dicho código para convertirlo en un lugar más regulable<sup>60</sup>.

Definitivamente este punto no es lo que los libertarios “no entienden”; este capítulo en la obra de Lessig describe el tema tal como lo haría un manifiesto libertario. Pero tampoco explica el argumento al cual se adhiere Lessig para oponerse a RBL; el código/arquitectura que los propietarios de MAPS tienen en mente (los sistemas de eliminación de correo indeseado) no está autorizado ni mucho menos auspiciado por la mano del gobierno –lo cual es, precisamente, lo que atrae a la posición libertaria.

Tiene que haber más argumentos en el discurso de Lessig. Y los hay. El segundo de los poderes que está dibujando el umbroso panorama que acecha al ciberespacio constituye el meollo del asunto. Aun cuando los gobiernos sean incapaces o estén imposibilitados de construir un código/arquitectura nuevo donde sea posible un control perfecto –Lessig arguye, las fuerzas del mercado ocuparán sus lugares y lo harán por ellos<sup>61</sup>. Para florecer en el espacio cibernético, el mercado requiere “arquitecturas de identidad”<sup>62</sup> – estructuras que “habiliten a los sistemas de identificación brindar un espacio para el mercado”<sup>63</sup>. Ya sea con la intervención del gobierno o no, estas estructuras serán añadidas inexorablemente a la red para colocarse al servicio completo del mercado; contemos o no con dicha intervención gubernamental, la regulabilidad (y la consecuente pérdida de libertad) terminará por ser el producto indirecto de aquellos cambios<sup>64</sup>.

<sup>55</sup> Ibid., p. 167 (énfasis en original).

<sup>56</sup> Ibid., p. 109.

<sup>57</sup> Ibid., capítulo 5 (“Regulating Code”).

<sup>58</sup> Ibid., pp. 43-44.

<sup>59</sup> Ibid., p. 56. (“El costo que representa el gobierno significa la libertad para nosotros. Cuanto más sea el costo de la regulación, menos será visto este proceso como una herramienta de regulación. La libertad depende de que el costo de la regulación se mantenga alto”).

<sup>60</sup> Ibid., pp. 198-199. (“Los gobernantes del mundo real se darán cuenta de que existe otro gobernante sin nombre conectado a este mundo a través de las líneas telefónicas. Entonces, lucharán... al ver que las reglas y los usos que este gobernante anónimo utiliza afectan la conducta de los ciudadanos del mundo real. Estos gobernantes tienen las herramientas necesarias para impedir que la arquitectura de la red se autorregule”).

<sup>61</sup> Ibid., capítulo 4 (“Architectures of Control”). (“la red está siendo re-estructurada para satisfacer la demanda del mercado [y], como resultado de aquella remodelación en la red, aparecerá la capacidad de regulación”).

<sup>62</sup> Ibid., pp. 33-35.

<sup>63</sup> Ibid., p. 30.

<sup>64</sup> Ibid., p. 58. (“Las fuerzas del mercado han motivado en la red la creación de nuevas arquitecturas de identidad que faciliten la actividad comercial en la red. Poco tiene que ver la acción del gobierno –en realidad, nada- en la promoción de estas facilidades. Las fuerzas del mercado son demasiado poderosas, su autoridad en el ciberespacio es ilimitada. Si de algo estamos seguros es de que las arquitecturas de identidad encontrarán en la red su mejor campo de acción – y ello afectará en la regulación de su sistema interno”).

Tomemos como ejemplo el caso de los archivos con formato de audio MP3 y la batalla encarnizada que existe en torno a su distribución en la red<sup>65</sup>. Hace tiempo –el año pasado, para ser más exactos– los archivos MP3 eran la euforia; millares de melómanos entusiastas de todo el mundo construyeron portales en la red donde se podía encontrar y descargar a título gratuito todos los tipos de música imaginables. “Se agregó el concepto de “música gratis” a la interminable lista de servicios gratuitos que Internet ofrecía”<sup>66</sup>. Empero, la historia ha dado un giro imprevisto:

“La industria musical ha impuesto un sistema que facilitará el control de la distribución de archivos MP3; el Congreso ha aprobado un reglamento en el cual se declara como delito la producción de “software” que pretenda eludir dicho control. Así, una compañía manufacturera de equipos de sonido similares a aquéllos que produce Sony Walkman para archivos MP3 ha anunciado recientemente que habilitará su sistema para que cumpla con los parámetros de dicho control”<sup>67</sup>.

El objetivo del ejemplo de Lessig es el código/arquitectura en sí mismo: su preocupación se concentra tanto en los esfuerzos del gobierno –“el Congreso ha aprobado un reglamento”– como en los esfuerzos de la actividad privada –“la industria musical ha impuesto un sistema”– por edificar estas arquitecturas de control y utilizarlas en la regulación de nuestras actividades en el ciberespacio<sup>68</sup>.

Este fragmento de la obra de Lessig, nuevamente, tiene mucho que enseñar a los que defendemos la posición libertaria: los intentos por imponer control en la red pueden venir y, de hecho, vendrán de muy distintas direcciones; después de todo, una vigilancia exhaustiva e infinita es el precio para alcanzar la libertad. Pero la visión de “mercado” que usa Lessig es, por así decirlo, bastante inusual e incluso alarmante. Hay un momento en la parte inicial de su libro, a propósito del poder del gobierno para regular el código en la red, donde escribe:

“En un mundo donde los codificadores de la red resultan ser del tipo de personas que comandaron el *Internet Engineering Task Force* hace pocos años, la injerencia que podría llegar a tener el gobierno para regularla luce bastante insustancial. Estos héroes no reconocidos, otrora constructores de Internet, tienen razones ideológicas para reaccionar a los mandatos de un gobierno. No están dispuestos a someterse frente a sus amenazas. Y, a diferencia de los intereses comerciales que circundan la red, ellos no invierten millones en una sola arquitectura hegemónica que termine venciendo a las demás. Por ende, constituirán ellos los primeros fiscalizadores de la labor controladora del gobierno en el ciberespacio. Sin embargo, escribir el código se convierte inevitablemente en una artimaña comercial – ya que proliferan cada vez más las compañías que lo ofrecen dentro de sus servicios– y, con ello, aumenta la habilidad del gobierno para regular la red”<sup>69</sup>.

Pero, ¿por qué decimos que “escribir el código se convierte inevitablemente en una artimaña comercial –ya que proliferan las compañías que lo ofrecen dentro de sus servicios”? ¿Cómo puede suceder eso? Lessig se refiere a esta concentración del poder económico como si, de alguna forma, ya estuviera predeterminada, como si fuera una ineludible consecuencia del flujo comercial. Tiene una remarcada propensión a utilizar la forma singular cada vez que intenta describir el bullicioso efecto de la actividad comercial: las fuerzas del mercado desarrollarán “una arquitectura de seguridad”<sup>70</sup>, “una amplia estructura basada en la confianza donde la seguridad y las transacciones privadas serán viables”<sup>71</sup>; la llamada “encriptación” estará en la “cumbre de una arquitectura así”<sup>72</sup>; existen sendos “proyectos para desarrollar esta arquitectura”<sup>73</sup>, ya que sólo “una arquitectura” diseñada así “proveerá seguridad en un nivel que nunca podría igualar la arquitectura del espacio real”<sup>74</sup>; a menos que “la arquitectura sea establecida en esos términos” el comercio en la red no podrá desenvolverse por completo<sup>75</sup>.

<sup>65</sup> Lessig discute este ejemplo en el Prefacio. Ibid., p. X.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Lessig no le da mucha importancia a la distinción que la ley le otorga al aspecto “público” y al aspecto “privado de las actividades sociales. Ibid., pp. 186-187, 213-221. (Donde se desarrolla el argumento que dice que los límites constitucionales deberían ser aplicados no sólo al ámbito privado sino también a la “acción estatal”).

<sup>69</sup> Ibid., p. 52 (cursivas en el original).

<sup>70</sup> Ibid., p. 40.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Ibidem.

Las fuerzas del mercado desembocan en la uniformidad. Mientras los estados de todo el orbe “discuten sobre cuál será la regulación que dominará el ciberespacio”, el mercado está empujando al ciberespacio hacia “...una única, equitativa y unificada forma de regulación que, a través del código, se consolide sin impedir el curso de la ley... De la misma manera como hubo una promoción hacia la unidad de criterios cuando se discutía sobre sencillos parámetros de trabajo en la red, así también habrá una promoción hacia la unidad de criterios cuando se plantee el tema de la *uniformidad de reglas* para regir las transacciones en la red. Este conjunto de reglas incluirá no una norma sobre registro de marcas común a la mayoría de países, sino un sistema *unificado* sobre el registro de marcas y *garantizado por un solo comité*; no incluirá un conjunto polifacético de normas sobre la defensa de la privacidad, sino un *conjunto unitario de reglas*, implícitas en la arquitectura de la red; no un promedio de normas contractuales, equitativamente implementadas según el contexto y la diversidad de cada estado, sino más bien un *homogéneo y tácito compendio de normas* que reflejen un acuerdo unificado y fortalecido en las áreas que así se decidan”.

Resulta ésta una premisa bastante sólida –en mi opinión- y hasta pareciera encerrar mucho del argumento de Lessig acerca de aquello que deberíamos temer. Digo “pareciera” porque, como toda premisa, no está fundamentada ni defendida con un inevitable aroma de certeza; sin embargo, es poco lo que quedaría del argumento de Lawrence Lessig sin él. Por ejemplo, cuando escribe sobre el desarrollo de “sistemas confiables” en defensa de la propiedad intelectual, explica:

“¿Qué sucede cuando el código protege los intereses ya protegidos por la ley de derechos de autor? ¿Qué sucede cuando... lo que la ley ampara como propiedad intelectual también podría ser amparado a través del código? ¿Realmente esperamos que los

límites que fijó la ley sean emulados en su totalidad? ¿Debemos esperar que el código sea el reflejo exacto de los parámetros que utiliza la ley? ¿“Fair use”? ¿Limitaciones al uso? ¿Puede la iniciativa privada, a través del código, incluir estos supuestos dentro de su ámbito de protección?”

“La conclusión resulta obvia: cuando el código es quien protege la propiedad intelectual, *nada garantiza que la legalidad permanezca ileso*. Nada obliga al propietario de un servicio a conceder al usuario el derecho de la descarga gratuita de archivos registrados. Podría hacerlo, tal como el dueño de una librería permite que los virtuales compradores hojeen los libros de su interés, pero también podría no hacerlo. Decidirá conceder o no ese derecho siempre y cuando suponga un real beneficio para él. Es decir, dicha libertad de acción está sujeta al interés privado”<sup>76</sup>.

¿Por qué aparece esa palabra nuevamente en el vocabulario de Lessig –“obvio”? ¿Por qué es tan obvia la conclusión? Sí, es cierto: si existe “un pequeño número de empresas” dominando la producción y la distribución de la propiedad intelectual, “nada los obliga” a conceder a los consumidores la posibilidad de revisar información gratuitamente. Y también es cierto que aun cuando exista “un pequeño número de empresas” dominando la producción y la distribución de la propiedad intelectual, si “medios de control dominan sus sistemas”, entonces “no tendrán opción de obedecer o no el mandato de dichos medios; tendrán que obedecer”.

Pero si existieran múltiples arquitecturas, entonces sí habría opción de obedecer o no. Si hubiera muchas arquitecturas entre las cuales escoger, ya no sería correcto afirmar que “nada los obliga” a conceder la posibilidad de revisar información gratis; el mercado de libros, la competencia entre librerías y la demanda de los consumidores los obligaría de todas formas<sup>77</sup>. Y, básicamente, no

<sup>76</sup> Ibid., p. 135 (cursivas en el original).

<sup>77</sup> Refiriéndonos al ejemplo sobre los archivos con formato de audio MP3 que propone Lessig (ver nota 61, *supra*), es necesario aclarar que existen un considerable número de archivos de audio con distinto formato al que ofrece MP3. Sistemas de protección de música digital abundan en el mercado. Quizás el formato más conocido y aplicado de archivos con formato ajeno al MP3 es el *Microsoft's Windows Media Audio* (WMA). Microsoft ha posicionado dicho formato WMA para que encaje con toda clase de aplicaciones de audio, incluyendo la distribución de archivos de música (como, por ejemplo, audiciones de programas de radio en vivo en la red). Starr Andersen. *About the Windows Media Audio Codec* (última visita realizada el 14 de abril de 1999). <<http://msdn.microsoft.com/workshop/imedia/windowsmedia/Tools/MSAudio.asp>>. Recientemente, Sony ha anunciado que utilizará el formato WMA para la distribución de muestras de audio digital en su portal musical de la red acoplándolo con el formato EMMS (*IBM's Electronic Music Management System*) para la protección de los derechos de autor. Yoshiko Hara, *Sony skips MP3 as it spins Web music service*, En: EE Times Issue 1092 (última visita realizada el 20 de diciembre de 1999), <<http://www.techweb.com/se/directlink.cgi?EET9991220S0009>>. Sony también se ha adelantado en crear un sistema de administración de los derechos digitales conformado por elementos de “*MagicGate*” y “*OpenMG*” que restringe dónde y cuántas veces



habría mayor diferencia con los propietarios de las librerías del mundo real pues también “están obligados” por estas facetas del mercado<sup>78</sup>. Así, si hubiera diversas arquitecturas accesibles al público en general (no sólo arquitecturas al amparo de la privacidad, sino de la identidad o el contenido), ¿por qué resultaría tan “obvio” que terminaríamos eligiendo aquella(s) arquitectura(s) que justamente nos negara los derechos que tanto Lessig como yo consideramos fundamentales?<sup>79</sup>

La premisa que sostiene Lessig cuando afirma que el poder oculto del mercado está arrastrándonos, en cierta forma, hacia la uniformidad podría considerarse correcta<sup>80</sup>; pero, no por ello, obvia o evidentemente correcta. Este “poder oculto” podrá tener un cúmulo de deficiencias, pero si tuviera que resaltar una cualidad -que a mi juicio resultaría ser la mejor alternativa existente- ella sería la de colocar frente a miles de usuarios una completa diversidad de ofertas que respondan a las necesidades y la demanda del público. Y debo decir -no con la intención de presu-

mir, claro- que así está funcionando bastante bien. Cuando echo un vistazo a la red, aun en aquellos lugares que ya han sido plagados por las fuerzas del “mercado”, se presenta ante mis ojos un espectáculo que se parece más al caos de la diversidad y el desarrollo incontenible que a un ordenamiento uniforme y regulado. No es que nuestra imaginación nos engañe cuando somos testigos de la proliferación de arquitecturas en la red, no es una ilusión ni una exageración pensar que esta indómita propagación de arquitecturas se asemeja al florecimiento de un campo luego de una intensa lluvia; es una realidad, las arquitecturas sí están floreciendo luego de una intensa lluvia<sup>81</sup>.

Aclaremos este punto: la posición libertaria “entiende” que toda concentración del poder es peligrosa y que debe ser rechazada. Y Lessig es libre de pensar que dicha concentración de poder es consecuencia de permitir que las fuerzas del mercado se autorregulen. Pero ello difícilmente justificaría la actitud obsesiva de Lessig con respecto al carácter “obvio” de su

es posible copiar y descargar una canción desde la red. *Sony and RealNetworks Announce Strategic Alliance for Secure Electronic Music Distribution* (última visita realizada el 7 de junio de 2000) <<http://www.realnetworks.com/company/pressroom/pr/oo/sony.html>>. El sistema EMMS de IBM está basado en una arquitectura que incluye “un sistema que autoriza y procesa transacciones (y las provee además) en un alto grado de capacidad para garantizar la protección de los derechos registrados.” *IBM and Major Record Companies to Test Internet Music Distribution* (última visita realizada el 13 de marzo de 1999) <[http://www.ibm.com/news/1s/1999/02/mu\\_intro.phtml](http://www.ibm.com/news/1s/1999/02/mu_intro.phtml)>. AT&T ha desarrollado lo que denomina tecnología “a2b” basada en un específico *MPEG Advanced Audio Coding*. *AT&T’s a2b Music Delivers Highest Sound Quality for Digital Music* (última visita realizada el 10 de enero de 2000) <<http://www.att.com/campusalliance/a2bmusic.html>>. El formato a2b comprime archivos de música utilizando algoritmos que “comprimen en una proporción de 20 a 1 sin una sustancial pérdida de calidad”, *a2b Music Technology* (última visita realizada el 10 de enero de 2000) <<http://www.a2bmusic.com/technology.asp>>, y utiliza la “*CryptoLib Security Library*”, la cual maneja diversos algoritmos que incluyen los RSA y los DES, a efectos de desarrollar una política de administración de copia de archivos en la red. *Ibid.* RealNetworks viene utilizando aun muchas estrategias para proteger y distribuir música a través de Internet, incluyendo su propio formato denominado “G2”. Cuando RealNetworks introdujo su producto “Real Jukebox”, éste incluía tecnología de punta donde era posible considerar catalogar a las copias de cualquier archivo de audio en CD como simples copias a menos que el usuario desconectara el servicio. John Markoff. *New System for PC Music Stirs Recording Industry’s Piracy Concerns*. En: *New York Times*, 3 de marzo de 1999. RealNetworks ha anunciado recientemente que incorporará en su formato G2 a los sistemas administrativos de copia de archivos digitales de InterTrust Technologies. Lessley Anderson. *Secure Online Music: To be or not to be? The Standard* (5 de mayo de 1999) <<http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,4473,00.html>>. Otro sistema de protección considerable incluye tecnología como la de Bell Laboratories, Blue Spike Inc., Aris Technologies, Cognicity, and Solana Technology Development Corporation. Junko Yoshida and Margaret Quan, *Groups Debate Security Technology for Internet. DVD-Audio—Watermark Wave Cresting*. En: *EE Times*, Issue 1052 (15 de marzo de 1999) <<http://www.techweb.com/se/directlink.cgi?EET19990315S0004>>.

<sup>78</sup> De modo muy similar, Lessig explica que aun cuando sea posible “hacerse inmune” al código que te impone AOL “de la misma manera como es posible “hacernos inmune” al frío invernal abrigándonos con una chompa”, “... no es posible cambiar lo que (el código) es. Nadie tiene el poder de cambiar el código de AOL así como nadie tiene el poder para convencer a terceros y forzarlos a cambiar el código de AOL”. *Ibid.*, p. 70. Y aunque sabemos que AOL aborda un mercado inusual y, muchas veces, ineficaz, es posible afirmar que sí existe el poder para “cambiar el código de AOL”; el mercado te otorga —en calidad de consumidor— ese poder, aun sin convencerte ni forzarte. Andrew Shapiro —colega de Lessig y también miembro de esa denominada ideología “tecno-realista”— parece sustentar otro punto de vista acerca de la uniformidad a la que el mercado inevitablemente tiende a llevarnos. En su obra *“The Control Revolution”* (1999), un libro que comparte muchos de los temas que utiliza Lessig en *“Code and Other Laws of Cyberspace”*, señala que “el potencial que posee la red de fortalecer las interacciones individuales entre los ciudadanos” no podrá ser desarrollado en toda su magnitud “a menos que sea personificada por un clima de diversidad y versatilidad” —*Ibid.*, p. 203— argumentándolo como si ello no sucediera en la realidad de nuestra red.

<sup>79</sup> BELL, Tom W. “Fair Use vs Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright’s Fair Use Doctrine”. En: 76 *N.C.L. Rev.* 557, 1998. (Este argumento hace referencia específica al término “*fair use*”).

<sup>80</sup> Soy consciente de que los códigos en el ciberespacio pueden estar sometidos a poderosas “exterioridades de la red” que podrían, en algunas circunstancias, promover mercados donde “el ganador obtiene todo” (“*winner-takes-it-all*”). LEMLEY, Mark A. y David McGOWAN. “Legal Implications of Network Economic Effects”. En: *California Law Review*, número 86, 1998. p. 479.

<sup>81</sup> REKA, Albert, Hawoong JEONG, y Albert-Lazslo VARABAI. “Diameter of the World-Wide Web”, 401 *Nature* 130 (1999). HUBERMAN, Bernardo A. y Lada A. ADAMIC. “Growth dynamics of the World-Wide Web”. En: 401, *Nature* 131 (1999) (demostrando así que el crecimiento de portales en Internet emula con una precisión matemática el crecimiento de cualquier grupo biológico existente). POST, David G. y Michael B. EISEN. “How Long is the Coastline of the Law? Thoughts on the Fractal Nature of Legal Systems”. En: *Journal of Legal Studies*, número 29, 2000. p. 545. <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/fractals.pdf>> (basándose en la discusión sobre el significado genérico de estas distribuciones “con fuerza de ley” que constituyen objeto de estudio de sistemas socio-biológicos).

argumento, por lo que no debería sorprenderse si muchos son escépticos de su planteamiento al considerar sus argumentos poco razonables.

Sin embargo, -si queremos ser justos en nuestra respuesta a Lessig- esto no constituye la esencia sobre la que se basa esta inexorable denuncia al “poder oculto”. Aun cuando este “poder oculto” sea quien promueva la diversidad de códigos/arquitecturas en la red, ante los ojos de Lessig siempre será culpable; aun cuando proporcione a los usuarios cibernéticos más posibilidades de opción entre diversos códigos/arquitecturas, ante los ojos de Lessig siempre se tratará del mecanismo equivocado. El silogismo resulta ser el siguiente, por ende: (a) Los códigos/arquitecturas del ciberespacio se basan en valores fundamentales, (b) tomar decisiones acerca de dichas arquitecturas significa, por tanto, tomar decisiones acerca de dichos valores; (c) tomar decisiones acerca de los valores que la sociedad tiene que elegir es tarea única y exclusiva de la política y del gobierno, no del mercado.

Coloquialmente, cuando queremos referirnos al conjunto de valores que sostiene la sociedad y las decisiones que tomamos al elegir entre uno u otro, calificamos dichas decisiones como “políticas”. Son decisiones acerca de la forma como será regulado el mundo y los valores a los que se les otorgará mayor validez y perentoria atención. Decisiones en el campo de los valores, la regulación, el control o los límites que se le impongan a la libertad pertenecen al ámbito de acción de la política y del gobierno.

El código describe la estructura de los valores y, aun así, se estudia siempre al código como una muestra más de las inquietudes de la ingeniería, como si fuera mejor derivar su control a las fuerzas del mercado, como si fuera mejor mantenerlo inaccesible e inalcanzable de las manos del gobierno. Pero ello es equivocado. *La política es el proceso por el cual, colectivamente, decidimos cómo vivir.* Esto es, la política se refiere al proceso colectivo de decisión, no a un espacio donde colectivizamos decisiones: el meollo del problema no consiste en cuál será la

decisión, sino cómo se tomará la decisión; se trata de la política como un proceso a través del cual *razonamos* (énfasis en el original) cómo debería ser la sociedad<sup>82</sup>.

No es posible aceptar aquel argumento que dicta que “*todo aquello* que sea parte de la definición del mundo se desprende de la política”<sup>83</sup>. Necesitamos, Lessig explica, “un plan”<sup>84</sup>, “la arquitectura del ciberespacio necesita quien la comande” (nótese nuevamente el uso del singular<sup>85</sup>) y “dependiendo de quien la comande, surgirán diversas y variadas formas de organización de la red”<sup>86</sup>. Se presentan decisiones que deben ser tomadas, ello es claro; pero “algunas de esas decisiones tendrán que ser tomadas colectivamente y versarán sobre el cómo nos organizaremos para vivir en este nuevo espacio virtual”<sup>87</sup>. Tenemos dos opciones: o nos cruzamos de brazos y simplemente “no hacemos nada” mientras las decisiones son tomadas por terceros, o nos proponemos “tratar de imaginar un mundo donde esas decisiones son nuestras en tanto las tomemos colectiva y responsablemente”<sup>88</sup>.

Y justamente para esto, prosigue Lessig, existe la acción del gobierno: cuando están bien estructurados, los gobiernos representan el medio equitativo y justo (eso queremos pensar) por el cual se pueden tomar estas decisiones colectivas. Si queremos que prevalezcan esos valores colectivos que tanto defendemos, necesitaremos más –no menos- injerencia del gobierno en nuestras acciones:

“Estamos al borde de una era que nos demanda urgentemente la toma de decisiones fundamentales acerca de la clase de vida que queremos encontrar en este nuevo espacio. Es inevitable, las decisiones serán tomadas tarde o temprano. Y cuando sean tomadas, los valores que tanto sacralizamos o influirán en nuestras decisiones o serán ignorados. Recordemos que los valores que defienden la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, el debido proceso y la igualdad construyen nuestra identidad. Si no existe gobierno alguno que garantice e insista sobre dichos valores, ¿quién lo hará en su lugar?”<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> LESSIG, Lawrence. Op. cit. “Code and Other Laws of Cyberspace”. p. 59 (cursivas agregadas).

<sup>83</sup> Ibidem (énfasis agregado).

<sup>84</sup> Ibid., p. 222.

<sup>85</sup> Ver notas 68-73, *supra*.

<sup>86</sup> Ibid., p. 219.

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> Ibid., p. 220.

<sup>89</sup> Ibidem.

Es aquí donde encontramos el verdadero meollo del asunto. Es aquí donde podemos entender la aversión que siente Lessig hacia MAPS y RBL, ese rechazo manifiesto a la “política que utiliza el poder oculto” y las actividades que realiza: no es razonado, no es deliberado, no se trata de un proceso en donde los valores colectivos estén expresados o representados.

Nuestra reacción en contraparte es bastante clara. No discuto que el código/arquitectura del ciberespacio guarde en su seno un acerbo sustancioso de valores fundamentales. No discuto que cada uno de nosotros se enfrente, por ello, a múltiples valores en cada uno de los rincones cibernéticos existentes. No discuto que realmente importe –como Lessig señala– si el código nos permite o no resguardarnos bajo el anonimato en algún portal de la red, si tras la visita a un servicio en Internet estaré dejando o no un rastro (“*mouse droppings*”) que me condene indefinidamente a estar vigilado, si se me permite el uso de un “nombre-pantalla” o si más bien me ofrecen hasta diez identidades distintas, si puedo reunirme a conversar con un grupo de 20, 50 o hasta 200 usuarios al mismo tiempo o si más bien se limita mi posibilidad de reunión a no más de una decena de personas.

Ése no es el problema. Lo que yo discuto es la conclusión que plantea que, dado que las decisiones a tomar están basadas en arquitecturas tan diversas y en valores tan polifacéticos, dichas decisiones deberían tener un carácter “político” que necesariamente sea objeto de injerencia “colectiva”. Consideremos, como contraejemplo, la muestra clásica de una arquitectura original y poderosamente diversa: el idioma inglés. Las estructuras semánticas y sintácticas del inglés (más bien, de cualquier idioma) constituyen claras restricciones en la arquitectura de nuestra vida social, como muchos (incluido Lessig<sup>90</sup>) han planteado (y, para hacer justicia, que ya había sido objeto de análisis de muchos antropólogos<sup>91</sup>). El lenguaje resulta ser algo más que una “manera de comunicar nuestras percepciones sobre el mundo” para convertirse en una “actividad social constructora”, el instrumento por el cual “construimos la realidad social”<sup>92</sup>.

Tal como la arquitectura de la red<sup>93</sup>, las estructuras sintácticas y semánticas del lenguaje se basan en arraigados valores fundamentales.

Nosotros tenemos la tarea de tomar decisiones, decisiones acerca de nuestras específicas arquitecturas de la realidad social que queremos constituir. Todas las “exteriorizaciones de la red” de un sistema lingüístico son poderosas ya que, cuanto mejores reglas de gestión e interacción adoptemos para tal sistema, mejores serán nuestras capacidades comunicativas. Pero el mundo insiste en presentarnos una intrincada variedad de estructuras lingüísticas: comunidades, subcomunidades, sub-subcomunidades; cada una con su propia arquitectura, se originan y se disuelven frente a nuestros ojos, todo el tiempo. Nosotros podemos (y debemos) criticar las maneras como algunas estructuras afectan y restringen nuestros mundillos sociales; podemos (y debemos) discutir, debatir y deliberar acerca de las consecuencias de las políticas de control y gobierno de las diferentes arquitecturas de la red; podemos (y debemos) decidir finalmente qué comunidades y qué estructuras elegiremos y cuál (o cuáles) rechazaremos.

Y es aquí cuando yo también propondré algo obvio en mi argumento. Será obvio que no podremos (ni deberemos) someter las estructuras sintácticas y semánticas a una decisión colectiva. El idioma inglés evolucionará siempre y cuando no lo sometamos a decisiones emplazadas e impuestas por la colectividad sino al agregado de decisiones subjetivas e individuales que interaccionen. Nunca hemos tenido –ni queremos tenerlo– un Ministerio sobre Propiedad Semántica, representantes elegidos por el pueblo, un directorio de expertos renombrados o, ni siquiera, catedráticos de Derecho que hayan hecho un “plan” sobre cuál será el rumbo adecuado que el idioma inglés debe tomar o que hayan tomado decisiones por nosotros a favor de la comunidad. ¿Y por qué no? Simplemente, porque no necesitamos “plan” alguno. Es más, deberíamos sospechar de aquéllos que se jactan de tener algún plan, deberíamos aterrorizarnos si alguien invoca a los poderes coercitivos del Estado para la implementación de dicho “plan”. Si existe una alternativa

<sup>90</sup> LESSIG, Lawrence. “The Regulation of Social Meaning”. En: University of Chicago Law Review, número 62, 1995. p. 943.

<sup>91</sup> Los clásicos argumentos sobre este punto –entiéndase, aquél que explica que el lenguaje ata nuestra percepción mediante patrones involuntarios hacia una particular forma de concebir el mundo; que la forma como experimentamos, interpretamos y expresamos la realidad que nos rodea está sometida a las estructuras lingüísticas que se nos imponen– se encuentran en SAPIR, Edward. “Language: An introduction to the Study of Speech” (1921), “Selected Writings of Edward Sapir” en la obra “Language, Culture and Personality” (David G. MANDELBAUM editor, 1958) y las palabras de Benjamin Whorf, En: CARROLL, J.B. “Language, Thought and Reality: Selected writings of Benjamin Lee Whorf”. MIT Press, 1956.

<sup>92</sup> LESSIG, Lawrence. “The Regulation of Social Meaning”, *supra* nota 87, p.976

<sup>93</sup> No perdamos de vista el hecho de que al hablar del código en el ciberespacio nos estamos refiriendo a verdaderas y concretas construcciones lingüísticas derivadas de los sistemas de avanzada tecnología –como es el caso de Java, HTML, C++, entre otros.

sólida que reemplace la actividad del llamado “poder oculto”, sinceramente no la conozco.

Por supuesto, Lessig muestra su expreso desacuerdo y malestar frente a nuestro argumento –por lo menos, así lo traduce en una de sus obras más recientes cuando afirma que la construcción del lenguaje es una “tarea colectiva”, un cambio estructural que “requiere un esfuerzo colectivo” para resolver “los problemas urgentes de la colectividad”; afirma también que “la colectividad debe actuar en armonía” para así realizar “una reforma (lingüística) efectiva”<sup>94</sup>. Pero éste ya no es lugar para continuar ese tipo de discusión. Mi meta era más sencilla pues sólo pretendía presentar esa discusión como la base de nuestros dispares puntos de vista sobre el ciberespacio y sobre MAPS, entre otros ejemplos.

Lo que sí puedo asegurar es lo siguiente: tengo serias dudas sobre cuán necesaria sea una política que ayude a elaborar un plan sobre la codificación en el ciberespacio, así como ostentaría las mismas dudas si fuera el caso de la codificación en el idioma inglés. Y esas dudas no significan el tantas veces mencionado “no hacer nada” del cual Lessig nos acusa: significa defender una posición en donde se argumenta que las decisiones sobre la estructura del lenguaje serán más eficientes si provienen de individuos que sí se derivan de las colectividades. El idioma inglés no puede entenderse como “un producto ajeno, algo que no podemos controlar porque el individuo no está posibilitado de controlar nada (...), algo que simplemente tenemos que aceptar tal cual fue decidido y aceptar la influencia que cause en nuestras vidas sin discusión”<sup>95</sup>. Al contrario, tenemos que convencernos de que la forma del idioma inglés se perfeccionará no a través de procesos políticos sino a través del agregado de decisiones e intervenciones individuales.

No se trata de una “retórica caprichosa en contra del gobierno”<sup>96</sup>, ni de una “patología moderna” que “encuentra en la crítica la única vía posible para canalizar su disgusto frente a las gestiones del autogobierno y por ello se empecina en degradar la acción gubernamental”<sup>97</sup>. Si de buscar “posiciones patológicas” se tratara yo sugeriría que mi argumento sería el lugar equivocado para encontrarlas, dado que

la historia nos enseña que el “control colectivo” que se ejerce sobre el uso de lenguas oriundas de una zona es uno de los métodos más degradantes que conocemos (bastaría con preguntarles a los habitantes de Armenia, País Vasco o Irlanda).

Puede ser que esté equivocado: sin embargo, no me siento solo portando esta bandera. Y Lessig empeoraría la discusión si persiste obcecadamente en cegarse frente a la gran cantidad de personas que parecen, a su criterio, no “entender” un argumento tan “obvio” como el que él asegura tener.

## TERRENO COMÚN

El argumento de Lessig posee una armazón refinada, una estructura donde cada una de sus partes encaja poderosamente junto a otra. Sin embargo, está construida sobre un terreno que se diferencia en grandes proporciones del tipo de terreno que utilizamos los libertarios netos. La brecha que divide estas dos construcciones – llamémosla, “Brecha de Libertad” – es bastante amplia. Para aquellos que consideramos a la libertad como el valor supremo de nuestra construcción, los insistentes esfuerzos de Lessig por convencernos de una “acción colectiva” no resultan muy seductores. Dicha “acción colectiva” es, después de todo, otra modalidad del uso de la fuerza coercitiva que ejerce la política de gobierno cuando permitimos que otros sean los que tomen las decisiones sobre el bien común de la sociedad. Lessig reconoce que no siempre los valores de la colectividad son “los valores de libertad”, muchas veces no lo son; muchas veces “se ven obligados a negar o restringir la libertad de algunos individuos para darle mayor cabida a algún otro valor que esté en juego en ese particular momento”<sup>98</sup>. Escuchar eso, definitivamente, no nos reconforta –por lo menos, no a aquéllos que poblamos este lado de la “Brecha de Libertad”.

Ahora bien, antes de aventurarnos a cruzar dicha brecha hacia la estructura que nos ofrece Lessig, sería adecuado averiguar un poquito más sobre el proceso de colectivización que ostenta. Nos gustaría preguntar cuál es el mecanismo a través del cual se “restringe el ejercicio del poder colectivo”. Aun cuando Lessig reconoce la necesidad de aquel mecanismo<sup>99</sup>, no

<sup>94</sup> LESSIG, Lawrence. Op.cit. *supra* nota 87, pp.1000-1007.

<sup>95</sup> LESSIG, Lawrence. Op. cit. “Code and Other Laws of Cyberspace”. p. 233.

<sup>96</sup> Ibid., p. X.

<sup>97</sup> Ibid., p. 209.

<sup>98</sup> Ibidem

<sup>99</sup> Ibid., p. 208. (“Yo no soy un estadista. No creo que la humanidad obtendrá mejoras si nos inclinamos a pensar radicalmente en una posición o en otra. Existe un lugar adecuado para la vida colectiva así como para la privada. Construir una buena estructura nos ayudará a navegar hacia dicho equilibrio”).

parece ansioso por brindar detalles sobre él o sobre la política de control que se ejercería sobre dicha política. ¿Cómo podríamos nosotros decidirnos a dejar nuestra estructura si la invitación de Lessig es incompleta y no nos cautiva lo suficiente?

No quiero decir con ello que la brecha entre estas dos estructuras es imposible de ligar. Lo que sí quiero decir es que, inevitablemente, esta brecha se ensancha ante las posiciones radicales por la que, poco a poco, la retórica nos conduce. Así como Lessig reconoce la necesidad de restringir el poder de la colectividad, es imperante que los libertarios razonables reconozcamos que algunas veces la única manera de garantizar el bienestar común es a través de la acción colectiva, que en muchas ocasiones el gobierno no resulta nuestro enemigo –si bien, tampoco resulta la respuesta a nuestros problemas–, que la discusión y la deliberación no siempre tiene que resultar “des-liberalizadora”<sup>100</sup>. Las arquitecturas de libertad son fundamentalmente importantes. Son el resultado exclusivo de una actividad humana. Están constantemente –y seguirán estando – bajo ataque proveniente de muchas direcciones:

si nosotros, en conjunto, “no hacemos nada” no recibiremos nada a cambio pues la actividad humana es el único motivador del proceso de libertad. En referencia a estos puntos encontramos un terreno común con la opinión de Lawrence Lessig, y resultaría muy beneficioso para algunos de los libertarios que escuchemos con atención las principales manifestaciones de estos problemas en la vida diaria de la red.

Hay un proyecto de construcción que se avecina: el ciberespacio necesita arquitecturas donde puedan germinar la discusión, la deliberación, la razonabilidad y la libertad (porque ambos compartimos la idea de que dicha germinación es lo que tanto busca la sociedad<sup>101</sup>). Quizás estemos en desacuerdo sobre los límites que el poder coercitivo del Estado debe tener al momento de ser invocado para ayudarnos a construir esta nueva arquitectura. Pero estamos de acuerdo en un punto cardinal de nuestro proyecto: en la necesidad de construirla, más allá de los límites que se le impongan. Pues entonces, que empiece la construcción (¿o, quizás deberíamos decir, “que continúe”?).

---

<sup>100</sup> Hablemos sobre la arquitectura del idioma inglés. Hasta el momento, la evidente oposición entre “liberación” y “deliberación” es sólo una coincidencia curiosa pero finalmente, de simple naturaleza semántica. Ambas palabras parecen provenir de independientes y diferentes raíces etimológicas; la primera, del latín *liber*: liberar (y relacionado a la diosa romana de la libertad, LÍBER) y la última, del latín *librare*: balancear. Ver PARTTRIDGE, Eric. “Origins: a short etymological Dictionary of Modern English”. MacMillan, 1958.

<sup>101</sup> Ver, por ejemplo, la elocuente defensa que realiza Lessig sobre material de software de libre disponibilidad en el Capítulo 8, donde sostiene una posición que muchos libertadores sinceramente podrían (o deberían) apoyar.

# ¿“SUPERACIÓN DEL PASADO A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL”?

## -Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia-

Dino Carlos Caro Coria\*

### I

*Haciendo eco de la necesidad de reformar una legislación penal vigente teñida por los matices dictatoriales del periodo fujimorista, el autor evalúa los diversos procesos de reforma experimentados por la legislación penal en el Perú y propone los que, en su opinión, deberían ser los pilares que imperen en la actualidad respecto de un proceso semejante.*

*A tal efecto, el autor realiza un lúcido contraste entre la dogmática penal y la teoría funcional contemporánea, posturas éstas que, si bien en sus expresiones más radicales no satisfacen las necesidades actuales del régimen penal, podrían brindar soluciones acordes mediante sus formas atenuadas, inclusive de una manera complementaria.*

§ 1. “La reforma del Derecho penal es tan antigua como el Derecho penal mismo”, con estas expresiones anunciaba Jescheck el gran movimiento internacional que, desde la segunda mitad del siglo pasado y sin parangón en la historia, tiene lugar en pos de su renovación<sup>1</sup> y que seguramente acompañará al desarrollo del Derecho penal durante muchos años más<sup>2</sup>. En ese contexto se aprobó el vigente Código Penal peruano de 1991, no como iniciativa del Congreso de la República o fruto del consenso de los diversos sectores de la sociedad, sino como decisión política del Poder Ejecutivo, a través del Decreto Legislativo 635, en ejercicio de facultades delegadas. Es decir como producto de la renuncia del Poder Legislativo a regular los límites penales de la libertad constitucionalmente garantizada, práctica que ha imperado durante los últimos diez años y que ha diezmando sensiblemente la reserva de ley derivada del principio de legalidad<sup>3</sup> y por esa vía la libertad.

No es por ello casualidad que las normas penales con mayores signos de arbitrariedad entre 1990 y 2000 se hayan dictado entre los cuarteles y el Ejecutivo bajo el ropaje de Decretos Leyes o Decretos Legislativos,

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la PUCP y en la UPC.

<sup>1</sup> JESCHECK. “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal”. En: La reforma del Derecho penal. Barcelona 1980. p. 9.

<sup>2</sup> ROXIN. “Dogmática penal y política criminal”. Lima, 1998. pp. 440-446, quien augura que, pese a todo, “el Derecho penal todavía existirá dentro de cien años”.

<sup>3</sup> URQUIZO OLAECHEA. “El principio de legalidad”. Lima, 2000. pp. 32-33.

muchos de ellos contrarios al texto expreso y claro de la Constitución y los principales instrumentos de Derechos Humanos que vinculan al Estado peruano<sup>4</sup>. Ello debe conducirnos tanto a una revisión de la legislación penal vigente como a reflexionar sobre la necesidad de establecer constitucionalmente la necesidad de que la regulación penal sea de exclusiva competencia del Congreso de la República, e inclusive, como en el modelo de la Constitución española de 1978, mediante un quórum calificado<sup>5</sup>.

§ 2. En todo caso se impone una reforma urgente y parcial frente a esta legislación que de modo alguno, puede estimarse en el estado actual como “Carta Magna del delincuente”<sup>6</sup> o ley del más débil<sup>7</sup>. La Ley 27421 de 7 de febrero de 2001 ha creado una nueva Comisión Revisora del Código Penal “a fin de elaborar un “Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal””. Esta decisión se incardina en una coyuntura especialmente turbulenta para el Derecho penal peruano. La transición política de los últimos nueve meses, tras diez años de ese gobierno alejado de los fundamentos democráticos, ha despertado el deseo colectivo de recuperar la institucionalidad del Estado, inclusive a través de los medios que dispensa el control penal, como se aprecia a través del inédito procesamiento de los hasta hace poco “intocables” miembros de la red de corrupción y abusos del gobierno de 1990 al 2000, que incluyó a altos funcionarios de todos los poderes públicos, empresarios de importantes industrias y medios de comunicación, o personas vinculadas al tráfico de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de armas, cuando no a la grave violación de los Derechos Humanos mediante la tortura y la desaparición forzada principalmente<sup>8</sup>.

Muchos de estos últimos actos quizás serán develados por la Comisión de la Verdad, creada mediante el Decreto Supremo 065-2001-PCM de 4 de junio de 2001 a fin de “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado”<sup>9</sup>.

§ 3. Estas importantes iniciativas no deben sin embargo orientarse por el afán de “superar el pasado a través del Derecho penal”. Aunque no puede dejar de comprenderse, y sólo eso, el deseo colectivo de prevención general, cuando no de mera retribución, frente a los graves delitos cometidos durante el gobierno de Alberto Fujimori y que recién ahora son investigados por el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial, para cuyo descubrimiento y eficaz persecución inclusive se han puesto en vigor especiales reglas procesales y de Derecho premial.

Pero este sentimiento social no deroga los fundamentos constitucionales del Derecho penal, de allí por ejemplo que algunos defensores de los investigados, entre los que se encuentran importantes abogados como profesores universitarios antes dedicados sólo a lo académico, hayan calificado de inconstitucionales las normas que permiten por ejemplo la detención preliminar, la incautación o el levantamiento del secreto bancario desde la etapa fiscal, sin necesidad de descargo previo ni proceso judicial en curso (Ley 27379 de 21 de diciembre de 2000), conclusión seguramente opinable en tanto la Ley exige control judicial y se acate que la Constitución otorga al

<sup>4</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Restituyendo el Estado de Derecho. Informe final de la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. Lima, 2001. pp. 33-46, 114-118.

<sup>5</sup> PNUD-Ministerio de Justicia del Perú. “De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia”. Informe de la Misión “Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú”. Inédito, abril 2001, Capítulos III, IV. Dicha Misión recomienda, como primera propuesta en materia de “Acceso a la Justicia Penal” una “No injerencia en las decisiones parlamentarias relativas a derechos fundamentales”. Se considera que “En la última década la dirección de la política criminal en el Perú ha estado en manos del poder ejecutivo, que ha gozado de amplias facilidades para influenciar en el proceso formulador de normas en materia penal –en claro detrimento del Parlamento. La legislación penal especial, que desafortunadamente ha distorsionado todo el sistema penal, es el ejemplo más claro de la tendencia”, concluyéndose que “Esta circunstancia contribuye a la formación de una cultura autoritaria entre los ciudadanos e impide un consenso de las fuerzas políticas y sociales. Fomenta la arbitrariedad y la servidumbre de la legislación penal a los intereses políticos”, recomendándose por ello “Incrementar la participación y liderazgo del Parlamento en la elaboración de normas penales tornando en imprescindible que aquellas normas que afectan a derechos fundamentales de la persona, fueran de su exclusiva competencia”.

<sup>6</sup> Parafraseando a von LISZT. “Über dem Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriff des Strafrechts”. En: “Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge”. T. II. Berlín, 1970 (reimp. 1905). p. 80.

<sup>7</sup> Parafraseando a FERRAJOLI. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. Op. cit. pp. 15 y ss.

<sup>8</sup> Vid. Sexto Informe de la Procuraduría Ad-Hoc. Inédito. Lima, Junio 2001, que cifra en 163 las investigaciones fiscales y judiciales y en 650 los procesados e investigados en general, de los cuales 84 se encuentran con mandato de detención -43 en cárcel y 41 prófugos-, 32 con arresto domiciliario y 3 se hallan detenidos en el extranjero con proceso de extradición.

<sup>9</sup> MÉNDEZ, J.E. “El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, Debate Defensorial 3/2001. pp. 11 y ss. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Propuestas de la Defensoría del Pueblo para la instalación de una Comisión de la Verdad en el Perú”. Ibid. pp. 313 y ss.

Ministerio Público la misión de investigar el delito y reunir la prueba para ejercer la acción penal<sup>10</sup>. La trascendencia de estas investigaciones para la sociedad civil peruana incluso ha despertado el interés de importantes juristas de la comunidad iberoamericana, se ha prestado atención a los límites constitucionales de la actividad probatoria, sosteniéndose que los videos y/o documentos "obtenidos irregularmente" constituyen prueba prohibida a ser excluida del proceso<sup>11</sup>.

§ 4. Si lo que se persigue es la superación del presente perturbado por el pasado, no debe perderse de vista que la actual alteración de los bienes afectados no puede ser eliminada mediante el Derecho penal, especialmente si la pena no se concibe como la irracional secuencia de dos males<sup>12</sup>: el delito y la venganza de las víctimas. Una sanción vinculada a la prevención no se condice con un Derecho penal de la coyuntura<sup>13</sup>, de allí que una reforma plena mediante un nuevo Código Penal tal vez debe esperar a establecer mediante el consenso los fundamentos de la actividad reformadora, de modo que se atienda no sólo a los problemas urgentes, como los derivados de la desordenada regulación de los delitos de funcionario público, la derogación de las llamadas normas sobre "seguridad nacional" o los vacíos del actual tratamiento de los delitos socioeconómicos. Debe también prestarse importancia a cuestiones como la incidencia en el Derecho interno de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>14</sup> que ha operado a través de la R. Leg. N° 27517 de 16 de setiembre de 2001, el rol de la víctima en la realización del injusto, la relevancia de las reparaciones espontáneas y la tercera vía del Derecho penal o

la posible necesidad de regular con mayor exhaustividad las reglas de individualización judicial de la pena y las medidas de seguridad, aspectos técnicos sin duda, pero con enormes consecuencias para la libertad constitucionalmente protegida.

§ 5. Una reforma parcial y urgente de la legislación penal es un paso necesario hacia la democratización del Derecho penal vigente. Esta tarea tampoco es ajena a la definición de objetivos claros en el terreno político criminal, de modo que se superen las todavía visibles marchas y contramarchas del legislador, como se evidenció con la reciente derogación, mediante la Ley 27472 de 05 de junio de 2001, de la cadena perpetua para los delitos de abuso sexual del menor del artículo 173 del Código Penal<sup>15</sup>, y la casi inmediata reinstauración de dicha pena por el propio Congreso a través de la Ley 27507 de 13 de julio de 2001, producto de las campañas de opinión pública «contra la impunidad de los violadores» enarbolada por sectores de la sociedad civil y determinados medios de comunicación<sup>16</sup>.

Tampoco parece casual que el 17 de junio de 2001 se haya publicado el "Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos" y hasta la fecha no sólo no se haya aprobado, sino que ni siquiera se ha promovido un debate institucional. Se proyectó una reducción de las sanciones en materia de tráfico de drogas y el traslado del lavado de dinero a una Sección nueva dentro de los delitos contra la función jurisdiccional, bajo el nombre de lavado de

<sup>10</sup> SAN MARTÍN CASTRO. "Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito", Gaceta Jurídica, T. 86/2001. pp. 9 y ss.

<sup>11</sup> Vid. El informe del jurista argentino Oswaldo Alfredo GOZAÍNI de 4 de mayo de 2001 y el "Dictamen sobre la denuncia penal contra directivos de la empresa "Lucchetti", sobre valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante videos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos" del jurista español Francisco MUÑOZ CONDE de 16 de mayo de 2001, donde concluye, "1ª La grabación en video por parte del Sr. Montesinos de las conversaciones que con él mantenían sus interlocutores, sin conocimiento de ellos, es constitutiva de un delito contra la intimidad. 2ª El origen delictivo de dichas grabaciones, por afectar a un derecho fundamental reconocido en los Pactos Internacionales de Derechos humanos y en la Constitución peruana, impide admitir y valorar como prueba el contenido de las mismas. 3ª Existe además una nulidad sobrevenida de dichas grabaciones por haberse obtenido con infracción del también derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. 4ª En todo caso, y aún admitiendo por vía de hipótesis la validez de dichas pruebas, el contenido de las conversaciones grabadas no constituye para los interlocutores en las mismas del Sr. Montesinos hecho delictivo alguno. 5ª En consecuencia, debe ser inmediatamente sobseído el proceso penal actualmente en marcha instado por el Ministerio Público contra los representantes de la empresa "Lucchetti S.A.". Cabe advertir que estos documentos se dieron a conocer en julio de 2001, en la Audiencia Pública ante el Tribunal Anticorrupción relativa a la apelación contra el auto de no haber lugar a abrir instrucción contra Andronico Luksic y Gonzalo Menéndez, funcionarios de la empresa Lucchetti, por los delitos de cohecho activo y tráfico de influencias.

<sup>12</sup> JAKOBS. "¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho penal tras una fractura del régimen político". ADPCP, 1994. p. 138.

<sup>13</sup> ROXIN. "Problemas actuales de la política criminal". En: "Problemas fundamentales de política criminal y Derecho penal". México D.F. 2001. pp. 94-96.

<sup>14</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "Corte Penal Internacional". Lima 2000. pp. 38 y ss. El proceso de ratificación del Estatuto contó con el dictamen favorable de las Comisiones de Justicia (abril de 2001) y de Relaciones Exteriores (mayo de 2001) del Congreso de la República.

<sup>15</sup> Sobre la inconstitucionalidad de dicha sanción, vid. CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". Lima, 2000. pp. 122-123.

<sup>16</sup> Vid. <[www.teleley.com](http://www.teleley.com)>, la Exposición de Motivos de los Proyectos de Ley 1895/2001 de 07-06-01 presentado por el Congresista Manuel Masías Oyanguen, y 1900/2001 de 11-06-01 suscrito por el Congresista Luis Bernardo Guerrero Figueroa.



activos y con sanciones que oscilan entre los cuatro y los quince años de privación de libertad, renunciándose a la cadena perpetua. A partir del arresto de Montesinos Torres el 23 de junio, quien se encuentra procesado, entre otros delitos, por lavado de dinero, nadie ha comentado la necesidad de aprobar esta norma que, sin duda, favorecería a dicho procesado ante una eventual condena como consecuencia de la retroactividad benigna.

§ 6. Similares razones de coyuntura explican la repentina publicación el 1 de julio de 2001 de los Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y de Código de Justicia Militar. Como se sabe, en el Perú las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles, especialmente desde la inconstitucional definición a favor de este último de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta<sup>17</sup>. La expansión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles, en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial, no encontraba ya límites cuando se utilizó para controlar a ex-miembros de las fuerzas armadas o civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas<sup>18</sup>, o lo más grave, para encubrir actos de miembros de éstas en agravio de bienes jurídicos no militares como la vida, la libertad o la integridad sico-física, como sucedió precisamente en los hechos de la Cantuta y Barrios Altos, que como todos sabemos, y ha sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas<sup>19</sup>, se pretendió dejar impunes mediante las Leyes de amnistía 26479 de 15 de junio de 1995 y 26492 de 2 de julio de ese año, preceptos “carentes de efectos jurídicos” por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme ha declarado la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra el Estado peruano)<sup>20</sup>.

Estos problemas no se superan definitivamente en los citados proyectos, el de Ley Orgánica aún concibe el fuero militar como una extensión de las Fuerzas

Armadas, sin incardinarlo dentro de la organización del Poder Judicial, y cifra el concepto de delito de función al margen de la necesidad de agravio a intereses estrictamente militares como plantea la doctrina<sup>21</sup>, lo que tiene correlato en la parte especial del Código de Justicia Militar, plagado de tipos que afectan bienes jurídicos protegibles en el fuero ordinario o que sencillamente configuran meras infracciones administrativas. Por lo demás, la parte general del proyecto de Código de Justicia se aleja de los postulados básicos relativos al “hecho punible” del Código Penal, estableciendo criterios de imputación tributarios de un Derecho penal de autor o de la responsabilidad objetiva, mientras que la regulación procesal plantea la subsistencia del modelo inquisitivo en desmedro del acusatorio que debe regir a la jurisdicción penal en general, lo que incluye tanto la ordinaria, como la militar y por extensión la de menores.

§ 7. Si la coyuntura no permite acercarnos mucho más a un Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, conviene todavía reflexionar sobre los fundamentos de la legislación vigente (II) y los que deben imperar en el proceso de reforma penal emprendido recientemente (III).

## II

§ 8. Como he puesto antes de relieve<sup>22</sup>, la recepción del Derecho penal europeo en general, en varios momentos de la codificación penal peruana, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, quizás no ha dejado de manifestarse como un simple “desembarco de textos o modelos”<sup>23</sup>, es decir sin adaptarse las instituciones extranjeras a las exigencias y limitaciones de nuestro sistema jurídico y de la realidad nacional<sup>24</sup>.

Sólo el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre, publicado en Boston en 1828<sup>25</sup>, se alejó intencionalmente de la influencia del Código Penal español de 1822<sup>26</sup> y adoptó los modelos franceses e ingleses de la época, en busca de un derrotero propio

<sup>17</sup> CUBAS VILLANUEVA. “La Cantuta. Crónica de la investigación fiscal”. Lima, 1998. pp. 215 y ss.

<sup>18</sup> ETO CRUZ/LANDA ARROYO/PALOMINO MANCHEGO. “La jurisdicción militar en el Perú”. En: “Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica”. Lima, 1997. pp. 379 y ss.

<sup>19</sup> AMBOS. “Impunidad y Derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina”. Medellín, 1997, *passim*.

<sup>20</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Amnistía vs. Derechos Humanos”. Lima, 2001. pp. 105 y ss.

<sup>21</sup> SAN MARTÍN CASTRO. “Derecho procesal penal”. Vol. I. Lima, 1999. pp. 103-105.

<sup>22</sup> CARO CORIA. “Presentación”. En: “Serrano-Piedecabras Fernández. Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal”. Lima, 1999. pp. XIV, XV.

<sup>23</sup> ZAFFARONI. “Introducción a la codificación penal latinoamericana”. En: “Los códigos penales latinoamericanos”. Santa Fe de Bogotá, 1994. pp. 38 y ss.

<sup>24</sup> HURTADO POZO. “La ley “importada””. Lima, 1979. pp. 101 y ss.

<sup>25</sup> DE VIDAURRE. “Proyecto de Código Penal”. Reimpresión de la edición de 1928. Arequipa, 1996.

<sup>26</sup> VILLA STEIN. “Derecho penal. Parte general”. Lima, 1998. p. 84.

para la elaboración de un Código original a partir del estudio y recepción de las ideas europeas<sup>27</sup>. Sin embargo, el retorno al Derecho peninsular operó con la puesta en vigor del Código Penal Boliviano, por orden del General Santa-Cruz<sup>28</sup>, en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana, que tuvo como fuentes el Código español de 1822<sup>29</sup>, inspirado en el “movimiento de la Enciclopedia” y el “movimiento codificador francés”<sup>30</sup>, el Código Napoleón de 1810 y el Derecho histórico español<sup>31</sup>. Este Código rigió apenas entre el 13 de octubre de 1836 y julio de 1838, tras la caída de la Confederación.

Posteriormente, el Código Penal peruano de 1863<sup>32</sup> tuvo una marcada inspiración en el Código Penal español de 1848 y reformado en 1850<sup>33</sup>, el cual recibió a su vez la influencia del Código brasileiro de 1830 inspirado en el Código napolitano, como éste en el francés de 1810<sup>34</sup>. El texto de 1863 fue casi inmediatamente sometido a proceso de reforma, anhelo “avivado al expedirse en España el Código Penal de 1870”<sup>35</sup>, a través de las Comisiones de 17 de marzo de 1871, de 18 de octubre de 1873 que elaboró el proyecto de 1874<sup>36</sup>, de 3 de julio de 1877 que escribió el Anteproyecto de 1877<sup>37</sup>, y la de 27 de enero de 1900 que produjo el Anteproyecto de 1900-1902<sup>38</sup>. Estos proyectos mantuvieron la influencia hispana de la época, ninguno se materializó en texto legislativo quizás porque no significaron un cambio importante de las instituciones del texto de 1863<sup>39</sup>, en cuya interpretación concurren diversas concepciones ibéricas como la “doctrina expiacionista” defendida por Francisco Pacheco en el sentido ecléctico de Rossi y enarbolada en nuestro medio por Ricardo Heredia, la escuela alemana del Derecho natural cimentada por Krause y difundida por Ahrens y Roeder, y por José

Silva Santisteban en Perú, la reacción contra esta concepción a cargo de Manuel Vicente Villarín y Juan Bautista de Lavalle, así como el positivismo italiano acogido por Javier Prado Ugarteche y Oscar Miro Quesada<sup>40</sup>.

§ 9. En este contexto ideológico se promovió la aprobación del “Código Maúrtua” de 1924, que recoge la experiencia codificadora helvética expresada en los anteproyectos de agosto de 1915 y 1916 y del proyecto suizo de 1918<sup>41</sup>. El antecedente nacional inmediato del texto de 1924 es el proyecto de 1916 cuyo autor y ponente fue Víctor M. Maúrtua<sup>42</sup>, en virtud del encargo establecido por la Ley 2110 de 27 de enero de 1915. Este proyecto fue revisado por una Comisión en virtud de la Ley 4460 de 30 de diciembre de 1921 y aprobado sin discusión parlamentaria mediante la Ley 4868 de 11 de enero de 1924.

El Código Maúrtua estuvo influenciado por el Código italiano Zanardelli de 1889 en cuanto a la sistemática de tratar primero lo relativo a la ley penal, después la sanción y finalmente las infracciones, así como respecto del sistema de penas privativas de libertad paralelas. También se aprecia la injerencia del proyecto Ferri de 1921 en el tratamiento de la peligrosidad, el régimen de prisión y la relegación como medida de seguridad para los multireincidentes especialmente peligrosos. Otras fuentes relevantes son el Código argentino de 1922, el uruguayo de 1889 en la regulación de las faltas y el proyecto sueco de 1918 en el sistema de días-multa<sup>43</sup>. No se renunció totalmente a la fuente hispana, como se observa por ejemplo en el tratamiento de las causales de exclusión de responsabilidad penal y porque se conservó ciertos elementos del Código de 1863<sup>44</sup>. En un grado mucho menor,

<sup>27</sup> HURTADO POZO. “Manual de Derecho penal. Parte general”. Lima, 1987. p. 106.

<sup>28</sup> Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano. Edición oficial. Lima, 1836.

<sup>29</sup> Para BRAMONT ARIAS. “Derecho penal. Parte general”. Lima, 1972. p. 110, el Código Santa Cruz “no era otra cosa que una edición reformada del Código español de 1822 -tal vez mejor dicho mal reformada-”.

<sup>30</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit. pp. 106-107.

<sup>31</sup> Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano. Op. cit., p. III. VILLAVICENCIO TERREROS. “Lecciones de Derecho penal. Parte general”. Lima, 1990. p. 73.

<sup>32</sup> Código Penal del Perú. Ed. Oficial. Lima, 1862. HEREDIA, R. “Lecciones de Derecho penal filosófico”. Lima, 1884. SILVA SANTISTEBAN. “Derecho natural o filosofía del Derecho”. Lima, 1884. VITERBO ARIAS. “Exposición comparada y comentada del Código Penal de 1863”. 3 Vols. Lima, 1900.

<sup>33</sup> ZAVALA LOAIZA. “Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú”. Lima, 1941. p. 31.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. “Tratado de Derecho penal”. T. I. 4ª ed. Buenos Aires, 1964. p. 760.

<sup>35</sup> ZAVALA. “Sinopsis histórica”. Op. cit. p. 58.

<sup>36</sup> BRAMONT. “Parte general”. Op. cit. p. 113.

<sup>37</sup> “La reforma del Código Penal”. T. I. Lima, 1918. pp. 3 y ss.

<sup>38</sup> Ibid., pp. 179 y ss.

<sup>39</sup> BRAMONT. “Parte general”. Op. cit. pp. 113-114.

<sup>40</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit. pp. 109-110.

<sup>41</sup> VILLAVICENCIO. “Parte general”. p. 73. BRAMONT. “Parte general”. Op. cit. p. 116.

<sup>42</sup> “La reforma del Código Penal”. T. II. Lima 1918. pp. 5 y ss.

<sup>43</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit. p. 111.

<sup>44</sup> Ibid. pp. 110, 126.

se ha citado como fuentes los Proyectos de Servia de 1910 y de Suecia de 1916<sup>45</sup>, así como el Código Penal holandés de 1881 en cuanto a la aplicación de la ley penal y el concurso de infracciones<sup>46</sup>. Precisa Estuardo Núñez que el texto de 1924 recibió también una influencia nada irrelevante del Anteproyecto alemán de 1909, como de la doctrina y de la ley germanas<sup>47</sup>.

Como bien se adelantó, el Código Penal de 1924 tuvo influencia predominantemente helvética, la distribución de materias de la parte general<sup>48</sup> y la clasificación de los delitos de la parte especial es análoga a la del Proyecto suizo de 1918<sup>49</sup>, sin soslayarse el influjo de los anteproyectos de 1915 y 1916, al extremo de que se transcribieron disposiciones de aquellos casi literalmente, de forma que profesores e interpretes como Paul Logoz recurrieron a los comentarios suizos para entender el Derecho vigente en el Perú<sup>50</sup>.

El Código Maúrtua incorporó novedosas instituciones penales, principalmente en la parte general, en materia de penas y reglas de imputación. En la misma línea de los proyectos suizos antes citados, se adoptó la orientación pluralista o ecléctica de la política criminal, entre los extremos de la concepción clásica derivada del modelo del Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el Proyecto Ferri de 1921<sup>51</sup>. Sin embargo, ello no denota que la reforma penal de 1924 estuviera determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional, la recepción de las fuentes extranjeras se redujo casi a la importación de normas foráneas, no fue producto de la evolución interna de la legislación y de las ideas penales existentes en el medio, ni una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país, de allí que para Hurtado el Código es comparable con un «mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales», cuyo único factor común se cifra en su procedencia del derecho eurocontinental<sup>52</sup>. Pero lo más grave de todo radicó en que dicha forma de legislar determinó un profundo distanciamiento de la norma

penal frente a la realidad, como dijera Manuel G. Abastos, “el raro destino del código Maúrtua ha sido envejecer sin haber sido aplicado ni suficientemente estudiado”<sup>53</sup>.

Pese a ello, el Código de 1924 fue valorado por los penalistas más importantes de la época como un texto muy avanzado<sup>54</sup>. Bien puso de relieve Jiménez de Asúa que “El Código peruano pertenece a la escuela Político criminal, en su sector más avanzado, por la dualidad de los medios puestos en la lucha contra el crimen –penas y medidas de seguridad- (...); pero por la acogida de la sentencia indeterminada, incluso para ciertas penas, y por la ideología que preside la nueva ley, se aproxima al Proyecto italiano, hijo del reciente sesgo jurídico dado por la escuela positivista (...) En suma el Código del Perú puede figurar entre los más avanzados documentos legislativos y es uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporánea”<sup>55</sup>.

§ 10. No es extraño entonces que tan sólo un año después de la entrada en vigor del Código Maúrtua, mediante la Ley 5168 de 31 de julio de 1925 se creó una Comisión integrada por Angel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, con el objeto de proponer las necesarias reformas de la legislación penal, propuesta que se concretó en el Proyecto de 1928<sup>56</sup> y tal como previó en su momento Jiménez de Asúa<sup>57</sup>, no sólo fue una revisión del texto de 1924 sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular<sup>58</sup>.

Los posteriores intentos de reforma penal se remontan a 1965, durante el primer gobierno de Belaunde Terry se creó mediante el Decreto Supremo 136-AL de 25 de marzo, una Comisión encargada de revisar el Código de 1924, la misma que fue presidida por Torres Malpica e integrada por penalistas importantes como Bramont Arias, Roy Freyre y Peña Cabrera. Esta Comisión produjo, ya durante el gobierno militar de Velazco

<sup>45</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. “Derecho penal de la República del Perú”. Lima, 1987 (reimp. de 1926). p. 45. ALTMANN SMYTHE. “Reseña histórica de la evolución del Derecho penal”. Lima, 1944. p. 248.

<sup>46</sup> BENITES SÁNCHEZ. “Derecho penal peruano”. Lima, 1952. p. 19. HURTADO. “Parte general”. Op. cit. p. 111.

<sup>47</sup> NÚÑEZ. “La influencia alemana en el Derecho peruano”. Lima, 1937. pp. 29-31.

<sup>48</sup> HURTADO POZO. “L’influence de la législation pénale suisse sur le Code pénal péruvien (partie générale)”. Bienne, 1972, *passim*.

<sup>49</sup> BRAMONT. “Parte general”. Op. cit. p. 115.

<sup>50</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. “Tratado de Derecho penal”. Op. cit. p. 1205.

<sup>51</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit. p. 113.

<sup>52</sup> HURTADO. “La ley importada”. Op. cit. p. 125.

<sup>53</sup> *Ibid.* p. 126.

<sup>54</sup> KUNICKA-MICHALSKA. “La reforma del Derecho penal en el Perú y sus antecedentes”. En: Actualidad Penal 9. 1995. p. 107.

<sup>55</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. “Derecho penal en la República del Perú”. Op. cit. p. 72.

<sup>56</sup> Proyecto de Código Penal. Lima, 1928.

<sup>57</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. “Derecho penal en la República del Perú”. Op. cit. pp. 73-74.

<sup>58</sup> VILLAVICENCIO. “Parte general”. Op. cit. p. 74.

Alvarado, el Anteproyecto de 7 de junio de 1972, texto que mantuvo los postulados básicos de 1924 y se orientó a controlar los excesos de la dictadura militar<sup>59</sup>, razón por la que quizás no pudo cobrar vigencia.

§ 11. El programa penal de la Constitución de 1979 puso en vigor un conjunto de garantías no tenidas en cuenta durante el régimen militar de 1968 a 1980<sup>60</sup>. La Constitución no reclamaba necesariamente la aprobación de un nuevo Código Penal, pese a lo cual desde 1984 se emprendió la tarea prelegislativa, dadas las limitaciones de las reformas operadas desde 1980, la falta de un programa de política criminal integral y viable<sup>61</sup>, y la «euforia» del movimiento internacional de reforma penal gestado desde el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, pero cuya fuerza no pudo percibirse en Latinoamérica sino hasta principios de los años ochenta. A la mitad de dicha década ya advertía Prado como en los anteriores quince años se había «desarrollado un consenso en cuanto a diagnosticar y aceptar la necesidad de reformar el Código Maúrtua o, cuando menos, de actualizar sus normas»<sup>62</sup>. Sin embargo la tarea reformadora sería más bien desordenada, al extremo de que una Comisión no había siquiera publicado sus propuestas y ya otra había sido nombrada para los mismos fines.

Una orientación conservadora primó en nuestros primeros proyectos de Código Penal «de la democracia», de septiembre y octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril 1986, influenciados por la inercia del Código de 1924 y el tecnicismo de la parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica<sup>63</sup>, cuya redacción se concluyó en São Paulo en 1971<sup>64</sup> y estuvo inspirada a su vez, entre otras fuentes, por el Proyecto Oficial alemán de 1962<sup>65</sup>. Otras fuentes importantes de estos primeros textos se concretan en el Código colombiano de 1980 y el brasilero de 1984<sup>66</sup>. El proyecto de septiembre de 1984<sup>67</sup>, pese a

ser el fruto de tres años de trabajo de la Comisión creada mediante la Resolución Suprema 070-81-JUS de 8 de setiembre de 1981, manifestó una conformidad general con el estado de la legislación penal, manteniendo casi todas las instituciones de la parte general y de la parte especial y proponiendo ligeras modificaciones a fin de adaptar el Código a los postulados básicos de la Constitución. Muy al margen estuvieron las reflexiones político criminales, como era tradición en nuestro medio desde el siglo XIX, no se cuestionó la eficacia de la regulación *de lege lata* ni se diagnosticaron las dificultades de su aplicación en nuestra realidad, la no publicidad de una exposición de motivos o actas de los trabajos preparatorios, es representativa de esta orientación.

Los Proyectos de octubre-noviembre de 1984<sup>68</sup> y agosto de 1985<sup>69</sup>, tampoco acompañados de explicación alguna, fueron producto de la Comisión Revisora creada mediante la Ley 23859 de 5 de julio de 1984, la misma que otorgó facultades delegadas al Poder Ejecutivo para aprobar un nuevo Código Penal, pretensión que no se materializó ante la ausencia de una coyuntura favorable. El primero de estos proyectos fue elaborado en el tiempo record de tres meses y días, prácticamente se limitó a reproducir las discutibles disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica<sup>70</sup> y la gran ausente en tan sumario periodo fue la definición de metas político criminales. Como advirtió Prado, era necesario desarrollar un mínimo de investigación criminológica y tratar de consensuar las bases o principios que debían inspirar la parte general y la definición del catálogo de delitos, entre ellos los principios de legalidad y reserva, mínima intervención, lesividad, resocialización, culpabilidad, humanidad, *ultima ratio* penal, entre otros<sup>71</sup>, principios cuyo asidero constitucional era indiscutible. La propuesta de agosto de 1985, derivada de la misma Comisión no es sino la de octubre-noviembre de 1984 con algunas enmiendas<sup>72</sup>, bien ha criticado Hurtado

<sup>59</sup> PEÑA CABRERA. “Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general” 3ª ed. Lima, 1999. pp. 164-165.

<sup>60</sup> PRADO SALDARRIAGA. “Derecho penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú”. Lima, 1990. pp. 50-58.

<sup>61</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit. pp. 72 y ss., 85 y ss.

<sup>62</sup> PRADO SALDARRIAGA. “Política criminal peruana”. Lima, 1985. p. 271.

<sup>63</sup> Especialmente en las propuestas de 1984, VILLAVICENCIO. Parte general. Op. cit. p. 73, n. 68.

<sup>64</sup> GRISOLÍA. “Código Penal Tipo para Latinoamérica” Parte general. T. I, T. II Vol. 1 y T. II Vol. 2. Santiago de Chile 1973. BUSTOS RAMÍREZ/ VALENZUELA BEJAS. “Derecho penal latinoamericano comparado”. T. I: Parte general. Buenos Aires 1981. pp. 1 y ss.

<sup>65</sup> ZAFFARONI. “Introducción a la codificación penal latinoamericana”. En: Los códigos penales latinoamericanos 1. Santa Fe de Bogotá, 1994. pp. 106-107.

<sup>66</sup> PRADO. “Política criminal peruana”. Op. cit. p. 272. HURTADO. Parte general. Op. cit. p. 86.

<sup>67</sup> Diario El Peruano de 3 al 5 de setiembre de 1984.

<sup>68</sup> Diario El Peruano de 20 y 30 de octubre de 1984, 3 y 4 de noviembre de 1984.

<sup>69</sup> Diario El Peruano de 19 a 21 de agosto de 1985.

<sup>70</sup> PRADO. “Derecho penal y política”. Op. cit. p. 63.

<sup>71</sup> PRADO. “Política criminal peruana”. Op. cit. pp. 275-277.

<sup>72</sup> Vid. pf. cuarto de los “Antecedentes” de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

que su defecto principal, al igual que su fuente básica, el Código de 1924, fue su excesiva pretensión de perfeccionismo técnico y teórico, la preocupación de los autores no fue de política criminal, no cuestionó la efectividad de la ley vigente, ni trataron de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad<sup>73</sup>.

La Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, creada mediante la Resolución Ministerial 193-85 de 31 de julio de 1985, elaboró el Proyecto de marzo-abril de 1986<sup>74</sup>, tuvo como principales insumos los Proyectos de octubre-noviembre de 1984 y agosto de 1985, reproduciendo en consecuencia los defectos antes mencionados. Esta propuesta fue especialmente debatida en el seno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos<sup>75</sup>, oportunidad en la que Zaffaroni puntualizó que un nuevo Código Penal peruano “tendría que inspirarse en una filosofía bien distinta a la que responden el Código vigente y el Proyecto”, basándose en un Derecho penal de acto y no de autor, debiendo la reforma tener en claro ciertos objetivos político criminales<sup>76</sup>. Por su parte, Solís Espinoza señaló que la problemática del delito debía analizarse desde una perspectiva criminológica y social, económica y de la realidad peruana, sin dejarse de lado los aspectos normativos<sup>77</sup>. Para Peña Cabrera era necesario trabajar más intensamente la problemática de las penas, su sistema y el respectivo correlato en el terreno de la ejecución penal<sup>78</sup>, mientras que Villavicencio Terreros criticó más bien el abandono de la fuente helvética en materia de delitos de peligro común<sup>79</sup> y Sánchez Velarde evaluó los problemas del Proyecto vinculados a la despenalización<sup>80</sup>.

§ 12. La Ley 24911 de 25 de octubre de 1988, bien avanzado el gobierno del Partido Aprista, amplió el plazo previsto por la Ley 23859 en orden a que el Poder Ejecutivo promulgue un nuevo Código Penal mediante Decreto Legislativo. La nueva Comisión Revisora tuvo como materia prima el Proyecto de 1986 y estuvo integrada por penalistas como Roy Freyre y Bramont Arias, en calidad de colaboradores participaron, entre otros, Peña Cabrera, Villavicencio Terreros, San Martín Castro y Prado Saldarriaga. Esta

Comisión publicó en primer término una propuesta de Parte General en septiembre de 1989<sup>81</sup> y luego, al final del Gobierno de García, el Proyecto completo de Código Penal en julio de 1990<sup>82</sup>.

Dichas propuestas eran más acordes con las modernas tendencias del Derecho comparado, pero lo más importante es que tomaron como punto de partida el reconocimiento de la profunda crisis del Derecho penal y en especial de la ejecución penitenciaria, así como las limitaciones de nuestra realidad, lo que condujo a la Comisión a adoptar los presupuestos básicos de un Derecho penal de mínima intervención, es decir los principios de culpabilidad, lesividad, prevención, *ultima ratio*, entre otros<sup>83</sup>.

Entre las fuentes más importantes cabe citar el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta Alternativa de la Parte General del Grupo Parlamentario Comunista de 1982, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, el texto refundido de Código Penal español de 1944 reformado conforme a los principios constitucionales en 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y la Parte General del Código Penal germano (StGB) que entró en vigor el 1 de enero de 1975, el Código Penal brasileiro de 1984, de Portugal de 1982, de Colombia de 1980, el Proyecto de Código Penal argentino de 1987, así como el Proyecto peruano de 1986 y el Código Maúrtua de 1924<sup>84</sup>.

El retorno a las fuentes españolas y la intensificación de la influencia alemana son especialmente visibles en la Parte General publicada en 1989, donde por ejemplo se introducen las cláusulas alemanas de la omisión (artículo 18) y de la actuación “en lugar de otro” (artículo 32) también recogidas en las fuentes hispanas, se renuncia a los conceptos de tentativa y frustración por normas acordes con los criterios germanos de tentativa inacabada y acabada (artículos 21 y siguientes). La influencia española se deja sentir más claramente por ejemplo en el tratamiento de las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105), inspirado en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983.

<sup>73</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit., p. 86. Vid. también 87-90.

<sup>74</sup> Diario El Peruano de 31 de marzo a 2 de abril de 1986.

<sup>75</sup> Varios Autores. “Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal”. Lima, 1986.

<sup>76</sup> ZAFFARONI. “La parte general del Proyecto de Código Penal de abril de 1986”. En: Ibid. pp. 13-16.

<sup>77</sup> SOLÍS ESPINOZA. “La delincuencia común, política y de cuello blanco”. En: Ibid. pp. 73-74.

<sup>78</sup> PEÑA CABRERA. “Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal”. En: Ibid. p. 96.

<sup>79</sup> VILLAVICENCIO TERREROS. “Delitos de terrorismo en el Proyecto de Código Penal”. En: Ibid. pp. 101-115.

<sup>80</sup> SÁNCHEZ VELARDE. “Despenalización en el Proyecto de Código Penal de 1986”. En: Ibid. pp. 117-134.

<sup>81</sup> Diario El Peruano de 9 setiembre de 1989.

<sup>82</sup> Diario El Peruano de 17 de julio de 1990.

<sup>83</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de 1990. pp. 7ss.

<sup>84</sup> VILLAVICENCIO. “Parte general”. Op. cit., p. 74, nota 69. También la Exposición de Motivos del Código Penal peruano de 1991, *passim*.

Este tecnicismo de la Parte General, claramente advertido en la Exposición de Motivos del texto de 1990<sup>85</sup>, no imperó en la Parte Especial publicada ese año, si bien el proyectista tuvo la iniciativa de modernizar el catálogo de delitos y codificar la ya profusa legislación complementaria, se enfrentó al viejo problema de concretar tipos penales acordes con los principios limitadores del *ius puniendi* derivados de la Constitución y en muchos casos anunciados en la Parte General. De un lado se descriminalizaron figuras delictivas que ya habían sido cuestionadas por la doctrina nacional, sea por desuso como el duelo o la piratería, por establecer reglas de responsabilidad objetiva como la figura de la riña, o por desvincularse del principio de lesividad según se observa en el adulterio. Asimismo, no puede soslayarse el valor de incorporar figuras modernas como el homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de sociedades mercantiles o cooperativas, los delitos económicos o los delitos ambientales. Pero llama la atención que la propia exposición de motivos declara el distanciamiento de una concepción moral del Derecho penal<sup>86</sup>, mientras en los delitos sexuales se considera como bien jurídico «las buenas costumbres» y el «honor sexual». Un aspecto especialmente problemático durante la coyuntura de 1990 era el tratamiento del terrorismo, el proyectista mantuvo el núcleo de conductas previstas en la legislación anterior, pero recurriendo a penas graves de hasta veinticinco años de privación de libertad que contrastaban con la orientación resocializadora que se pretendía dispensar a la pena<sup>87</sup>. Otra propuesta polémica fue la descriminalización del aborto por indicación ética y eugenésica (artículo 120 numerales 2 y 3), lo que produjo una importante reacción contraria de los sectores conservadores de la sociedad y de la Iglesia Católica, al extremo que al aprobarse el Código Penal de 1991 tuvo que preverse una sanción simbólica para estas conductas de hasta tres meses de privación de libertad (artículo 120). Estos aspectos problemáticos de la parte especial, presentados sólo a modo de ejemplos, son representativos de un elemento común que ha acompañado a la reforma penal peruana de los últimos decenios, no la politización del proceso de

selección de conductas punibles y sus sanciones, factor sin duda inevitable en toda labor vinculada a la Parte Especial y hasta quizás deseable en tanto se observen determinados parámetros político criminales<sup>88</sup>, sino la adopción de soluciones penales para resolver problemas puramente coyunturales, para atender las demandas del momento o acallar las exigencias de la opinión pública, incluso recurriendo a tipificaciones ayunas de lesividad.

Antes bien, la propuesta de 1990 merece sin lugar a dudas una valoración positiva, por primera vez se aprecia claramente un proyecto técnico, comprometido con la necesidad de establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país, que guarda mayor celo frente a las fuentes extranjeras y que en general es consecuente con los presupuestos político criminales previstos en la Constitución.

§ 13. El Proyecto de Código Penal de enero de 1991<sup>89</sup>, publicado sin Exposición de Motivos, fue el producto de la Comisión Revisora creada durante el primer Gobierno de Cambio Noventa, mediante la Ley 25280 de 30 de octubre de 1990 que delegó facultades en el Poder Ejecutivo para promulgar en el plazo de 90 días un nuevo Código Penal. La Comisión estuvo integrada por miembros de las Cámaras de Senadores y de Diputados y de diversas instituciones del país, entre cuyos penalistas destacaban Méndez Jurado, Portocarrero Hidalgo y Luis Bramont Arias, mientras que Peña Cabrera intervino como colaborador. Esta propuesta no es más que una revisión del Proyecto de 1990, por un lado se mantuvo casi intacta la parte general, incorporándose un Título Preliminar como en el Proyecto de 1986 a fin de consagrar los principales principios reguladores del *ius puniendi*. De otro lado, la Parte Especial acentuó la línea sobrecriminalizadora en materia de tráfico de drogas y terrorismo, sin superar los principales problemas del texto de 1990, en especial el relativo a ser consecuente con el principio de lesividad. El plazo fijado por la Ley 25280 fue ampliado por sesenta días más por la Ley 25350 de 10 de febrero de 1991, en virtud de la cual y sobre la base del Proyecto de enero de 1991 y sin trámite parlamentario alguno, se aprobó el Código

<sup>85</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de 1990. p. 10.

<sup>86</sup> Ibid. p. 7.

<sup>87</sup> Ibid. p. 8.

<sup>88</sup> Ibid. p. 10, como bien advirtió la Comisión Revisora de 1990 “La Parte General tiene una reconocida dimensión jurídico-filosófica que compete fundamentalmente precisar a los expertos, no así la Parte Especial que demanda, más bien, decisiones políticas que implican, consecuentemente, apreciaciones político criminales que deben ser convenientemente aceptadas por una Comisión Codificadora o Revisora. No olvidemos que la Parte Especial de un Código Penal es el lugar en donde, con motivo de la descripción de las ilicitudes, se reactualizan, determinan, concretizan, reconsideran y complementan los enunciados y cuantificaciones, según el caso, contenidos en la Parte General y que se refieren al delito o a sus penalidades”.

<sup>89</sup> Diario El Peruano de 20 de enero de 1990.

Penal a través del Decreto Legislativo 635 de 8 de abril de 1991, aunque la publicación de las normas se hizo secuencialmente el 8, 9 y 10 de abril.

§ 14. Pese a los diez años de vigencia del Código de 1991 es aún difícil establecer una valoración global en torno a una norma que, parafraseando a Manuel G. Abastos al calificar el Código de 1924, viene quizás envejeciendo sin haber sido totalmente aplicada ni suficientemente estudiada. Seguramente varias de las consideraciones señaladas en torno a los proyectos de 1990 y 1991 son aquí relevantes, pero no debe perderse de vista que varias normas y hasta capítulos enteros del Código de 1991 han sido reformados varias veces, sin quedar en ocasiones rastro del esbozo original en el texto vigente. A ello se suma la extensa legislación complementaria que en muchos casos toma distancia de los principios político criminales derivados de la Carta Magna y que ha terminado por desvirtuar la pretensión codificadora que inspiró el proceso de reforma iniciado en los años ochenta. El nuevo Código fue recibido en 1991 con cierto fervor por la comunidad jurídica nacional, se había logrado la derogación de un texto anacrónico alejado del desarrollo penal de los últimos setenta años. Debe recordarse además que la euforia del movimiento de la criminología crítica tuvo su auge en nuestro país entre fines de los años ochenta y principios de los noventa, producto del cual varios sectores de la comunidad jurídica expresaban un rechazo hacia la legislación vigente por derivar de procesos de criminalización selectivos y discriminatorios<sup>90</sup>. No era entonces posible legislar de espaldas a nuestra realidad, de allí que de la Exposición de Motivos se deduzca que la reforma total del ordenamiento penal no sólo tuvo como fin adaptar el Código al sistema político dibujado por la Constitución de 1979, sino también a las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaba la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología<sup>91</sup>. En tal sentido, como expresa el legislador en la Exposición de Motivos «El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa de que el Derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho», declaración acorde con la regulación de los principales principios limitadores del *ius puniendi* en el Título Preliminar, como los de legalidad, lesividad, culpabi-

lidad o proporcionalidad.

Al igual que en el Proyecto de 1990, destacan como fuentes el Proyecto de Código Penal español de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y el Código Penal germano (StGB), el Código brasileiro de 1984 y el de Colombia de 1980, aunque cabe subrayar que el legislador procuró no repetir las fuentes extranjeras, tomó de ellas lo que consideró conveniente y, en algunos casos, mantuvo las normas nacionales<sup>92</sup>. Como puede observarse desde la Exposición de Motivos, el tecnicismo imperó en la Parte General, la misma que reprodujo casi totalmente las normas del Proyecto de enero de 1991 y por esa vía las del Proyecto de 1990. Aunque no es posible detallar exhaustivamente las principales innovaciones, cabe al menos resaltar las siguientes: la cláusula de la omisión (artículo 13), la regulación diferenciada del error de tipo y el de prohibición (artículo 14), el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15), las formas de tentativa y el desistimiento (artículos 16 y siguientes), el tratamiento diferenciado del estado de necesidad justificante y exculpante (artículo 20 numerales 4 y 5), el miedo insuperable (artículo 20 numeral 7), el consentimiento justificante (artículo 20 numeral 10), la actuación “en lugar de otro” (artículo 27), la unificación de las penas privativas de libertad y la eliminación de la reincidencia y habitualidad, las variadas medidas alternativas a la privación de libertad fuera de la condena condicional (reserva del fallo condenatorio, exención de pena y conversiones) y las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105).

La injerencia política en la Parte Especial fue un factor decisivo en la sobrecriminalización del tráfico de drogas y el terrorismo, como ya se advertía desde la propuesta de 1990. La modernización anunciada desde ésta se materializó con la eliminación del duelo, la piratería o la riña, y con la incorporación del homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de personas jurídicas, los libramientos indebidos y delitos económicos en general. En cuanto a las sanciones, el legislador de 1991 intentó ceñirse al principio de proporcionalidad de acuerdo a la jerarquía de los bienes jurídicos, incluso en delitos especialmente sensibles ante la opinión pública como

<sup>90</sup> YRIGOYEN FAJARDO. “Nociones básicas sobre criminología y sistema penal”. En: Separata de criminología Nº 2. Lima, 1990. pp. 5 y ss. PRADO. “Derecho penal y política”. Op. Cit. pp. 59 y ss. CARO CORIA. “La protección penal del ambiente”. Lima, 1995. pp. 51-91.

<sup>91</sup> KUNICKA-MICHALSKA. “La reforma del Derecho penal en el Perú y sus antecedentes”. Op. cit. p. 112.

<sup>92</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. “El nuevo Código Penal peruano”. ADPCP, 1991. p. 516.

los abusos sexuales, el secuestro o el robo, orientación que duraría muy poco, especialmente hasta el autogolpe de Estado y liquidación del Parlamento el 5 de abril de 1992.

En suma, aunque provocó muchas críticas<sup>93</sup>, el texto original del Código Penal de 1991 fue considerado un documento legislativo muy avanzado, como indicó en su momento Kunicka-Michalska “Recoge tendencia progresistas en la ciencia penal actual y, sin duda constituye un éxito en la ciencia penal latinoamericana, así como un acontecimiento en el movimiento de reforma penal contemporáneo”<sup>94</sup>.

§ 15. La contrareforma penal se inició apenas siete meses después de promulgado el nuevo Código Penal, el Decreto Legislativo 736 de 12 de noviembre de 1991, incorporó los artículos 296-A y 296-B a fin de sancionar el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del narcoterrorismo, estableciendo penas que podían superar los veinte años de privación de libertad. Este y otros Decretos Legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo a fines de 1991 fueron derogados mediante la Ley 25399 de 10 de febrero de 1992, hecho que, sumado a otros de mayor envergadura política, marcó un serio distanciamiento entre el Gobierno y el Congreso en el que “Cambio Noventa” no gozaba de mayoría parlamentaria.

Tal problema fue resuelto con el llamado “autogolpe de Estado” de 5 de abril de 1992 que en definitiva marco un nuevo capítulo en el desarrollo del Derecho penal peruano, porque hasta fines de ese año se aprobaron mediante Decretos Leyes normas especialmente draconianas, sin participación alguna del Congreso que fue disuelto de facto en abril, sobre todo en materia de terrorismo (Decreto Ley 25475 de 6 de mayo de 1992), traición a la patria (Decretos Leyes 25659 de 13 de agosto de 1992 y 25880 de 26 de noviembre de 1992)<sup>95</sup> y lavado de activos (Decreto Ley 25428 de 11 de abril de 1992), con sanciones de hasta cadena perpetua cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad pese a los cuestionamientos levantados por el Ministerio de Justicia en los últimos meses<sup>96</sup>. Con ello se ensombreció totalmente la labor reformadora que había tardado en madurar desde 1980.

Este nuevo Derecho penal de clara vocación autoritaria trajo consigo graves violaciones de Derechos Humanos, por los excesos en la lucha antisubversiva y por la progresiva expansión de las reglas de la emergencia penal, anclada en las concepciones de “seguridad nacional” de los años setenta<sup>97</sup>, a otros sectores vinculados a la delincuencia común u ordinaria, como los delitos de secuestro, robo, abigeato o violación sexual. Esta violencia penal no fue debidamente detenida ni corregida por el Congreso Constituyente Democrático que operó entre 1993 a 1995, ni por el Congreso de la República de 1995 a 2000, periodos en los que el Gobierno gozó de una clara mayoría congresal y donde se observa más bien la renuncia del Poder Legislativo a revisar la legislación penal precedente, pese a que las razones motivadoras de la emergencia penal habían cesado, al menos desde junio de 1995 en que se pretendió amnistiar mediante Leyes del propio Congreso a los autores de graves violaciones de los Derechos Humanos con el fin de “consolidar la pacificación y la reconciliación nacional”.

Esta grave omisión parlamentaria permitió en 1996, entre otras soluciones inconstitucionales, el otorgamiento de facultades de persecución penal al Órgano Administrador del Tributo (artículo 7 del Decreto Legislativo 813), es decir una suerte de oportunidad administrativa que permitió graves actos de persecución política y corrupción nunca antes conocida, a través de una jurisdicción especializada, integrada por jueces y fiscales nombrados desde el Servicio de Inteligencia Nacional de las Fuerzas Armadas (SIN), como se ha hecho público a través de los videos del caso Montesinos. Dicha jurisdicción fue ampliada luego mediante una simple Resolución Administrativa (744-CME-PJ de 23 de setiembre de 1998) emitida por un órgano inconstitucional, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial creada mediante la Ley 26546 de 21 de noviembre de 1995 para, con el pretexto de “reformular y modernizar la administración de justicia”, someter el Poder Judicial a un control político directo. La citada resolución extendió la jurisdicción penal tributaria para perseguir delitos comunes no vinculados con lo tributario: estafas y defraudaciones patrimoniales, delitos contra la función jurisdiccional y contra la fe pública. Tal extensión concentró la perse-

<sup>93</sup> Ibid. pp. 515-524.

<sup>94</sup> KUNICKA-MICHALSKA. “La reforma del Derecho penal en el Perú y sus antecedentes”. Op. cit. p. 123.

<sup>95</sup> Críticamente, PRADO SALDARRIAGA. “Comentarios al Código Penal de 1991”. Lima, 1993. pp. 155 y ss. GAMARRA HERRERA. “Terrorismo. Tratamiento jurídico”. 2ª ed. Lima, 1996. pp. 25 y ss. RIVERA PAZ. “Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista”. Lima, 1999. pp. 5 y ss.

<sup>96</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. “Restituyendo el Estado de Derecho”. Op. cit. pp. 33 y ss.

<sup>97</sup> PRADO. “Derecho penal y política”. Op. cit. p. 73.



cución penal de hechos de relevancia penal empresarial en manos del SIN, desde donde se extorsionó a grupos empresariales y se persiguió a quienes osaron ser desleales al régimen. Como si esto no fuera suficiente, otra Resolución Administrativa (1148-2000-CME-PJ de 3 de junio de 2000) extendió más el fuero penal-tributario, esta vez para controlar las graves denuncias por actos de corrupción de funcionarios en las postrimerías del segundo Gobierno de Fujimori, aunque quizás fue también diseñada ante la eventualidad de que se destapara la compra del cambio de bancada al oficialismo de congresistas de la oposición electos para el periodo 2000-2005, como efectivamente ocurrió en setiembre de 2000 cuando tras la difusión del famoso video Kouri-Montesinos, una Fiscal Provincial en lo Penal Tributario resolvió no haber mérito a denunciar penalmente el hecho ante el Poder Judicial, decisión que finalmente no se impuso.

Tampoco puede soslayarse, como parte de la obra penal del segundo mandato de Fujimori, normas netamente inconstitucionales como la del delito de contumacia (Ley 26641 de 26 de junio de 1996) o la puesta en vigor en 1998, nuevamente mediante el peligroso recurso a Decretos Legislativos (895 sobre "Terrorismo especial" de 23 de mayo, 896 contra delitos agravados de 24 de mayo, 898 contra la posesión de armas de guerra de 27 de mayo de 1998, 899 contra el "pandillaje pernicioso" de 28 de mayo)<sup>98</sup>, de las llamadas normas sobre "seguridad nacional" que ampararon nuevas sanciones de cadena perpetua o la habilitación de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles que cometían delitos comunes como el secuestro o la extorsión.

Este alejamiento radical de los presupuestos básicos de la Constitución durante el periodo 1991-2000 a través de la legislación complementaria, no dejó de estar presente, aunque con menor intensidad, en la Parte General del Código, como dan cuenta por ejemplo las normas que otorgaron capacidad penal a los menores de 16 años, exceso que sólo fue corregido en 1995 mediante la Ley 26447 de 21 de abril que la fijó en 18 años a través de la modificación del artículo 20 numeral 2 del Código Penal, y que promovió el debate sobre los fundamentos del Derecho penal de menores, cuyas primeras líneas ofrece el Proyecto de Ley Penal del Adolescente publicado el 26 de julio de

2001, aunque sin expresar un sometimiento claro a los criterios y garantías de la imputación penal como plantea la doctrina penal contemporánea.

Otra muestra de la dirección autoritaria de la parte general deriva de la Ley 27024 de 25 de diciembre de 1999 que reformó el artículo 22 del Código Penal para excluir la disminución de la pena para los imputables restringidos de 18 a menos de 21 años de edad que hubieran cometido delitos sexuales, tráfico de drogas, terrorismo, terrorismo especial, atentados contra la seguridad nacional, traición a la patria o cualquier otro delito sancionado con cadena perpetua. Del mismo modo, se reformó el artículo 29 del Código a fin de ratificar la cadena perpetua como pena en nuestro ordenamiento y elevar el máximo permitido de la privación de libertad temporal a 35 años, modificación que introdujo la 5ª Disposición Final del Decreto Legislativo 896 de 23 de mayo de 1999.

§ 16. La nueva Comisión Revisora del Código Penal creada mediante la Ley 27421 de 7 de febrero de 2001 tiene la misión de elaborar un "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal" y para ello se le ha otorgado el plazo de un año. La norma no precisa exactamente si la Comisión debe elaborar una propuesta de nuevo Código, o si acaso más bien una propuesta de reforma urgente y parcial del Código vigente como sería conveniente. La necesidad de superar los aspectos más graves de la regulación vigente demanda una reforma inmediata sobre la base de determinados principios constitucionales como los de proporcionalidad de las penas, lesividad y legalidad, de modo similar a la experiencia española cuando tras la puesta en vigor la Constitución de 1978 y una vez establecidas las bases del régimen democrático, se realizó en 1983 una reforma urgente del texto refundido del Código Penal de 1973.

Por el contrario, el proceso de aprobación de un nuevo Código debe estimarse como una tarea de largo plazo, se requiere un periodo de tiempo importante para discutir los fundamentos de una regulación alternativa<sup>99</sup>, no se trata, como es común hasta la actualidad en nuestro medio, de que una Comisión ilustrada proponga una profunda reforma sin siquiera haberse sometido a debate los principales problemas de la legislación vigente frente a la realidad nacional, ni

<sup>98</sup> Críticamente, CARO CORIA. "Seguridad ciudadana y "Decretos de Emergencia"". En: Informativo legal B, M & U, n° 41, Lima, mayo 1998. p. 1. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. "Grandes urbes e inseguridad ciudadana". En: Seguridad ciudadana y Derechos Humanos, Lima, 1999. pp. 327 y ss.

<sup>99</sup> SILVA SÁNCHEZ. "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español", Revista Peruana de Ciencias Penales 7-8. 1999. pp. 271 y ss.

alcanzado consenso sobre los diversos problemas de la Parte General y de la Parte Especial que merecen ser atendidos por el legislador. En esa dirección merece poner de relieve, aunque sea de modo general, las principales tendencias de la doctrina penal nacional a fin de establecer los grandes derroteros de *lege ferenda*.

### III

§ 17. La Parte General del Derecho penal peruano no ha sido suficientemente estudiada, descontando el Manual de Hurtado Pozo<sup>100</sup> o las Lecciones de Villavicencio Terreros<sup>101</sup> adaptados al Código de 1924, se cuenta apenas con algunos trabajos que inciden sobre todo en la explicación de las normas del Código Penal, entre los que cabe citar el de Peña Cabrera<sup>102</sup> y Villa Stein<sup>103</sup>, o más específicamente sobre la teoría del delito, como el de Miguel Bramont-Arias<sup>104</sup>. El desarrollo monográfico de los problemas dogmáticos más actuales no ha sido la nota común en nuestro medio, recientemente ha empezado a adquirir importancia la problemática de las consecuencias jurídicas del delito<sup>105</sup>, mientras que temas especializados como el de la imputación objetiva o la parte general del Derecho penal económico<sup>106</sup> apenas empiezan a tratarse.

El desarrollo dogmático de la parte especial del Derecho penal peruano no ha sido más fructífero, aún se carece de comentarios sistemáticos e integrales que analicen todas las normas del Código y la extensa legislación complementaria. Desde la vigencia del Código de 1991 se han publicado varios trabajos que analizan aspectos específicos de la legislación, principalmente en el plano hermenéutico y exegético, muchas veces desligados de los irrenunciables fundamentos de la parte general<sup>107</sup>. Comentarios más generales estuvieron primero a cargo de Peña Cabrera<sup>108</sup>, cuyos textos reflejan una importante influencia de la doctrina latinoamericana, obra continuada hasta la fecha por sus colaboradores Angeles y Frisancho, cuya orientación es glosar todas las normas del Código de 1991<sup>109</sup>. También merece atención el Manual de Luis Bramont-Arias y García Cantizano<sup>110</sup>, sosteni-

do casi de modo exclusivo en la doctrina española. Los nuevos problemas de la parte especial casi no han sido tratados, temas vinculados al Derecho penal económico y empresarial, la delincuencia organizada o las llamadas nuevas formas de criminalidad, sólo han merecido una atención inicial, se aprecia más bien un interés por las figuras del Derecho penal clásico (homicidio, aborto, lesiones, robos, secuestros) y, a partir de la coyuntura de los últimos meses, por los delitos de funcionarios públicos.

Las publicaciones periódicas, entre las que cabe citar el Anuario de Derecho Penal que dirige Hurtado Pozo desde 1988 y la Revista Peruana de Ciencias Penales dirigida por Urquiza Olaechea desde 1993 contienen múltiples trabajos sobre la Parte General y la Parte Especial del Derecho nacional, algunos inclusive a cargo de autores extranjeros. Recientemente, la Revista de Doctrina & Jurisprudencia Penal editada por el Instituto Peruano de Ciencias Penales presta atención a una tendencia importante en el Derecho penal contemporáneo, el funcionalismo sistémico de la Escuela de Bonn del Profesor Günther Jakobs, cuya difusión en Latinoamérica y en nuestro medio viene extendiéndose en los últimos años.

De otra parte, los trabajos criminológicos, tras el auge de la criminología crítica en el Perú hasta principios de los años noventa, se han limitado en los últimos tiempos a la reproducción de los postulados generales del Derecho penal mínimo, sin insistirse más en la meta utópica, al menos en el estado actual del Derecho penal en el mundo, de la abolición del sistema penal, lo que tampoco ha motivado un estudio más extenso del Derecho penitenciario que continúa siendo residual.

Finalmente y aquí radica un aspecto medular de toda reforma, a pesar de que la reflexión político criminal ha acompañado en general el discurso de los penalistas peruanos en la última década y no obstante los diez años de vigencia del Código de 1991, no se ha planteado hasta ahora un debate profundo sobre el rol de la política criminal en el trabajo dogmático y en la interpretación del Derecho penal vigente, lo que a

<sup>100</sup> HURTADO. “Parte general”. Op. cit.

<sup>101</sup> VILLAVICENCIO. “Parte general”. Op. cit. También ha publicado comentarios a la parte general en su Código Penal. 2ª ed. Lima. 1997.

<sup>102</sup> PEÑA CABRERA. “Parte general”. Op. cit.

<sup>103</sup> VILLA STEIN. “Parte general”. Op. cit.

<sup>104</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, L.M. “Manual de Derecho penal. Parte general”. Lima, 2000.

<sup>105</sup> PRADO SILDARRIAGA. “Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú”. Lima, 2000.

<sup>106</sup> ABANTO VÁSQUEZ. “Derecho penal económico”. Parte general. Lima, 1997.

<sup>107</sup> ALVAREZ CALDERÓN. “Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho penal”. ADPCP, 1993. pp. 1009 y ss.

<sup>108</sup> “Tratado de Derecho penal. Parte especial”. Tomos II, IIA, IIB, III y IV. Lima 1992, 1993, 1994, 1995.

<sup>109</sup> ANGELES GONZÁLES/FRISANCHO APARICIO. “Código Penal”. Comentado, concordado, anotado. Ts. I-IX. Lima, 1996-2000.

<sup>110</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO. “Manual de Derecho penal. Parte especial”. 4ª ed. 1998.

puertas de una reforma penal en el Perú nos ubica, *mutatis mutandi*, en una situación similar a la que condujo a la aprobación del Código Penal de 1924, en la que imperó el tecnicismo jurídico y el deseo de adaptar la legislación foránea a las necesidades propias, pero sin tener en cuenta la realidad político criminal del país, ni la fuerza de la cultura jurídica nacional. A este hecho se suma que un sector de la doctrina peruana viene defendiendo la adopción del método funcional en el análisis penal, lo que justifica prestar atención a las actuales orientaciones de este método a fin de identificar el rol de la política criminal, si es que se piensa todavía, parafraseando a von Liszt, en un Derecho penal como "barrera infranqueable de la Política Criminal"<sup>111</sup>. En esa línea de ideas, merece poner de relieve la recepción en nuestro medio de los aportes del Profesor Jakobs en la interpretación del Derecho vigente.

§ 18. En la presentación de una colección de artículos de Jakobs, publicados bajo el título Bases para una teoría funcional del Derecho penal<sup>112</sup>, señalé ya que la difusión y conocimiento de su extensa obra es relativamente reciente en Latinoamérica y, especialmente, en Perú. La importancia de la misma es indiscutible, Jakobs es reconocido como uno de los juristas más trascendentes en la ciencia penal contemporánea<sup>113</sup>, sobre todo por el desarrollo de un modelo funcionalista normativo del Derecho penal que expone principalmente en su "*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grudlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*"<sup>114</sup>, ya traducido al español desde 1995 por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo<sup>115</sup>. A esta obra sobre la parte general, se suman las múltiples contribuciones del autor orientadas establecer los fundamentos de una teoría funcional del Derecho penal.

Durante el desarrollo de más de veinte años de las tesis normativistas de Jakobs, se aprecia una progresiva desvinculación de la teoría de los sistemas de Luhmann y un acento en su raigambre hegeliana<sup>116</sup>. Antes bien, desde sus inicios Jakobs tomó distancia de la herencia ontológica del finalismo, para dar paso a una (re)normativización de los conceptos jurídico-pena-

les conforme a la función que corresponde al Derecho penal y no de acuerdo a datos previos naturales o ajenos a la sociedad. A su juicio ella se concreta en el mantenimiento de la configuración de la sociedad en cuanto configuración normativa, es decir que la misión del Derecho penal es confirmar la identidad social. Como precisa en el prólogo a la primera edición de su Tratado sobre la Parte General, la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado, con contenido expresivo, mediante otro acto con significado. El objetivo es la sistematización del Derecho penal vigente en términos normativos<sup>117</sup>, se pretende describir en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación, se trata de una concepción que persigue separar política criminal y dogmática penal, sin que ello deba valorarse, a juicio de sus seguidores, como prueba de determinadas intenciones políticas<sup>118</sup>.

Este punto de partida conduce a múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar, por su trascendencia para todo el sistema del Derecho penal, la concepción de la pena como medio de estabilización de las expectativas normativas. Dicho de otro modo, la pena tiene como función el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma, antes que perseguir otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que la punición estatal también podría producir. No se trata en consecuencia de dispensar protección a lo que clásicamente se conoce como bien jurídico sino de orientar la tutela hacia la estabilización de los preceptos normativos<sup>119</sup>. Como puede apreciarse, esta concepción normativa de la pena y en general de la propia misión del Derecho penal, repercute directamente en el entendimiento de aspectos tradicionalmente ligados a categorías psicológicas, pre-jurídicas o lógica-objetivas, entre ellos los conceptos de acción y culpabilidad, pero también en la delimitación de estructuras que surgieron como correctivos normativos, por ejemplo la imputación objetiva o la autoría.

Este camino de refundamentación normativa de la

<sup>111</sup> Von LISZT. En: *Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge*. Op. cit. p. 80.

<sup>112</sup> Lima, 2000. pp. 11 y ss.

<sup>113</sup> En la recensión a la primera edición de 1983 del Tratado de Derecho penal de Jakobs, su obra fue calificada por Roxin como el más audaz y más consecuente esbozo hasta ese entonces de un sistema puramente teleológico, con reflexiones originales que anticipaban los próximos treinta años, NJW (1984). p. 2270.

<sup>114</sup> 2ª ed. Berlín, 1991.

<sup>115</sup> "Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". 2ª ed. Madrid, 1997.

<sup>116</sup> SILVA SÁNCHEZ. "Consideraciones sobre la teoría del delito". Buenos Aires, 1998. p. 28.

<sup>117</sup> 1ª ed. Berlín, 1983. pp. V-VI.

<sup>118</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ. "Estudio preliminar". En: JAKOBS. "La imputación objetiva". Madrid, 1996. pp. 79-80.

<sup>119</sup> JAKOBS. "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?". En: JAKOBS/CANCIO MELIÁ. "El sistema funcionalista del Derecho penal". Lima, 2000. pp. 43 y ss.

teoría jurídica del delito y del método dogmático, no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determinados aspectos de la realidad del ser, las consecuencias político criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un Derecho penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad<sup>120</sup>. Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el autor, especialmente en su trabajo “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”<sup>121</sup>, Jakobs ratifica la importancia de elaborar un sistema del Derecho penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello, a su entender, instrumentalizar a la persona, la cual concibe en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquélla que puede ser responsable de éste.

En 1983 ya advertía Jakobs que al (re)normativizar no se trata de erigir sistemas normativos al margen del contexto social, sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente deba renunciarse a formular aspiraciones frente a la realidad<sup>122</sup>. Precisamente por ello, y bastante lejos de lo que en varias ocasiones se ha sostenido, una teoría funcional del Derecho penal no es ontológicamente compatible con un «Derecho penal del enemigo» que Jakobs cuestiona por oponerse a una sociedad de libertades<sup>123</sup>. A juicio de Suárez González y Cancio Meliá, la propia concepción de Jakobs parte de un determinado sistema social cuyo pilar básico es el reconocimiento del status y de la esfera del ciudadano, de allí

que sus posturas no son incompatibles con reflexiones político criminales o relacionadas con la legitimidad del sistema o de partes del mismo<sup>124</sup>.

§ 19. Estas aclaraciones son de suma trascendencia ante la progresiva recepción en nuestro medio del método funcionalista normativo de Jakobs<sup>125</sup>. La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites constitucionales del poder punitivo como se ha descrito, no puede convalidarse a través de una concepción funcional del Derecho penal que, más allá de cualquier esfuerzo por vincularla a determinados parámetros axiológicos, se viene aún estimando neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social<sup>126</sup>. Que esta orientación funcional no sea promotora de un Derecho penal autoritario o «del enemigo», quizás no es suficiente garantía para adoptarlo en la interpretación de nuestro Derecho penal vigente, tarea necesitada de un indudable ingrediente valorativo<sup>127</sup> que demanda por el contrario una no neutralidad político criminal frente a regulaciones *de lege lata* desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los Derechos Humanos.

Ya en la presentación del libro Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal del Profesor Serrano-Piedecabras<sup>128</sup>, he sostenido que la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el Profesor Claus Roxin<sup>129</sup>. Él propone orientar el sistema del Derecho penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo cual, frente a la perspectiva ontológica heredada del finalismo, obliga a una amplia normativización de los conceptos, de modo que se garantice la flexibilidad necesaria para hacer posi-

<sup>120</sup> LÜDERSSEN. “El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”. O ¿adiós al “Derecho penal europeo tradicional”?”. En: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 9. 1999. pp. 65 y ss. MUÑOZ CONDE. “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”. Revista Penal 5. 2000. pp. 47-48.

<sup>121</sup> En: Bases para una teoría funcional del Derecho penal. Op. cit. pp. 19ss.

<sup>122</sup> AT. 1ª ed. Op. cit. p. VI.

<sup>123</sup> JAKOBS. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente. Bogotá, 2000. pp. 29-35.

<sup>124</sup> SUÁREZ/CANCIO. “Estudio preliminar”. Op. cit., pp. 80 n. 166, 81. Vid. asimismo, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ. “Un nuevo sistema del Derecho penal”. Lima, 1998. pp. 41 y ss. Como señala GARCIA CAVERO. (“La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación”. Barcelona, 1999. p. 34, n. 44), “no puede afirmarse que una visión funcionalista del Derecho también explicaría una “sociedad de demonios” si ésta funcionara, pues la descripción del sistema social debe conllevar los fundamentos valorativos que configuran la sociedad”.

<sup>125</sup> Vid. GARCÍA CAVERO. “La responsabilidad penal del administrador”. Op. cit. pp. 32 y ss. VILLA STEIN. Parte general. Op. cit. pp. 75, 189. Críticamente, CARO CORIA. “Derecho penal del ambiente”. Lima, 1999. pp. 17 y ss.

<sup>126</sup> MUÑOZ CONDE. “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo”. Valencia, 2000. p. 72.

<sup>127</sup> HURTADO POZO. “La interpretación de la ley en el Derecho penal” En: Derecho 32. 1974. p. 164.

<sup>128</sup> Op. cit. pp. XII-XIII.

<sup>129</sup> ROXIN. “Política criminal y sistema del Derecho penal”. Barcelona, 1972. pp. 15 y ss. “Política criminal y estructura del delito. (Elementos del delito en base a la política criminal)”. Barcelona, 1992. pp. 9 y ss. “Strafrecht. Allgemeiner Teil”. T. I. 3ª ed. München, 1997, §7/III. Dogmática penal. Op. cit. pp. 25 y ss.

ble las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines, lo que permitirá avanzar hacia la construcción de un “sistema abierto” de orientación teleológica<sup>130</sup>.

De este modo puede plantearse una postura crítica frente a la consideración de la pena como medio de estabilización o integración de las expectativas sociales, y especialmente, ante la atribución al Derecho penal de una misión protectora de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal.

La perspectiva funcionalista moderada ubica pues a la dogmática, tanto tiempo difuminada entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer<sup>131</sup>, en una posición crítica frente al sistema social. Por ese motivo, reflexiones político criminales como el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativo-imperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otros, siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los Derechos Humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporciona los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal.

§ 20. Sí frente a la “huida al Derecho penal”, no es conveniente una lectura neutral del Derecho penal vigente, ni de sus perspectivas de *lege ferenda*, de ello no se deduce un rechazo *in limine* o una “satanización” de lo funcional, como parece apreciarse en algunos sectores de la doctrina española, hacia los fundamentos y soluciones dogmáticas propuestas por la Escuela de Bonn, las que en muchos casos coinciden con las planteadas desde otras perspectivas metodológicas respecto de temas especialmente complejos en la actualidad, como la imputación objetiva, la imputación subjetiva, la culpabilidad, la omisión o las formas de intervención en el delito<sup>132</sup>.

Es más, la renuncia a un Derecho penal protector de bienes jurídicos que ha motivado las críticas más severas contra Jakobs en la dogmática española, sigue

siendo un aspecto en franca revisión dentro del llamado «moderno Derecho penal»<sup>133</sup> o en las normas contra el crimen organizado<sup>134</sup>. En estos sectores es lugar común el recurso a la tutela de bienes jurídicos colectivos, la sanción de comportamientos de peligro abstracto, la criminalización de actos preparatorios o el tratamiento de la mera participación delictiva como formas especiales de autoría. No se trata de convalidar el Derecho vigente mediante el entierro del principio de lesividad, pero tampoco se puede ser ajeno a una realidad legislativa en expansión frente a la cual el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos juega un rol casi imperceptible.

Sólo la Escuela de Frankfurt y sus seguidores han planteado un retorno a un «viejo y mejor» Derecho penal liberal y en consecuencia la restitución de la vigencia del principio de lesividad, especialmente en sectores vinculados a la criminalidad económica<sup>135</sup>. A juicio de Hassemer debe reducirse el Derecho penal al “Derecho penal básico” protector de bienes individuales y de determinados bienes colectivos ante puestas en peligro “graves y evidentes”. Las restantes conductas sancionadas en el moderno Derecho penal pueden ser controladas mediante un Derecho de intervención (*Interventionsrecht*) ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y sanciones menores a las del Derecho penal<sup>136</sup>.

Esta perspectiva *de lege ferenda* que reivindica la lesividad ha sido criticada por Silva Sánchez porque el Derecho penal liberal del siglo XIX que se pretende reconstruir ahora “en realidad nunca existió como tal”, aunque tampoco se deba aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho penal, por lo que plantea la asunción de un “Derecho penal de dos velocidades”. Se puede salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de delitos sancionados con pena privativa de libertad, mientras que en sectores como el Derecho penal económico puede aceptarse una flexibilización controlada de las reglas de imputación y de los principios político criminales,

<sup>130</sup> SILVA SÁNCHEZ. “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”. Barcelona, 1992. pp. 68-69. SCHÜNEMANN (comp). “El sistema moderno del DP: cuestiones fundamentales”. Madrid, 1991. pp. 31 y ss.

<sup>131</sup> SILVA SÁNCHEZ. “Aproximación...”. Op. cit. p. 71.

<sup>132</sup> Vid. ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER. “Sobre el estado de la teoría del delito”. Madrid, 2000. pp. 181 y ss., el “Informe sobre las discusiones” de Silva Sánchez.

<sup>133</sup> HASSEMER. “Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal”. Bogotá, 1999. p. 20.

<sup>134</sup> HASSEMER. “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones”, En: Ciencias Penales 9. 1997. pp. 7 y ss.

<sup>135</sup> Vid. ampliamente VARIOS AUTORES. “La insostenible situación del Derecho penal”. Granada, 2000, *passim*.

<sup>136</sup> HASSEMER. “Persona, mundo y responsabilidad”. Op. cit. pp. 34-35.

principios susceptibles de una acogida gradual que no tienen que integrarse con la misma intensidad en los dos niveles de Derecho penal<sup>137</sup>, entre los que cabe incluir quizás el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

Estas reflexiones son de corta data en nuestro medio<sup>138</sup>, el principio de lesividad tiene acogida expresa en el artículo IV del Código de 1991 y en la jurisprudencia<sup>139</sup>, pero no se ha reflexionado sobre la necesidad de realizar una revisión de la parte especial absolutamente consecuente con dicho principio<sup>140</sup>, o más bien mediante una flexibilización del mismo como propone Silva Sánchez o, más radicalmente, renunciando al mismo como baremo del Derecho penal. Esta tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera además el principio de *ne bis in idem*; en el terreno de los delitos sexuales es necesario todavía excluir la tutela de valores morales como “pudor sexual” o la sanción de lo “obsceno”; en los delitos de funcionarios públicos hace falta identificar el interés protegido en los tipos de malversación de fondos y de enriquecimiento ilícito, entre otros ejemplos de infracciones aparentemente ajenas de lesividad.

Tal vez advirtiendo este problema actual de las legislaciones contemporáneas, considera Jakobs que puede intentarse presentar el Derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado, mientras que la teoría del Derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez, según el autor, sobre todo en la teoría de los fines de la pena: “el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”<sup>141</sup>. Con ello Jakobs remarca su raigambre hegeliana, en el marco de las teorías absolutas ya Hegel había sostenido que el delito equivale a la negación de la voluntad general, mientras que la pena la negación de dicha negación, es decir la restitución

de esa voluntad general<sup>142</sup>, de allí que el modelo de la prevención general estabilizadora de la norma surja vinculado a la retribución penal<sup>143</sup>.

En todo caso y como ya se advirtió, la insatisfactoria neutralidad del concepto “vigencia de la norma” favorece más bien el recurso a una orientación funcional moderada, de forma que la misión de una dogmática jurídico-penal apoyada en puntos de vista político-criminales “podría consistir en el futuro en abrir la puerta a la reforma de la legislación penal, en tanto que también critique el Derecho penal vigente y el sistema social”<sup>144</sup>. Si durante mucho tiempo no hemos podido evitar, parafraseando a von Kirchmann, que tres palabras rectificadoras del legislador conviertan en desperdicio bibliotecas enteras<sup>145</sup>, una perspectiva dogmática que mira desde la política criminal podrá convertirse en el baremo más importante en la reforma penal peruana que ya se encuentra en curso y que se extiende al sector penal militar y penal de menores.

#### IV

§ 21. Recientemente, en una investigación relativa a Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Muñoz Conde advierte como un importante dogmático alemán del causalismo valorativo de los años veinte pudo convertirse durante el nacionalsocialismo, tras su nombramiento en enero de 1935 como Canciller del Reich Adolph Hitler, en un vehemente defensor de la eliminación o liquidación de los elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza como fin de la pena (“*Ausmerzung*”), y de la infracción o el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para la comunidad del pueblo alemán, como fundamento y esencia del concepto material de delito (“*Verrat*”). Ello para luego, en la segunda post guerra, desviar la atención de la comunidad científica, mediante su trabajo “*Moderne wege der Strafrechtsdogmatik*” publicado en 1950<sup>146</sup>, del juz-

<sup>137</sup> SILVA SÁNCHEZ. “La expansión del Derecho penal”. Madrid, 1999. pp. 115, 116, 125.

<sup>138</sup> CARO CORIA. “‘Sociedades de riesgo’ y bienes jurídicos colectivos”. En: *Thémis* 37. 1998. pp. 195 y ss. “Derecho penal del ambiente” Op. cit. pp. 5 y ss.

<sup>139</sup> SCS de 05-12-1994, exp. 3374-93-B. Resolución de la Corte Suprema de 28-12-94, exp. 2900-94. SCS de 17-11-97, RN 5269-97. SCS de 20-04-99, RN 668-99.

<sup>140</sup> Vid. PNUD-Ministerio de Justicia del Perú. “De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia”, cit. Dicha Misión sólo recomienda, como segunda propuesta en materia de “Acceso a la Justicia Penal”, “una revisión de las penas, sobre todo en materia de delincuencia común con el fin de acomodarlas a la importancia del bien jurídico protegido y permitir la resocialización. A corto plazo habría de derogarse la legislación especial”.

<sup>141</sup> JAKOBS. “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídico o la vigencia de la norma?”. Op. cit. pp. 59-60.

<sup>142</sup> MIR PUIG. “Derecho penal. Parte general”. 5ª ed. Barcelona, 1998. p. 47.

<sup>143</sup> SILVA SÁNCHEZ. “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”. Op. cit. pp. 227-228. BERDUGO y otros. “Lecciones de Derecho penal. Parte general”. 2ª ed. Barcelona, 1999. p. 26, estiman que estamos ante una actualización del pensamiento retributivo.

<sup>144</sup> MUÑOZ CONDE. “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”. Op. cit. pp. 50-51.

<sup>145</sup> VON KIRCHMANN. “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”, reimp. de 1960. p. 25.

gamiento de ese pasado de horror<sup>147</sup> hacia la ahora vieja discusión, puramente técnica y neutral, entre causalistas y finalistas<sup>148</sup>.

Lamentablemente nuestro pasado inmediato no ha sido inmune a la participación de sujetos como Mezger que justificaron técnicamente, en el plano jurídico-penal, los horrores políticos de los últimos años en el Perú: el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, las leyes de amnistía de 1995 para criminales de lesa humanidad, el pretendido retiro de la competencia de la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional

que declararon la invalidez de la Ley que luego permitió la fraudulenta reelección de Fujimori en el 2000, el secuestro de los medios de comunicación, la expansión de la jurisdicción militar, entre otros. Es evidente que dichos Mezger peruanos pretenden ahora intervenir en la recuperación de esa democracia y ese Estado de Derecho que liquidaron con frialdad. Quizás sólo por ello cabe compartir, *mutatis mutandi*, el creciente respeto que expresa Muñoz Conde hacia quienes en tiempos difíciles se mantuvieron en un plano estrictamente académico y “no pusieron sus ideas, por lo menos no por dinero, al servicio del mejor postor”<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> MEZGER. “Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal”. Valencia, 2000.

<sup>147</sup> BRAMONT ARIAS. “La ley penal”. Lima, 1950. p. XVIII. Llegó incluso a creer que Mezger fue uno de los juristas alemanes que “se esforzaron por corregir el excesivo formalismo jurídico por concepciones realistas y teleológicas: el Derecho pasa a ser un bien espiritual de la cultura, una realidad valorativa”, “Mezger y otros (precisa), ponen de manifiesto que el Derecho penal tiene un contenido finalista que radica en la protección de los bienes jurídicos, que se defienden precisamente para lograr: la Justicia y la Libertad”.

<sup>148</sup> MUÑOZ CONDE. “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo”. Op. cit., *Vid.* especialmente pp. 23, 27-42.

<sup>149</sup> *Ibid.* p. 96.

# EL NOMBRE DE DOMINIO Y LA INSUFICIENCIA DE LAS DOCTRINAS ACTUALES EN MATERIA DISTINTIVA\*

Javier A. Maestre

*En el presente trabajo, el doctor Maestre hace hincapié en la necesidad humana de identificarse en cada uno de los escenarios de desenvolvimiento del ser, siendo uno de los más recientes el desenvolvimiento en la comúnmente denominada Red de redes, ámbito éste en el cual los nombres de dominio han trascendido su carácter técnico inicial para convertirse en una figura utilizada por los hombres para identificar sus iniciativas.*

*En tal sentido, luego de analizar las distintas finalidades que cumple el nombre de dominio, y a pesar de enfatizar que en Internet no se encuentra definido el ámbito de aplicación ni los sujetos o identidades que ostentan el derecho, lo cual se ve reflejado en el nombre de dominio, el autor llega a valiosas conclusiones. Dentro de éstas, destaca aquella según la cual los signos distintivos en Internet no pueden tener un tratamiento igual a aquél al que se les da en el mundo real, así como que el desarrollo de los nombres de dominio debe ser acorde a la evolución de la Red de redes.*

El nombre de dominio constituye hoy día uno de los últimos y más polémicos sistemas de identificación que el ser humano haya utilizado a lo largo de la historia para identificar sus iniciativas. Un nuevo signo distintivo para un nuevo ámbito de desarrollo del ser humano, todavía en fase embrionaria, que ante la dificultad de aplicar los esquemas tradicionales, nos hace ver cómo todavía no se ha elaborado, desde la perspectiva estrictamente jurídica, una doctrina que aglutine los diferentes elementos de identificación con trascendencia jurídica que utiliza el ser humano y dé adecuada respuesta a las incertidumbres planteadas en los albores de la nueva sociedad en red que se avecina.

## I. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS INICIATIVAS HUMANAS Y SU CARÁCTER DINÁMICO

La necesidad de distinguir e individualizar los diferentes individuos que forman una comunidad es tan antigua como el propio hombre<sup>1</sup>. Elementos de identificación, tanto colectivos como individuales, han estado presentes a lo largo de toda la historia, y además de una forma dinámica. Este dinamismo, por lo demás, es predicable igualmente sobre cada uno de los elementos identificadores que se consideren, tanto desde una perspectiva genérica como específica. De un lado, el régimen concreto de cada institución en materia distintiva ha variado enormemente en un proceso de evolución inacabada (véase el caso del nombre de la persona física). De otro, muchos signos distintivos particulares, que nacen con una determi-

\* Para un análisis más exhaustivo de estas cuestiones consultar el libro de Javier A. Maestre "El derecho al nombre de dominio". Ed. Dominiuris.com, 2001 (<http://www.dominiuris.com>).

<sup>1</sup> Esta necesidad de identificación era expresada por Manuel Batllé en 1931 de esta forma: "La necesidad de la designación de los individuos es tan antigua como el hecho de hablar con diferentes personas, remontándose, por tanto, a los primeros tiempos de la Humanidad". "El Derecho al Nombre". Por Manuel Batllé Vázquez, 1931. Extenso artículo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 159, de 1931, páginas 257 y siguientes.



nada función dentro de una categoría, a menudo sobrepasan el ámbito en que despliegan su eficacia para, desvirtuando o no su naturaleza, ampliar o modificar su significación e incluso cambiar de categoría o institución distintiva. Algunos elementos de individualización, cuando empiezan a ser compartidos por un número considerable de personas, se convierten en “atractores” de identidades compartidas, como pretenderán muchas marcas comerciales con las técnicas de captación y conservación de clientes.

Debido a estas circunstancias, un análisis tipo foto fija de estos elementos constituye una tarea a menudo destinada al fracaso, siendo necesario introducir criterios dinámicos a la hora de abordar su estudio, sin ceñirse a los límites estrechos marcados por el Derecho positivo de un determinado momento.

En el devenir histórico, el hombre ha utilizado una gran diversidad de elementos que satisfacen las necesidades y deseos aludidos que, básicamente, consisten en distinguir cosas e individuos, individualizarlos al ponerlos en relación unívoca con unos determinados signos, así como el establecimiento o fijación de identidades compartidas. Teniendo en cuenta que todas estas funciones se pueden dar, en mayor o menor medida, en todos los signos distintivos, entre los primeros podrían mencionarse las marcas, entre los segundos los nombres y denominaciones sociales y, finalmente, elementos como denominaciones geográficas o las banderas, podrían entrar en este tercer grupo.

Dentro de la categoría genérica analizada, pueden establecerse clasificaciones atendiendo a diversos criterios. Uno de ellos puede ser el del ámbito de aplicación del signo distintivo o, dicho de otro modo, el espacio que pretende en cierto modo definir. Desde esta perspectiva pueden diferenciarse los signos que están claramente dirigidos al mercado (marcas, nom-

bres comerciales y rótulos de establecimiento, fundamentalmente), otros que se encuentran totalmente alejados, en principio, del mercado y, finalmente, algunos que, conforme al criterio definido, pueden tener una trascendencia económica e incluso una clara incidencia en el mercado, pero de los que no puede predicarse que sean signos distintivos empresariales; en este tercer grupo podrían encontrarse los nombres y apellidos de personas físicas, muy alejados de la concepción de mercado utilizada aquí, las razones sociales de las personas jurídicas, o las denominaciones de origen que, aunque dirigidas indudablemente al mercado, obedecen a unos fines que, en cierto modo, superan el mero tráfico mercantil. De todas formas, el concepto de mercado precisa de un proceso de reelaboración, pues como comenta Santiago Muñoz Machado, “la tecnología ha dejado obsoleta la definición tradicional de mercado”.

En el “mundo real”, son considerables los medios que con finalidades análogas se emplean, y están regulados por normas jurídicas: las personas físicas tienen los nombres y apellidos (cuando no los apodos o sobrenombres, nombres artísticos e incluso los títulos nobiliarios); las personas jurídicas tienen las razones sociales; el mundo comercial y empresarial tienen los signos distintivos del tráfico mercantil (marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento), protegidos en España desde la óptica de la legislación sobre propiedad industrial y competencia desleal fundamentalmente; la Administración impone contar con un número de Documento Nacional de Identidad, así como otro código de identificación fiscal para las relaciones con la Hacienda Pública, o la matrícula que individualiza los vehículos a motor<sup>2</sup>; las rivalidades entre zonas productoras y los derechos de los consumidores determinan la necesidad de hacer buen uso de las denominaciones de origen; símbolos identificativos como la bandera o los anillos olímpicos gozan igualmente de protección<sup>3</sup> y; en el plano internacional, hasta hace bien poco, los Estados,

<sup>2</sup> La matrícula de los automóviles constituye uno de los elementos de identificación que, al igual que los dominios, obedece en principio a una finalidad técnica alejada de identidades compartidas, pero que en ocasiones presentan una carga semántica considerable. Piénsese en casos como el de Cartagena (ciudad perteneciente a la Comunidad Autónoma de Murcia, España) donde es conocido que son apreciados los coches procedentes de la provincia de Cádiz, cuyas matrículas tienen las iniciales de CA, en mayor medida que los propios murcianos, cuya matrícula empieza por MU. Podemos recordar aquí, igualmente, la viva polémica desatada en España sobre el cambio del sistema de numeración de las matrículas en el año 2000, cuando numerosas autonomías reclamaban un reconocimiento en este peculiar signo distintivo. Finalmente, el Gobierno, atendiendo fundamentalmente a los intereses empresariales del sector, optó por un sistema de numeración que marginaba cualquier distintivo territorial al margen del estatal y de la Unión Europea. Autonomías como la catalana anunciaron una rebelión pacífica contra esta postura mediante la colocación de pegatinas en los coches oficiales con distintivos autonómicos.

<sup>3</sup> La Ley 10/90, de 15 de octubre, del Deporte, dedica los artículos 48 y 49 al Comité Olímpico Español, estableciendo en uno de ellos la siguiente protección de los signos distintivos olímpicos, que se extiende no sólo al ámbito comercial: “1. La explotación o utilización, comercial o no comercial, del emblema de los cinco anillos entrelazados, las denominaciones «Juegos Olímpicos», «Olimpiadas» y «Comité Olímpico», y de cualquier otro signo o identificación que por similitud se preste a confusión con los mismos, queda reservada en exclusiva al Comité Olímpico Español. 2. Ninguna persona jurídica, pública o privada, puede utilizar dichos emblemas y denominaciones sin autorización expresa del Comité Olímpico Español”.

únicos sujetos de ese orden jurídico, eran los únicos de los que podría predicarse la existencia de un “derecho al nombre”<sup>4</sup>.

En el caso objeto de estudio, el nombre de dominio ha trascendido del ámbito puramente técnico con el que fue creado, para integrar una de las categorías utilizadas por los seres humanos en la identificación de sus actividades e iniciativas<sup>5</sup>.

Finalmente, es de destacar que todas estas figuras e instituciones se encuentran afectadas por un doble dinamismo: de un lado, la categoría o institución jurídica a considerar en cada caso ha ido evolucionando y presenta, según los distintos momentos históricos, diferentes configuraciones, prevaleciendo, según las épocas, algunos aspectos sobre otros; de otro lado, un signo distintivo concreto, que surge en una categoría determinada, en ocasiones trasciende esas funciones originarias para desarrollar las identidades que su capacidad semántica posibilita, tal y como sucede con algunas marcas, para lo cual tomaremos, a modo de ejemplo, lo acontecido en España con el Toro de Osborne. Ello hace, ciertamente, que podamos plantearnos la existencia, en abstracto, de una categoría u orden jurídico que aglutine las anteriores y que dé una adecuada respuesta a este dinamismo que afecta a elementos distintivos concretos. Acaso resulte necesaria, así, la formulación de una teoría general de los signos distintivos o, por qué no, de la propia distintividad o identidad diferenciadora, ante la insuficiencia de las actuales estructuras doctrinales en la materia.

## **II. LA EVOLUCIÓN FUNCIONAL DE UN SIGNO CONCRETO: EL TORO DE OSBORNE**

Sobre la marca y sus funciones no nos extenderemos demasiado, dada la abundante bibliografía existente al respecto, encabezada, fundamentalmente, por Fernández Novoa que se ha ocupado extensamente de la materia<sup>6</sup>.

Nos ocuparemos a continuación brevemente de la segunda faceta del carácter dinámico al que hemos aludido anteriormente. De esta forma, los elementos

de una marca, que en un principio cumplen una función meramente identificadora de productos y servicios atribuyéndoles un determinado origen empresarial, se encuentran en condiciones de evocar identidades compartidas, para ser incorporados a nuestra personalidad que puede verse integrada, en parte, por los elementos evocadores del signo distintivo.

Un ejemplo de este proceso podría ser en España lo sucedido con el “Toro de OSBORNE”, visible desde casi todas las carreteras de esta piel de astado: Un signo marcario concreto de una conocida empresa de bebidas alcohólicas que se ha convertido en todo un símbolo nacional. Hasta tal punto que, prohibiéndose en las vías interurbanas el establecimiento de carteles publicitarios, el clásico y popular Toro de OSBORNE, al trascender de ese ámbito comercial para el que fue creado, se salvó de la quema y de momento puede ser admirado por estos caminos batuecos.

El toro de OSBORNE consiste en la silueta de un toro que nació fruto del encargo por parte de las Bodegas Osborne a la agencia AZOR para que efectuase un estudio de un símbolo representativo de su brandy “Veterano”. El dibujo fue finalmente creado por Manuel Prieto, muy conocido por sus trabajos de grabados en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, colocándose finalmente como valla publicitaria que, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, se generalizó por todas las carreteras de España.

Durante todo este tiempo, el Toro ha despertado muchas pasiones y rara es la carretera que no cuenta con uno o varios ejemplares. A la vez, la figura que constituía una marca comercial fue aglutinando identidades compartidas que, finalmente, hicieron trascender a este particular signo distintivo de sus orígenes de marca. Ello se puso de manifiesto con ocasión de la prohibición de efectuar publicidad en vías interurbanas que se impuso posteriormente en España.

En ejecución de la Ley 25/1988, de Carreteras y Caminos, de 30 de Julio, el artículo 88 del Reglamento General de Carreteras, aprobado mediante el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, prohibía realizar publicidad, fuera de los tramos urbanos, en

<sup>4</sup> “El Derecho al Nombre”. Por Manuel Batllé Vázquez, 1931. Extenso artículo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 159, de 1.931, páginas 257 y siguientes.

<sup>5</sup> En este sentido, y desde la perspectiva propia de sus competencias, la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) destaca en su informe final sobre los dominios, tras explicar sus finalidades originarias, que éstos “han adquirido mayor importancia en tanto que indicadores comerciales y, como tales, han provocado conflictos con el sistema de identificadores comerciales que existía antes de la llegada de Internet y que está protegido por derechos de propiedad intelectual”. E industrial, habría que añadir para el caso de España. ~

<sup>6</sup> Me permito sugerir a los estudiosos el reciente libro de dicho autor, Carlos Fernández Novoa, titulado “Tratado sobre Derecho de Marcas”, Ed. Marcial Pons, 2001.

cualquier lugar visible desde la carretera. La contravención de esta norma constituye una infracción sujeta a la sanción correspondiente. La Administración había iniciado diversos expedientes sancionadores, de los cuales tan sólo uno llegó a concluir con la imposición de una multa, de 1.000.001 pesetas en 1994. Tal decisión fue recurrida y la Secretaría General Técnica del MOPTMA decidió remitir la decisión a la jurisdicción contencioso-administrativa y, finalmente, el Tribunal Supremo falló a favor de la conservación del toro.

Desde que surgió la posibilidad de dejar de ver el Toro en nuestros viajes por carretera, el tema suscitó un gran debate en la sociedad española. El Congreso de los Diputados aprobó el 15 de Noviembre de 1994 una proposición no de Ley pactada entre el Partido Popular y el PSOE que significó en la práctica la decisión de reconocer al TORO DE OSBORNE como patrimonio cultural y artístico de los pueblos de España, integrado en el paisaje, recomendando a las Administraciones Públicas que garanticen su permanencia en las carreteras españolas, en el marco de la Legislación de Conservación del Patrimonio Cultural y Artístico de los pueblos de España.

La repercusión en los medios de comunicación del debate que se abrió para "indultar" al Toro fue realmente espectacular: cadenas de televisión, programas de radio, prensa diaria, revistas semanales, tanto en España como en el extranjero se ocuparon extensamente de la cuestión.

Por otro lado, los toros de OSBORNE situados en Andalucía fueron inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, con la categoría de monumento. La Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía dio así por concluido el expediente que se había incoado en octubre de 1994. La correspondiente orden fue publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) del 13 de Febrero de 1997.

Pero interesa ahora destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre de 1997, y el comentario que efectúa sobre la evolución y trascendencia del indicado signo distintivo:

"El punto álgido, sobre el que se ha centrado el debate, es si la estructura metálica, que configura la silueta de un toro de color negro, erguido y estático, que se observa desde la carretera, constituye o no publicidad y, por tanto, si es o no correcta la sanción que se ha impuesto a la entidad recurrente, conforme a la normativa citada.

Objetivamente considerada, es evidente que la figura no transmite ya ningún mensaje directo al observador. No hay leyenda, ni gráfico que indique la identidad de un producto o servicio, pues la expresa referencia que con anterioridad hacía a un determinado tipo de brandy se ha hecho desaparecer. En estos momentos, para la generalidad de los ciudadanos que la contemplan, aún habiendo conocido su primitivo significado, ha dejado de ser el emblema de una marca, para convertirse en algo decorativo, integrado en el paisaje. Aunque en forma indirecta pueda recordar a algunos el símbolo de una marca comercial, el primer impacto visual que en la mayoría produce es el de una atrayente silueta, superpuesta al entorno, que más que incidir al consumo, recrea la vista, rememora "la fiesta", destaca la belleza del fuerte animal.

Su plasticidad es tal que ilustra revistas, ha sido objeto de comentarios elogiosos de destacadas personalidades relacionadas con el mundo del arte y la cultura; algún Ayuntamiento (Valmojado-Toledo) la considera como bien de interés local e integrada en el paisaje; Comunidades Autónomas como la de Andalucía han incoado expediente para su inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz con categoría de monumento; Asociaciones culturales como "España Abierta" han solicitado su declaración como bien cultural; en determinados lugares "el toro" ha empezado a dar nombre a ciertos accidentes geográficos en que está instalado. Por si esto fuera poco el 15 de noviembre de 1994 se aprobó por unanimidad en la Comisión de Infraestructura y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados una Proposición no de ley por la que se insta al Gobierno y recomienda a las demás administraciones públicas que, en el marco de sus respectivas competencias y de la legislación de conservación del patrimonio cultural y artístico de los pueblos de España, promuevan medidas que garanticen la permanencia del toro en las carreteras españolas.

Todo esto da idea de que la silueta del toro ha superado su inicial sentido publicitario y se ha integrado en el paisaje, como un elemento de ambientación ajeno al mensaje propagandístico de una marca. Cumple desde esta perspectiva, la finalidad decorativa que ha llevado a la propia Administración a colocar, en los márgenes de determinadas carreteras -en los autos hay pruebas suficientes al respecto-, estructuras esculturales, algunas de ellas curiosamente representativas de animales, que no perturban la concentración del conductor que circula por la carretera".

Ahora bien, el Tribunal no desconoce la capacidad distintiva empresarial o comercial del toro para poder

considerarla como publicidad, pero, en última instancia, el Juzgador entra a considerar el balanceamiento de intereses que corresponde a la función jurisdiccional, para concluir con la prevalencia del interés estético o cultural que la comunidad atribuye a la figura. En concreto, así se pronuncia el Alto Tribunal:

“Cualquiera que sea la teleología del precepto sancionador, bien evitar el deterioro del paisaje, bien impedir que se distraiga al automovilista, no se contraría con la figura del toro. Es verdad, y ello no pasa desapercibido para esta Sala, que la imagen entra en el concepto europeo de publicidad encubierta o subliminal, entendida como exhibición visual o verbal de la marca de un productor de mercancías o un prestador de servicios con propósito publicitario (Directiva 97/36/CE). Si así no fuera, no se explicarían los gastos de mantenimiento de la valla que se costean por la entidad recurrente, e incluso la interposición de éste recurso, en cuanto a impedir su demolición. Ahora bien, por encima de ese factor, en la pugna de dos intereses en juego, debe prevalecer, como causa que justifica su conservación, el interés estético o cultural, que la colectividad ha atribuido a la esfinge del toro, en consonancia con el artículo 3º del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán según ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas’ ”<sup>7</sup>.

Una marca concreta, por tanto, como signo distintivo dinámico que evoluciona a lo largo de su existencia, pasa por diferentes etapas en las que, indudablemente, desarrolla funciones, si no diferentes, sí con diferente intensidad.

Está claro que el ámbito al que se encuentra referida la marca, así como otras categorías distintivas empresariales, es el mercado. Ese es el espacio que intentan definir estos signos y, conforme a las características de este espacio, el signo es estimable en dinero, como expresión de su transmisibilidad, pone de manifiesto una determinada vinculación, en este caso, con el origen empresarial de los productos y servicios que identifica.

Pero en ese proceso dinámico que puede afectar a todo signo distintivo concreto, y como sucedió con el toro de OSBORNE, éste puede también trascender su función originaria, de forma que llega a ser no sólo una marca o distintivo empresarial, para entrar de lleno en otra categoría distintiva, si bien, ésta pudiera ser de carácter atípico.

### III. LAS FUNCIONES DEL NOMBRE DE DOMINIO

Para el correcto funcionamiento de Internet era necesario crear un sistema de identificación de las máquinas conectadas, con el fin de poder intercambiar información. Con las direcciones IP se satisfacía esa necesidad, puramente técnica, de escaso por no decir nulo valor económico o trascendencia legal. Pero, en su día, surgió el sistema de nombres de dominio con las finalidades de: (1) utilizar caracteres más fácilmente reconocibles por el ser humano y; (2) crear un sistema de direcciones estables con independencia de la ubicación física o dirección IP (susceptible de cambios técnicos), de forma que de paso se aseguraba la portabilidad del nombre de dominio, respondiendo así a la “virtualidad” propia de la red de redes.

La primera de las finalidades aludidas (consistir en caracteres más fácilmente reconocibles por el ser humano), confiere al nombre de dominio una dimensión semántica, que le hace susceptible de adquirir una significación propia y actuar, respondiendo a dicha dimensión, en la mente de las personas como un signo que representa algo de entidad, dentro de un proceso acelerado gracias también en parte a su utilidad práctica.

De ahí que el nombre de dominio pueda actuar, en una Internet que fuera una copia del mundo real, como cualquiera de las palabras<sup>8</sup> o signos que utilizamos en nuestra vida ordinaria, incluyendo obviamente cualquiera de las categorías distintivas objeto de comentario: nombre de persona física, razón social, rótulo de establecimiento, nombre de programa de televisión, marca, denominación de origen, etc. Ello, sin duda alguna, constituye algo de valor económico

<sup>7</sup> Enlaces sobre el Toro de OSBORNE:

- Artículo de Antonio Burgos, 22 de diciembre de 1989 publicado en el diario ABC.

<http://www.antoniburgos.com/antologia/toros/re122289.html>

- “EL TORO DE OSBORNE: ¿VALLA PUBLICITARIA O BIEN DEL PATRIMONIO CULTURAL?” por Carmen Chinchilla Marín Jesús Prieto de Pedro:

<http://www.law.unican.es/administracion/ESTU/98003.htm>

- La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre de 1997:

<http://www.law.unican.es/administracion/juris/sts971217.htm>

- El titular de las vallas tiene una serie de páginas explicando lo acontecido con la esfinge:

<http://www.osborne.es/eltoro/eltoro.htm>

<sup>8</sup> La inmensa mayoría de las palabras que aparecen en diccionarios se encuentran ya registradas como nombres de dominio.

desde el momento en que socialmente se acepta y reconoce esa capacidad semántica y su potencial distintivo<sup>9</sup>; en definitiva, todo ello da lugar a un nuevo recurso en materia identificativa fruto del desarrollo tecnológico.

#### IV. INTERNET: UN NUEVO ÁMBITO DE DESARROLLO PARA EL SER HUMANO

A la vez, Internet, medio en que ha de desplegar su eficacia el nombre de dominio, constituye un nuevo ámbito de desarrollo del ser humano, un espacio de libertad, en el que la intervención de los poderes tradicionales se ve, o se veía en sus orígenes, alterado, lo cual da lugar a una incertidumbre institucional agravada por la obligada perspectiva global con que hay que enfrentarse al problema de su regulación.

Ese ámbito de desarrollo humano que es Internet altera también las identidades conocidas del mundo real, posibilitando la aparición de nuevas formas de identidad, tanto individual como colectiva, respondiendo, por lo demás, a la filosofía de la Sociedad de Red<sup>10</sup> y su estructura de malla con una organización caótica<sup>11</sup>. Diversos autores como Carlos Sánchez Almeida, José Luis Villar Palasí o Santiago Muñoz Machado<sup>12</sup> aluden en sus trabajos ya a este carácter caótico de la Red.

En todo caso, si en los anteriores signos distintivos el objeto o sujeto identificado se encuentra más o menos claro, lo cierto es que ello no puede decirse del nombre de dominio de forma tan contundente.

El nombre de dominio, por supuesto, ha de respetar las instituciones identificativas anteriores a Internet (no sólo las marcas), pero también ha de reflejar la diversidad identificativa propia de la Red de redes, así como los principios y valores que la hicieron posible y albergan todo su potencial.

A la hora de aplicar estos signos distintivos del “mundo real” a Internet, no se puede establecer una relación concreta y unívoca, ni siquiera tomados aisladamente, con los nombres de dominio. La estrategia de identificación y comunicación en la Red, sobre todo para las empresas, no puede hacerse con las mismas premisas que en el mundo real que, en cuanto a los signos distintivos de trascendencia jurídica, da la impresión de encontrarse circunscrito al estrecho ámbito del mercado.

Signos como logotipos, que en el mundo real despliegan una feroz eficacia, quedan desvanecidos en Internet, como pone de manifiesto Alfons Cornella<sup>13</sup>, quien llega a afirmar que “los logos juegan poco en la Red (...) y que en cambio el gran poder de reconocimiento está en los nombres”. Esta importancia de los nombres de dominio, prevaleciendo en la Red sobre otros signos distintivos, hace posible, según comenta Cornella, que se puedan hacer campañas publicitarias como la llevada a cabo por Jazztel con el portal <http://www.ya.com>, en la que el dominio se escribía con muchas tipografías diferentes; lo cual sería impensable en una estética de fijación de campañas tradicionales de marca.

#### V. INTERNET, EL ÁMBITO AL QUE QUEDA REFERIDO EL NOMBRE DE DOMINIO

Siendo Internet un nuevo ámbito de desarrollo para este original signo distintivo, que además se encuentra todavía en proceso de definición, el nombre de dominio nace con unas características propias, alejadas del mundo real, reflejando la propia filosofía a la que obedece su ámbito de actuación, el espacio que define. Intentar reconducir, por tanto, el nombre de dominio a las categorías actuales resulta simplemente imposible y, de intentarse, sería una equivocada actuación, dado que estaría limitando artificialmente las posibilidades que tiene Internet.

<sup>9</sup> Durante muchos años pocas personas se dieron cuenta de esta trascendencia.

<sup>10</sup> Para un amplio estudio sobre la Sociedad en Red, consultar la obra “La era de la información: economía, sociedad y cultura” de Manuel Castells. Alianza Editorial, 1998. Obra compuesta por tres densos volúmenes: Volumen 1, “La sociedad red”; Volumen 2, “El poder de la identidad”; Volumen 3, “Fin de milenio”.

<sup>11</sup> En la Resolución judicial por la que se declara inconstitucional la CDA, se comenta al respecto lo siguiente: “La ausencia de regulación gubernativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una especie de caos, pero, como uno de los expertos propuestos por los demandantes indicó en el curso de la vista, lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. La fuerza de Internet es ese caos. Como sea que la fuerza de Internet es el caos, la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera Enmienda. Por estas razones, sin dudarlo, considero que la Ley de Decencia en las Comunicaciones es “prima facie” inconstitucional y concedo las medidas cautelares solicitadas”.

<sup>12</sup> “La regulación de la red: Poder y Derecho en Internet”. Santiago Muñoz Machado. Ed. Taurus, 2000. Libro en el que su autor afirma que Internet ha puesto de moda “no despreciar, si es que alguna vez ha sido completamente menospreciado, el caos como forma de organización”.

<sup>13</sup> Alfons Cornella es profesor del Departamento de Sistemas de Información de ESADE (Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas de Barcelona) y ha desarrollado una Web denominada revista de infonomía que reside en la dirección <http://www.infonomia.com>. Mensaje 487, de 15 de febrero de 2000.

La potencialidad del sistema de nombres de dominio como sistema de identificación, en cierto modo, refleja el espíritu del espacio que identifica, y no se debe omitir ese espíritu en las regulaciones y análisis que se hagan. En el desarrollo de esa actividad se ha de ser respetuoso con los principios y valores que hicieron posible Internet; de otro modo, estaremos minando gravemente las posibilidades de que el ser humano empiece realmente a beneficiarse de este gran avance tecnológico.

Manuel Batllé resaltaba esta importancia de la denominación, al decir que “el estudio jurídico del nombre tiene un gran interés por las continuas observaciones de psicología social que se hacen, ya que el sistema de denominación refleja el espíritu de un pueblo. No en vano, “nuestro gran jurisconsulto D. Joaquín Costa considera tanto el sistema de denominación como un trasunto y reflejo de la organización social, que lo toma como base para sus inducciones respecto a la organización y estado de la familia celtibérica”.<sup>14</sup>

En cuanto al nuevo medio que supone Internet, recordemos ahora lo que hace tiempo se decía sobre otra disciplina que si se considerara “solamente como una simple actividad humana, su consecuencia inmediata es una auténtica revolución y alteración de los conceptos del espacio distancia y tiempo, que han llevado consigo la formación de una nueva conciencia con la consiguiente repercusión en las ideas del hombre”. La consideración de esta actividad humana como fenómeno jurídico “se refleja principalmente en los campos comercial e internacional y supone, además, un poderoso impacto en el derecho en general y en la política internacional de los distintos países”.<sup>15</sup>

Cualquiera diría que esta cita cuenta con menos de 10 años y que la actividad humana de referencia es la configurada por la red de redes; pero, como se observa, ésta no es sino una de las innumerables veces en que la humanidad se ha tenido que enfrentar a nuevas situaciones derivadas de los avances producidos por el progreso técnico y social.

El desarrollo técnico de la aeronáutica dio lugar a la creación de un espacio de desenvolvimiento huma-

no, con unas características propias, en cuanto a extraterritorialidad (en el sentido que venía entendiéndose la territorialidad), y la necesidad de abordar el problema de su regulación desde una perspectiva global. Con Internet, a todo ello, habría que sumar entre otras muchas cosas la tremenda proximidad al ciudadano que presenta, además del carácter, más que global, no territorial de las cuestiones que se plantean.

El concepto de territorialidad, en Internet, no es que se interprete de otra forma, es que simplemente se desvanece, de ahí considerar Internet como un espacio “desterritorializado”.

Por otro lado, las consideraciones jurídicas de la aeronáutica afectaban de forma esencial a muy pocas personas (los Estados nacionales y grandes líneas aéreas) en las que el ciudadano pasaba simplemente a tener la mera consideración de consumidor. En Internet no sucede eso, al menos en sus orígenes y primeros desarrollos. La Red de redes posibilita el acceso a mayores cuotas de poder de ciudadanos que nunca lo han tenido, aunque parezca extraño. El poder, obviamente, se encuentra amenazado por ello e intenta, como es ostensible, que los particulares adquieran tan sólo la consideración de consumidores dóciles o indóciles, mejor que una presencia activa en los procesos de definición de los recursos que se crean con el desarrollo tecnológico, desconociendo así que sin diversidad ni confrontación el progreso es sencillamente impensable.

Pero no es esto algo nuevo, las técnicas de comunicación a través del espacio electromagnético constituyen un ejemplo de creación de nuevos recursos o formas de valor a consecuencia del desarrollo tecnológico, según es destacado por Milton Mueller<sup>16</sup>, que requieren el establecimiento de sistemas de apropiación propios dando lugar al cambio institucional. Desde otra perspectiva, Manuel Castells también incide en esta cuestión<sup>17</sup>, al decir, al principio de las conclusiones del segundo volumen de su obra, que “en los albores de la era informacional, una crisis de legitimidad está vaciando de significado y función a las instituciones de la era industrial”.

<sup>14</sup> Poesía popular española y mitología y literatura celto-hispana. Madrid, 1888, páginas 224 y siguientes. Citado en el trabajo de Manuel Batllé.

<sup>15</sup> TAPIA SALINA, Luis. “Curso de Derecho aeronáutico”, Ed. Bosch, 1980. p. 3.

<sup>16</sup> “Technology and institutional innovation: Internet domain names”. Artículo publicado en el “International Journal of Communications Law and Policy”. Vol. 5, verano de 2000 ([www.ijclp.org](http://www.ijclp.org)).

<sup>17</sup> CASTELLS, Manuel. “La era de la información: economía, sociedad y cultura”. Volumen 2 “El poder de la identidad”. Alianza Editorial, 1998. p. 393. En especial, la conclusión, “el cambio social en la sociedad de red”.

El hombre ha tenido que enfrentarse desde casi siempre con nuevos ámbitos de actuación y desarrollo que reclaman el establecimiento de una regulación; si bien, los cambios que provoque Internet quizás sean realmente excepcionales, aunque tardemos muchos años en disfrutar plenamente de ello. Por otro lado, ni el desarrollo de las técnicas de navegación en el mar, ni el descubrimiento del espacio aéreo o la utilización del espectro electromagnético introducen grandes novedades en materia de identificación, al menos no alcanzan ni de lejos a la envergadura de Internet<sup>19</sup> y los nombres de dominio.

Los problemas de identificación han acompañado siempre al hombre. Uno de los libros más antiguos que se conocen, y que forma pieza clave de la cultura y tradición judeocristiana, la Biblia, se ocupa desde sus primeras palabras de materias identificativas. Así, podemos leer (Génesis 1:5) que tras crear la luz y las tinieblas, Dios decidió ponerles nombre y, en ese momento, es cuando surgen la mañana y la noche del primer día.

Un poco más adelante en el Texto Sagrado (Génesis 2:19), el hombre se hace depositario de una facultad cuasidivina, cual es la de nombrar los animales, pues allí se indica que Dios creó a los animales y los trajo al hombre para ver cómo los llamaría, porque cada ser viviente debía tener el nombre que le pusiera el hombre.

Por lo demás, Dios es el único en la Biblia que no tiene nombre. Entre otras cosas, acaso porque al ser único, de acuerdo con la tradición judeocristiana, no necesita nombre para distinguirse de otros y ser individualizado.

Sin remontarnos tanto en la Historia, ya comentaba Batllé que la primera necesidad de individualizar (no cosas, que probablemente sería lo primero, sino sujetos) estaría referida a los individuos aislados que forman la comunidad. A medida que las estructuras sociales de ésta aumentan en número de elementos y complejidad, la necesidad de identificación se extiende a estos elementos que aglutinan en torno a sí un determinado conjunto de relaciones e intereses formando parte en cierto modo del entramado institucional. El Derecho, en este apartado, se ocupa fundamentalmente de los medios identificativos que giran en torno a sujetos o determinados bienes de éstos dignos de protección.

A lo largo de la Historia, el hombre ha utilizado numerosas categorías distintivas de trascendencia jurídica que han estado inmersas en una constante evolución. Pero de todos los grupos normativos que surgirían al analizar los anteriores elementos, no se extrae a priori un derecho de signos distintivos e identificadores.

En este contexto, los nombres de dominio surgen como el elemento identificador que, en un momento dado, puede hacer las veces, en Internet, de nombre, apellido, razón social, marca, nombre comercial, rótulo de establecimiento, denominación "oficial", título de una obra intelectual o incluso denominación de origen. En definitiva, puede operar como cualquiera de las categorías distintivas anteriores a la aparición de Internet. Por ello, desde hace algún tiempo, vengo a designar al nombre de dominio como el principal elemento identificador de las distintas iniciativas que surgen en Internet; en un intento de aglutinar con la expresión "iniciativas" la variada casuística que puede residenciarse en una sede Web bajo un determinado dominio.

Los signos distintivos tradicionales tratados han tenido siempre -con algunas salvedades- un ámbito de aplicación más o menos claro. Ello equivale, en cierto modo, a decir que no había dudas sobre el espacio que define, ni sobre los sujetos o identidades que, de algún modo, ostentan el derecho al nombre. En Internet, por el contrario, no se encuentra claro ni el ámbito de aplicación, ni los sujetos o identidades que ostentan el derecho y que, consecuentemente, han de verse reflejados en el nombre de dominio.

El espacio que intenta definir el nombre de dominio es impreciso dado que, como hemos dicho, éste se encuentra todavía en proceso de definición. La "sociedad de la información" se encuentra aún en fase embrionaria.

## VI. PERSPECTIVA GLOBAL DE LOS NOMBRES DE DOMINIO

"El mundo, de repente, ha crecido, y con él y en él la vida. Por lo tanto, ésta se ha mundializado efectivamente; quiero decir que el contenido de la vida en el hombre de tipo medio es hoy todo el planeta; que cada individuo vive habitualmente todo el mundo. Hace poco más de un año, los sevillanos seguían hora

<sup>19</sup> Ver en este sentido la interesante reflexión que realiza Eloy Portillo Juan Hartza: "Los sujetos ante el mundo digital", publicado inicialmente en "Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura", Nº 23, noviembre de 1995, que en la Red se puede obtener en: <http://www.rediris.es/rediris/boletin/39/enfoque2.html>

por hora, en sus periódicos populares, lo que estaba pasando a unos hombres junto al Polo, es decir, que sobre el fondo ardiente de la campaña bética pasaban témpanos a la deriva. Cada trozo de tierra no está ya recluido en su lugar geométrico, sino que para muchos efectos visuales actúa en los demás sitios del planeta. Según el principio físico de que las cosas están allí donde actúan, reconoceremos hoy a cualquier punto del globo la más efectiva ubicuidad. Esta proximidad de lo lejano, esta presencia de la ausente, ha aumentado en proporción fabulosa el horizonte de cada vida.”

Esta cita, cuyo texto resaltado parece extraído de alguna de las publicaciones digitales actualmente al uso -si bien con un tono algo clásico para la altura de los tiempos actuales-, data de 1937 y forma parte del libro «la rebelión de las masas», del inmortal Ortega y Gasset.

No es, por tanto, la mundialización –ahora conocida como globalización- un término que se haya acuñado en fechas recientes, ni su concepto algo nuevo surgido con ocasión de Internet. Si bien ésta, a diferencia de otros fenómenos, nació prácticamente desde su inicio con una perspectiva global.

Aunque más que global habría que decir abierta y no cerrada, dado que en el momento que haya estaciones espaciales permanentes estables, allí estará también Internet. La Red de redes introduce la necesidad de abordar su estudio, más que desde una perspectiva global o internacional, desde consideraciones no territoriales; constituye un espacio “desterritorializado”, en el que se diluyen, más que aglutinar, las categorías territoriales tradicionales.

De todas formas, tampoco Internet tiene en exclusiva su originaria perspectiva global. En otros ámbitos, también conflictivos y desarrollados originariamente desde instituciones militares, de investigación y descubrimiento, como son el mar y el aire, cuando se abordó de una manera seria su organización, la perspectiva global venía impuesta por la técnica y todos los intereses en juego.

Desde el momento en que una comunidad se agranda y, de una forma u otra, absorbe, se une o es engullida por otra, en algunos aspectos y sentidos, comienza a dirigirse por caminos cercanos hacia objetivos más o menos comunes. Entonces, la comunidad ha de enfrentarse con su transformación y proceso de cambios en costumbres, usos sociales, procedimientos de resolución de conflictos y, consecuentemente con lo anterior, también en su sistema jurídico.

Esta circunstancia acompaña al hombre desde que es tal. Ahora bien, la necesidad de abordar algunos de estos problemas con carácter global o universal es algo más moderno. El origen del proceso de globalización, por remontarnos en la historia y en el caso de que en efecto tenga uno y no sea el propio nacimiento del hombre, podemos situarlo con el descubrimiento de América y, consecuentemente, la asunción plena de que la Tierra es redonda. Desde ese momento, han existido numerosos intentos de homogeneización global en mayores o menores ámbitos, en un proceso en que Internet, si bien pueda resultar paradigmático, no es más que el último de los estadios conocidos.

Pero la globalización no incluye únicamente tendencias de homogeneización. Últimamente ha posibilitado, quizás de una forma paradójica, pero como no podía ser de otra forma, un resurgimiento de los movimientos regionalistas o incluso movimientos más o menos minoritarios pero dispersos por el mundo. Internet y el proceso de globalización posibilita que personas con intereses minoritarios en su ámbito territorial ordinario puedan ponerse en comunicación con personas que comparten esos mismos intereses, pero situadas lejos de ellos. De esta forma, movimientos que pudieran tener escasa y dispersa presencia, gracias a la globalización, pueden aglutinar voluntades y esfuerzos para hacer más efectiva su actividad y difundir más eficazmente su discurso.

Ello genera la creación de auténticas comunidades virtuales, muy separadas físicamente, y por tanto de identidades compartidas que prescinden por completo o en gran medida de las identidades territoriales ordinarias. Esa generación de identidades no territoriales se encuentra en proceso de formación y en los próximos años empezarán a desarrollarse.

## VII. LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL QUE COMPRENDA LOS ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN DE TRASCENDENCIA JURÍDICA QUE UTILIZA EL SER HUMANO

El carácter dinámico de los fenómenos distintivos, que en cierto modo pone de manifiesto la ausencia de una categoría que les confiera mayor coherencia, lleva al profesor Enrique Bardales incluso a aventurar la incorrección de la categoría jurídica de signo distintivo, llegando a afirmar que éstos no existen como tales. Para ello, considera que ha de hablarse de la propia distintividad como un hecho de trascendencia jurídica, que lo convierte en el verdadero objeto de Derecho cuando se analizan los mal, en su opinión, llamados signos distintivos.



Sin faltarle razón al indicado autor, personalmente estimo que, por el momento, no resulta conveniente abandonar la categoría de signo distintivo que, en todo caso, estaría formado por las categorías de elementos susceptibles de contar con una distintividad adherida.

Ahora bien, debemos coincidir con Bardales en que lo verdaderamente importante no es en sí el signo o elemento concreto, que como veremos está afectado por una gran mutabilidad. Lo que está detrás del signo es lo importante. Para el comentado autor, es la distintividad. En mi opinión, detrás del signo se sitúa la propia identidad, reflejada en el signo; y es ésta la que, desde diferentes perspectivas, constituye el objeto del Derecho o el bien protegido por las regulaciones que se ocupan de materias distintivas.

Los signos distintivos tradicionales tratados en líneas precedentes han tenido siempre -con las salvedades expuestas- un ámbito de aplicación más o menos claro. Ello equivale, en cierto modo, a decir que no había dudas sobre el espacio que define, ni sobre los sujetos o identidades que, de algún modo, ostentan el derecho al nombre. En Internet, por el contrario, no se encuentra claro ni el ámbito de aplicación, ni los sujetos o identidades que ostentan el derecho y que, consecuentemente, han de verse reflejados en el nombre de dominio.

El espacio que intenta definir el nombre de dominio es impreciso dado que, como hemos dicho, éste se encuentra todavía en proceso de definición. La "sociedad de la información" se encuentra aún en fase embrionaria.

Por otro lado, y a diferencia de la correspondencia que existe entre nombre y persona física, marca y producto o servicio, o razón social y persona jurídica, Internet no ofrece de momento un término claro para situarse en el binomio al lado del nombre de dominio. Por ello, en el presente trabajo, se ha decidido denominar al elemento identificado con el nombre de dominio como "iniciativa" en Internet.

En el desarrollo de esta actividad de integración, además de considerarse las categorías identificativas de trascendencia jurídica que actualmente utilizan los seres humanos, han de respetarse también los valores

y principios que hicieron posible Internet. De otra forma, estaremos cortando las alas a una nave que, iniciando tímidamente su vuelo, apenas si se ha separado del suelo unos pocos centímetros.

El Consejo de Estado Francés, en esta línea, manifestaba lo siguiente: "Ya que ésta es la apuesta: actuar de tal manera que el mundo que está naciendo bajo nuestros ojos, portador de enriquecimiento, de crecimiento y de intercambios entre los pueblos acompañe el dinamismo de las empresas pero en el respeto de la persona humana. A la globalización económica deben corresponder las elecciones políticas y éticas, al tiempo que ilustran el tipo de sociedad, las relaciones entre actores y finalmente la escala de valores que deseamos que se adopte en el mundo virtual. No se trata de militar por un enfoque «romántico» de Internet en torno a un idealismo humanista europeo, sino probar, una vez más, la capacidad de nuestro Viejo Mundo para imaginar el de mañana, teniendo en cuenta su diversidad cultural y su apego a la defensa de los derechos del hombre".

## VIII. CONCLUSIÓN

Internet ha propiciado la creación de un nuevo ámbito conflictivo de desarrollo de la actividad humana, con el que surgen nuevas identidades y manifestaciones de lo público que han de tener el adecuado reflejo institucional. La propia Internet como espacio o lugar se encuentra en proceso de definición y, hasta el momento, los nombres de dominio se configuran como el principal signo identificador de las iniciativas que alberga, sobre todo en el entorno de la *World Wide Web*.

El nombre de dominio, como el último de los signos distintivos con trascendencia jurídica que ha conocido el ser humano pone de manifiesto la insuficiencia de las doctrinas actuales en materia distintiva y la necesidad de plantear una teoría general que integre éste con los diferentes elementos individualizadores y distintivos de trascendencia jurídica a que da lugar la actividad humana. Igualmente, deberán determinarse los sujetos o identidades que han de ostentar el derecho al nombre de dominio y su configuración detallada, en un marco respetuoso tanto con las instituciones identificativas anteriores a Internet, como con los valores y principios que la hicieron posible. Esa es la apasionante tarea que se abre ante nosotros.

# LA DISTINTIVIDAD COMO OBJETO DE DERECHO: REFLEXIONES SOBRE EL CONFLICTO ENTRE NOMBRES DE DOMINIO Y SIGNOS DISTINTIVOS

Enrique Bardales Mendoza\*

## PRELIMINAR

El uso del Internet ha generado diversas relaciones jurídicas que en su mayoría no se encuentran reguladas de modo suficiente; en algunos casos, presenta problemas cuya solución merece una reflexión sobre las instituciones jurídicas actuales y cómo se adecúan a la utilización de nuevas tecnologías. De este modo, se debe comprender de modo suficiente cómo los derechos actualmente reconocidos se ven afectados por la aparición de nuevos elementos inexistentes en el momento en el que fueron concebidos.

En tal sentido, el alcance del derecho existente, su forma, su extensión, sus límites, sus procedimientos, el modo de adquisición y la forma como pueden ser vulnerados, han sido definidos respecto de un momento histórico determinado y en consecuencia la validez de éstos sólo puede ser comprendida respecto de esas variables espacio y tiempo.

En efecto, esta circunstancia determinó que el uso del Internet como herramienta de comunicación genere nuevos problemas que debían ser resueltos por nuestro sistema jurídico actual; en consecuencia, surgieron, como era de esperarse, problemas de toda índole, desde nuevos supuestos de competencia desleal, como nuevas modalidades de apropiación ilícita de derechos de autor, hasta conflictos de nombres de dominio con signos distintivos.

*El texto que se encuentra a continuación representa un esfuerzo necesario por identificar los principales problemas generados respecto del aprovechamiento de la distintividad ajena en los nombres de dominio, impulsado por el crecimiento de un medio de transmisión de información tan difundido como es Internet.*

*En tal sentido, efectuando precisiones y deslindes acertados, el autor centra en la base del problema la identidad que se piensa, equivocadamente, existe entre signo y distintividad, lo cual incluso se refleja en la adopción por parte de los estados de modos inadecuados de adquisición de derechos.*

*Así, tras identificar la naturaleza de los derechos en conflicto, el autor concluye que son los propios límites al uso exclusivo de los nombres de dominio (léase territorialidad y conexión competitiva) los que constituyen una traba a la protección adecuada de los mismos frente a su uso inapropiado como parte de un nombre de dominio en Internet.*

---

\*Abogado. Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En el presente artículo estudiaremos a la distintividad como objeto de derecho y realizaremos algunas reflexiones respecto del conflicto entre nombres de dominios en Internet y signos distintivos.

El conflicto entre nombres de dominio y signos distintivos ha sido tratado desde diversas perspectivas teniendo en consideración diversos intereses; estos estudios han pretendido enfrentar el problema considerando como elemento dominante y central a las marcas famosas y notoriamente conocidas. En otras palabras, los estudios pretenden buscar solución a un problema, que es real, cierto, evidente y finalmente penoso; utilizando argumentos que resultan insuficientes y que como consecuencia determinan que sus conclusiones resulten propiamente insostenibles.

En este orden de ideas consideramos que el análisis previo a la propuesta de cualquier solución sería correspondiente al estudio de la distintividad como objeto de derecho; precisar sus límites, su naturaleza jurídica y los efectos que tiene en la actividad económica moderna resulta, pues, inevitable para comprender el fondo del problema.

## LA DISTINTIVIDAD

El estudio de la distintividad representa ciertos obstáculos que se deben superar. En efecto, la mayoría de sistemas normativos representan hipótesis de incidencia que difícilmente se podrían verificar. Esta situación se da porque la definición que tienen de distintividad es equivocada o es insuficiente. En todo caso, el concepto de distintividad que se utiliza en la mayoría de países es completamente inaplicable en términos prácticos.

En este sentido, antes de intentar una definición de distintividad debemos precisar que la distintividad es una cuestión de hecho. Situación que por tener esa condición, es naturalmente mutable, puede sufrir variaciones, podría aumentar, disminuir, perderse, diluirse y, eventualmente, podría recuperarse. Siendo la distintividad una cuestión de hecho se comprenderá fácilmente que ésta no depende del signo *per se* sino que está condicionada a elementos externos que condicionarán su existencia.

En términos estrictamente ontológicos resulta imposible hablar de signos distintivos; esta situación es un imposible fáctico e imposible en términos propiamente jurídicos. En efecto, no existen signos distintivos en términos abstractos, lo que existen son signos o medios que han adquirido distintividad. La distintividad en tanto tal, en tanto situación de hecho, se adquiere

y su vigencia depende de circunstancias de hecho en su totalidad; no depende del signo en sí sino de una circunstancia externa. Eso demuestra por qué el signo sigue existiendo a pesar de que la distintividad que había recibido por adhesión haya desaparecido.

De este modo, se debe concluir que la distintividad es independiente del signo que la tiene adherida; la distintividad será en consecuencia una cuestión relativa. Entendida de este modo la distintividad como un elemento de connotaciones relativas a situaciones de hecho, se debe intentar una definición para luego establecer cuáles son las características que la rodean.

La distintividad la entendemos como una situación de hecho de naturaleza mutable y temporal que concede al signo al cual se adhiere connotaciones diferenciadoras perfectamente independientes de la naturaleza ontológica del mismo.

Las características más relevantes de la distintividad:

a) Es una situación de hecho

La distintividad es una situación de hecho y en consecuencia es el resultado de un proceso que posee diversas etapas; en efecto, la distintividad se forja a partir de la elección de un signo al cual se le quiere adherir distintividad, el mismo que se utilizará para participar en actividades económicas como elemento diferenciador. Es así que, dependiendo de ciertas circunstancias, también de hecho, esta finalidad puede cumplirse o no. De ser el caso en que se logre conseguir que los diversos agentes económicos identifiquen esta función diferenciadora, el signo objeto pasivo se convertirá en un signo que ha adquirido por adhesión distintividad. Desde este momento, en el que los diversos agentes económicos aprehenden dicha distintividad, la distintividad se convierte en hecho jurídico cuyo destino puede ser impredecible.

b) La distintividad no pertenece al signo.

El signo considerado en términos ontológicos no es distintivo por sí mismo; el signo hasta antes de adquirir distintividad simplemente es un signo sin contenido, sin mensajes diferenciadores, ni vida. Resulta materialmente imposible hablar de signo distintivo, pues la distintividad va adherida y es una condición que no depende del signo; el signo siempre será el mismo, su valor no depende del signo por sí mismo, sino depende en todos los casos de la existencia y vigencia de la distintividad

que en él se adhiere. En consecuencia resulta un error señalar que existen signos distintivos.

En tal sentido, podría presentarse el caso de signos idénticos que cumplan funciones diferenciadoras simultáneamente, pues la distintividad no tiene una única forma de manifestarse y, en consecuencia, existe la posibilidad real de coexistencia de signos que tengan adheridas diversas distintividades.

Sin embargo, se debe determinar si es posible que cualquier signo pueda recibir la adhesión de una distintividad determinada. En tales circunstancias se debe precisar que a pesar de que el signo no es en términos ontológicos distintivo; no todos los signos se encuentran en aptitud de recibir esta situación de hecho, dependerá de las funciones que se le pretende atribuir.

En efecto, la distintividad a pesar de que es una cuestión de hecho y en consecuencia resulta impredecible determinar en todos los casos cómo se manifiesta; no todos los signos pueden recibir la distintividad que un agente económico pretenda crear. Existirán determinados signos que por la función que cumplen no podrían soportar esta adhesión; este límite también es una cuestión de hecho. No depende de cuestiones en estricto de consideraciones normativas sino de situaciones de hecho recogidas por el derecho que impiden que esto suceda.

**c) La distintividad es mutable**

La distintividad como cuestión de hecho presenta ciertas características que no dependen del signo en sí mismo, sino que están en estrecha vinculación con factores externos; en consecuencia, la distintividad no se mantiene incólume frente al transcurso del tiempo y el acontecimiento de diversos hechos. La distintividad puede aumentar, en cuanto nivel y extensión de conocimiento; puede incrementarse en sí misma, agregar nuevas condiciones distintivas. La distintividad puede disminuir, en tanto la distintividad representa un *status* en un momento histórico determinado que depende de situaciones externas; ésta puede decrecer debido a que los titulares de esta distintividad no han implementado políticas de cuidado y vigilancia de la distintividad que han logrado generar, o debido a que los agentes económicos la utilizan de modo indebido o a que es utilizada de modo injustificado para beneficio particular. De

estas afirmaciones se puede concluir que las características de mutabilidad que presenta la distintividad representan de modo indiscutible que estamos frente a un elemento con vida propia cuya existencia dependerá no sólo de normas que aseguren su permanencia en el tiempo sino de factores externos que pueden vencer cualquier hipótesis no prevista.

**d) Alcances territoriales de la distintividad**

La distintividad presenta ciertos límites que deben precisarse con claridad; en efecto, se debe establecer de modo preciso cuáles son los límites del derecho que sobre la distintividad se adquiere. En primer lugar, se debe tener en consideración el espacio geográfico. La distintividad como elemento dinámico tiene que ser reconocida por las autoridades competentes de los países en los cuales se adquiere; esto implica que en principio el derecho que se reconoce sobre la distintividad está vinculado a un territorio determinado. Sin embargo, las condiciones de tráfico comercial moderno determinan que esta distintividad la mayoría de las veces traspase las fronteras nacionales y pueda ser conocida en diversos lugares simultáneamente. A pesar de que la distintividad es reconocida respecto a un territorio determinado, ésta puede ir adquiriendo distintividad en lugares distintos; en consecuencia, en tanto la distintividad es una cuestión de hecho se puede identificar geográficamente los alcances de ésta. Identificando estos límites debemos concluir que es posible que existan signos idénticos en diversas partes del mundo pero cuya distintividad se manifiesta de modo diferente. La distintividad es única e irrepetible; de ser el caso que existan signos que tienen adheridas una distintividad idéntica estamos hablando de aprovechamiento del derecho de un tercero por lo que la distintividad imitativa que se adhiere al signo no puede constituir objeto de derecho. En consecuencia, dicha protección no es válida y las casualidades de coincidencia distintiva están fuera de toda consideración.

De acuerdo a nuestra concepción de distintividad, es posible que se utilicen signos idénticos. Esta situación es válida. El hecho que resulta no tolerable es que dos signos pretendan tener adherida una misma distintividad. En consecuencia, si bien el derecho sobre una determinada distintividad siempre estará vinculado a un espacio geográfico determinado, la protección que ésta recibirá excederá el espacio geográfico pues la buena fe

comercial en las condiciones económicas actuales no tiene límite territorial.

e) Alcances competitivos de la distintividad

La distintividad la mayoría de las veces ha sido asumida como una característica del signo; como si fuera una manifestación de la naturaleza ontológica de éste. Esta situación resulta ser completamente errónea y en consecuencia conduce a conclusiones manifiestamente equivocadas respecto de la naturaleza del signo. En efecto, el signo no tiene diversas formas de manifestarse, por lo que si se asume la posición de hablar de signo distintivo, tendría una única forma de distintividad y en consecuencia no podría ser utilizado como medio diferenciador en el mercado por diversos titulares.

En tal sentido, la posibilidad de coexistencia de signos idénticos para productos o servicios que no guardan conexión competitiva o cumplan funciones de diversa naturaleza es válida, en tanto no tengan adherida la misma distintividad. En consecuencia, el derecho sobre la distintividad es absoluto, no tiene a nuestro entender un límite territorial respecto a la extensión de su protección, la distintividad no puede ser compartida. Lo que se puede compartir es el signo que se utiliza para adherir la distintividad.

Sin embargo, por cuestiones de orden práctico estimamos que a pesar de que la distintividad es única y que el signo distintivo es sólo el elemento que sirve para adherirla, no es conveniente que coexistan signos idénticos para diferenciar productos o servicios que sí tienen conexión competitiva. La permisibilidad en el uso de signos idénticos está referida cuando no existe conexión competitiva y la distintividad que va adherida al signo no es idéntica.

f) Modo de adquirir el derecho sobre la distintividad

La forma a través de la cual se adquiere el derecho sobre la distintividad, la mayoría de las veces ha estado vinculada a la adquisición del derecho sobre el signo que lo posee. De este modo, existen diversas formas de adquirir el derecho dependiendo de la "naturaleza del elemento distintivo". En casi la totalidad de sistemas predomina el sistema constitutivo del derecho, esto quiere decir que la concesión del derecho está condicionada al seguimiento de un trámite administrativo.

En estos sistemas constitutivos de derecho observamos una situación que no corresponde de modo eficiente a lo que es la distintividad. En efecto, para la concesión de derechos sobre los diversos tipos de "signos distintivos" se contempla un requisito esencial. Aunque resulte propiamente incongruente se solicita que el registro del signo cumpla con el requisito de distintividad; como si lo que en esencia se protegiera es el signo y no la distintividad. En este orden de ideas, tal requisito es un absurdo e imposible jurídico pues el signo por naturaleza no es distintivo; el signo en sí mismo no puede informar sobre distintividad alguna si previamente no tiene adherida una distintividad. En consecuencia, el registro como elemento constitutivo de derecho no es una posibilidad coherente, la simple presentación de una solicitud que contiene un signo no puede ser evaluada respecto de la distintividad por el motivo que la distintividad es una cuestión de hecho que sólo se puede reconocer cuando se manifiesta y ésta no se puede verificar independientemente de su uso efectivo.

En consecuencia, los sistemas que establecen como requisito de concesión de derecho el carácter de distintividad del signo caen en el error de exigir una condición que no se puede verificar. Imposible de establecer si el signo solicitado tiene adherida una distintividad si ésta no ha sido utilizada; ¿Se protege al signo o la distintividad? No admite discusión que lo que realmente se pretende proteger es la distintividad, el objeto de la protección es la distintividad y no el signo que la tiene adherida. En consecuencia, resulta un imposible jurídico establecer que la forma de adquirir el derecho es constitutivo y que depende de un trámite administrativo.

En esencia el error parte del hecho de intentar proteger al signo como elemento relevante del sistema de propiedad intelectual, en lugar de establecer el correcto sentido de la protección que debe estar dirigida hacia la distintividad que se adhiere al signo.

De este modo, la forma más eficiente de reconocimiento jurídico de la distintividad es un sistema declarativo del derecho, en el cual el sistema legal sólo reconoce algo que ya se ha manifestado de modo cierto y comprobable en la realidad económica. Es así que el sistema tendría connotaciones racionales respecto de la naturaleza ontológica de la distintividad.

Este sistema de concesión de derechos respondería de modo adecuado a la naturaleza de la distintividad, que es una cuestión de hecho de naturaleza mutable y que resulta ser el resultado de un proceso iniciado por su titular. De este modo, siguiendo el razonamiento de concesión de derecho, éste se mantendrá incólume mientras la distintividad se encuentre vigente.

g) Temporalidad del derecho de distintividad

La distintividad, como hemos analizado a lo largo del presente trabajo, es una cuestión de hecho, de naturaleza mutable cuya vigencia en el tiempo depende de diversos factores que se encuentran en relación dinámica con la misma. En efecto, la distintividad se constituye en un momento histórico determinado y responde a las condiciones de percepción de los diversos agentes económicos perfectamente identificables en el tiempo. Sin embargo, teniendo en consideración los argumentos precedentemente esgrimidos, resulta materialmente imposible establecer de modo indubitable el tiempo en el que la distintividad seguirá cumpliendo sus funciones. De este modo, cualquier sistema jurídico que establezca un plazo de duración del derecho debe ser considerado como un punto de referencia mas no como una condición imperativa, pues la realidad se impone siempre a cualquier consideración normativa y su duración en el tiempo no podría ser uniforme para todos los casos.

En tal sentido, resulta perfectamente posible que la distintividad se mantenga incólume con el transcurso de los años, y pueda ser objeto de derecho por tiempo indeterminado; de modo inverso, no resulta descabellado pensar que factores ajenos a la misma terminen por hacerla extinguir en cualquier momento. Es así, que la duración del derecho en el tiempo no depende de límites normativos sino de la relevancia ontológica de la distintividad.

h) Sistemas de protección de la distintividad

La distintividad no es un objeto de derecho aisladamente considerado para los sistemas normativos actuales; esta situación se presenta por el error de considerar al signo como un elemento distintivo. Es así, que se ha implementado diversos sistemas de protección en base a la consideración de la existencia de signos distintivos.

De este modo, el sistema de propiedad industrial considera algunas clases de signos distintivos y

una protección especial para cada uno de ellos. La protección que le asigna variará dependiendo del signo frente al cual nos enfrentamos; sin embargo, y esto resulta una constante, se intenta dar una protección integral a todas las funciones que puedan desempeñar en el mercado.

En consecuencia, el derecho que se adquiere con el registro de los mal denominados signos distintivos está referido en esencia al signo. De modo indirecto, a la distintividad por el hecho de considerar que el signo puede perder distintividad.

En este orden de ideas, debemos aceptar que si bien la distintividad es una cuestión de hecho, no es menos cierto que la distintividad cumplirá diferentes funciones respecto del tipo de uso que se le quiera otorgar; por ejemplo cumplirá una función determinada si se le asocia con la finalidad de distinguir productos entre sí en el mercado, si pretende distinguir prestaciones de servicios entre sí o si distinguirá actividades económicas. Esto nos remite al hecho que la distintividad puede cumplir diferentes funciones respecto del uso que se le quiera otorgar y a la naturaleza de la función que pretenda cumplir.

En este orden de ideas, de la totalidad de signos que se utilizan en las diversas actividades sociales, un gran número de éstos en principio no tienen por qué tener adherida una distintividad para cumplir las funciones para los que han sido concebidos. Sin embargo, esta situación no es obstáculo para que alguno de estos signos que no requieren tener una distintividad adherida para cumplir sus funciones llegue a tenerla, o en todo caso que su titular le conceda esta cualidad de hecho que de modo inevitable le otorgará un valor adicional.

i) La distintividad y los medios materiales que la reciben por adhesión

La distintividad, en tanto es entendida como una situación de hecho, requiere ineludiblemente de la presencia de un elemento material que la represente, que la tenga adherida y que finalmente pueda ser reconocida y ubicada en la memoria de los consumidores para que en el momento que éstos estimen pertinente la puedan utilizar como medio diferenciador en un proceso volitivo de consumo. Sin embargo, resulta pertinente indicar en este punto que la distintividad por las características que hemos identificado puede tener diversos medios a través de los cuales puede represen-

tarse. En este punto debemos advertir que la distintividad no es lo mismo que el contenido ideológico y que las representaciones mentales que pueda generar. El signo puede adherirse simultáneamente en diversos medios materiales, sin que existan múltiples derechos o que se produzca la coexistencia de derechos paralelos; en efecto, aquí resulta pertinente realizar una diferenciación conceptual entre la distintividad y el mensaje o contenido ideológico que pueden contener los signos, diferenciar entre el contenido iconográfico de los medios materiales y de la distintividad que en ellos se puede adherir.

El medio material como unidad ontológica autónoma tiene en todos los casos un contenido ideológico perfectamente identificable en un momento histórico determinado, que genera representaciones mentales que se encuentran incorporadas en la mente de las personas; estos medios se llenan de contenido de modo espontáneo o de modo inducido. Es así que éstos lo pueden utilizar de acuerdo a las exigencias del momento para desarrollar diversas finalidades, por ejemplo interactuar socialmente. Sin embargo, estos mismos elementos podrían, en algunos casos, recibir la adhesión de una distintividad determinada, hecho que generará de modo ineludible que el medio posea representaciones diferenciadoras que de modo paralelo se colocan al lado del contenido ideológico de éstos. En efecto, no se trata de un nuevo contenido ideológico del medio, de hablarse de un nuevo contenido ideológico estaríamos hablando de un proceso ajeno a la formación de una distintividad, sino que a pesar de la existencia de éste se logra colocar un efecto diferenciador.

La teoría de las formas nos informa de la posibilidad real de que un mismo bien inmaterial pueda tener distintos puentes sensibles para manifestarse; estos puentes sensibles no son de ninguna manera imposibles de diseñar, baste como ejemplo la posibilidad de leer el inmejorable libro de Gianni Rodari Favole "Al teléfono" en diversos idiomas, en español "Cuentos por teléfono", esta situación permite advertir una situación descuidada hasta ahora en el desarrollo del estudio de los mal llamados signos distintivos, la distintividad puede tener distintos medios sensibles en las cuales se adhiere y consecuentemente un solo derecho a ser protegido. En este orden de ideas, y siguiendo lo expresado por Paul Jonson, citado por Mark Pendergrast en su libro "Dios, Patria y Coca-Cola" señala que "...después de la expresión "OK", Coca-Cola es la

palabra más conocida sobre la tierra...". Siguiendo este razonamiento y por cuestiones propiamente didácticas utilizaremos este elemento para intentar explicar el fenómeno que enunciamos. El término Coca-Cola representa uno de los signos más reconocidos sobre la tierra. De hecho, se vende en más de 150 países, lo que determina que en alguno de ellos la empresa Coca-Cola Company haya adoptado la decisión de utilizar los medios denominativos del territorio en los que comercializa su producto; así, tendrá representaciones gráficas que correspondan al alfabeto árabe, ruso, chino, entre otros, y consecuentemente una familiaridad más intensa para los pobladores de esas zonas geográficas; mas a pesar de esta situación o esta diversidad de representaciones gráficas persiste una misma distintividad, una única manifestación distintiva y consecuentemente un mismo objeto de derecho. Sucede lo mismo en los casos de cambio de forma de la marca en los que se desea mantener la misma distintividad, se actualiza el elemento gráfico pero persiste la misma distintividad adherida ¿Acaso el cambio de forma de la marca Burger King realizado en el pasado año supuso un cambio de la distintividad que a éste se adhería? La respuesta es no; se mantiene incólume la distintividad y se mantiene vigente el mismo derecho.

- j) De los signos que necesitan tener una distintividad adherida

Resulta complicado determinar qué signos requieren de modo invariable tener adherida una distintividad para que puedan cumplir la función que se le asigna. En este orden de ideas, se debe apreciar que existe una división elemental que debe identificarse y que permite de modo inmediato reconocer qué signos tienen la necesidad impostergable de tener una distintividad adherida. En efecto, podemos utilizar la diferencia entre signos que cumplirán funciones concurrenciales y signos que no cumplirán esta función; de este modo, podemos llegar a identificar que los signos que serán utilizados con fines concurrenciales requerirán para que logren cumplir sus fines de una distintividad, la misma que se forjará a iniciativa de quien la introduzca en el mercado. Es así, que en estos casos identificaremos la presencia de una distintividad que debe ser protegida y que se convertirá finalmente en objeto de derecho independientemente de la función concurrencial que pueda cumplir el signo que la tiene adherida.

De otro lado, debe precisarse que a pesar de lo precedentemente mencionado algunos signos que no requieren tener una distintividad adherida por no cumplir fines concurrenciales, pueden tenerla y ésta debe ser protegida independientemente del hecho que el signo no cumpla funciones concurrenciales. De este modo, identificamos la existencia de innumerables signos que no requieren para cumplir sus funciones de una distintividad adherida que, sin embargo, la tienen y que debe ser protegida por el sistema legal vigente.

En consecuencia, identificamos que la distintividad como objeto de derecho va más allá de la simple existencia o no de fines concurrenciales del signo que la recibe. En tal sentido, su identificación y reconocimiento como ente autónomo escapa a la regulación tradicional entendida como reguladora de los mal llamados signos distintivos. Así, debe precisarse que el objeto de protección es la distintividad independientemente de la función que cumpla el signo que la reciba. De este modo, hablar de signos distintivos, aparte de ser equivocado e impertinente, como categoría jurídica es un contrasentido que muestra un límite al reconocimiento de la distintividad como objeto de derecho y, en consecuencia, ente autónomo cuyo desarrollo no depende de la estructura ontológica del signo.

## **LA UTILIZACIÓN DE SIGNOS EN EL DESARROLLO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS**

El desarrollo de nuevas tecnologías, como era de esperarse, no sólo ha generado una variación en los procesos de información, socialización y comunicación; sino que también ha generado una modificación en las formas de actuar concurrencialmente. La aparición del sistema de Internet como sistema de comunicación no tardó en ser utilizado como medio a través del cual se puede realizar transacciones comerciales, hecho que trajo diversos problemas, desde seguridad jurídica en el comercio electrónico, protección de los consumidores en los procesos de consumo realizados por el Internet, nuevos casos de competencia desleal, aprovechamiento indebido de derechos de autor, hasta problemas en la utilización de signos para la conformación de nombres de dominio. En este punto, resulta pertinente realizar el análisis de uno de los signos que se utilizan en el Internet: los nombres de dominio.

### **a) El Internet**

La incapacidad natural del hombre para verbalizar ciertos conceptos determina que algunas defini-

ciones se conviertan, en la mayoría de las veces, en una explicación amplia y detallada de éstos. El término Internet no es la excepción.

La primera idea que sugiere el término Internet es la de un sistema de comunicación a través de computadoras. Esta aproximación intuitiva por cierto, no deja de ser cierta; sin embargo, se debe precisar que es un sistema de comunicación con características perfectamente identificables y que supone el principio de libertad de acceso y la vocación de participar en un sistema de red universal.

En tales condiciones no resulta un despropósito considerar al Internet como un medio de comunicación en tiempo real en muchas oportunidades, y de libre circulación de información. La circulación de información de modo libre y de cualquier naturaleza en un primer momento fascinó a los usuarios, pero con el transcurso del tiempo la conexión de usuarios con diversos intereses generó problemas jurídicos de distinta naturaleza. Estos problemas tienen su origen, qué duda cabe, en la naturaleza propia de este sistema y las endebles barreras de acceso, la libertad casi irrestricta de sus contenidos y la facilidad de su divulgación; además, dadas las circunstancias precedentemente enunciadas resulta fácilmente comprensible que el Internet sea el medio idóneo para ofrecer productos y prestaciones de servicios. De este modo, los signos que sirven como medio para que los usuarios puedan acceder a éstos genera el problema a ser analizado.

### **b) El nombre de dominio como signo**

El Internet, en un primer momento, nace como una herramienta utilitaria que permite la comunicación entre computadoras con la finalidad de intercambiar y compartir información. Esta conexión implicaba una dirección que permita identificar a los usuarios; es así que la dirección estaba conformada, en estricto, por un código o combinación numérica que era asignada a los usuarios con la finalidad de su perfecta identificación. Sin embargo, el uso privado y comercial a gran escala determinó que los códigos numéricos sean reemplazados por elementos fáciles de recordar. De este modo, se adoptan formas denominativas, *friendly names*, para reemplazar a las direcciones numéricas en Internet.

En consecuencia, los nombres de dominio constituyen signos denominativos que corresponden la mayoría de las veces a un *friendly name*. Esto



significa que el nombre de dominio la mayoría de las veces no es una denominación arbitraria o una casualidad del destino que no guarde relación alguna con su titular. En condiciones normales las empresas utilizarán sus propias marcas, nombres comerciales u otro signo diferenciador que dada su presencia en el mercado y difusión general generan en los consumidores, que también son usuarios del Internet, una fácil remisión al origen empresarial.

## CONFLICTOS EN LA ADOPCIÓN DE UN *FRIENDLY NAME* COMO NOMBRE DE DOMINIO

El modo de adquirir el derecho sobre un nombre de dominio en Internet es un procedimiento sencillo y no implica desembolsos inabordables de dinero; en tal sentido, se puede identificar la práctica por parte de algunos usuarios de solicitar diversos nombres de dominio conformados en su segundo nivel o tercer nivel, dependiendo del caso, por elementos idénticos o similares en grado de confusión con signos de reconocido prestigio con la finalidad de negociarlos posteriormente a sus legítimos titulares cuando éstos las requieran; o, en su defecto, aprovecharse en beneficio propio de un prestigio comercial ajeno. Al mismo tiempo, se debe precisar que el problema va mucho más allá, debido a que no sólo existe la posibilidad de que exista una coincidencia con signos que cumplan fines concurrenciales, sino que es perfectamente posible que esta identidad se presente también respecto de signos que no cumplen estas funciones. Sin embargo, debido a la naturaleza del presente trabajo nos ocuparemos tan sólo de los conflictos que encierran un problema de aprovechamiento de una distintividad ajena.

Es preciso señalar que la simple utilización de un nombre de dominio idéntico o semejante en grado de confusión a otro signo no constituye un hecho por sí mismo prohibido o legalmente reprimible. En efecto, resulta perfectamente permisible dicha situación, más aún cuando dicha circunstancia de hecho se verificaba entre signos preexistentes a la utilización de los denominados nombres de dominio; la coexistencia de signos idénticos no es una novedad jurídica sino un problema resuelto.

En consecuencia, el conflicto debe ser perfectamente identificado como una situación de determinación del objeto de protección legal y de los límites de los derechos reconocibles, como de la eventual necesidad de imponer una variación en la perspectiva actual

de enfrentar el problema. En este punto resulta conveniente describir algunos supuestos de tipología, entre los muchos que existen, que utilizamos con ocasión de la elaboración de un trabajo anterior. Jonathan Agmon, Stacey Halpern y David Pauker distinguen los siguientes conflictos:

**Apropiaciones del nombre de dominio (*Domain Name Grabbing*).**- Es el supuesto en el cual el titular del nombre de dominio de Internet, de forma deliberada decide utilizar en su conformación una denominación que corresponde a la marca de producto o de servicio, o nombre comercial de un tercero y que de modo indubitable es reconocido y asociado por los consumidores con un origen empresarial determinado. En este supuesto, no existe la vocación de uso efectivo del nombre de dominio, ni existe la vocación de aprovechamiento de la reputación ajena: la motivación es evidente, se desea negociar con el legítimo propietario su cesión. Así, el legítimo titular de una marca que desee utilizarla para crear su propio nombre de dominio no podrá acceder a su uso.

**Apropiaciones insuficientes del nombre de dominio (*Not Quite Domain Name Grabbing*).**- Corresponde al supuesto en el cual se registra un nombre de dominio con la conciencia que corresponde a una marca o nombre comercial de tercero, pero con la finalidad de utilizarlo de modo efectivo en la red. La adopción de este nombre de dominio presenta como principal característica el error que se produciría en los usuarios debido a que encontrarán información diversa a la que razonablemente esperan encontrar; aparecerá como dominio de persona distinta a la que su experiencia comercial espera encontrar.

**Coincidencias fortuitas (*Logical Choice*).**- Es la situación en la cual el nombre de dominio registrado por una persona coincide de modo involuntario con una marca o nombre comercial de un tercero. Esta coincidencia no refleja *animus* de aprovechamiento de reputación comercial ajena y determina que se incluya también dentro de este supuesto a las semejanzas involuntarias.

Esta clasificación, sin dejar de ser válida, refleja algunas hipótesis de incidencia que encierran un sólo sentido del problema: el aprovechamiento por parte de los registrantes de nombres de dominio de signos utilizados en el comercio por terceros en beneficio propio.

Sin embargo, el problema va más allá de esta simple consideración, pues se podría presentar el problema inverso en el que los nombres de dominio sean

registrados como marcas y, en consecuencia, ese prestigio comercial sea aprovechado por terceros de modo indebido en su favor.

## LA ESTRUCTURA DEL NOMBRE DE DOMINIO COMO SIGNO

El nombre de dominio puede estar conformado eventualmente por cualquier denominación organizada en al menos dos niveles. El modo de identificar los niveles es el siguiente; utilizaremos el nombre de dominio del Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección a la Propiedad Intelectual.

<http://www.indecopi.gob.pe>

La forma de identificar los niveles es contar de derecha a izquierda respetando los puntos que permiten la diferenciación entre los mismos. De este modo, el primer nivel corresponderá al elemento denominativo que se encuentra en primer lugar, comenzando desde la derecha; su límite o extensión alcanza hasta el primer punto ubicado a su izquierda.

Así que en el nombre de dominio utilizado como propio corresponde al prefijo “pe” el primer nivel. Este es el caso de connotaciones geográficas, o *Country Code*, que en el presente caso remiten al Perú y permiten organizar a los niveles inferiores; su configuración se realiza de acuerdo a la norma ISO 3166. El segundo nivel está conformado por el sufijo genérico “gob” que hace referencia al tipo de organización, en este caso instituciones gubernamentales. El tercer nivel está conformado por la denominación “indecopi” que corresponde al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Al mismo tiempo, y a pesar de que no forman parte del nombre de dominio, conviene precisar a qué se hace referencia con [http](http://), que corresponde al término inglés “*Hyper Text Transfer Protocol*”, cuya finalidad es crear el código de comunicación entre computadoras de la red universal, y en segundo lugar el término “[www](http://www)”, que corresponde al término inglés “*world wide web*”.

De otro lado, se debe precisar que, además de los niveles de primer orden que permiten organizar a los nombres de dominio por consideraciones geográficas, existen otros elementos que pueden formar el nivel superior (*top level domain name*); éstos corresponden a sufijos genéricos que indican de modo claro el tipo de organización. Se pueden identificar entre

otros los siguientes:

edu	(instituciones educativas)
gob	(instituciones gubernamentales)
org	(instituciones privadas)
com	(instituciones comerciales)
mil	(instituciones militares)
net	(servicios de proveedor de <i>network</i> )

Además, se debe precisar que no todas las zonas geográficas se organizan del mismo modo; por ejemplo, España no utiliza los genéricos precedentemente enunciados y se limita al empleo del *Country Code* y al elemento denominativo que lo precede organizándose en tan sólo dos niveles. En Estados Unidos no se utiliza el *Country Code* pero sí los niveles genéricos.

## LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO

Los signos de acuerdo a la función que cumplen reciben determinada protección legal que puede variar de país a país. Sin embargo, al analizar los signos que cumplirán funciones diferenciadoras en el mercado podemos identificar ciertas características uniformes en la extensión de los derechos que se le conceden.

El derecho que adquiere el titular de un signo que cumple funciones diferenciadoras presenta características precisas que determinan que la principal facultad sea su uso exclusivo. Este hecho supone en primer lugar que se defina cuál es la extensión de dicha facultad. En principio, respetando la soberanía de cada país, el derecho que es reconocido por cada Estado sólo puede ser oponible dentro del territorio que le corresponde; de esta manera, los titulares de signos diferenciadores tienen un derecho de uso exclusivo limitado a un territorio determinado. En consecuencia, los titulares de derecho sobre signos diferenciadores deberán iniciar procesos de registro de acuerdo al número de países en los que desee adquirir dicho derecho. De este modo, apreciamos que el primer límite que tiene el titular del derecho sobre este tipo de signos es de tipo territorial.

En segundo lugar, debemos apreciar que como consecuencia del sistema de registro de los signos diferenciadores, se utiliza un tipo especial de organización de los productos y prestaciones de servicios que se pretenden diferenciar. Para esto los Estados han creído conveniente organizar los productos y prestaciones de acuerdo a lo establecido por el Arreglo de

Niza. Así, los signos se registrarán de acuerdo a la ubicación que le corresponda en dicha nomenclatura y el derecho se asociará en principio con este hecho. Sin embargo, este límite no resulta del todo claro pues lo que realmente es decisivo para determinar la extensión de este derecho es el principio de conexión competitiva que indica los verdaderos alcances del derecho; en consecuencia, el límite del derecho sobre estos signos diferenciadores está delimitado además por las relaciones competitivas entre los signos. El principio de conexión competitiva finalmente establecerá el otro límite del derecho.

Sin embargo, existen en principio dos supuestos de excepción a los límites precedentemente citados. El primero de ellos cuando se trata de signos notoriamente conocidos y el segundo cuando existe identidad distintiva.

En el caso de los signos notoriamente conocidos enfrentamos un supuesto en el que se otorga una protección ampliada que permite oponer el derecho al uso exclusivo más allá de la conexión competitiva y del territorio. Esta protección de características especiales es unánimemente aceptada en el derecho comparado, y ha sido incorporada en la mayoría de legislaciones nacionales como en normas de carácter internacional. Un ejemplo de ello es la norma Comunitaria Andina y la Convención de París.

El segundo supuesto, el de la identidad distintiva, se configura cuando se permite al titular del derecho oponer su derecho más allá de la conexión competitiva y del principio de territorialidad cuando un tercero pretende apropiarse de su distintividad.

No es el supuesto en que se pretenda utilizar un signo idéntico o semejante en grado de confusión, pues esto es perfectamente posible en algunas circunstancias, sino se trata del hecho que a pesar de que el signo no es notoriamente conocido y que los signos en conflicto no guardan conexión competitiva entre sí, se pretende adherir una distintividad idéntica, lo que resulta reprimible más allá del territorio y de la conexión competitiva que puede haber entre productos o prestaciones de servicio.

El nombre de dominio, a pesar de que en todos los casos estará asociado con una zona geográfica determinada, la naturaleza del medio donde se desenvuelve lo convierte en omnipresente en todo punto geográfico y la posibilidad de explotación real en cualquier parte del planeta es evidente. El origen geográfico en este caso es sólo un dato pues el acceso a éste

y su uso efectivo puede realizarse desde cualquier computadora del mundo, por lo que la apropiación y uso de un signo diferenciador en la conformación de nombres de dominio en Internet constituye un problema aún sin solución definitiva.

A esto debe sumarse las formas en las que los usuarios de Internet buscan información; en este punto identificamos dos supuestos perfectamente diferenciables, el primero es la utilización de buscadores y la segunda es la búsqueda por intuición o intuitiva. En la primera de ellas, que de pronto presenta menos sorpresas, el interesado empleará los diversos buscadores que existen en la red para intentar encontrar lo que necesita; la segunda, el usuario de modo intuitivo pretenderá acceder a la información que solicita ingresando a un dominio que esté conformado por los signos diferenciadores de la empresa que requiere. En este punto haremos un experimento intuitivo, nunca hemos entrado a la página de la revista Playboy, minimizaremos el presente artículo y digitaremos [www.playboy.com](http://www.playboy.com) a ver qué encontramos. Para nuestra suerte funcionó la búsqueda intuitiva, logramos acceder a la información que necesitábamos. Sin embargo, podría haber sucedido algo diferente, podríamos haber accedido a una página que no correspondía a nuestras expectativas debido a que su titular era diferente al titular del signo diferenciador "playboy".

En esencia, éste es parte del problema que se intenta resolver o al menos indicar sugerencias para lograr una solución coherente. Recordemos que por no abundar en situaciones conflictivas puede existir problemas entre nombres de dominio de distinto *Country Code* o de diferente nivel genérico, lo que dificulta más el problema

En este orden de ideas, los límites al derecho de uso exclusivo de los signos diferenciadores se convierten finalmente en el principal obstáculo para dotarlos de una adecuada protección frente a su utilización como parte integrante de un nombre de dominio en Internet.

## DE LA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO

En este punto identificamos que el problema esencial que se presenta a la solución del conflicto probablemente sea en que el objeto de derecho a ser protegido no se encuentra adecuadamente identificado. Consideramos que los principales problemas que se han

presentado a la fecha radican en identificar al signo como objeto de derecho.

Desde este punto de partida se han vertido opiniones del más diverso tipo y se han iniciado discusiones verdaderamente trascendentes. La principal, es la de decidir si el nombre de dominio constituye o no un signo distintivo, inclusive se discutía el hecho que si era un signo distintivo a qué categoría correspondía.

En este punto, siguiendo nuestra línea de razonamiento, consideramos que no existen los mal denominados signos distintivos, y que el objeto de derecho a ser protegido no es el signo en sí mismo sino la distintividad que en él se adhiere. Este hecho permitirá identificar una protección más amplia y más eficiente, pues se debe proteger a la distintividad independientemente del signo que la tenga adherida e independientemente de que cumpla o no funciones concurrenciales en el mercado.

La distintividad en tanto ente autónomo no importa a qué signo se adhiera, ni qué funciones cumpla, por lo que no resulta necesario establecer cuál es la naturaleza jurídica del signo que la recibe, si es que la tiene, ni establecer límites a la extensión de sus derechos pues aquí no importa las identidades denominativas sino las identidades distintivas, y los registros que de modo directo o indirecto pretendan aprovecharse de una distintividad ajena.

En tal sentido, corresponde en los procesos administrativos, judiciales o arbitrales analizar si existe un aprovechamiento de la distintividad que se encuentra adherida en otro signo. Sin embargo, a pesar de que es posible que el aprovechamiento de la distintividad se realice en la conformación de cualquier signo, no es menos cierto que los nombres de dominio resultan el último *happening* del siglo XX y consecuentemente el nuevo medio a través del cual los titulares de signos diferenciadores deben enfrentarse con la finalidad de reprimir su uso indebido en la conformación de estos nuevos signos.

El principal fundamento para el éxito de estos procedimientos es demostrar la identidad de distintiva, en cuyo caso, los límites territoriales no constituyen un

obstáculo para proteger los derechos vulnerados; además, este hecho permite proteger a signos que tienen una distintividad adherida y que no han llegado a ser considerados notorios. El objeto de prueba radicará en el conocimiento público vigente a la fecha de concesión del derecho de la existencia de una distintividad adherida en un signo que es utilizado sin importar sus fines concurrenciales. Se menciona esto, pues en muchos procesos se suele indicar que el signo no cumple funciones concurrenciales y en consecuencia no podría afectar derechos de terceros que son utilizados con fines concurrenciales; al identificarse como objeto de protección a la distintividad poco importará los fines que tenga el signo.

En algunos supuestos se ha llegado a mencionar que el nombre de dominio cumple funciones identificadoras y en consecuencia no requiere tener una distintividad adherida para cumplir sus funciones en Internet. En este punto, consideramos que no es del todo acertada dicha afirmación debido a que en el eventual caso que no requiera tener una distintividad adherida para cumplir sus funciones, este hecho no faculta a los titulares de nombres de dominio a infringir derechos legítimamente adquiridos por terceros, por lo que la finalidad no concurrencial que puedan tener algunos de estos nombres de dominio no es elemento justificante para vulnerar la distintividad que pertenece a otro signo.

De otro lado, los nombres de dominio han empezado a adquirir importancia autónoma y en los últimos años hemos asistido a la formación de identidades distintivas sumamente valiosas que se han forjado en el Internet y que merecen ser protegidas de modo eficiente. Nuestra propuesta es identificar y reconocer la distintividad como objeto de derecho y consecuentemente regularla de acuerdo a su naturaleza ontológica.

En este sentido, la concesión del derecho es todavía un rompecabezas jurídico: quién lo debe otorgar, particulares o el Estado, quién administra realmente Internet, a qué interés responde este sistema. Son preguntas que nos hacemos en este momento y que merecen un espacio más amplio para analizar.

G A R C I A  
C A L D E R O N  
G H E R S I  
V I D A L &  
A S O C I A D O S  

---

A B O G A D O S

LOS LIBERTADORES 350 - SAN ISIDRO

441-3605 441-3424 FAX: 442-6161

LIMA 27 - PERU

**ESTUDIO OLAECHEA**  
**1878**

**BERNARDO MONTEAGUDO 201**  
**SAN ISIDRO**

**TELF.: 264.4040**  
**FAX: 264.3080**

# EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EL CONTRATO-LEY Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS\* \*\*

Oscar Trelles de Belaunde\*\*\*

***La ineficiencia o imposibilidad de la Administración para desarrollar por sí misma una serie de actividades que competen a su función, deviene en la imperativa necesidad de lograr la colaboración de los particulares para llevarlas a cabo. En el presente artículo, Oscar Trelles desarrolla, de manera clara y precisa, los principales aspectos de uno de los mecanismos utilizados para concretar dicha colaboración: el Contrato Administrativo.***

***Luego de delinear las principales posturas doctrinarias y exponer su solidamente fundamentada opinión sobre la naturaleza jurídica de la institución, las reglas que le son aplicables, su relación con el interés público y su vinculación con los Contratos de Concesión de Servicios Públicos, el autor, didácticamente, nos introduce en el siempre polémico tema del contrato ley, analizando las principales aristas que plantea este debatido y controvertido tema.***

El contrato administrativo, uno de los medios más comunes por el cual la Administración se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración<sup>1</sup>, es una figura muy discutida en la doctrina debido a su difícil caracterización. El objetivo del presente artículo es hacer una breve exposición sobre lo que, a nuestro entender, es un contrato administrativo y cuándo estamos ante uno; relacionar esto con los contratos de concesión de servicios públicos; y, por último, hacer referencia a la figura del contrato-ley como mecanismo de seguridad ante los problemas ocasionados por la Administración en los contratos administrativos. Es necesario advertir al lector que no pretendemos realizar un profundo y extenso análisis sobre la naturaleza de las instituciones que estudiaremos, sino simplemente exponer lo que en nuestro punto de vista son los aspectos más importantes que las caracterizan y comentar ciertos temas de especial interés.

## 1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 1.1. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo

La Administración requiere de la colaboración de los particulares para desarrollar muchas de las funciones que le son propias, no sólo porque le es materialmente imposible realizarlas por sí misma, sino también debido a la necesidad de eficiencia económica<sup>2</sup>. Esta colaboración que el Estado re-

\* A mi abuelo Javier, cuya vida constituye un ejemplo para mí, y a mi tío Javier, por su amistad, apoyo y ayuda incondicionales.

\*\* Agradezco los comentarios de los doctores de Belaunde y Zegarra en la revisión del presente trabajo. Los comentarios vertidos en el mismo son de entera responsabilidad del autor.

\*\*\* Alumno de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asistente del curso de Personas Jurídicas en esta universidad. Miembro de THĒMIS – Revista de Derecho.

<sup>1</sup> El otro medio es la contratación privada de la Administración.

<sup>2</sup> No es materia del presente artículo desarrollar este postulado, pero es claro que le es más económico a la Administración –y a la sociedad en su conjunto– el contratar a una empresa para que le construya un edificio o le venda computadoras que comprar la maquinaria y contratar a los obreros o poner una fábrica de componentes de cómputo y hacer sus propias computadoras.

quiere de los particulares se estructura bajo diversos mecanismos, uno de los cuales es el contrato administrativo. A fin de abordar esta figura daremos primero una sucinta exposición de las diferentes definiciones de la doctrina para luego exponer nuestra propia visión.

La doctrina ha desarrollado una serie de posiciones sobre la naturaleza de los contratos que celebra la Administración y el régimen aplicable a éstos<sup>3</sup>. En principio, la mayoría acepta que el Estado puede celebrar tanto contratos administrativos como contratos privados, pero discrepa en cuanto a los criterios que debe usarse para distinguir ambos mecanismos de contratación<sup>4</sup>.

A decir de ZEGARRA<sup>5</sup> el contrato administrativo es “todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros”. De acuerdo a este autor, para diferenciar el contrato administrativo del privado se tiene el criterio material, según el cual lo que distingue al contrato administrativo es el interés público en juego, y el criterio de las cláusulas exorbitantes, según el cual el hecho que se incluya este tipo de cláusulas en un contrato con la Administración lo convierte en administrativo.

ZEGARRA critica el criterio de las cláusulas exorbitantes<sup>6</sup>, puesto que “la cláusula exorbitante no es siem-

pre la que caracteriza un contrato como administrativo, ya que podrá hacer de un contrato privado un contrato administrativo en algunos casos –porque suelen introducirse en contratos que nada tienen de administrativos–, pero su no-inclusión, no podrá hacer nunca de un contrato administrativo uno de derecho privado. Al final, un contrato administrativo existirá como tal, estén o no presentes en su contenido las cláusulas exorbitantes”<sup>7</sup>.

Concluye ZEGARRA afirmando que tanto el contrato administrativo como el privado tienen una base común, derivada de su pertenencia a la institución contractual<sup>8</sup>, y que por tanto, respecto a la regulación de cada contrato en concreto, debe estarse a sus reglas específicas, al ser éstas las que definen su régimen jurídico.

DROMI<sup>9</sup> propugna que no existe una categoría de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, sino que existe un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que se celebren en ejercicio de la función administrativa<sup>10</sup>. A entender de este autor todo contrato que celebre la Administración será administrativo y se regirá tanto por el Derecho Público como por el privado, combinando ambos derechos con mayor o menor intensidad dependiendo del interés en juego<sup>11</sup>. No obstante, enfatiza que el régimen jurídico de los contratos que celebra la Administración es predominantemente de Derecho Público.

<sup>3</sup> Para un interesante y conciso recuento de las posiciones sobre este tema en la doctrina española puede consultarse BOQUERA OLIVER, José María. “Los contratos de la administración desde 1950 a hoy”. En: Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 150, Septiembre/Diciembre 1999. pp. 13-32.

<sup>4</sup> Es importante notar que el hecho que se hable de contratación y de contratos administrativos no implica que estemos ante contratos en el sentido técnico usado por el Derecho Civil patrimonial; muchas veces se usa esquemas parecidos a los contractuales para regular materias que escapan al ámbito de aplicación de esta figura de la autonomía privada.

<sup>5</sup> ZEGARRA, Diego. “Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo”. Esquema 14. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 1.

<sup>6</sup> Las cláusulas exorbitantes serán vistas más adelante, especialmente en el punto 1.2 *infra*, no obstante lo cual podemos ir adelantando que es el término que gran parte de la doctrina usa para referirse a los especiales poderes con que cuenta la Administración en los contratos administrativos, poderes que se encuentran fuera del ámbito del Derecho Privado. Así, las cláusulas exorbitantes son cláusulas que si fueran incluidas en los contratos regidos por el Derecho Privado serían nulas.

<sup>7</sup> ZEGARRA, Diego. “El Contrato Ley. Los contratos de estabilidad jurídica”. Lima, Gaceta Jurídica, 1997. p. 77. Es claro que sólo se podrá insertar cláusulas exorbitantes en un contrato administrativo, pues este tipo de cláusulas está fuera del ámbito de aplicación del Derecho Privado. En este sentido, su inclusión no puede convertir a un contrato privado en uno administrativo, sino que simplemente acarreará su nulidad (de las cláusulas o del contrato, dependiendo del alcance), punto que será expuesto más adelante.

<sup>8</sup> En esto sigue a DROMI (DROMI, José Roberto. “Derecho Administrativo”. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1992. p. 312) quien entiende que “el contrato es una categoría abstracta y genérica, una figura jurídica que en sentido estricto significa ‘acuerdo de voluntades generador de obligaciones’”.

<sup>9</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 313.

<sup>10</sup> Fundamenta esta posición en el hecho que el Estado tiene una personalidad jurídica única y se rige fundamentalmente por el Derecho Público. Respecto a esto último señala que el vínculo jurídico establecido por el contrato administrativo entre el particular y el Estado se rige por el Derecho Público y por el Derecho Privado en intensidades que varían dependiendo del interés público en juego. Así, “en algunos casos el vínculo jurídico es predominantemente de Derecho Público; por ejemplo, la concesión de servicios públicos; otras veces, en cambio, el contrato tiene cierta analogía con alguna figura jurídica contractual de Derecho Privado (...)” (DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 314).

<sup>11</sup> Cfr. nota 10. En este sentido menciona DROMI (Ibidem) que “la realidad muestra que en los acuerdos o vínculos contractuales de la Administración, no es posible establecer terminantemente el límite donde deja de aplicarse el Derecho Público y donde comienza a regir el Derecho Privado”.

Define DROMI<sup>12</sup> el contrato público o administrativo como un “acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”. Los elementos caracterizadores de esta figura, a decir de este autor, son el objeto del contrato, la participación de un ente estatal como parte y las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución. En este sentido, en todo contrato en que participe la Administración se estará ante un contrato administrativo y se tendrá un régimen jurídico especial regido, en su mayor parte, por el Derecho Público.

Por su parte, DE LA PUENTE<sup>13</sup> define al contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular”. Como criterios para caracterizar a un contrato como administrativo opta por el de su objeto<sup>14</sup> y, cuando no sea administrativo por su objeto, por contener cláusulas exorbitantes del Derecho Privado<sup>15</sup>.

En similar sentido, AMADO y MIRANDA<sup>16</sup> sostienen que un contrato es administrativo por razón de su objeto o por contener cláusulas exorbitantes al Derecho Privado, y que el hecho que un contrato sea administrativo conlleva que la relación jurídico patrimonial surgida de éste se rija por el Derecho Público.

CASSAGNE<sup>17</sup> entiende que existen dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública, a saber, los contratos administrativos, regidos en forma preponderante por el Derecho Público, y los contratos parcialmente regidos por el Derecho Civil o comercial. Los contratos administrativos, según esta clasificación, son aquellos en que la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, el mismo que se incorpora al fin u objeto del acuerdo y que se proyecta en su régimen sustantivo dándole un régimen particular (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiero, etc.)<sup>18</sup>.

En cuanto a los criterios existentes para diferenciar los contratos administrativos de los contratos civiles, CASSAGNE<sup>19</sup> señala el de los sujetos<sup>20</sup>, el de la voluntad de las partes<sup>21</sup> y la calificación legislativa, el del objeto y el de las cláusulas exorbitantes.

De entre todos estos criterios el de mayor relevancia es el del objeto, según el cual el que el objeto del contrato sea un servicio público o una materia de utilidad pública hace del mismo un contrato administrativo<sup>22</sup>. Como bien dice CASSAGNE<sup>23</sup>, “en definitiva, todo dependerá de la finalidad administrativa del contrato y del régimen que sea consecuencia de esa finalidad dentro de la competencia específica que tenga asignada cada órgano o ente administrativo”. En cuanto a las cláusulas exorbitantes este autor indica que su inclusión no vuelve a un contrato en administrativo, pues “se suelen introducir en contratos que nada tienen de administrativos”<sup>24</sup>.

<sup>12</sup> Ibid., p. 317.

<sup>13</sup> DE LA PUENTE, Manuel. “El Contrato en General”. Primera Parte, Tomo I. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991. pp. 361-362.

<sup>14</sup> “El contrato es administrativo por razón de su objeto cuando versa sobre prestaciones relacionadas, directa o indirectamente, con alguna de las funciones esenciales o fines específicos del Estado” (Ibid., p. 363).

<sup>15</sup> “Aun cuando el contrato no sea administrativo por razón de su objeto, tendrá tal carácter cuando contenga cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, esto es cláusulas que bien sea son inusuales en este Derecho o bien resultarían ilícitas por exceder el marco de la contratación civil” (Ibidem).

<sup>16</sup> AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público”. En: THEMIS – Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 40. p. 258.

<sup>17</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1999. p. 13.

<sup>18</sup> Ibid., p. 15.

<sup>19</sup> Ibid., pp. 15-21.

<sup>20</sup> El criterio de los sujetos ha sido duramente criticado y, desde hace ya buen tiempo, abandonado por la doctrina, pues se basa en la mera presencia de la Administración como parte en un contrato para calificarlo como administrativo, lo que no haría sino impedirle el celebrar contratos de Derecho Privado.

<sup>21</sup> Respecto a este criterio CASSAGNE deja en claro que “es evidente que dichas voluntades no resultan por sí mismas idóneas para asignarle tal calidad” (CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., pp. 16-17) y que “la presencia o no de este régimen administrativo no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él” (Ibid., p. 23).

<sup>22</sup> “Los contratos resultan administrativos en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada. (...) A su vez, el fin público relevante y asumido por el Derecho objetivo es el que determina la pertenencia de un determinado objeto o bien a la función administrativa aunque la contratación no persiga una finalidad pública inmediata (v. gr. contratos de uso del dominio público)” (Ibid., pp. 22-23).

<sup>23</sup> Ibid., p. 17.

<sup>24</sup> Ibid., p. 19.



Como se ha visto en esta breve exposición la doctrina se encuentra dividida en cuanto a los criterios para caracterizar a un contrato como administrativo o privado, usándose entre otros el del objeto, dentro del cual se puede incluir el de la calificación legislativa<sup>25</sup>, el de las cláusulas exorbitantes, el de los sujetos y el de la voluntad de las partes. A nuestro entender, el criterio de los sujetos sólo es útil para establecer cuándo no nos encontramos ante un contrato administrativo, lo que ocurrirá cuando la Administración no sea parte en el contrato, pero no lo es para establecer que un contrato en el que participa ésta es administrativo, pues la Administración también puede celebrar contratos privados.

Por otro lado, el criterio de las cláusulas exorbitantes debe ser descartado de plano, ya que la inclusión de estas cláusulas en un contrato no hará del mismo un contrato administrativo, sino que sólo podrán incluirse válidamente en aquellos contratos que sean administrativos. Si, como entiende DE LA PUENTE<sup>26</sup>, las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultarían ilícitas en el Derecho Privado, entonces es claro que sólo se las podrá incluir en los contratos regidos por el Derecho Público, los administrativos, pues en caso contrario serán nulas, pero el incluirlas no hará de un contrato privado uno administrativo. En definitiva, es debido a que el contrato es administrativo que su inclusión resulta válida y no a la inversa. Como bien señala CASSAGNE<sup>27</sup>, “sería tanto como confundir causa con efecto”: se puede incluir cláusulas exorbitantes porque el contrato es administrativo y no a la inversa. Más aún, como veremos más adelante, su inclusión no será necesaria para que la Administración goce de los especiales poderes que tiene en estos contratos, pues su fuente es la ley.

En nuestra opinión un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte

del mismo<sup>28</sup>. La materia será administrativa cuando se esté ante temas de interés público, bienes de dominio público, la ley expresamente establezca una reserva en ese sentido<sup>29</sup> o, en general, cuando la Administración contrate con un fin público<sup>30</sup>. Así, creemos que el criterio determinante para establecer la naturaleza de un contrato celebrado por la Administración debe ser el contenido del mismo<sup>31</sup>.

En esto debe tenerse en cuenta que el fundamento de la existencia de contratos administrativos, y el especial régimen que los rodea, está en el interés público que se intenta cautelar, pues si no se pondría a la Administración en una posición de privilegio innecesariamente. Se asume que los daños que causará el ejercicio de las especiales prerrogativas con que la Administración cuenta en estos contratos, sobre todo en la otra parte del contrato, son menores a los posibles perjuicios si el interés público se viera afectado. Sin embargo, si este régimen se extendiese a áreas en las cuales el interés público no se encuentra en juego, es decir, si se permitiese la existencia de contratos administrativos aun en materias no administrativas, se pondría en riesgo innecesariamente a la seguridad jurídica, costo que se vería reflejado en el poco interés que tendrían los particulares en contratar con la Administración. Se tiene entonces que el interés público es un concepto fundamental para la existencia de los contratos administrativos, concepto que juega un especial rol en su caracterización.

## 1.2. Reglas aplicables a los Contratos Administrativos

En la doctrina existe consenso sobre la aplicación a los contratos administrativos de una serie de reglas, exorbitantes desde la óptica del Derecho Privado, sustentadas en el interés público<sup>32</sup>. Entre otras, el ordenamiento jurídico le confiere al Estado una serie de poderes, conocidos por gran parte de la doctrina como cláusulas exorbitantes, que se aplicarán a la

<sup>25</sup> Esto debido a que el calificar cierto tipo de contrato, digamos aquel referido a la explotación de un recurso natural, como público, no significa otra cosa que convertir dicho objeto en una materia administrativa, como veremos *infra*.

<sup>26</sup> DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., Loc cit.

<sup>27</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 19.

<sup>28</sup> En este sentido, discrepamos con un sector de la doctrina según el cual los contratos entre el concesionario y el usuario también son contratos administrativos (cfr. AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. Op. cit., pp. 259-260).

<sup>29</sup> Reserva que debe ser previa al contrato, pues en caso contrario éste se encontrará protegido por el artículo 62 de la Constitución. Esto siempre y cuando al momento de celebrarse haya estado regido por el Derecho Privado.

<sup>30</sup> Los términos fin público e interés público son conceptos jurídicos indeterminados, tema que será tratado en el punto 1.3 *infra*. No obstante, debemos ir adelantando que resulta sumamente importante que el fin sea claramente público, pues en caso contrario se estará a merced de abusos por parte de la Administración, que busca gozar de las especiales prerrogativas que le da el régimen de los contratos administrativos, y se tendrá una grave pérdida de seguridad jurídica con todos los perjuicios que esto acarrea.

<sup>31</sup> Concordamos en este punto con lo señalado por CASSAGNE (cfr. nota 22).

<sup>32</sup> En el caso español BOQUERA (BOQUERA OLIVER, José María. Op. cit., p. 27) señala que las consecuencias de calificar a los contratos de administrativos son: la aplicación de las normas de Derecho Administrativo en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y estructuración, y, sólo en su defecto, las de Derecho Privado; que el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo; y, la existencia de un pliego de cláusulas administrativas particulares en las cuales se hará constar las prerrogativas de la Administración.

relación aun cuando no se encuentren en el contrato administrativo.

Antes de iniciar su estudio consideramos necesario mencionar que el utilizar el término de cláusulas exorbitantes para referirse a los especiales poderes con que cuenta el Estado en los contratos administrativos es incorrecto, además de inducir a confusión. El término no se condice con la realidad, pues estamos ante poderes que emanan del ordenamiento jurídico y no del contrato, por lo que cualquier referencia a éste es innecesaria. En este sentido, y debido a que su fuente es la ley, los poderes a que hacemos referencia se encontrarán presentes aun cuando no se los incluya en el contrato administrativo. Más aún, si se les incluyese esto sería meramente descriptivo y no añadiría elemento nuevo alguno a la relación; la Administración ya los tendría.

En nuestra opinión la confusión se origina al tratar de estudiar estos poderes, fuente de facultades especiales propias del Derecho Administrativo e inexistentes en el Derecho Privado, desde una óptica del Derecho Civil Patrimonial. Al tratar de encuadrarlos dentro de las instituciones de los contratos en sentido técnico –los contratos de Derecho Privado–, se los asemeja a cláusulas contractuales<sup>33</sup> y, como muchas veces estos poderes ni siquiera son mencionados en el contrato pero sí los tiene y ejerce el Estado –pues al surgir en virtud de la ley no se requiere su expresa mención–, se crea la ficción de las cláusulas implícitas. Por medio de esta ficción se dice que las cláusulas exorbitantes se incorporan al contrato al estar implícitas en éste, ya que se presupone que las partes las conocen y las aceptan. Sin embargo, tales poderes no surgen de la voluntad de las partes, sino del ordenamiento jurídico administrativo –por lo que deben estar expresamente legislados– y, debido a esta razón, el hecho que se contrate bajo el marco del ordenamiento jurídico administrativo, son aplicables a los contratos administrativos. Nos explica-

mos, los poderes que supuestamente surgen de las cláusulas exorbitantes no tienen su fuente en éstas sino en las normas de Derecho Administrativo aplicables a los contratos administrativos. Es debido a que estas normas confieren estos poderes que la Administración los tiene, no debido a una supuesta voluntad implícita de las partes.

Dos consecuencias de lo que sostenemos son que, por un lado, el Estado no tendrá los especiales poderes que no le sean conferidos por el ordenamiento jurídico, no pudiendo incluirse en su defecto en el contrato administrativo; por otro, los poderes que sí estén legislados siempre se encontrarán presentes en la relación creada por el contrato administrativo<sup>34</sup>, siendo intrascendente si se los incluyó en el contrato o no.

Los más importantes de entre los poderes a los que hemos hecho referencia y que se configuran dentro de la actuación contractual del Estado son seis, a saber, de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato, *ius variandi* o modificación de su objeto y resolución unilateral. Todos estos poderes se justifican por el interés público en juego en los contratos administrativos, al tener éstos un fin público<sup>35</sup>. Como bien señalan AMADO y MIRANDA<sup>36</sup>, la Administración puede hacer uso de estos poderes<sup>37</sup> por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y siempre en función del criterio del interés público. Así, resulta indudable que es el interés público el que justifica la desigualdad entre la Administración y el contratista privado<sup>38</sup>.

En este sentido, creemos pertinente citar a DROMI, quien considera que estas prerrogativas se deben a que las partes contratantes están en un plano desigual cuya fuente se encuentra en la “desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución”<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Esto es, se establece su origen en el contrato.

<sup>34</sup> Si así lo establece el ordenamiento jurídico al conferirles, claro está. Por ejemplo, podría establecerse que el Estado sólo tendrá cierto poder, digamos el de modificación unilateral del contrato, en los contratos administrativos de concesión de servicios públicos, con lo cual no se encontraría en otros, como puede serlo un contrato administrativo de obra.

<sup>35</sup> Por todos, AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad Jurídica en la Contratación con el Estado: El Contrato-ley”. En: THEMIS – Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 33. p. 17.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Los autores se refieren a éstos como cláusulas exorbitantes que pueden ser implícitas o explícitas, posición con la cual, como expusimos *supra*, discrepamos por entender que al emanar dichos poderes de normas administrativas, no del contrato, no se les puede considerar cláusulas implícitas.

<sup>38</sup> “(...) [E]n los contratos regulados por el Derecho Público, incluidos los contratos administrativos, la igualdad y libertad jurídica y, por ende, la libertad contractual y la libertad de contratar de las partes se encuentran subordinadas al interés público. (...) [L]os contratos civiles suponen dos contratantes en pie de perfecta igualdad mientras que el contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante” (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “Aplicabilidad (...)”. Op. cit., p. 257).

<sup>39</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 333.

A continuación desarrollaremos estos poderes.

### a) Poderes de dirección, inspección y control

El poder de dirección se encuentra sumamente relacionado con los de inspección y control, ya que los tres se encuentran basados en el interés de la Administración en la consecución del fin último del contrato<sup>40</sup>. En este sentido, menciona DROMI<sup>41</sup> que “si bien la Administración delega en su cocontratante la ejecución del servicio, obra o suministro, ella siempre es responsable de una ejecución adecuada e idónea para lograr la satisfacción del interés público que contractualmente se procura”<sup>42</sup>.

Estos poderes de dirección, inspección y control, que se traducen en instrucciones, órdenes y sanciones<sup>43</sup>, se dan en los aspectos material, técnico, financiero y legal del contrato, supervisando la Administración que el mismo se ejecute de la forma prevista y en resguardo del interés público. Asimismo, y como señala DROMI<sup>44</sup>, estos poderes son más intensos cuanto mayor sea el interés público en juego, como en los contratos de concesión de servicios públicos.

De similar opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>45</sup>, quien entiende que a la Administración lo que le interesa es la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público, razón por la cual la ley trata, “antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola [a la Administración] para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento”.

Un ejemplo de la aplicación de estos poderes en un servicio público es que la Administración estará facultada a impartir instrucciones u órdenes

al concesionario para un mejor funcionamiento del servicio, y que podrá verificar su cumplimiento e imponer sanciones.

Sin embargo, en este punto surge una interrogante sobre si se puede sancionar el incumplimiento contractual. Si bien DROMI<sup>46</sup> sí considera una facultad de la Administración en un contrato administrativo el sancionar el incumplimiento de ciertas prestaciones, no consideramos que tal facultad pueda darse en los casos de incumplimientos surgidos exclusivamente del contrato, pues se trata de obligaciones contractuales y no de deberes impuestos por el ordenamiento. No obstante, debemos atenuar esta afirmación señalando que en muchos contratos administrativos, sobre todo los referidos a concesiones de servicios públicos, el interés público está en juego en el cumplimiento de las prestaciones, lo que hace que su cumplimiento sea un deber que le impone el ordenamiento al contratante al asumir éste la prestación del servicio público. En estos casos estimamos que la Administración sí podrá sancionar, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se incumple una prestación en un servicio público que causa un perjuicio a los particulares<sup>47</sup>. Para esto último es claro que deben estar previstas en la ley las potestades sancionadoras así como tipificadas las infracciones y sus respectivas sanciones.

Entonces, aquellos incumplimientos contractuales que no causen un perjuicio al interés público no darán la posibilidad a la Administración de imponer sanciones, aunque sí conferirán la posibilidad de resolver el contrato o de imponer penalidades establecidas en el contrato<sup>47</sup>, como podría serlo un monto establecido por cada día de retraso. En cambio, si el incumplimiento de cierta prestación causa un perjuicio al interés público, sí se podrá sancionar<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Madrid, Civitas, 2000. p. 724.

<sup>41</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., pp. 396-397.

<sup>42</sup> En similar sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA indica que “la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 724).

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> “La aplicación de esta prerrogativa tiene una diversa intensidad jurídica en cada tipo de contrato administrativo. Así, por ejemplo, es amplia en los contratos de concesión de servicios públicos, o de obra pública que lo exijan, es más reducida, en cambio, en los contratos de suministro instantáneo o de tracto muy breve” (DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 397).

<sup>45</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., Loc. cit.

<sup>46</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., pp. 398-402.

<sup>47</sup> Debido a la necesidad de imponer penalidades contractuales señala ZEGARRA (ZEGARRA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”. En: THEMIS – Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 39. p. 116) que “el contrato de concesión deberá tener inserta una tabla de infracciones que establezca en qué situaciones se considera que existe incumplimiento en los indicadores de calidad acordados”.

<sup>48</sup> Debemos notar que estamos asumiendo que las sanciones se encuentran claramente tipificadas en el ordenamiento jurídico, punto que no entraremos a desarrollar por escapar a nuestro tema. Recomendamos ver, al respecto, a DANÓS, Jorge. “Notas acerca de la potestad sancionatoria de la Administración pública”. En: Ius et Veritas, Publicación Editada por Alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 10.

## b) Poder de interpretación unilateral del contrato

El poder de interpretación unilateral consiste, como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>49</sup>, en que la Administración puede resolver en un primer momento, en forma unilateral o ejecutoria, las incidencias que surjan entre ella misma y el contratista, con el fin de evitar que la discrepancia en la interpretación dé lugar a un perjuicio al interés público. Este poder carece de todo contenido material o sustantivo; no se trata de que la Administración puede decidir libremente sobre el alcance de lo pactado, sino de que simplemente puede asegurar una decisión de manera provisional. Así, entendemos que la interpretación sólo podrá darse ante situaciones que pongan en peligro el interés público y podrá ser cuestionada, incluso judicialmente, pero sólo en un momento posterior.

Adicionalmente al poder de interpretación unilateral estimamos importante hacer una breve referencia a los criterios de interpretación en los contratos administrativos. Al respecto, CASSAGNE<sup>50</sup> nos dice que “en el contrato administrativo al incorporarse la causa fin o finalidad al contrato se introduce el interés público relevante e inmediato como elemento esencial durante las diferentes etapas de la ejecución contractual proyectándose al campo interpretativo y especialmente al plano de la igualdad de los contratistas (la desigualdad proveniente de la posición jurídica de la Administración) de los contratos administrativos”.

De esta manera, al interpretarse el contrato administrativo debe tenerse en cuenta el interés público subyacente y el fin público del contrato. No obstante, sólo habrá de

interpretarse el contrato bajo el prisma del interés público cuando éste se encuentre en juego, en caso contrario se deberá acudir a las reglas generales de interpretación<sup>51</sup>.

## c) *Ius variandi*

Sin lugar a dudas el poder de mayor importancia con que cuenta la Administración es el de modificación del contenido contractual por razones de interés público y en la medida que éste así lo requiera, también conocido como el *ius variandi*. Con respecto a esta facultad menciona CASSAGNE<sup>52</sup> que la Administración puede introducir cambios en el contenido del contrato para cumplir con la finalidad pública perseguida, pero sólo cuando las modificaciones sean objetivamente necesarias y se compense al contratista para mantener el equilibrio financiero del contrato<sup>53</sup>. Al respecto entiende GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>54</sup> que “el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”.

Por su parte, DROMI<sup>55</sup> encuentra que el *ius variandi* “es una consecuencia impuesta por finalidades de interés público [que] (...) no necesita ser incluid[a] expresamente en los contratos administrativos (...) debe considerársel[a] siempre implícitamente incluid[a]”<sup>56</sup>. No obstante, tiene determinados límites, como el respeto a la sustancia del contrato y a la esencia de su objeto, y la no alteración del equilibrio económico financiero, punto que a continuación veremos.

La no alteración del equilibrio económico financiero consiste en que, ante toda modificación unilateral del contenido del contrato, la Administración está obligada a mantener la ecuación

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 725.

<sup>50</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 34.

<sup>51</sup> En este sentido CASSAGNE (Ibid., p. 36) señala que “es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo sino al particular contratista (...) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudirse a las normas de la legislación civil o comercial”.

<sup>52</sup> Ibid., pp. 36-37.

<sup>53</sup> CASSAGNE (Ibid., p. 36) señala al respecto que el poder modificatorio es una “potestad que el ordenamiento puede atribuir, de un modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos, poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (v. gr. obras públicas) y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato”.

<sup>54</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., pp. 725-730.

<sup>55</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 394.

<sup>56</sup> Discrepamos con la concepción que considera a la facultad modificadora como una cláusula implícitamente incluida (cfr. *supra*).

económica del mismo<sup>57</sup>. En este sentido, DROMI<sup>58</sup> señala que “[e]l fundamento jurídico de este derecho está en el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquél haya sido previamente resarcido”<sup>59</sup>.

A nuestro entender la compensación económica se presenta como el necesario contrapeso al poder de modificación del contenido del contrato<sup>60</sup>, siendo una manera de limitar a la Administración en el ejercicio de éste, ya que si no tuviera que compensar tendría mayor propensión a imponer modificaciones. La obligación que se le impone de compensar hace que la Administración realice, antes de imponer modificaciones, un análisis costo beneficio por el cual determine que los beneficios que se obtengan por las modificaciones, siempre basadas en el interés público, serán mayores que la compensación a pagar. Asimismo, el hecho que se tenga que mantener la ecuación económico financiera le asegura al contratista que no se verá perjudicado por factores externos, o que por lo menos lo será en menor medida. Si no se contara con este necesario paliativo serían menos los particulares dispuestos a contratar con la Administración, siendo que el riesgo a asumir sería bastante grande.

Un punto a mencionar, aun cuando no consiste en un poder de la Administración, es que el hecho que nos encontremos ante un contrato administrativo limita las facultades del contratista de ejercer la excepción de incumplimiento para no ejecutar su prestación ante el incumplimiento del

Estado<sup>61</sup>. Esto se basa en el hecho que el interés público se protege por sobre todas las cosas, razón por la cual ante el incumplimiento estatal el contratista deberá recurrir a otras vías. Si bien es cierto que esto puede significar un perjuicio para el contratante, se asume que su incumplimiento causará un daño mayor; se privilegia el interés público sobre el interés particular.

#### d) Poder de resolución unilateral

Por último, la Administración cuenta en los contratos administrativos con el poder de resolución unilateral, el mismo que a entender de DROMI es irrenunciable y puede ser ejercido por la Administración de manera directa sin intervención del órgano judicial, aunque sólo cuando “se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas relativas al interés público”<sup>62</sup>. Un poder conexo a éste y que es mencionado por algunos autores<sup>63</sup> es el de ejecutar el contrato por sí o por un tercero –en forma directa, unilateral y por cuenta del contratista– en caso de incumplimiento o mora del contratista privado. Así, la Administración podría optar, ante el incumplimiento del contratista y la urgencia, por ejecutar cierta prestación por sí misma y luego cobrarle el costo a éste o resolver el contrato.

### 1.3. El Interés Público y los Conceptos Jurídicos Indeterminados

El interés público es un concepto fundamental en el tema que nos aboca, pues los poderes que tiene la Administración en los contratos administrativos encuentran su fundamento y legitimación en éste. Determina esto que la Administración sólo se encuentra

<sup>57</sup> En este sentido el artículo 164.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española, citado por VILLAR EZCURRA (VILLAR EZCURRA, José Luis. “Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares”. Madrid, Civitas, 1999. p. 261), estipula que “cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”.

<sup>58</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 396.

<sup>59</sup> En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, CASSAGNE (CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 24), quien entiende que “(...) la Administración se encuentra obligada a compensar los desequilibrios económico-financieros no imputables al contratista mediante actos propios de la justicia distributiva o restituciones de naturaleza conmutativa”; GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 730), para quien “la modificación del contrato hace surgir en todo caso el deber de la Administración de restablecer la ecuación financiera del mismo, compensando al contratista por la eventual incidencia económica de la modificación acordada”; y, BOQUERA (BOQUERA OLIVER, José María. Op. cit., p. 31), quien afirma que “[s]olamente la satisfacción de un interés público justifica el ejercicio de dicha potestad y la Administración indemnizará los daños que la alteración de contrato ocasione al contratista”.

<sup>60</sup> Debe tenerse en cuenta que el mantenimiento de la ecuación económico financiera se aplica más allá del *ius variandi*, pero esto escapa al objeto de nuestro trabajo. Recomendamos ver, al respecto, a ZEGARRA, Diego. “Concesión (...)”. Op. cit., pp. 114-115 y GÓMEZ DE LA TORRE, Andrés. “Concesión de obras públicas”. En: *Ius et Veritas*, Publicación Editada por Alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 22. p. 85.

<sup>61</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., pp. 35-36.

<sup>62</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 398.

<sup>63</sup> Uno de ellos es DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 331.

legitimada a ejercerlos cuando el interés público así lo exige. Entonces, el establecer si en determinado supuesto hay o no interés público es fundamental, ya que de eso dependerá la posibilidad de la Administración de hacer uso de sus especiales poderes.

El problema se presenta por no existir una definición del interés público – lo que creemos es acertado por ser imposible prever toda la gama de situaciones en que el interés público puede verse afectado–, situación que podría llevar a que ciertos sectores sostengan que es un acto discrecional de la Administración el establecer su existencia. Sin embargo, esto no es posible por ser el interés público un concepto jurídico indeterminado, lo que determina, como se verá, que sólo admite una solución justa en cada caso concreto: o está el interés público en juego o no lo está; pero no puede ser esto establecido discrecionalmente por la Administración.

Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>64</sup>, “son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional (...): la existencia misma de la potestad, su extensión (...), la competencia para actuarla (...) y, por último, el fin”. Define este jurista a los conceptos determinados como aquellos que “delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca”<sup>65</sup>. Por otro lado, los conceptos jurídicos indeterminados hacen referencia a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta [la norma] delimitar un supuesto concreto”<sup>66</sup>. Son supuestos de hecho que si bien *a priori* no pueden ser delimitados, en el momento de su aplicación sí pueden ser determinados, de tal forma que en un caso concreto se estará o no ante el concepto.

Así, “es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite

más que una solución: o se da o no se da el concepto (...). Esto es esencial al concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso”<sup>67</sup>. En cambio, si fuera una potestad discrecional de la Administración el establecer la existencia del concepto, ésta podría optar por una u otra solución, siendo ambas igualmente válidas e incuestionables.

Es así que, mientras las potestades discrecionales permiten válidamente más de una opción, los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una solución justa en cada caso<sup>68</sup>.

Siguiendo las definiciones dadas creemos que el interés público es un concepto jurídico indeterminado pues, además de ser lo que justifica los poderes especiales, se establece como un límite a la actuación arbitraria del Estado. Si el interés público no fuera un concepto jurídico indeterminado y la Administración tuviera la potestad discrecional de establecer su presencia, carecería de sentido siquiera el mencionarlo. Lo correcto sería darle el poder irrestricto a la Administración de hacer uso sin límite alguno de sus especiales poderes, lo que claramente no es acorde con un Estado de Derecho ni con la justificación del régimen especial de los contratos administrativos.

Como la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación e interpretación de la ley, la calificación que haga la Administración podrá ser fiscalizada por el juez, valorando si la solución se ajusta o no a lo que la ley establece<sup>69</sup>. En este sentido, la existencia del interés público es un elemento del supuesto de hecho de la norma que confiere los poderes especiales, razón por la cual debe establecerse su significado

<sup>64</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Madrid, Civitas, 1986. p. 453.

<sup>65</sup> Ibid., p. 455.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibid., p. 456.

<sup>68</sup> Señala en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA (Ibidem) que “Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”. Al respecto resulta interesante citar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia argentina del Chubut (*vid.* [http://www.juschubut.gov.ar/boletinjudicial/boletin19/bolet19\\_fallo1.htm](http://www.juschubut.gov.ar/boletinjudicial/boletin19/bolet19_fallo1.htm)) que comenta este tema: “existen diferencias entre la discrecionalidad, a la que define [GARCÍA DE ENTERRÍA] como una libertad de elección entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad o conveniencia) no incluídos (*sic*) en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la administración que debe elegir entre alternativas igualmente justas y los conceptos jurídicos indeterminados, que están comprendidos en la ley, aunque con límites imprecisos, con la intención de acotar un supuesto concreto, con circunstancias reales determinadas”.

<sup>69</sup> Ibid., p. 457.

en cada momento y para cada caso, lo que no es sino interpretar la ley.

Concluyendo, el interés público debe ser definido como un concepto jurídico indeterminado, por lo que la determinación de su existencia en cada caso no será un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma<sup>70</sup> y, por esto, la determinación que haga podrá ser cuestionada en vía jurisdiccional<sup>71</sup>.

#### 1.4. El Contrato de Concesión de un Servicio Público

Luego de haber caracterizado los principales rasgos del contrato administrativo estimamos interesante dar una visión panorámica a los contratos de concesión de un servicio público, al tener en éstos el interés público una especial intensidad.

El servicio público, como bien enseña DROMI<sup>72</sup>, es una actividad cuya finalidad es satisfacer necesidades públicas y cuyas características son la continuidad<sup>73</sup>, regularidad<sup>74</sup>, uniformidad<sup>75</sup>, generalidad<sup>76</sup> y obligatoriedad<sup>77</sup>.

El Estado se ha reservado la actividad de prestación de los servicios públicos para prestarla directa o indirectamente, pero siempre resguardando el interés público que subyace a los mismos. Como señala ZEGARRA<sup>78</sup>, el mecanismo de la concesión establece una relación jurídica pública subordinada al interés público. Por medio del contrato de concesión el

Estado otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público manteniendo la titularidad del mismo, asumiendo un rol de control y regulación, y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión. A decir de DROMI<sup>79</sup>, la "concesión de servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público". Esta concesión "implica en favor del concesionario una *delegación* de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un *traspaso definitivo de las mismas*"<sup>80</sup>.

Como la concesión de un servicio público se otorga en función del interés público, la concesión no puede ser renunciada unilateralmente por el concesionario y el control del Estado es más intenso que en otros contratos administrativos, característica ésta que mencionamos antes<sup>81</sup>.

DROMI<sup>82</sup> es claro al señalar que la "concesión de servicio público es un contrato administrativo. Las relaciones se rigen por el Derecho Público administrativo. Los eventuales conflictos deben tramitarse en la jurisdicción contencioso administrativa". Debido al carácter administrativo de la concesión, la Administración puede introducir modificaciones, pues su "naturaleza habilita tales modificaciones. Éstas forman

<sup>70</sup> Concuera con esta conclusión GARCÍA DE ENTERRÍA (Ibidem) quien dice que "conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso".

<sup>71</sup> En este sentido afirma el autor en estudio (Ibid., pp. 459-450) que "[s]iempre que sea posible ofrecer al Tribunal una crítica seria y fundada de la decisión administrativa en causa desde la perspectiva de un concepto jurídico indeterminado, explícito o implícito en la Ley (en último extremo el de interés público, de tan amplio «halo») será jurídicamente posible que el Tribunal revise la apreciación del concepto realizada por la Administración en su función interpretativa y aplicativa de la Ley".

<sup>72</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit. Tomo 2. p. 5.

<sup>73</sup> "La continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir que se efectúe oportunamente. Hay servicios que por la *necesidad colectiva* que satisfacen, no pueden ser interrumpidos, (...) en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta. También puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos (...)" (Ibid., pp. 6-7). (Las cursivas son del autor). Es debido a la continuidad que se establecen restricciones al Derecho de huelga y la posibilidad de ejecución directa por parte del Estado en caso del rescate del servicio público.

<sup>74</sup> "Regularidad significa que el servicio debe prestarse *conforme a reglas preestablecidas* o a determinadas normas (...) [esto] se refiere, por ejemplo, al horario en los transportes" (Ibid., p. 9). (Las cursivas son del autor). Así, la regularidad, como característica del servicio público, está relacionada con el principio de legalidad al deberse prestar el servicio conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

<sup>75</sup> "Significa *igualdad* de trato en la prestación. La igualdad en la prestación de los servicios públicos es el Derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios (...)" (Ibidem). (Las cursivas son del autor).

<sup>76</sup> "La generalidad significa que el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. El servicio se establece para satisfacción de una *necesidad general o colectiva*" (Ibid., pp. 9-10). (Las cursivas son del autor).

<sup>77</sup> "Es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación y su exigibilidad por los usuarios" (Ibid., p. 10). Esta es la razón por la cual el contratante no puede dejar de ejecutar su prestación en los contratos de concesión de servicios públicos alegando la excepción de incumplimiento, por lo menos en un primer momento.

<sup>78</sup> ZEGARRA, Diego. "Concesión (...)" Op. cit., pp. 101-107.

<sup>79</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., pp. 489-490.

<sup>80</sup> Las cursivas son del autor.

<sup>81</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 490.

<sup>82</sup> Ibid., pp. 492-493.

parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria (...) derivan, directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público<sup>83</sup>.

Por su parte, VILLAR EZCURRA<sup>84</sup> define a la concesión como “un contrato celebrado entre la Administración y un particular mediante el cual se reconoce el Derecho de ejercitar una actividad de servicio público reservado a la Administración por una norma”. En definitiva, la “concesión administrativa (...) implica la transferencia o reconocimiento a favor de un particular del Derecho a ejercer una actividad reservada a la Administración”.

En el servicio público se tiene una actividad reservada a la Administración debido al interés público inherente al servicio<sup>85</sup>. Para VILLAR EZCURRA<sup>86</sup> “la supremacía de la Administración se desprende de la propia regulación normativa (...) la Administración de nuestros días se vincula indisolublemente al interés general y tal vinculación es lo que justifica su posición de supremacía respecto a los particulares”.

Como es claro, los contratos de concesión de servicios públicos son contratos administrativos por razón de su materia, que es indudablemente administrativa al ser el fin de éstos el satisfacer una necesidad de interés general<sup>87</sup>. Por tanto, la Administración tendrá, en los contratos de concesión, los especiales poderes que antes estudiamos, siendo éstos de especial intensidad dado el interés público en juego.

### 1.5. Toma de Posición

Como señalamos al terminar el punto 1.1 un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte del mismo. Para establecer esto será importante analizar el contenido contractual, siendo un indicio el hecho que en el mismo se

incluya cláusulas exorbitantes<sup>88</sup>.

Dentro del contrato administrativo la Administración contará con una serie de poderes especiales derivados de las normas administrativas que regulan el sector y los contratos administrativos en general. Para establecer en cada supuesto concreto si la Administración cuenta con ciertas prerrogativas habrá, por tanto, de analizarse las normas aplicables a la relación y el contrato administrativo, pues si el ordenamiento lo permite éste podrá graduar la intensidad de los poderes para el caso particular<sup>89</sup>.

Resulta claro, y en eso concuerda toda la doctrina revisada, que los contratos de concesión de servicios públicos constituyen contratos administrativos y se rigen, en su mayor parte, por el Derecho Público. Consecuencia de esto es que en estos contratos la Administración contará con los especiales poderes anotados.

Finalmente, cabe precisar un punto de suma importancia: la justificación del ejercicio de los poderes especiales con que cuenta la Administración está en el interés público<sup>90</sup>. Así, si tal interés no está presente en el ejercicio concreto de uno de tales poderes estaremos ante una actuación arbitraria de la Administración por contravenir el principio de legalidad, de forma tal que el acto administrativo será nulo. Esto se debe a que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, por lo que, como hemos dicho, en cada caso en concreto debe determinarse si se encuentra presente o no para legitimar el uso de los especiales poderes.

## 2. EL CONTRATO-LEY

### 2.1. Posición de la Doctrina sobre el Contrato-ley

El contrato-ley es una institución de rango constitucional establecida con el fin de dar garantías y seguridad

<sup>83</sup> Ibid., p. 493. Discrepamos con la opinión de que la facultad modificadora tiene necesariamente su fuente en el contrato administrativo (cfr. punto 1.2 *supra*).

<sup>84</sup> VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. cit., pp. 254-255.

<sup>85</sup> Para una visión diferente de los servicios públicos recomendamos leer FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. En: Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 150, Septiembre/Diciembre 1999. pp. 57-73.

<sup>86</sup> VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. cit., p. 226.

<sup>87</sup> Por todos, AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “Aplicabilidad (...)”. Op. cit., p. 259, quienes señalan que “en este aspecto la doctrina es virtualmente unánime al reconocer que los mismos se rigen fundamentalmente por el Derecho administrativo”.

<sup>88</sup> Como ya ha sido dicho estas cláusulas sólo pueden insertarse en contratos administrativos, pues los contratos en sentido técnico –los civiles– se rigen por el Derecho Privado, el mismo que no permite la inclusión de éstas. Por tanto, el hecho que se incluyan no hace del contrato uno administrativo, sino que hace presumir que lo es, dado que en caso contrario éste –o la cláusula– sería nulo. Así, si se encuentra presentes cláusulas exorbitantes en un contrato y éste no es administrativo, estaremos ante un caso de nulidad.

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, podría darse el caso en que las normas aplicables establezcan que la Administración puede incluir supuestos para la modificación unilateral del contrato, pero, a la vez, que si no son incluidos en éste la Administración carecerá de dicha potestad.

<sup>90</sup> Como señala GÓMEZ DE LA TORRE (GÓMEZ DE LA TORRE, Andrés. Op. cit., p. 74), las “prerrogativas que el Estado conserva frente a los concesionarios, se fundamentan o justifican básicamente en la medida en que está de por medio un interés público (...)”.



des a inversionistas sobre el marco legal que se les aplicará. Como señalan AMADO y MIRANDA<sup>91</sup>, “la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de *imperium*, es la razón de ser de los contratos ley”<sup>92</sup>.

Los contratos administrativos, dado el especial interés que protegen y las normas a que están sometidos –las de Derecho Público–, no confieren la debida seguridad jurídica a los inversionistas, pues los términos contractuales pueden ser modificados unilateralmente por la Administración. Debido a esto surgen principios como el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato y la necesidad del interés público para estar legitimado a ejercer los poderes. No obstante, esto no es suficiente, pues aun así muchos posibles inversionistas se verán disuadidos de contratar con el Estado por lo alto del riesgo al ser difícil prever cómo habrá de desenvolverse la relación.

Vemos entonces que los mismos mecanismos que se crearon para proteger el interés público pueden acabar perjudicándolo, al impedir que el Estado pueda acceder a la colaboración de los particulares. Surge por esto la figura del contrato-ley como un mecanismo que permite dar mayor estabilidad a las relaciones con el Estado y reduce, por tanto, el riesgo de los inversionistas. Resulta paradójico que el mismo Derecho Público que se atribuyó poderes especiales en la contratación con los particulares se ve compelido a renunciar a ellos –auto limitarse– para poder acceder a su colaboración. Si bien es cierto que con esto el Estado puede verse seriamente limitado en su actuación de resguardar el interés público, peor es lo contrario: la no celebración de contratos valiosos y ampliamente beneficiosos para la comunidad, como en el caso de contratos de concesión de servicios públicos. De lo dicho podríamos deducir que lo eficiente será el otorgar contratos-ley cuando el beneficio de atraer más inversiones sea mayor al perjuicio causado por la limitación en esas relaciones de los especiales poderes del Estado, basados en el resguardo del interés público.

Los contratos-ley, a decir de AMADO y MIRANDA<sup>93</sup>, cumplen dos funciones: “la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato y (...) la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el Estado del Derecho administrativo al civil”. Entienden estos autores que lo que ocurre “cuando el Estado se somete voluntariamente a la esfera del Derecho Privado, no es que aquel se desligue de sus poderes de *imperium*, sino que en virtud de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el Derecho Privado, en determinados casos específicos donde el interés público así lo justifique”<sup>94</sup>.

Así, los contratos-ley tendrían la función de convertir contratos que por su naturaleza serían administrativos en contratos de Derecho Privado<sup>95</sup>. De esta suerte tales contratos dejarían de estar sometidos al Derecho Público, con lo cual la Administración carecería de las especiales prerrogativas que se le conceden en los contratos administrativos.

Nosotros discrepamos, como más adelante expondremos, con esta posición por entender que un contrato administrativo no se convierte en civil cuando se dan garantías vía un contrato-ley, ni deja de estar regido por el Derecho Público para pasar a ser regido por el privado.

Otro autor que ha estudiado el tema de los contratos-ley, pero desde la óptica del artículo 1357 del Código Civil vigente, es DE LA PUENTE<sup>96</sup>, quien también entiende que los contratos-ley tienen la función de convertir contratos administrativos en contratos civiles. El funcionamiento de esta institución es, a su entender, una habilitación al Estado, por medio de una ley, para que éste establezca garantías y otorgue seguridades. Como estas garantías se otorgan por medio de un contrato el Estado no podrá modificarlas unilateralmente.

Es necesario señalar que, si bien la institución del contrato-ley no fue una novedad de la Constitución de 1993, pues ya había sido legislado en el Código Civil

<sup>91</sup> AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 17.

<sup>92</sup> Las cursivas son de los autores.

<sup>93</sup> AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 18.

<sup>94</sup> Las cursivas son de los autores.

<sup>95</sup> “[U]no de los objetos fundamentales del contrato-ley es la estabilización del marco jurídico aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato administrativo. (...) [S]on contratos de Derecho Civil, por lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil”. (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 19).

<sup>96</sup> DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., pp. 364-366.

de 1984, es recién gracias al reconocimiento de ésta que adquiere una estabilidad monolítica. Antes de su consagración constitucional se tenía el riesgo de que una derogación de la ley que daba las seguridades y garantías podía dejarlas sin efecto, por lo que la protección no era total<sup>97</sup>. En cambio, al establecerse en la Constitución se impide que el Estado deje sin efecto las seguridades y garantías del contrato-ley con la derogación de la ley que las confirió<sup>98</sup>, dándosele a la figura el verdadero sentido que debe tener.

## 2.2. Posición Personal

A nuestro entender el contrato-ley es una institución de rango constitucional que permite otorgar una serie de garantías y seguridades a ciertas personas. Estas garantías y seguridades tienen como objetivo el reducir el riesgo para los inversionistas de contratar con el Estado, siendo su fin el fomentar la inversión y la contratación entre el Estado y aquéllos.

En cuanto a la naturaleza del contrato-ley, consideramos que éste es un contrato administrativo por el cual se congela<sup>99</sup> el contenido de otro contrato, también administrativo, de forma tal que el Estado, por mandato del artículo 62 de la Constitución, se ve impedido de ejercer sus especiales poderes, atenuándose el régimen normal del Derecho Administrativo. Entonces, no es que el contrato-ley convierta un contrato administrativo en civil, sino que establece un marco jurídico de estabilidad por el cual el Estado se ve impedido de ejercer las potestades que, de no existir el contrato-ley, tendría. La razón por la cual sostenemos que el contrato-ley tiene naturaleza administrativa es porque su contenido escapa a la esfera de lo que puede ser regulado por medio de un contrato civil, siendo en definitiva de Derecho Público. Esto es claro si se tiene en cuenta que un posible contenido del contrato-ley es el otorgar seguridades en materia

tributaria, lo que a todas luces es un tema fuera del alcance de la autonomía privada.

Si bien es cierto que el efecto de un contrato-ley es que el contenido del mismo devendrá inamovible, punto en el que concuerdan todos los autores consultados, esto no lo convierte en un contrato civil, sino que lo somete a una regulación diferente a la de los demás contratos administrativos, regulación que por anular los especiales poderes del Estado tiene efectos parecidos a los de los contratos civiles<sup>100</sup>. Sin embargo, aun en este supuesto nos encontraremos ante un contrato regulado por el Derecho Público, sólo que su regulación especial establece para el mismo mecanismos de seguridad similares a los del Derecho Privado.

A modo de ejemplo es posible imaginar un caso en el cual el Estado celebre un contrato administrativo por el cual otorgue la concesión de cierto servicio público a una persona jurídica y, posteriormente, celebre un contrato-ley por el cual establezca que lo estipulado en el contrato de concesión será inmodificable sin el consentimiento del contratante privado. En este caso tendríamos dos contratos administrativos, a saber, el contrato de concesión y el contrato-ley. Por el primero el Estado gozaría de poderes tales como el de modificar el contrato y el de resolverlo por motivos de interés público; por el segundo el Estado estaría estableciendo que no podrá hacer uso de tales poderes, con lo cual otorgaría una gran seguridad a los inversionistas. Esta auto limitación del Estado de las prerrogativas que en situaciones normales gozaría no podría ser modificada de modo alguno, salvo con la anuencia del contratante privado, pues estaría bajo la protección del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución.

Otro punto de interés es que no parece posible que el propio contrato de concesión pueda ser un contrato-ley<sup>101</sup>, pues la Constitución refiere que el contenido

<sup>97</sup> Es de notar que DE LA PUENTE (DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., p. 370) discrepa con esta opinión, pero desde una óptica teñida por el Derecho Civil. Para este jurista si el Estado contrata por medio de su autonomía privada (la autonomía de la voluntad) no podrá luego liberarse del vínculo: "El sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual (...) determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su *jus imperium*, en lo que es materia del contrato".

<sup>98</sup> De esta manera lo entienden AMADO y MIRANDA (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. "La Seguridad (...)". Op. cit., p. 19) para quienes el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución "impide al Estado desobligarse de su relación jurídica patrimonial con el inversionista mediante la derogación de la ley (...)". En similar sentido juzga ZEGARRA (ZEGARRA, Diego. "El Contrato (...)". Op. cit., pp. 55-56) que "sólo vía la Constitución se podía asegurar que dichos contratos no iban a sufrir alteración alguna", teniéndose "la necesidad de crear una garantía infalible para el inversionista, en la que no mediara ningún tipo de quiebre y que principalmente, pudiera dar sustento al factor psicológico de estabilidad y seguridad que se desea para los inversionistas".

<sup>99</sup> Utilizamos esta expresión por lo gráfico de la misma. El contrato-ley vuelve estable la relación con el Estado al impedir, gracias al mandato constitucional del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, que las garantías y seguridades otorgadas sean dejadas sin efecto por una ley.

<sup>100</sup> Parecidos en el sentido que el Estado no podrá modificar el contrato de manera unilateral. Sin embargo, esto no ocurre, como en el Derecho Civil, porque se requiera del consentimiento de las partes del contrato, sino porque el contrato-ley expresamente prohíbe tal modificación. Así, la prohibición en un caso surge de la naturaleza del Derecho Privado, en el otro del contrato-ley (y mediadamente de la Constitución).

<sup>101</sup> Esta posición contradice lo establecido en la Ley 26285, con la cual discrepamos por entender que va más allá de lo que la Constitución permite sea materia de los contratos-ley. La ley en mención señala: "los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley".

de éste debe ser el “establecer garantías y otorgar seguridades”, mientras que el contenido del contrato de concesión es “la organización y el funcionamiento de un servicio público”<sup>102</sup>. Al mismo tiempo que en el segundo se establece la concesión del servicio público y los derechos y obligaciones del contratista, en el primero se otorga ciertas garantías y seguridades, como la estabilidad del régimen tributario o la imposibilidad de modificar el contrato unilateralmente. Este razonamiento es aplicable también para otros contratos administrativos, como los de obra. En estos casos se podrá tener el contrato de obra, por ejemplo la construcción de una carretera, y un contrato-ley paralelo que otorgue ciertas seguridades sobre la relación creada por el primero. Concluyendo, creemos que por medio del contrato-ley, para que éste sea tal y se encuentre dentro de la *fattispecie* del artículo 62 de la Constitución, sólo se puede otorgar garantías y seguridades, siendo todo otro aspecto ajeno al mismo.

### 2.3. Regulación del Contrato-ley en el Ordenamiento Peruano

El segundo párrafo de la Constitución estipula: “Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”. Esta disposición debe ser complementada con el artículo 1357 del Código Civil, el mismo que establece: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

Asimismo, el artículo 39 del Decreto Legislativo 757 dispone que “[l]os convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

De acuerdo al artículo citado, parecería que los convenios de estabilidad jurídica son civiles<sup>103</sup>; sin embargo, por lo explicado anteriormente, estimamos que son administrativos. El decir que son civiles tiene

por objeto enfatizar su carácter inamovible y crear seguridad en el inversionista, pero no puede afectar su naturaleza, la cual, al tratarse de temas que escapan al ámbito del Derecho Privado, es pública. En definitiva, no es posible que estemos ante contratos civiles cuando en su contenido se tiene temas extraños al Derecho Privado, como ocurre cuando se establece por medio de un contrato-ley un marco de estabilidad en el régimen tributario que impide que futuras modificaciones en la legislación tributaria afecten al contratista privado.

Para que se pueda celebrar un convenio de estabilidad jurídica y, por tanto, estar ante un contrato-ley, se debe dar una autorización por decreto supremo. Esto se desprende del artículo 6 de la Ley 26438 que modifica el artículo 2 del Decreto Ley 25570. El artículo en mención establece: “De acuerdo a lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo No. 674, bajo cualquiera de las modalidades previstas por el artículo 2 de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente”.

Entonces, tenemos que para estar ante un contrato-ley éste deberá haber sido aprobado mediante decreto supremo y su objeto deberá ser el establecer garantías y otorgar seguridades. Sin embargo, creemos importante el dejar planteada una interrogante que surgió en nosotros al estudiar la legislación, interrogante que no intentaremos resolver en este momento por requerir de un mayor estudio y análisis: ¿basta que haya una ley que autorice la dación de un contrato-ley por decreto supremo para que el contrato aprobado por éste tenga la naturaleza de contrato-ley o, por el contrario, debería ser dicho contrato aprobado por una ley? En este punto debe tenerse en cuenta que si bien la ley establece el marco jurídico para suscribir el convenio de estabilidad, éste, y sobre todo su contenido, se aprueba por medio de un decreto supremo. Es claro que la respuesta que se dé tendrá importantes consecuencias sobre la realidad nacional, ya

<sup>102</sup> DROMI, José Roberto. Op. cit. Tomo 1. pp. 489-490.

<sup>103</sup> “Los convenios de estabilidad jurídica celebrados por el Estado, además de constituir en sí mismos una seguridad para los inversionistas, en la medida que estabilizan el marco legal aplicable al momento de celebrarse el convenio, son regidos por el Derecho Privado, motivo por el cual puede afirmarse que reúnen todos los elementos para ser caracterizados como contratos-leyes”. (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 18).

que hasta el momento se ha considerado que los convenios de estabilidad jurídica son verdaderos contratos-ley. Dejamos la pregunta planteada.

### **3. COMENTARIOS FINALES**

Hemos intentado dar en el presente artículo una visión general de lo que son los contratos administrativos y su incidencia en los contratos de concesión de servicios públicos, así como de los contratos-ley como atenuación del régimen de aquéllos.

En este sentido, hemos dicho que cuando el Estado celebra contratos administrativos con los particulares goza de una serie de poderes especiales establecidos con el fin de resguardar el interés público; poderes que son especialmente intensos en los contratos de concesión de servicios públicos dado el alto grado en que se encuentra comprometido el interés público en éstos. Sin embargo estos poderes tienen como contrapartida un alto riesgo para el inversionista, razón por la cual se establece que sólo se estará legitimado para ejercerlos en casos de interés públi-

co, concepto jurídico indeterminado que sólo admite una solución justa en cada caso, y siempre debiéndose mantener la ecuación económico financiera. Adicionalmente, como un paliativo de mayor efectividad para la falta de seguridad de los inversionistas, se incorporó a la Constitución la figura de los contratos-ley en lo que, en definitiva, constituye un sacrificio de ciertos poderes basados en el interés público como contrapartida para lograr un objetivo que, a su vez, también es de interés público: el atraer inversiones.

Como hemos visto, se tiene un juego de intereses encontrados entre la seguridad que se debe proporcionar a los inversionistas para atraerlos a contratar con el Estado y los especiales poderes con que cuenta la Administración para resguardar el interés público. Creemos que el punto de equilibrio correcto debe ser aquel en el cual los particulares no sientan que contratar con el Estado es irracional por implicar un grave riesgo, pero que a la vez permita la satisfacción del interés público. Esto no es fácil, pero debe ser el objetivo al cual tienda el sistema.

**ESTUDIO**  
**YON RUESTA**  
**& ABOGADOS**

**☎/Fax:**

**221-2480 422-1610**

*Los Nogales 345*  
*San Isidro*

E-mail: [estudioyr@millicom.com.pe](mailto:estudioyr@millicom.com.pe)

**ESTUDIO LINARES**  
**A B O G A D O S**

Calle Santa María N° 250, Miraflores Lima-Perú - Teléfono 421-2674  
[www.estudiolinaresabogados.com.pe](http://www.estudiolinaresabogados.com.pe)  
[elinares@estudiolinaresabogados.com.pe](mailto:elinares@estudiolinaresabogados.com.pe)

# CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

José Ovidio Salgueiro

## INTRODUCCIÓN

La llegada de la tecnología a la vida del ciudadano ordinario, además de los obvios avances en materia de progreso y de nuevas expectativas, ha traído una serie de cambios que saltan a la vista. Estos avances, producto de las mentes privilegiadas de genios y hechos fortuitos que por su significación trascienden en la historia, se han producido sin la presencia de leyes especiales que las autoricen o regulen. Para ello damos tres breves ejemplos:

El 17 de diciembre de 1903 en la colina de Kitty Hawk en Carolina del Norte, Orville y Wilbir Wright realizaron el primer vuelo motorizado de la historia y no existía una ley de aviación. En 1927 Charles Lindbergh y su avión, el Espíritu de San Luis, realizaron el primer vuelo sobre el océano Atlántico y tampoco había leyes que trataran los vuelos internacionales. En 1969 el hombre logra una de sus más grandes hazañas hasta la fecha, aterrizar en la Luna y tampoco había leyes que regularan los viajes al espacio. Para el año 2020 probablemente llegue la primera misión tripulada a Marte y con toda seguridad, para esa fecha tampoco habrá una ley que regule los viajes interplanetarios.

En 1844 Samuel Morse inició sus investigaciones relacionadas con la telegrafía. Para 1876 Alexander Graham Bell experimentaba con el teléfono. En 1899 Guillermo Marconi realizó la primera transmisión

*El creciente fenómeno de Internet, como medio para contraer derechos y obligaciones que no se encuentran aún regulados, reafirma la vieja frase de que “el hecho precede al derecho” y corrobora que éste se ve infatigablemente impulsado a adaptarse a las necesidades de un mundo que marcha al compás de la tecnología.*

*A la luz de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela, como referente para América Latina, el presente trabajo describe el perfeccionamiento de las transacciones a través del desarrollo informático. No obstante, tras el estudio de la figura del contrato electrónico y su valor probatorio, el autor analiza el rol de una ley especial para otorgar validez a tales situaciones.*

telegráfica inalámbrica a través del Canal de la Mancha y en 1901 a través del océano Atlántico lo que le valió el Premio Nóbel en 1909. Todos los avances que las telecomunicaciones presentan hoy en día se deben a estos tres hombres quienes, cuando iniciaron sus investigaciones y experimentos, no contaban con leyes que regularan la actividad.

La historia de la explotación petrolera en Venezuela se inicia en 1879 cuando Manuel Antonio Pulido y su empresa, la Petrolia del Táchira, explotaban el pozo "Alquitrana" que producía unos cuantos litros al día. En 1913 explota el pozo "Zumaque I" dando inicio a la más profunda transformación del país, convirtiéndose en una nación petrolera. Sin embargo, no fue hasta 1943, cuando el país ya vivía del petróleo, que se dicta la primera ley de Hidrocarburos.

La tecnología y los avances no pueden esperar por la ley. La revolución informática ha traído una serie de consecuencias donde el mundo jurídico no ha quedado intacto.

Lo mismo sucedió con Internet, que nació a finales de los años sesenta como un proyecto militar norteamericano para garantizar las comunicaciones en caso de un desastre nuclear. En los años 80 llegó a las universidades a fin de ampliar el acceso a la información por parte de investigadores y alumnos. A principios de los 90 fue descubierta por las grandes empresas que vieron un potencial tanto para ahorro en gastos operativos así como herramienta eficiente en comunicaciones y como nuevas formas de generar negocios. En 1995 el lanzamiento al mercado del primer programa *browser* permitió la navegación en forma sencilla, sin necesidad de conocer códigos o lenguajes especiales. Internet inició su desarrollo en forma exponencial y hasta el momento indetenible, logrando en apenas cinco años lo que a otros medios como la radio, televisión y cine tomó lapsos significativamente superiores, llevando a las manos del ciudadano común los medios electrónicos. Si bien es cierto que Internet no es la única herramienta electrónica que permite contratar y contraer derechos y obligaciones, es la principal, la más difundida y la más sencilla de utilizar.

El uso regular de la informática para la comunicación entre las personas, como medio válido para manifestar su voluntad y por tanto, para contraer derechos y obligaciones ha traído como consecuencia la necesidad de que el derecho se adapte a estas nuevas realidades, dándole un reconocimiento y un valor a los hechos provenientes de la Red.

En Venezuela la Ley Sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas (identificada en este trabajo por sus siglas LSMDFE) ha pasado a constituir una herramienta indispensable para que nuestro país se mantenga a la vanguardia regional en materia de derecho adaptado y aplicado a las nuevas tecnologías.

Una de las consecuencias fundamentales de la informática es la contratación electrónica y este es el punto que se pretende desarrollar en este trabajo bajo la luz de la nueva LSMDFE.

Los principios y procedimientos adoptados por esta Ley son muy similares a los de otras legislaciones nacidas en momentos similares y, por tanto, estos principios aún cuando en la forma aquí expresada refieren específicamente a la LSMDFE de Venezuela, la aplicación de los mismos es similar a la de otros países de tradición romanista del derecho.

Este trabajo se inicia con la determinación de la legislación aplicable a la contratación electrónica, posteriormente se analiza la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela como ley especial al tomar en cuenta que la mayoría de las leyes especiales de América Latina que tocan estas áreas presentan estructuras similares.

Seguidamente se analiza el contrato electrónico y sus elementos, los mensajes de datos como forma por excelencia para manifestar el consentimiento por vía electrónica y del mensaje de datos como documento; posteriormente se analizará la firma electrónica como mecanismo para certificar la identidad de los contratantes, lo cual es indispensable en muchos de los contratos celebrados.

Por último, se hará un análisis del valor probatorio de los mensajes de datos según la presencia de los diferentes elementos que conforman el mecanismo supletorio establecido en la LSMDFE, valor que va desde plena prueba hasta simples indicios.

El resultado del trabajo arroja como conclusión que la contratación electrónica es válida con o sin ley que expresamente la admita.

## I. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Uno de los más grandes dolores de cabeza para quienes deben determinar la legislación aplicable a los hechos de naturaleza electrónica y por tanto, a la contratación, es la legislación aplicable. Las dudas van desde la validez o no de la contratación electró-

nica hasta la legislación aplicable a los hechos y obligaciones nacidas o derivadas de hechos consumados por vía electrónica y documentos informáticos<sup>1</sup>.

Si bien es cierto que Internet y otros medios electrónicos ofrecen una libertad nunca antes imaginada, esto no significa en forma alguna que las actividades realizadas por estas vías no tengan reglas o que lo que por estos medios sucede no está sometido a ningún tipo de control. El sentido es mas bien contrario, es decir, que no deben diferenciarse las actividades desarrolladas por vías electrónicas de aquéllas realizadas en el mundo de los átomos.

Si bien es cierto que los medios electrónicos aún no han alcanzado a todos los estratos de la población, aquellos, especialmente Internet, han penetrado masivamente en los medios de producción implicando beneficios para toda la sociedad en general. Éste es un fenómeno multifuncional porque puede emplearse para cualquier tipo de actividad imaginable o por imaginar. Por citar algunos, hoy en día las herramientas informáticas y principalmente Internet, se utilizan como medio de expresión, comunicación e intercambio cultural, como herramienta de transmisión de información para el trabajo, la investigación y la educación y con fines comerciales o mercantiles para la realización de transacciones no sólo entre empresarios o profesionales y entre éstos y sus clientes, sino también entre distintos particulares que ocasionalmente comercializan a distancia determinados productos o servicios sin convertirse por ello en profesionales.

Este fenómeno social está cambiando al mundo y ha traído una serie de cambios que han hecho que las estructuras existentes en muchos de los campos del mundo tridimensional se vean afectadas.

La única diferencia de los hechos perfeccionados por medios electrónicos de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es precisamente el medio electrónico en el cual se llevan a cabo. La compra de un libro en una librería de un centro comercial y la compra de un libro en línea no son más que eso, la compra de un libro, de un bien mueble, siendo la única diferencia el medio en el cual se llevan a cabo, pero en su esencia son iguales. De la misma forma, lo que es ilegal en el mundo de los átomos es ilegal en la Red. Es por eso que no cabe duda al afirmar que la Ley aplicable en la Red es la Ley ordinaria que aplique a cada situación o hecho en particular.

Así tenemos que para constituir una empresa dedicada a ofrecer bienes y servicios a través de Internet o empresas de altísima tecnología debemos aplicar la normativa del Código de Comercio; las leyes de Impuesto sobre la Renta, al Valor Agregado y la Ley de Protección al Consumidor son aplicables a la venta de bienes y servicios por medios electrónicos; contra cualquier hecho o publicación que constituya difamación o injuria corresponde la aplicación del Código Penal; para el caso de eventos en que intervengan ciudadanos de otros países, se realicen transacciones internacionales, cuando se cometa un delito informático en el cual se vea involucrada más de una jurisdicción, se aplicarán los tratados internacionales a que haya lugar en cada caso particular; para todo lo relativo a la contratación, se aplicará la normativa del Código Civil, el Código de Comercio y cualquier otra ley vigente según la materia de la cual se trate la convención, y así sucesivamente.

En el caso específico de Internet uno de los puntos más controvertidos entre sus actores es el de la autorregulación. Un nutrido grupo de ellos, en el cual por lo general no se encuentran abogados, estima que Internet es por esencia libre y que por ello debe autorregularse. Esta autorregulación consiste en la libertad que tendrían los participantes para determinar las reglas a seguir en cuanto a su comportamiento en Internet.

Pero, si como señalamos anteriormente, no existe diferencia en cuanto a las actividades llevadas a cabo en la Red con aquellas similares llevadas a cabo en el mundo tridimensional, entonces, ¿qué razón habría para excluir de la ley ordinaria a ciertas actividades, cuya única particularidad es que son llevadas a cabo en forma electrónica? Para que pueda existir la tan ansiada autorregulación debe existir primero una ley que la reconozca.

Si bien estimamos que la autorregulación por mandato de la ley debe ser bastante difícil de obtener, si llegase a conseguirse, no tendría eficacia mas allá de las fronteras geográficas del país en el cual se dictase tal ley y si esto se hiciese mediante tratado internacional, pues sólo tendría vigencia en el territorio de aquellos países que ratificasen dicho tratado. Aún así, no luce factible, al menos en un futuro inmediato, que los gobiernos del mundo opten voluntariamente por ceder su facultad de legislar sobre una materia tan importante

<sup>1</sup> El término "informática" se usa generalmente como sinónimo de "electrónico".



como ésta en la cual se mueve tanto dinero y tantos intereses.

Aún en el caso que exista una ley que regule ciertas materias referentes a las actividades realizadas por medios informáticos, es decir, una ley de carácter especial, el principio general del derecho de que la ley especial es de aplicación preferente sobre la ley general será aplicable.

En América Latina se ha empezado a legislar en esta materia y tenemos leyes especiales y proyectos de leyes en varios países tanto en materia de mensajes de datos, firmas electrónicas, delitos informáticos, privacidad de datos, etc. En Venezuela tenemos la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas que será tocada con mayor profundidad mas adelante.<sup>2</sup>

A falta de una ley especial que regule en forma específica alguno de los aspectos relacionados con la validez y eficacia del uso de medios electrónicos siempre será aplicable la ley ordinaria para cada actividad en particular.

Si bien es cierto que leyes que admiten y dan validez y eficacia jurídica a los medios electrónicos son beneficiosas para el desarrollo de cualquier país latinoamericano, no es menos cierto que aún sin ella siempre es posible apoyarse en la legislación existente para lograr darle valor. Prueba de ello es que el Comercio Electrónico se desarrolló en todos estos países, ha movido cantidades importantes de dinero y jamás se ha atacado su validez. Las leyes vinieron después.

No debe tampoco en forma específica intentarse controlar o regular las actividades de los diversos actores que intervienen por medios electrónicos o por la Red. Estas actividades están ya reguladas por las leyes ordinarias. La única diferencia entre las actividades realizadas en la Red de aquellas realizadas en el mundo "real" es el medio en el cual se llevan a cabo. Un contrato es un contrato, una venta es una venta, y un delito es un delito por medios electrónicos o en el mundo real<sup>3</sup>.

Las limitaciones al crecimiento del Comercio Electrónico como actividad en Venezuela y en otros países de América Latina vienen dadas en gran parte por problemas de carácter socio-económico más que tecnológicos. El acceso limitado a la tecnología

de la información, la desigualdad social, la pobreza y falta de educación y de oportunidades son limitantes al desarrollo de la actividad; no obstante, estas limitantes no son culpa de la tecnología, la cual, si es bien utilizada y gerenciada, puede ayudar a reducir estas limitantes.

La ineficiencia del poder judicial, tanto en Venezuela como en otros países latinoamericanos es también una limitante ya que el ciudadano no siente suficiente respaldo de sus organismos para su defensa en caso de cualquier inconveniente. Adicionalmente, el desconocimiento de los jueces de los medios electrónicos hace que la valoración de dichas pruebas pueda no resultar adecuada.

## II. LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS DE VENEZUELA

En Venezuela, al igual que en la mayoría de los países de América Latina se ha optado por crear una ley especial que amplíe todo lo relativo a la validez y eficacia probatoria de los medios electrónicos. Así nace la LSMDFE.

La Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001, quedando identificada como Decreto Ley 1204. Esta Ley, considerada por muchos expertos como una de las más avanzadas de la región permitirá el desarrollo de nuevas iniciativas en la Red así como el crecimiento de otras ya existentes.

Esta no es una Ley de Comercio Electrónico ya que no toca aspectos relacionados con el comercio en ninguna de sus formas ni refiere a otros que en alguna forma podrían estar asociados al comercio por medios electrónicos o a través de Internet como, por ejemplo, las normas de privacidad, ciberocupación de nombres de dominio, aspectos impositivos, penales, envío abusivo de material electrónico de contenido comercial no solicitado (conocido como SPAM), etc.

El objeto de la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela es el de otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, que pueda ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como

<sup>2</sup> Cfr. Capítulo II.

<sup>3</sup> Ciertamente existen los delitos informáticos que son especiales de esta área pero eso no es objeto del presente trabajo.

regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

La elaboración de esta Ley se basó en tres principios fundamentales de los cuales deriva una consecuencia que define la naturaleza de la misma. Los principios sobre los cuales se desarrolló la LSMDFE fueron el de neutralidad tecnológica, la equivalencia funcional y el principio de autonomía de la voluntad de las partes; la consecuencia de la aplicación de estos principios es la no modificación del derecho, derivando así la naturaleza de ésta como una ley especial.

## 1. Principio de neutralidad tecnológica

La LSMDFE mantiene el más estricto principio de neutralidad tecnológica con la finalidad de que permanezca vigente durante el mayor tiempo posible.

La neutralidad tecnológica implica no favorecer unas tecnologías sobre otras ya que los estándares en esta materia deben ser impuestos por el mercado y no por ley. Favorecer en un cuerpo legal una tecnología sobre otras es incorrecto, discriminatorio y por sobre todo, un error de técnica legislativa. Hacerlo implicaría la pronta obsolescencia de la ley haciendo inútil el esfuerzo y el tiempo dedicado a su creación y aprobación así como la salida de Venezuela del mercado electrónico.

Sin embargo, no podemos pretender tampoco que esta Ley sea perpetua, algún día surgirá una nueva tecnología que hoy no podemos ni siquiera imaginar que superará a todo lo hoy existente, ese día tendremos que reorganizar el sistema legal para adaptarnos a esa tecnología incluyendo a la LSMEFE o redactar una nueva ley que se adapte a esa nueva realidad.

El principio de Neutralidad Tecnológica es la razón por la cual esta Ley refiere a firma electrónica en lugar de firma digital entendiendo que la firma digital es un tipo de firma electrónica, la cual si bien es cierto que es la que se utiliza en la actualidad con preferencia, es una firma que está basada en la tecnología de dígitos (unos y ceros). Las computadoras con tecnología digital funcionan sobre la base de circuitos en los cuales la corriente tiene dos únicas alternativas, pasar o no pasar, cada una de esas

señales de transforma en un dígito que puede ser un uno (1) o un cero (0), esto es lo que se conoce como lenguaje binario<sup>4</sup>.

Al momento que la tecnología digital de códigos binarios esté superada o deje de tener supremacía en el mercado, las leyes que hagan referencia a la firma digital quedarán obsoletas.

En el proceso se entendió que si bien en la actualidad las firmas digitales son el estándar, no se debía cerrar la puerta a firmas electrónicas generadas con cualquier otra tecnología. Por esa misma razón se obvió cualquier referencia a los protocolos de claves pública y privadas<sup>5</sup>, que actualmente son los más usados, pero por las mismas razones explicadas, no es prudente obligar a todo usuario y proveedor a adoptar esta tecnología sobre alguna otra.

Las leyes de Alemania (1997), Colombia (1999) y Argentina (2001) se refieren a firmas digitales, las leyes de Estados Unidos (2000), España (1999), Proyecto de ley de Ecuador (2001), Directiva de la Comunidad Económica Europea (1999), modelo UNCITRAL (2001) y la reforma legislativa mejicana refieren por su parte a la firma electrónica. La firma electrónica debe entenderse como el género y la firma digital como un tipo de firma electrónica.

Ante los constantes y rápidos cambios tecnológicos quedó expresamente previsto que estas normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, siempre orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas<sup>6</sup>.

## 2. Principio de equivalencia funcional

La revolución tecnológica de la última década del siglo XX permitió por primera vez la convivencia del ciudadano común con los avances producidos.

La tecnología está ahora al alcance de todos y se desarrolla sin esperar una ley previa que prevea las consecuencias de los avances que se van produciendo; así, nacen situaciones de carácter tecnológico con consecuencias similares a las de algunas instituciones del mundo físico, algunas con desarrollo milenar como el documento y la firma autógrafa.

<sup>4</sup> Son comunes las expresiones *bit* y *byte* en computación y las mismas son unidades de medida para el almacenaje de códigos binarios. "Un *byte* consiste en 8 *bits*. Un *bit* es un cero (0) o un uno (1). Por lo tanto, un ejemplo de un *byte* es 01001001. Esta secuencia de números (*byte*) puede simbolizar una letra o un espacio. Un *kilobyte* (Kb) son 1024 *bytes* y un *megabyte* (Mb) son 1024 *kilobytes*." CARRASCO BLANC, Humberto Rolando. "Contratación Electrónica y Contratos Informáticos". Santiago de Chile, La Ley, 2000, p. 32.

<sup>5</sup> Como hace, por ejemplo, referencia la Ley Colombiana de 1999.

<sup>6</sup> LSMDFE: artículo 1.

Estas nuevas instituciones a las cuales podríamos denominar “instituciones electrónicas”<sup>7</sup> son totalmente diferentes en su esencia a sus similares del mundo físico, lo que trae como consecuencia que la legislación nacional y en principio todas las legislaciones de los países de tradición romanista que se han fundamentado en documentos escritos, firmados u originales excluyan a los nuevos desarrollos tecnológicos por ser incompatibles con los conceptos y procedimientos de su equivalente en tales legislaciones.

Sin embargo, estas “instituciones electrónicas” son similares en sus efectos y consecuencias a sus correlativas del mundo físico y por esta única razón, en lugar de “inventar” un desarrollo legislativo para estas nuevas instituciones de carácter netamente tecnológico y con tiempos de vida muy cortos, se las equipara con sus similares del mundo físico, que ya han sido desarrolladas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia haciéndolas equivalentes sólo en lo que respecta a dichos efectos y consecuencias. Este es el principio de la equivalencia funcional.

La equivalencia funcional en la LSMDFE se da principalmente entre las firmas electrónicas y las firmas autógrafas y entre los documentos escritos y mensajes de datos.

### 2.1. Las firmas electrónicas en relación con las firmas autógrafas

Las firmas electrónicas en su esencia son total y absolutamente diferentes a las firmas autógrafas. Una firma electrónica es producida por un software y una firma autógrafa es una manifestación de la personalidad.

Sin embargo, la finalidad de ambas es la misma, atribuir la autoría de un documento y la aceptación del contenido del mismo, sea en papel o forma de mensaje de datos. La Ley por tanto, las asimila sólo en lo que refiere a sus efectos y consecuencias al atribuirle a la firma electrónica<sup>8</sup> la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa<sup>9</sup>.

La guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo UNCITRAL de Firmas Electrónicas del año 2001 entiende a la “firma electrónica” como las diversas técnicas disponibles en el mercado con la

finalidad de que algunas o todas las funciones identificadoras de la firma manuscrita<sup>10</sup> se puedan cumplir en el entorno electrónico.

Las medidas de seguridad en el proceso de obtención de una firma electrónica así como del certificado que la garantiza pueden venir dados por técnicas criptográficas, simétricas o asimétricas, o por cualquier otro mecanismo de seguridad. La LSMDFE en cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica<sup>11</sup> no favorece la utilización de alguna técnica de seguridad sobre otra exigiendo solamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en su artículo 16 para otorgar a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria de la firma autógrafa<sup>12</sup>.

### 2.2. Mensajes de datos en relación con los documentos

Con los mensajes de datos sucede lo mismo que se ha señalado respecto de las firmas electrónicas, es decir, no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales como su equivalente funcional. No obstante, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos.

Los mensajes de datos serán tratados a profundidad en el Capítulo III.

### 3. Principio de la autonomía de la voluntad de las partes

El tercer principio respetado en la redacción de la LSMDFE es el de la autonomía de la voluntad de las partes.

El régimen establecido de firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y sólo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alterno.

La autonomía de la voluntad de las partes y por tanto, la supletoriedad del régimen aplicable se extiende también a: i) la verificación tanto de la emisión como de la oportunidad de emisión del mensaje de datos; ii) la determinación de los mecanismos para la recepción de los mensajes de datos; iii) la determinación del lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, de

<sup>7</sup> Las “instituciones electrónicas” nos son “instituciones” propiamente dichas. Les damos este título a fin de ver claramente su relación con las “instituciones” del mundo físico que les son equivalente a cada una de ellas.

<sup>8</sup> Siempre que cumpla con un mínimo de requisitos establecidos en la Ley.

<sup>9</sup> LSMDFE: artículo 16.

<sup>10</sup> El proyecto UNCITRAL de Firma electrónica habla de firma manuscrita a diferencia de la LSMDFE que refiere a firma autógrafa. La interpretación de ambas expresiones, no obstante, es idéntica.

<sup>11</sup> Cfr. punto 3 de este Capítulo.

<sup>12</sup> Cfr. Capítulo IV.

donde deriva la jurisdicción y leyes aplicables en una relación jurídica; iv) acuse de recibo y mecanismos para verificarlo.

#### 4. No modificación del derecho

La consecuencia de la aplicación de los tres principios antes señalados es la no modificación del derecho. La LSMDFE no crea ni modifica en forma alguna leyes existentes ni se impone en su aplicación sobre otras leyes existentes.

La LSMDFE es en su naturaleza una ley especial. Por tanto, debe ser aplicada con preferencia sobre cualquier otra norma en todo lo que refiere al reconocimiento, eficacia y valor jurídico de la firma electrónica, los mensajes de datos y toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Como se ha señalado, la única diferencia de los hechos llevados a cabo en la Red de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es el medio electrónico a través del cual se desarrollan, por tanto, las leyes ordinarias del mundo físico se aplican en lo que corresponden a los hechos provenientes de Internet salvo la presencia de una ley especial, como es el caso de la LSMDFE, que será de aplicación preferente en lo que respecta a las materias de su especialidad.

### III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Determinada la legislación aplicable e independientemente de la presencia o no de una ley especial de aplicación preferente, debemos determinar la forma en la cual el documento electrónico entra a formar parte integrante de una relación contractual o generadora de derechos y obligaciones.

En cuanto a la esencia del contrato el destacado jurista venezolano Eloy Maduro Luyando señala que “el contrato es el instrumento por excelencia para que un hombre en sociedad pueda satisfacer sus necesidades”<sup>13</sup>. Siendo ésta la finalidad esencial de esta institución es lógico inferir que la satisfacción de tales necesidades debe adaptarse a los distintos avances tecnológicos que le hagan la vida más sencilla. Ésta es nuestra primera aproximación a la

validez del contrato electrónico con o sin la existencia previa de una ley que le conceda expresa eficacia.

La norma rectora de la contratación en el ordenamiento jurídico venezolano es artículo 1133 del Código Civil que establece que “el contrato es una convención entre dos o mas personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

De esta norma no puede inferirse de forma alguna que el documento electrónico incumpla los finalidades allí señaladas. La amplitud de la norma cuya finalidad evidente es la de buscar siempre la validez del contrato no deja duda en cuanto a que la contratación por medios electrónicos, informáticos o vía Internet es válida sin necesidad de una ley previa que los admita o reconozca validez en forma expresa. El punto que queda por dilucidar es entonces cómo se incorporan en el formato electrónico los elementos del contrato.

#### 1. Elementos del contrato electrónico

El Artículo 1141 del Código Civil señala que “las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1° Consentimiento de las partes; 2° Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3° Causa lícita”.

Nuevamente, la amplitud de la norma evidencia que no hay necesidad de una ley previa que permita el cumplimiento de estos requisitos fundamentales por vía electrónica.

Estos elementos esenciales del contrato, así como lo relativo a las fases de la contratación, no presentan diferencias de fondo por el hecho que la contratación se realiza por vía electrónica. Las diferencias fundamentales entre la contratación tradicional y la electrónica se dan por el medio a través del cual se manifiestan y no son en forma alguna de naturaleza.

El objeto y la causa del contrato no presentan variaciones de fondo por el hecho de que la contratación se realice en formato electrónico, por esto los trataremos primero en forma breve para luego profundizar en la manifestación del consentimiento, elemento más delicado en la contratación, electrónica o no.

<sup>13</sup> MADURO LUYANDO, Eloy. “Curso de Obligaciones. Derecho Civil III”. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1983, p. 383.

### 1.1. El objeto

El objeto del contrato es la prestación, actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en beneficio de su acreedor. Pueden ser prestaciones o conductas de dar, de hacer o de no hacer, de medio o de resultado, puede consistir en la realización de una actividad o en la transmisión de un derecho. Según el artículo 1155 del Código Civil el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable.

El objeto no representa diferencia alguna en un contrato electrónico. El objeto del contrato o convención electrónica debe cumplir las mismas condiciones establecidas en el señalado artículo 1155 para su validez.

### 1.2. La causa

La causa es la razón por la cual se ha realizado un contrato, el fin inmediato perseguido con la obligación contraída. Es un elemento subjetivo muy discutido por la doctrina en el cual no profundizaremos.

El Código Civil hace breves referencias a la causa de los contratos. El artículo 1157 señala que la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto y que la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. El artículo 1158 señala que el contrato es válido aunque la causa no se exprese y que la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.

Se evidencia que la causa como elemento esencial de validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que éste se celebre por vía electrónica.

### 1.3. El consentimiento

Es el fundamental y más delicado de los elementos de un contrato cualquiera sea su tipo, naturaleza o forma de perfeccionarse. El consentimiento es la manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre que expresa el acuerdo de un sujeto de derecho respecto de un acto externo propio o ajeno<sup>14</sup>.

La ley venezolana no presenta limitaciones en cuanto a la forma o medio de manifestación del consentimiento. Éste puede manifestarse verbalmente, por escrito, por señales de humo, por sonido de tambores

o por vía electrónica. La forma por excelencia de manifestar el consentimiento por vía electrónica es a través de un mensaje de datos.

Por eso concluimos sin lugar a equivocación que el uso de la informática como medio de expresión para la comunicación entre las personas es un medio válido para manifestar la voluntad y por tanto, un medio válido para contraer derechos y obligaciones, con o sin ley especial o general que lo admita o reconozca como tal.

La forma por excelencia para identificarse electrónicamente son las firmas electrónicas. El régimen establecido en la Ley para las firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y sólo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alternativo.

Cabe señalar que la ley especial busca siempre la validez del contrato electrónico, por ello establece que sus normas deben ser desarrolladas e interpretadas, orientadas a siempre reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas<sup>15</sup>.

Para profundizar en el estudio del mensaje de datos como medio válido para manifestar el consentimiento lo haremos desde la óptica de la Ley Sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela en el Capítulo V.

## 2. Los mensajes de datos

La forma por excelencia de manifestar el consentimiento o voluntad por vía electrónica es por medio de un mensaje de datos. Según la definición de la LSMDFE de Venezuela, mensaje de datos es toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio<sup>16</sup>.

Con los mensajes de datos sucede algo similar a lo señalado con relación a las firmas electrónicas, no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales, sin embargo, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos.

Así, señala el artículo 4 de la LSMDFE que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que

<sup>14</sup> MADURO LUYANDO Op. cit. p. 443.

<sup>15</sup> LSMDFE artículo 1, último aparte.

<sup>16</sup> LSMDFE artículo 2.

la ley otorga a los documentos escritos, por tanto, la manifestación de voluntad o de consentimiento realizado por esta vía tendrá la misma eficacia.

Por ello, todas las fases previas de contratación como ofertas, contraofertas y manifestaciones de voluntad pueden darse por vía electrónica. La oferta electrónica será tratada en forma aparte en el punto 3 de este capítulo.

### 2.1. Los mensajes de datos como medio de manifestación del consentimiento

En el medio electrónico es muy frecuente no conocer a la persona con quien se contrata y en muchas oportunidades conocerla no es importante, relevante o esencial en una negociación. Sin embargo, para que la manifestación de voluntad sea válida, especialmente en muchos casos es importante determinar o hacer determinable a la persona que ha manifestado su consentimiento para contratar.

Los conceptos de incapacidad contractual ya sea por defecto de edad, intelectual o por limitación legal son relevantes al momento de contraer obligaciones y a través de los medios electrónicos puede resultar difícil determinar esta circunstancia.

El artículo 1148 del Código Civil venezolano señala que es causa de anulabilidad del contrato el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato. Cabe señalar en este momento una famosa caricatura de la revista "The New Yorker" que presentaba esta situación en forma muy clara al mostrar a dos perros frente a una computadora acompañado de la leyenda "en Internet, nadie sabe que somos perros".

Para estos casos, la LSMDFE establece mecanismos para determinar la validez y eficacia del consentimiento manifestado por personas determinadas y determinables. Esta normativa es de aplicación supletoria, es decir, se aplicará solamente en caso que las partes no hubiesen determinado la aplicación de otro régimen<sup>17</sup>.

Podemos citar como ejemplos cotidianos de convención entre las partes para identificarse en ambientes electrónicos a las claves asociadas a las tarjetas para

el uso de cajeros electrónicos de instituciones bancarias, login asociado a una clave o *password* para la realización de operaciones bancarias y pagos a través de servicios en línea de instituciones bancarias; acceso a secciones privadas de sitios web con el ingreso de una clave; diversos medios de identificación en redes cerradas como EDI (Electronic Data Interchange)<sup>18</sup>, Bolero<sup>19</sup>, red SWIFT (society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications)<sup>20</sup>.

Los mecanismos supletorios establecidos en la LSMDFE de Venezuela para atribuir la autoría de un mensaje de datos otorgándole así validez y eficacia probatoria serán tratados en forma más amplia en el Capítulo V.

### 2.2. Los mensajes de datos como documentos

Sin pretender profundizar en materia documental ya que no es el fin del presente trabajo, podemos señalar como principales diferencias entre el documento escrito y el mensaje de datos equivalente la forma en la cual se presentan sus características de inmediatez y permanencia.

El documento escrito es inmediato, la individualidad del hecho a representar se traduce inmediatamente en un objeto exterior<sup>21</sup> y su soporte material es por excelencia el papel. Esto no sucede con el documento electrónico, su formato es el electrónico con independencia de su soporte material<sup>22</sup> y por tanto, su movilidad, traslado y archivo debe hacerse en formato electrónico, lo que trae como consecuencia que para acceder a su contenido se deba utilizar un equipo que disponga de los elementos necesarios para la comprensión de su contenido.

En cuanto a la característica de permanencia, si bien un documento en formato electrónico puede permanecer inalterable en el tiempo probablemente por un lapso superior al de un documento soportado en papel, el mismo debe poder ser accesado en el futuro. La tecnología evoluciona con mucha rapidez, razón por la cual es perfectamente posible que al momento en el cual se deba acceder a un documento en formato electrónico la tecnología bajo la cual fue archivado esté superada y no se disponga, o sea muy difícil disponer de los elementos necesarios para acceder a él<sup>23</sup>. A estos efectos, la LSMDFE

<sup>17</sup> Cfr. punto 3 del Capítulo II.

<sup>18</sup> <http://www.edi.com>, <http://www.simplix.com>

<sup>19</sup> <http://www.bolero.net>

<sup>20</sup> <http://www.swift.com>

<sup>21</sup> CARNELUTTI, Francesco. "La Prueba Civil". Buenos Aires, Depalma, p. 119.

<sup>22</sup> LSMDFE artículo 1.

<sup>23</sup> Cfr. punto 2.3 del Capítulo III.

estipula que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, dicho requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible<sup>24</sup>.

Otra diferencia fundamental entre los documentos escritos y los electrónicos radica en el concepto de "documento original". El documento escrito original es uno solo del cual luego podrán obtenerse copias simples o certificadas. Los documentos inscritos en registros públicos y notaría son claros ejemplos de lo anterior. En cambio, una de las características del formato electrónico es la posibilidad de obtener un número indeterminado de copias con las mismas características del original.

Lo anterior es relevante a tenor de lo establecido en Capítulo V, Título III del Libro Tercero del CCV<sup>25</sup> referente a la prueba por escrito y sus efectos y del Capítulo V, Título II del Libro Segundo del CPC<sup>26</sup> referente a la prueba por escrito y al momento de presentar los documentos originales en juicio, de la indicación del lugar donde se encuentran y de los efectos que producen.

No obstante las diferencias señaladas, la LSMDFE atribuye a los mensajes de datos los mismos efectos de los documentos escritos desde tres casos principalmente:

### **2.2.1. Mensajes de datos con relación a los documentos en materia probatoria**

La LSMDFE señala que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos.<sup>27</sup>

### **2.2.2. Mensajes de datos con relación al cumplimiento de formalidades**

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en ella establecidos<sup>28</sup>.

### **2.2.3. Mensajes de datos con relación a los documentos en cuanto a la privacidad**

Los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal<sup>29</sup>.

Esta disposición, si bien es redundante e innecesaria, dado que los mensajes de datos estarán sometidos a todas las disposiciones constitucionales y legales sobre privacidad e información personal aún cuando esta norma no formara parte del texto de la Ley, permite establecer, entre otros, una equivalencia de los mensajes de datos con la correspondencia ordinaria, con los documentos privados de las personas y con el uso que se da a las herramientas tecnológicas provistas por el patrono con motivo de la relación de trabajo.

### **2.3. Cumplimiento de formalidades en contrataciones electrónicas**

En Venezuela es de la naturaleza del fideicomiso que éste sea otorgado en forma auténtica; lo mismo sucede con la constitución de hipotecas; en el caso de testamentos cerrados es requisito de validez que se otorgue ante Registrador Subalterno; la venta de inmuebles sólo es oponible a terceros con su inscripción ante la Oficina de Registro Subalterno de la jurisdicción del inmueble; y así muchos otros ejemplos.

Estas son situaciones en las cuales no obstante lo anterior, la sola manifestación válida del consentimiento no es suficiente para perfeccionar el contrato o hecho jurídico o para que este sea oponible ante terceros. Para estos casos en que algunas formalidades sean necesarias la LSMDFE tiene algunas previsiones.

El aparte final del artículo 1 señala que la utilización de certificados electrónicos en los términos en ella establecidos no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que, de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos. Es decir, cuando por mandato legal se requiera el cumplimiento de una

<sup>24</sup> LSMDFE artículo 7.

<sup>25</sup> CCV artículos 1354 y ss.

<sup>26</sup> CPC artículos 429 y ss.

<sup>27</sup> LSMDFE artículo 4.

<sup>28</sup> LSMDFE artículo 6.

<sup>29</sup> LSMDFE artículo 5.

formalidad ésta debe ser cumplida y no se considera satisfecha por el solo hecho de utilizar un certificado electrónico.

Cabe señalar que las formalidades de autenticación o publicidad se cumplen por la participación de un funcionario público investido con autoridad para dar fe pública. En el momento en el cual ese funcionario utilice los mecanismos establecidos en la Ley podrá dar el carácter de autenticidad o publicidad necesarios para la validez o eficacia de un acuerdo.

En respuesta a esta situación el artículo 6 señala que cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en ella descritos.

Dos disposiciones de la LSMDFE obligan al Estado a tomar las medidas necesarias para que esto se pueda lograr. El artículo 3 obliga al Estado a adoptar las medidas que fueren necesarias para que los organismos públicos puedan desarrollar sus funciones, utilizando los mecanismos descritos en la Ley y la disposición final tercera que obliga al Estado a crear un Proveedor de Servicios de Certificación de carácter público, conforme a las normas del presente Decreto Ley.

Cuando estos mecanismos hayan sido implementados y un Notario Público esté en capacidad de cumplir sus funciones en línea mediante la emisión de certificados electrónicos se podrán vender vehículos, otorgar poderes constituir fideicomisos en línea. Cuando la Oficina de Registro Subalterno correspondiente esté en capacidad de cumplir sus funciones en línea mediante la emisión de certificados electrónicos en la forma establecida en la LSMDFE se podrá vender inmuebles, constituir hipotecas y hacer testamentos en línea con todas las formalidades exigidas por la Ley.

Sin embargo, el cumplimiento de lo anterior no es suficiente, es indispensable además que la información que esté contenida en el mensaje de datos sea accesible para su ulterior consulta tal como lo ordena el artículo 8<sup>30</sup>.

Un ejemplo muy claro y no necesariamente de laboratorio sería la necesidad de valerse del con-

tenido de un mensaje de datos en formato del programa Word Star que fue el procesador de palabras mas popular de finales de los años 80 y principios de los 90 archivado en un *diskette* de 5+ pulgadas que era el mas utilizado en esa época. Debe contarse con las herramientas necesarias para acceder al mismo al momento en que pretenda valerse de él.

### 3. La oferta electrónica

El artículo 15 de la LSMDFE señala que en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos.

Las reglas generales para la oferta como etapa previa a un contrato tienen reglas de carácter general establecidas en los artículos 1137 al 1139 del Código Civil para las contrataciones en materia civil y en los artículos 110 y 111 del Código de Comercio para las contrataciones de carácter mercantil.

Cuando la oferta se realiza por medios electrónicos, es decir, por vía de un mensaje de datos debe aplicarse los postulados de los artículos 10 al 14 de la LSMDFE referentes a la emisión y recepción de los mensajes. Todas estas normas son de carácter supletorio, es decir, sólo se aplicarán en caso que las partes no hubiesen acordado en forma previa un mecanismo alternativo.

El artículo 10 señala que salvo prueba en contrario un mensaje de datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario y se considerará recibido por el destinatario a tenor del artículo 11 en uno de los siguientes casos: a) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información designado; b) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el mensaje de datos en un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario.

Cuando el lugar de emisión y recepción de la oferta sean relevantes a los efectos de determinar la jurisdic-

<sup>30</sup> El mismo artículo señala que deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje de datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.



ción y legislación aplicable el artículo 12 de la LSMDFE establece que el mensaje de datos se tendrá por emitido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Los efectos de un mensaje de datos y en el caso que nos ocupa, la oferta realizada por medios electrónicos, puede ser condicionada por el emisor a un acuse de recibo del destinatario, para ello podrán establecer un plazo. La no recepción de dicho acuse de recibo dentro del plazo convenido, dará lugar a que se tenga el mensaje de datos como no emitido.

Si las partes no han establecido un plazo para la recepción del acuse de recibo, el mensaje de datos se tendrá por no emitido si el destinatario no envía su acuse de recibo en un plazo de veinticuatro horas a partir de su emisión. Cuando el emisor reciba el acuse de recibo del destinatario conforme lo hayan acordado el mensaje de datos surtirá todos sus efectos.

Nótese la diferencia con la oferta en materia civil y mercantil donde la no aceptación de la oferta en el plazo estipulado la hace presumir como rechazada, en el caso de la oferta por vía de mensaje de datos ésta es considerada como no realizada.

Si las partes no han acordado un mecanismo para determinar el acuse de recibo del mensaje de datos, se considerará como acusada la respuesta y, por tanto, que dicho requisito se ha cumplido en alguno de los siguientes casos: a) toda comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos; b) todo acto del destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al emisor que ha recibido su mensaje de datos.

#### IV. LA FIRMA ELECTRÓNICA

En el contexto de la contratación electrónica, la firma electrónica es el elemento por excelencia para la determinación de la identidad de quien envía un mensaje de datos y por tanto, la validez del consentimiento manifestado por este medio.

Una firma electrónica es la información creada o

utilizada por el signatario, asociada inequívocamente a un mensaje de datos que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado<sup>31</sup>.

La finalidad y efectos de la firma electrónica y la firma autógrafa son los mismos, es decir atribuir la autoría de un documento y la aceptación de su contenido. La LSMDFE las asimila sólo en lo que refiere a sus efectos atribuyendo a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa y siempre que en forma concurrente permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste. La firma electrónica podrá formar parte integrante del mensaje de datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto<sup>32</sup>.

Salvo que las partes dispongan otra cosa, para que la firma electrónica tenga la misma validez y eficacia de la firma autógrafa deberá llenar los extremos señalados en su artículo 16 que son los siguientes: a) garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; b) ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; c) no alterar la integridad del mensaje de datos.

La firma electrónica que no cumpla con estos requisitos señalados no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en la Ley, es decir, no tendrá la misma validez y eficacia que la Ley da a la firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable por el juez conforme a las reglas de la sana crítica<sup>33</sup>.

El régimen de firma electrónica establecido en la LSMDFE de Venezuela es de carácter supletorio y sólo se aplicará en caso que las partes no hayan determinado un régimen de aplicación preferente<sup>34</sup>.

Este régimen supletorio comprende cinco elementos principales cuya presencia dan un diferente grado de validez o eficacia a la firma electrónica y al documento. Estos elementos son: a) el mensaje de datos; b) la firma electrónica; c) el certificado electrónico; d) el proveedor de servicios de certificación; e) la Superintendencia de Servicios de Certificación.

<sup>31</sup> LSMDFE artículo 2  
<sup>32</sup> LSMDFE artículo 16

<sup>33</sup> LSMDFE 17

<sup>34</sup> Ejemplos de régimen establecido por la autonomía de la voluntad de las partes cfr. punto 2.1 del Capítulo III.

Los dos primeros elementos ya han sido tratados a lo largo de este trabajo<sup>35</sup> por lo que aquí se hará referencia solamente a los últimos tres.

## 1. Certificado electrónico

Como punto previo para el estudio de los certificados electrónicos de firma, es necesario señalar que la presencia de un certificado electrónico en un mensaje de datos implica la existencia de una firma electrónica que está siendo certificada por el mismo. La presencia de una firma electrónica no implica necesariamente la presencia de un certificado electrónico.

El certificado electrónico es un mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que atribuye certeza y validez a la Firma electrónica<sup>36</sup>. El certificado electrónico garantiza la autoría de la firma electrónica que certifica y la integridad del mensaje de datos, pero no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que en tal carácter suscriban.

Para cumplir su finalidad en los términos señalados en la LSMDFE, el certificado electrónico debe contener al menos la siguiente información: a) identificación del Proveedor de Servicios de Certificación que proporciona el certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica; b) el código de identificación asignado al Proveedor de Servicios de certificación por la Superintendencia de Servicios de certificación electrónica; c) identificación del titular del certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica; d) las fechas de inicio y vencimiento del periodo de vigencia del Certificado Electrónico; e) la firma electrónica del Signatario; f) un serial único de identificación del certificado electrónico; g) cualquier información relativa a las limitaciones de uso, vigencia y responsabilidad a las que esté sometido el certificado electrónico.

El certificado electrónico tiene otros nombres aun cuando la misma función en otras legislaciones. El proyecto de Ley de firmas digitales de Argentina del año 2000 los denomina certificados digitales; la ley alemana de 1997 los refiere certificados de clave de firma; el proyecto de ley de Comercio Electrónico de Ecuador habla de certificados de firma electrónica y son llamados simplemente certificados en la Ley

Modelo de Firmas Electrónicas de UNCITRAL (2001), ley de Colombia (1999), ley de España (1999), Directiva de la Comunidad Económica Europea (1999) y el proyecto de ley de Chile (2000).

La LSMDFE contiene en sus artículos 38 al 44 normativa sobre la contratación, cancelación, suspensión y responsabilidad del titular sobre su certificado electrónico y la validez de los certificados electrónicos extranjeros.

## 2. Proveedor de servicios de certificación

El Proveedor de Servicios de Certificación es toda persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en la Ley<sup>37</sup>.

En Venezuela la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica es obligatoria a fin de que los certificados de firma electrónica que provean den a las mismas, de pleno derecho, la validez y eficacia jurídica que la ley otorga a la firma autógrafa<sup>38</sup>. Otras legislaciones, como por ejemplo la española (1999) y el proyecto chileno (2000) dejan a la voluntad del proveedor de servicios la decisión de acreditarse. No obstante la LSMDFE tiende siempre hacia la validez de la firma y de su certificado.

Los certificados electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación garantizarán la validez de las firmas electrónicas que certifiquen, y la titularidad que sobre ellas tengan sus signatarios. No obstante, su validez y eficacia jurídica como equivalente a una firma autógrafa queda supeditada a su inscripción ante la Superintendencia o la prueba del cumplimiento de los extremos del artículo 16.

Los Proveedores de Servicios de Certificación dado el delicado servicio que prestan deben cumplir con una serie de requisitos mínimos para poder acreditarse como tales ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica. Estos están establecidos en el artículo 31 y son entre otros: a) capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor de Servicios de Certificación; b) capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer certificados electrónicos; c) garantizar un servicio de suspensión, cancelación y revocación, rápido y seguro, de los certificados electrónicos que

<sup>35</sup> Cfr. punto 2 del Capítulo 3 para el mensaje de datos; cf Capítulo IV para las firmas electrónicas

<sup>36</sup> Definición del artículo 2 de la LSMDFE

<sup>37</sup> Definición del artículo 2 de la LSMDFE

<sup>38</sup> LSMDFE artículos 17 y 18

proporcione; d) proporcionar un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los Certificados Electrónicos que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a éstos; e) garantizar que en la emisión de los Certificados Electrónicos que provea se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales, que estén protegidos contra su alteración o modificación, de tal forma que garanticen la seguridad técnica de los procesos de certificación; f) en caso de personas jurídicas, éstas deberán estar legalmente constituidas de conformidad con las leyes del país de origen; g) contar con el personal técnico adecuado con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar.

La LSMDFE contiene en sus artículos 31 al 37 la normativa sobre la acreditación de los proveedores de servicios de certificación ante la superintendencia, sus obligaciones y las medidas a tomar en caso de que el proveedor fuese a cesar en la prestación del servicio.

Establece igualmente la LSMDFE que los Proveedores de Servicios de Certificación podrán realizar las siguientes actividades: a) proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de certificados electrónicos; b) ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas electrónicas; c) ofrecer servicios de archivo cronológicos de las firmas electrónicas certificadas por el Proveedor de Servicios de Certificación; d) ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos; e) garantizar certificados electrónicos proporcionados por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros.

### 3. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica es un servicio autónomo con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Tiene por objeto acreditar, supervisar y controlar, a los Proveedores de Servicios de Certificación, sean estos públicos o privados.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica otorgará la acreditación y la correspondiente renovación a los Proveedores de Servicios de Certificación, revocará o suspenderá la acreditación

otorgada cuando se incumplan las condiciones, requisitos y obligaciones establecidas en la Ley; mantener, procesar, clasificar, resguardar y custodiar el Registro de los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados; verificar que los Proveedores de Servicios de Certificación cumplan con los requisitos contenidos en el presente Decreto-Ley y sus reglamentos; supervisar las actividades de los Proveedores de Servicios de Certificación; inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los Proveedores de Servicios de Certificación; abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones; actuar como mediador en la solución de conflictos que se susciten entre los Proveedores de Servicios de Certificados y sus usuarios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas, sin perjuicio de las atribuciones que tenga el organismo encargado de la protección, educación y defensa del consumidor y el usuario, conforme a la ley que rige esta materia; tomar las medidas preventivas o correctivas que considere necesarias conforme a lo previsto en la Ley e imponer las sanciones establecidas en la Ley.

## V. VALOR PROBATORIO DE LOS MENSAJES DE DATOS

En virtud de lo anterior podemos determinar que la presencia o no de cada uno de los elementos, que conforman el régimen supletorio de firmas establecido por la LSMDFE de Venezuela, dará una mayor o menor eficacia y valor probatorio al mensaje de datos al cual estén asociados.

El valor probatorio de los mensajes de datos según la presencia de los elementos o la prueba del cumplimiento de algunos extremos son: plena prueba, elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica, valor de simple indicio.

### 1. El mensaje de datos hace plena prueba

A tenor de lo establecido en la LSMDFE el mensaje de datos hace plena prueba en cinco (5) casos que serán explicados a continuación. Si el documento es público será plena prueba *erga omnes*, si el documento es privado hará plena prueba entre las partes.

En primer lugar tenemos el mensaje de datos en el cual están presentes todos los elementos, es decir, un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por medio de un certificado electrónico de firma emitido por un pro-

veedor de servicios de certificación acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Según lo establecido en el artículo 18 de la LSMDFE la firma electrónica que cumpla estas condiciones, se considera que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16. Al cumplir estos requisitos el mensaje de datos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa, es decir, hará plena prueba.

El siguiente caso presenta un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por medio de un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación no acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

En este caso debe probarse que la firma electrónica cumple con los extremos del artículo 16, es decir: a) la garantía de que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; b) que ofrece seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; c) que no altera la integridad del mensaje de datos.

Si se prueba el cumplimiento de estos extremos el mensaje de datos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa que es el de hacer plena prueba.

Idéntica suerte corren los mensajes de datos al cual está asociada solamente una firma electrónica. El texto del artículo 16 es muy claro al señalar que si la firma electrónica permite vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuirle su autoría tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa si se prueban el cumplimiento de los extremos de dicho artículo.

En el siguiente caso tenemos un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación extranjero. Hará plena prueba siempre que tales certificados sean garantizados por un proveedor de servicios de certificación, debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación

Electrónica que los garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, cumpliendo con todos de los requisitos, seguridad, validez y vigencia del certificado<sup>39</sup>.

Cabe señalar que el mensaje de datos al cual le falte alguno de los elementos establecidos en la Ley hará plena prueba si existe una convención previa entre las partes ya que como se ha mencionado, este régimen es supletorio y la autonomía de la voluntad de las partes está por encima de cualquiera de las normas establecidas en la LSMDFE.

## **2. El mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica**

En caso que el mensaje de datos carezca de alguno de los elementos señalados anteriormente y no pueda probarse el cumplimiento de los extremos del artículo 16 el mismo no hará plena prueba. Sin embargo, el espíritu de la LSMDFE es el de no negar validez de los mensajes de datos ni de las firmas electrónicas. Se nos presentan tres casos es los cuales el mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica de quien tenga la facultad de decidir.

Ante un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación no acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, donde el cumplimiento de los extremos establecidos en el artículo 16 no es probado; este mensaje de datos no tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica<sup>40</sup>.

Si la firma electrónica presenta un certificado electrónico de firma extranjera no garantizado por un proveedor de servicios de certificación, debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, constituirá un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica<sup>41</sup>.

El mensaje de datos que tenga asociada una firma electrónica no certificada a través de un certificado electrónico

<sup>39</sup> LSMDFE artículo 44

<sup>40</sup> LSMDFE artículo 17

<sup>41</sup> LSMDFE artículo 44

debe ser apreciada como un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

### 3. Otra valoración

Hay dos casos adicionales en los cuales los mensajes de datos tienen una valoración inferior a las señaladas anteriormente, que son el mensaje de datos no asociado a una firma electrónica y el mensaje de datos impreso. Nótese que nuevamente no se le niega valor ni validez.

El mensaje de datos no asociado a una firma electrónica y, por tanto, sin certificado electrónico como lo puede ser el simple envío de un mensaje por correo electrónico sólo tiene el valor de un indicio. Debe ser acompañado de otros medios de prueba que sustenten los hechos contenidos en el mensaje de datos.

El mensaje de datos en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida por la ley a las copias o reproducciones fotostáticas. Cabe recordar que el original del mensaje de datos es el que se encuentra en su formato electrónico y la impresión del mismo no es sino una reproducción en la misma forma que una reproducción fotostática es una reproducción o representación del documento original.

## VI. CONCLUSIONES

Como consecuencia de todo lo aquí expuesto, la conclusión más clara es que la contratación electrónica es perfectamente válida, tanto en Venezuela como en cualquier otro país de legislación similar, con o sin ley que la autorice en forma expresa. La única posibilidad de limitación a su validez es que alguna norma con rango legal, ya sea en forma general o para algunos casos en particular, la prohíba expresamente y esto no es frecuente que suceda.

Los elementos tradicionales del contrato no se ven afectados por el hecho que una contratación se realice por vía electrónica, ya que la única diferencia que existe con la contratación tradicional es el medio electrónico en el cual se perfecciona. El único elemento que debe tener un cuidado especial es el consentimiento. Los mecanismos de firmas electrónicas se están desarrollando en la búsqueda de la identificación efectiva del emisor de los mensajes de datos a fin de poder individualizar su consentimiento, evitando los riesgos que la no presencia puede acarrear en una contratación electrónica.

Sin embargo, la existencia de una ley especial que en

forma expresa confiera eficacia y validez a los mensajes de datos y las firmas electrónicas es conveniente. Estas nuevas instituciones electrónicas, como las firmas y los documentos sólo son similares a sus equivalentes del mundo físico en lo que respecta a sus consecuencias pero la forma de promoverse en juicio, de conservarse o el cumplimiento de formalidades podría dificultarse sin una ley que trate lo que respecta a sus especialidades.

La legislación aplicable a la contratación electrónica es la misma legislación ordinaria en cuanto es aplicable por la materia correspondiente. Si existen leyes especiales que refiera a algunos aspectos puntuales de la contratación electrónica, esta será de aplicación preferente solo en lo que respecta a su especialidad.

Todo documento y firma electrónica tiene validez, es la responsabilidad y obligación de los jueces el apreciarlos y darle el valor y eficacia jurídica que las leyes otorgan. La presencia de un mayor número de elementos de seguridad en la forma prevista en las leyes especiales dará un valor mayor que va desde la plena prueba hasta los simples indicios.

Trámites y contrataciones de todo tipo, podrán ser realizados cuando se hayan implementado los mecanismos necesarios, desde los mas sencillos y evidentes como compraventa de vehículos, otorgamiento de poderes, solicitudes de certificaciones de gravámenes, de copias en registros, etc. hasta trámites y contratos que requieran de mayores solemnidades y formalidades como contratos de seguros, venta de inmuebles, donaciones, testamentos, etc.

Mención especial merecen los títulos valores cuya integridad en un solo documento es requisito fundamental de validez. Cabe destacar que esto es perfectamente posible mientras se sigan cumpliendo los requisitos de ley. Todo tipo de aceptaciones, endosos y avales pueden ser incluidos en el documento electrónico por vía de firmas electrónicas. A estos efectos los artículos 8, 6 y 16 de la LSMDFE señalan que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, o que para determinados actos o negocios jurídicos se exija la firma autógrafa esos requisitos quedarán satisfechos con relación a un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta y mediante la asociación al mismo de una firma electrónica. Adicionalmente, la firma electrónica podrá formar parte integrante del mensaje de datos, o estar inequívocamente asociada a éste y podrá enviarse o no en un mismo acto con lo que se resuelve la participación de nuevos sujetos de la relación cambiaria.

La sola entrada en vigencia en los diferentes países de leyes especiales referentes a estas materias no es suficiente para lograr todos los fines por ellas perseguidos. En el caso de la LSMDFE de Venezuela han pasado ocho meses desde su entrada en vigencia y no se ha organizado la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica con lo cual el mecanismo supletorio allí establecido no puede lograrse aún. Sin embargo, hay otras formas de lograr la plena eficacia y valor de los documentos y firmas electrónicos aún cuando requieren de prue-

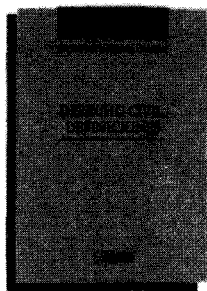
bas adicionales en la forma expresada en el punto 1 del Capítulo V.

Es por eso que si el Estado no hace su mejor esfuerzo para que notarías, registros subalternos, mercantiles y civiles, y otras dependencias ofrezcan sus servicios en línea, estas leyes se convertirán en una curiosidad de clases privilegiadas en lugar de una herramienta de trabajo que facilite la vida del ciudadano común tanto en sus relaciones privadas como en las que mantenga con los organismos del Estado.

---

# Palestra

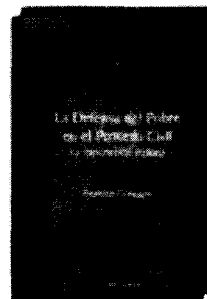
*Presenta sus últimas publicaciones:*



## **DERECHO CIVIL. DEFINICIONES**

*Salvador Vázquez Olivera*

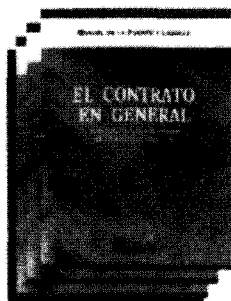
Formato: 17 x 24 cm, 640 pp.  
Tapa dura. Edición de lujo



## **LA DEFENSA DEL POBRE EN EL PROCESO CIVIL. LA EXPERIENCIA ITALIANA**

*Franco Cipriani*

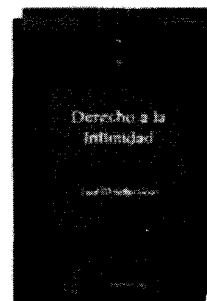
Formato: 13.5 x 20 cm, 182 pp.



## **EL CONTRATO EN GENERAL**

*Manuel de la Puente y Lavalle*

Formato: 17 x 24 cm, Tres tomos  
Tapa dura. Edición de lujo



## **DERECHO A LA INTIMIDAD**

*Juan Morales Góic*

Formato: 13.5 x 20 cm, 180 op.

**PROXIMAMENTE:**

**FOLIO REAL**

Nº 8



**ESCRIBEN:**

- ◊ Eugenio A. Gaete Gonzales
- ◊ Pedro Álamo Hidalgo
- ◊ Eduardo J. Meza Flores
- ◊ Manuel A. Mallqui Lunquihos
- ◊ Víctor Raúl Mosquera Neira
- ◊ Víctor Javier Peralta Arana
- ◊ Luis Moisset de Espanés
- ◊ Marco Becerra Sosaya

**DIRECTORES**

Carlos Enrique Becerra Palomino  
Francisco Avendaño Arana  
Andrés Scheelje

**EDITORES**

Jr. Ica 433 Of. 201 Lima 1 - Telf. 426-1363 / Telefax: 427-1025  
E-mail: [palestra@palestraeditores.com](mailto:palestra@palestraeditores.com)

# RESTRICCIONES A LA EXPRESIÓN DE COLECTIVOS DE ACCIÓN POLÍTICA EN SALVAGUARDA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO

Luis Alberto Ceruti C.

*El artículo siguiente fue elegido como ganador del concurso organizado por Themis-Revista de Derecho entre los trabajos presentados como parte del curso de Metodología de la Investigación en el ciclo 2001-I. Felicitamos a su autor, Luis Alberto Ceruti, por el excelente trabajo realizado.*

*En el presente artículo, su autor desarrolla con claridad la noción de partido político. Asimismo, plantea los conflictos que surgen cuando uno de ellos o cualquier otro colectivo de acción política tiene un discurso antidemocrático, y analiza la posibilidad de restringir en cierta medida la expresión de esta clase de ideas.*

## 1. COLECTIVOS DE ACCIÓN POLÍTICA

### 1.1. ¿Qué son partidos políticos?

No podemos hablar de partidos políticos sin referirnos necesariamente a colectividades, organizaciones sociales espontáneas cuya vida gira en torno a una común interpretación de la realidad. En ese sentido nos parece adecuado, mucho antes de intentar cualquier conceptualización, diseñar una aproximación sociológica del mismo.

#### 1.1.1. Aproximación sociológica. Características

Max Weber se refiere a los partidos como formas de socialización, entendidas así por Ramírez Novoa como “asociaciones libres de individualidades en torno a principios y programas de gobierno”, aunque también a partir de “propuestas concretas, objetivas y prácticas”<sup>1</sup>. Estas ideologías y/o propuestas mencionadas no sólo constituyen el eje alrededor del cual los individuos se ubican a consecuencia de una gruesa identificación con ellas sino también como aquel espíritu que sus simpatizantes racional y conscientemente internalizan buscando, a su turno, irradiarlo, propagarlo en sus respectivas áreas de desenvolvimiento social.

<sup>1</sup> RAMÍREZ NOVOA, Ezequiel. “La Democracia, los Partidos Políticos y su Constitucionalización”, 2000. p. 51.



Carlos Fayt considera que los partidos “existen respondiendo a los móviles políticos de la actividad humana. En su conjunto reflejan la estructura social (...)”<sup>2</sup>. En ese sentido, creemos que en tanto instrumentos de lucha por el poder político, los partidos fungen de medidores sociales a través de los cuales podemos ver la forma cómo la sociedad está organizada en atención a los sectores socioeconómicos que los integran o con los que se identifican primordialmente.

Sin embargo, y pese a surgir de fenómenos sociales plenamente identificados, mal haríamos en atribuir la calidad de “partidos” a aquellos colectivos efímeros o de cierta duración que respondan en el fondo a intereses personales o “notables” de algún contexto temporal en particular, toda vez que somos de la opinión que es precisamente la continuidad un rasgo que identifica de forma inequívoca a los partidos políticos y los diferencia de cualquier otra asociación análoga. Marcial Rubio Correa, al respecto, y suscribimos lo dicho, opina que por continuidad se entiende que “el partido tiene vocación de durar más que las personas que lo conforman porque se considera una institución política de valor y vigencia permanentes”<sup>3</sup>. Así, venciendo las “inexorables” tentaciones oligárquicas de poder internas de la agrupación en estudio, el partido político requiere estar dotado de institucionalidad. La institucionalización se refiere a un proceso en el cual los partidos adquieren estabilidad y solidez. Éstas se consiguen a través de una estructura de decisiones en la que el poder se comparte entre dirigentes y militantes. Bernalles, en lo particular, afirma que “el hecho de que exista o no un sistema de partidos institucionalizado, contribuye no sólo a la estabilidad del sistema político sino a la calidad en el funcionamiento de la democracia”<sup>4</sup>. El partido está llamado a socializarse, hacerse flexible, democratizarse internamente, renovar cuadros periódicamente, empieza a pertenecer a la militancia y, en cierto modo, a todos quienes se sientan representados por él.

### 1.1.2. Aproximación jurídico-constitucional. Características

Para el estudioso del Derecho no resulta suficiente

intentar comprender el fenómeno partidario sólo desde un punto de vista sociológico. Como bien afirma Ferrando Badía citando a Paolo Virga, desde una perspectiva jurídico-constitucional podemos distinguir en el partido dos aspectos principales:

- a) Como asociación: entendida como unión de personas organizadas en forma estable y vinculadas jurídicamente para la consecución de un fin político común.
- b) Como órgano: en tanto el partido se presenta a comicios como agrupación electoral y aspira a constituirse en grupo parlamentario. Los partidos son, para cierto sector de la doctrina, “entes auxiliares del Estado: son presupuestos del ordenamiento estatal. No son pues, órganos del Estado. Los partidos buscan su interés propio”<sup>5</sup>.

En lo relacionado a las actividades desplegadas por el partido considerado como una asociación jurídica, éstas deberán ceñirse a lo establecido por cada ordenamiento, el que se limitará a exigir que las actividades internas y externas se desarrollen dentro del respeto incondicional de las normas penales y de policía, “prohibiendo el uso de la violencia y del fraude para la afirmación y éxito del programa político del partido”<sup>6</sup>.

Al respecto, es de mencionar que adicionalmente a una concepción estrictamente descriptiva de los tipos de organizaciones políticas en mención, ésta deberá ser debidamente contrapesada y morigerada por “los límites de lo que puede y no puede considerarse partido (que) están indicados en la concepción de sociedad política que trae la Constitución del Estado”<sup>7</sup>. La constitucionalización de los partidos o su reconocimiento “de existencia” legal deberá ir acompañada “siempre de un coherente y acabado sistema de normas de constitucionalidad, (entendida esta última como) “el conjunto de formas y procedimientos de control”<sup>8</sup>. La institucionalización de los partidos de la que se habló líneas arriba, por tanto, debe buscar la adecuación y promoción del marco de las instituciones políticas y jurídicas propias del

<sup>2</sup> FAYT, Carlos. “Derecho Político”, Tomo II, p. 299, citado por RAMIREZ NOVOA, Ezequiel. Ibid. p. 53.

<sup>3</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “Las Reglas que nadie quiso aprobar: Ley de Partidos Políticos”. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. p. 23.

<sup>4</sup> BERNALLES, Enrique. “Partidos políticos: ¿hacia dónde vamos?”, disponible en <http://palestra.pucp.edu.pe/palelc/?file=derepolitic/bernales.htm> visitada el 30 de septiembre del 2001.

<sup>5</sup> FERRANDO BADIA, Juan. “Regulación jurídico-constitucional de los partidos en los regímenes de democracia clásica. Especial consideración del Caso Italiano”. En: De Vega, Pedro. “Teoría y Práctica de los Partidos Políticos”. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1977. pp. 7-26.

<sup>6</sup> FERRANDO BADIA, Juan. Ibid. p. 308.

<sup>7</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit. p. 34.

<sup>8</sup> DE VEGA, Pedro. “Presentación”. En: DE VEGA, Pedro. “Teoría y Práctica de los partidos Políticos”. Op. cit. p. 25.

Estado de Derecho, sin violentar los principios rectores sobre los que descansa, garantizando así su subsistencia.

### 1.2. El rol de los partidos. Funciones

Resulta difícil referirnos de una manera categórica al tema de los roles que los partidos están llamados a cumplir. El hecho que se hable de una serie de colectivos políticos (comunidad de lectores, asociación, movimiento, alianza, etcétera) demuestra la problemática terminológica. Sin embargo, se habla de partido político cuando se trata de una organización cuya meta es ejercer influencia permanente sobre la formación de la voluntad política y que por lo tanto necesita contar con estructuras también permanentes que le permitan formular sus enunciados programáticos.

Sin lugar a dudas una característica esencial de un partido político es su participación en elecciones con el fin de obtener poder e influencia en forma directa. Para la consecución de lo expuesto, necesita contar con personas y estructuras, ideas, conductas y ejercer poder en ciertos ámbitos. La experiencia histórica indica que para poder cumplir con su cometido, requieren de un espacio de acción parlamentario. Los partidos deben participar en forma permanente y esencial en el proceso de formación de la voluntad política. El campo de acción es básicamente el parlamentario, pero mal haríamos en no mencionar a la propia comunidad a través de mecanismos de socialización diversos.

Los procesos de modernización deben incluir una reforma del sistema político que permita restaurar un cierto equilibrio entre el poder presidencial y el control parlamentario. La voluntad política se concreta en el marco del orden democrático en el que la competencia genera un debate pluralista. La política debe solucionar cuestiones básicas, esenciales para la convivencia y la superación de conflictos.

Es importante poner en relieve que si bien los partidos ejercen influencia decisiva sobre el parlamento y el gobierno, no tienen acceso a la justicia ni a la administración. Que los partidos gobiernen no debería significar que tengan dominio sobre el Estado o la sociedad en su conjunto o sobre una de sus partes. Son precisamente las elecciones las que obligan a los partidos a observar una conducta conforme con el sistema y las que los dotan de legitimidad.

### 1.3. Movimientos políticos, fuerzas antisistema

Además de los partidos políticos, son los movimientos y las fuerzas antisistema las que de alguna manera buscan cumplir roles similares aunque pudiese ser a través de medios y formas distintas. Es precisamente la aspiración a la detentación del poder político lo que los identifica plenamente.

#### 1.3.1. Movimientos políticos. Contrastes

Entendemos al movimiento político como aquel colectivo de acción política que se edifica en base y gira en torno a un líder o cúpula y que depende exclusivamente de las decisiones de uno de ellos o ambos. La inconsistencia institucional del movimiento es evidente al no viabilizar una efectiva participación de los afiliados en las decisiones políticas que se adoptan dentro de él, no obstante sus intereses de grupo busquen acaso defender, apuntalar o incluso enriquecer el sistema.

En estos colectivos, pese a quizás no estarles expresamente negada la participación activa, no han querido (elemento de volición) o se han visto formalmente imposibilitados (elemento de organización) de implementar los mecanismos para que los afiliados logren efectiva y eficazmente tomar parte en los procesos de decisión sobre cuestiones técnicas, programas, candidatos y dirigentes. En otras palabras, no se han introducido en el seno de la agrupación los medios adecuados para poner en práctica una verdadera democracia interna, principio elemental que debiera caracterizar a los partidos.

Por otro lado, los movimientos en tanto sirven de vehículo de acceso al poder al líder y/o su cúpula directiva, tienen vocación de temporalidad y normalmente o languidecen (en el mejor de los casos) o se les infunde vida artificialmente con formas poco ingeniosas, bien si no hayan sido favorecidos por el voto popular, o si este los lleve en el ejercicio de sus cargos a ejercer la representación de sus electores, respectivamente.

A la luz de la experiencia local, podemos decir que los movimientos políticos surgen directa o indirectamente como producto de climas de inestabilidad política, pérdida de la fe en las instituciones, intensificados por un exacerbado caudillismo, fruto de un paternalismo de ya muy larga data pero de muy difícil olvido.

#### 1.3.2. Fuerzas antisistema

Estos colectivos o agrupaciones antes que expresarse en una organización política con fines, objetivos y

una ideología clara con relación al poder, se constituyen adoptando una actitud ética negadora de la dominación y del control social. Pueden ser entendidas como utopías en tanto “alumbran espacios de posibilidad que apuntan más allá de las continuidades históricas”<sup>9</sup>. Se asumen como utópicas, de esta manera, las formulaciones que superan la realidad de un lugar y tiempo determinado y que al proponer un orden en la conducta de los hombres, buscan destruir parcial o totalmente el orden de cosas predominante en un momento.

En situaciones de crisis económica, social o política se esparcen nuevas fuerzas críticas u hostiles a los elementos básicos del orden social o a la totalidad del sistema. Estas tendencias se expresan como oposición marginal. Estas fuerzas no sólo no logran introducirse en el ordenamiento político sino que rechazan de plano cualquier intento por realizarlo.

Recogiendo la clasificación mencionada por Landa<sup>10</sup> a las fuerzas antisistema, podríamos dividir las de la siguiente manera:

- a) Movimientos independentistas o de liberación.
- b) Grupos Terroristas que a su vez pueden subdividirse en:
  - b.1) Nacionalistas, como el IRA, ETA y otros.
  - b.2) Políticos entre los que podemos distinguir:
    - b.2.1) Ultraizquierda como las Brigadas Rojas de Italia y el Ejército Rojo Alemán.
    - b.2.2) Ultraderecha, como los focos neonazis en distintas partes del mundo.
  - b.3) Religiosos, como los integristas católicos shiítas y los fundamentalistas musulmanes del Yihad islámico.

## 2. DEMOCRACIA Y RESTRICCIONES A LA EXPRESIÓN POLÍTICA. ¿ES VIABLE LA DEMOCRACIA MILITANTE?

Hoy más que nunca y a la luz de experiencias históricas que no sólo han significado un mero replanteamiento de nuestras concepciones políticas

sino (y sobre todo) un cuestionamiento de raíz del rol del hombre en la preservación de su especie y su entorno, resultaría simplemente ilusorio negar una evidente interdependencia de conceptos de tal vinculación como democracia y pluralismo político (debiéndonos referir acaso con mayor propiedad en este último aspecto al discurso político o *political speech*). Bástenos sólo, en este sentido, recordar a Kelsen y su visión del «desacuerdo» político: “El punto de partida del pensamiento político totalitario es la unidad, el arranque de la concepción democrática es la diversidad. Si el acuerdo en lo fundamental caracteriza a los totalitarismos, el desacuerdo y la organización del desacuerdo define a la democracia”<sup>11</sup>.

Este discurso, esta forma de expresión, goza de los mecanismos de protección que los sistemas democráticos, dentro de sus propias necesidades y realidades, le garantizan. Pero, en casos límite pero no irreales, ¿cuál debe ser la posición a asumir cuando el discurso arremete contra su propia auspiciadora, su incondicional benefactora?

### 2.1. Democracia y discurso político antidemocrático: ¿proteger o castigar?

A fin de intentar una mejor aproximación al particular, creemos poco menos que imprescindible señalar a qué nos referimos cuando hablamos de democracia. Al respecto, mucho se ha hablado (y se sigue haciendo, por cierto) de democracia como el control, la administración, “el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo”. Así, y tal como muy bien lo indicaba el siempre recordado Pedro Planas, se pretende seguir reduciendo el concepto de democracia a números y a quiénes y bajo qué procedimientos ejercen el poder, cuando la experiencia nos demuestra que las mayorías no sanean un gobierno autocrático en tanto “(...) no es el quantum lo que interesa (...)” pues ni el apoyo mayoritario “transforma las formas dictatoriales en formas democráticas”<sup>12</sup> ni la popularidad garantiza la razón y la verdad.

Asimismo, un grueso (aún) sector de la doctrina identifica a la democracia como una mera herramienta para solucionar el problema de la legitimación formal de quién decide en un Estado y través de qué procedimientos. Así, lo que se consigue o se establece con la decisión de las mayorías es siempre congruente con

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. “El Fin de una Utopía.” En: El País, Madrid, 9 de Diciembre de 1984. p. 14.

<sup>10</sup> LANDA, César. “Derecho Político”. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 143.

<sup>11</sup> Citado por DE VEGA, Pedro. “Presentación”. En: DE VEGA, Pedro. “Teoría y Práctica de los Partidos Políticos”. Op. cit. p. 15.

<sup>12</sup> PLANAS, Pedro. “Regímenes Políticos Contemporáneos”. México, FCE, 2000. pp. 29-30.

los principios democráticos, o peor aún, es lo que “(todo) el pueblo quiere y por ello es lo mejor”. Y es que bastaría recordar que las constituciones, como hijas predilectas de los procesos democráticos, además de ser cuerpos normativos a los que no son ajenos los Estados contemporáneos, se caracterizan precisamente por ser instrumentos contra mayoritarios: “Las constituciones limitan el poder de la mayorías: a) al regular una serie de derechos fundamentales que no pueden ser alterados por la voluntad de las eventuales mayorías que dominen el poder legislativo ordinario y b) a través del control constitucional sobre la producción legislativa de esas mismas mayorías”<sup>13</sup>.

Porque no podemos confundir la democracia con los mecanismos de los que se vale para la realización de sus fines y la garantía de sus medios, debemos ser capaces de entender a la democracia como valores, principios que garantizan un “núcleo duro” -llámense acaso derechos fundamentales- que aseguran la existencia del propio hombre y el entorno social propicio para su desarrollo: “Los indicadores por los que habremos de indagar son, por tanto, los valores democráticos, así como por aquellas instituciones que hacen posible el ejercicio continuado de una democracia constitucional”<sup>14</sup>.

Ahora bien, estos valores democráticos señalan la necesidad de fomentar un debate político agitado y turbulento. Es, por cierto, a través de esta protección de la pluralidad del *political speech* como se enriquece, amplía y sensibiliza el debate, contrapesándose y evaluándose opiniones diversas que permitan ayudarnos a tomar decisiones no estrictamente adecuadas (ni la democracia ni nada creado por el hombre lo puede asegurar) sino razonadas, fruto de un estado de conciencia de la existencia y validez de una amplia gama de interpretaciones y concepciones desarrolladas en relación a temas de carácter político.

Sin embargo, este impulso de reconocer el pluralismo de la expresión política en tanto soporte indispensable de la democracia, presenta ciertos cuestionamientos en torno a la eventual constatación de que los colectivos de acción política puedan constituirse como “destructores” potenciales de la misma no sólo a través de la difusión de agudas

críticas al *establishment* o con propuestas ideológicas que lo coloquen en entredicho, sino más allá todavía, intentando mediante llamados o invocaciones a sus bases y adeptos alterar el orden establecido. Todo esto nos lleva, indudablemente, a analizar la constitucionalidad de sus discursos, la afinidad con el ordenamiento jurídico al que se adscriben y, además, determinar los límites de la libre expresión de ideas (sean aquí de carácter político) y la protección de la estabilidad del orden democrático.

### 2.1.1. Tesis liberal

Este enfoque traslada la estructura del libre mercado y el principio de autonomía al campo de las opciones políticas. La expresión en general, en palabras de Stuart Mill recogidas por Susanne Baer, debe enmarcarse dentro de un “mercado de ideas”: “El hecho de expresarse involucra la búsqueda de la verdad, aquella verdad finalmente prevalecerá, y esa expresión/verdad sabrá proteger(nos) de la falsedad”<sup>15</sup>.

Es obvio que esta teoría asume un nivel de racionalidad compartido entre el orador y la audiencia, basándose, en este sentido, en una presupuesta e indiscutible igualdad de los actores políticos. Aquí la tolerancia más que un valor en sí, se constituye como un medio a través del cual los individuos son expuestos a ideas que compiten entre sí. La alusión a los criterios de mercado es más que evidente.

Es, asimismo, de notar que de ello se deriva el argumento liberal de la “neutralidad del contenido”. Son los actos y no las ideas las que son pasibles de ser criminalizados. El peligro radica, sin duda alguna, en que el analizar los contenidos puede llevar a la censura de ideologías y al silenciamiento de la oposición. La propia intervención judicial es discutida: “El control judicial que puso en práctica (la Constitución Alemana) se ha revelado perjudicial. Ningún tribunal puede juzgar la naturaleza, los objetivos de un partido, que son por definición políticos”<sup>16</sup>. Ello, por cierto, no impide el sometimiento de sus miembros y simpatizantes a las normas penales como consecuencia de la comisión de actos ilícitos. De ésto podemos desprender que la sanción política es en la urnas y no en la Corte.

<sup>13</sup> CARBONELL, Miguel. “Constitucionalismo, Minorías y Derechos”. En: Materiales del Seminario de Teoría General del Derecho, Compilación por Eduardo Hernando Nieto, 2001. p. 243.

<sup>14</sup> PLANAS, Pedro. Op. cit. p. 29.

<sup>15</sup> BAER, Susanne. “Violencia: Dilemas de la Democracia y del Derecho”. En: KRETZMER, David (editor). “Libertad de Expresión e Incitación contra la Democracia”, La Haya, Kluwer Law International, 2000. p. 80.

<sup>16</sup> AJA, Eliseo. “Propuesta para la constitucionalización de los Partidos Políticos”. En: DE VEGA, Pedro. “Teoría y Práctica de los Partidos Políticos”. Op. cit. p. 282.

## 2.1.2. Tesis proteccionista: la democracia militante

Frente a la tesis liberal podemos encontrar una a la que bien podríamos definir como proteccionista, pero que de ningún modo se debería entender como esencialmente opuesta a la anterior. Esta teoría es conocida como Democracia Militante y ha sido recogida por el régimen constitucional alemán. Esta opción no es gratuita y responde indudablemente al oscuro y no muy lejano pasado totalitarista teutón, durante el cual sus ciudadanos vieron restringidos “legalmente” una serie de derechos fundamentales, así como deformada la propia estructuración de su Estado.

En atención a esto, la *Grundgesetz* o Ley Fundamental de Bonn regula y pena en forma severa y sumamente controversial, cualquier intento interno por restringir la democracia. Esta es, a grandes rasgos, la esencia de la Democracia Militante. Este concepto puede perfectamente resumirse con lo dispuesto por el artículo 18 de dicho cuerpo normativo que establece la “pérdida de derechos tales como de libre opinión, libre reunión y asociación, entre otros tantos contra quien abuse de los mismos con el propósito de combatir el régimen fundamental de libertad y democracia”<sup>17</sup>.

Ya en lo referido al discurso político, la democracia militante plantea que sin la debida garantía de la libertad (protección) reconocida, la democracia perdería su alma. Pero esta libertad encuentra un límite infranqueable, un muro de contención que sin ser necesariamente un fuerte, goza de un contingente armado hasta los dientes dispuesto a morir en su defensa. Este barrera es la propia democracia: “El concepto de democracia militante clama por el establecimiento de límites de las libertades políticas para combatir a aquellos que activa y agresivamente luchan contra la democracia”<sup>18</sup>.

De conformidad con esto y en lo concerniente a los partidos políticos, esta tesis encuentra su realización en el artículo 21.2 de la *Grundgesetz*, el cual prevé como causa de inconstitucionalidad el “que los partidos políticos, en razón de sus objetivos, o de la conducta de sus afiliados, traten de atentar o abolir el orden fundamental libre de la República Federal Alemana”<sup>19</sup>, siendo el Tribunal Constitucional Federal quien decida en esta materia.

El hacer extensiva la prohibición de aquellas asociaciones no sólo en atención a la conducta desplegada por los adherentes (¿eso incluye a los simpatizantes?) sino incluso tras la calificación de sus fines, revela que esta línea de pensamiento disiente del criterio liberal de “neutralidad de contenido”, toda vez que el escrutinio de los fines supondría necesariamente un análisis del discurso en sí, es decir, un análisis de fondo de una expresión de corte ideológico lanzado al ruedo político para el esperado y beneficioso enriquecimiento del debate.

## 2.2. Restringiendo el discurso “peligroso”. ¿Democracia militante o limitante?

El concepto de democracia militante encierra indiscutiblemente un problema que debe ser enfocado desde el reconocimiento de la tensión real o potencial entre derechos como el de la libre expresión (conexo a otros), y principios como el orden público o seguridad nacional. La necesidad de dar luces sobre la línea fronteriza (muy vaga, a menudo) entre ambos bandos nos lleva a la importancia de entender con cierta claridad (siempre sin ánimo de insinuar definiciones absolutas) la diferencia entre el discurso crítico y discurso desestabilizador de un lado y la importancia de la determinación de la naturaleza del nexo, por el otro.

### 2.2.1. Discurso crítico y discurso desestabilizador

Como en casi todo, una apreciación adecuada de la crítica admite la posibilidad de diferenciar entre crítica positiva y otra negativa, pero crítica al fin. En un régimen democrático, el discurso crítico en general propaga salud, lo reafirma, lo solidifica, es necesario para la preservación del sistema. La democracia se fortalece, vive de sus críticas. Baer señala que la ley “debe hacer una distinción entre un discurso con efectos puramente comunicativos (que son considerados como no violentos), y un discurso que apunte a generar violencia, a fin de justificar las limitaciones”<sup>20</sup>. El discurso crítico propiamente dicho debería identificarse, creemos con el primero. Pese a los encarnizados debates que pueda iniciar no vulnera los valores democráticos que le garantizan su propia existencia.

<sup>17</sup> PLANAS, Pedro. Op. cit., p. 215.

<sup>18</sup> BAER, Susanne. Op. cit., p. 82.

<sup>19</sup> DE LOJENDIO, Ignacio María. “Algunos problemas que plantea la constitucionalización de los partidos”. En: DE VEGA, Pedro. “Teoría y Práctica de los Partidos Políticos”. Op. cit. p.365.

<sup>20</sup> BAER, Susanne. Op. cit., p. 85.

El discurso desestabilizador, en cambio, recoge ese ingrediente “violento” del que Baer habla. La violencia surge a consecuencia del abandono del ejercicio racional. De ésta se valen quienes conscientes de la fragilidad o inconsistencia de sus argumentos, pretenden hacerles saltar la valla de la concurrencia a una competencia de ideas. Este tipo de discurso no sólo busca plantear críticas al gobierno de turno, ni sólo cuestiona las políticas adoptadas en torno a un determinado asunto, sino que su propia expresión atenta contra los cimientos del orden constitucional y el conjunto de valores democráticos del que dicho orden se nutre. Esta violencia no tiene que ser necesariamente explícita: en Skokie, Illinois un grupo de neonazis norteamericanos intentaron marchar en los suburbios de Chicago en un área habitada principalmente por sobrevivientes del Holocausto. Para Frowein, “el mensaje era claro: ‘Tan pronto como se nos dé la oportunidad política, actuaremos tan violentamente como lo hicieron los Nazis’. Debe protegerse expresiones como ésta?(...) Ninguna sociedad pacífica podría tolerar este tipo de mensaje”<sup>21</sup>.

Sin embargo, y pese a lo expuesto arriba, la línea que pueda separar un discurso del otro a veces puede ser demasiado tenue. Una crítica mal recibida podría atribuirle con cierta facilidad a la asociación que la formuló (en especial a una con un porcentaje ínfimo de popularidad) la calidad de desestabilizadora o sediciosa. Luego, ¿el Tribunal Constitucional estaría llamado a calificar como desestabilizador (inconstitucional) a dichos entes que formulen argumentos netamente de interpretación política de la realidad?.

### 2.2.2. Importancia de la determinación de la naturaleza del nexa

Tal y como se expresó en el capítulo primero al hablarse del rol que cumplen los partidos políticos, éstos tienen como una sus funciones primordiales la formación de conciencias, hecho que se desprende de la diseminación o propagación de sus opiniones. Las consecuencias derivadas de un claro mensaje de odio, de incitación a la violencia o a la ruptura del orden podrían involucrar como incitadores a quienes autorizadamente hablan en nombre de la asociación, vinculándola con su proceder, en razón a su cargo, nivel de compromiso en ella o legitimidad con la que cuentan.

Sin embargo, en la práctica esto puede dar lugar a algunas dificultades. ¿Podría atribuírsele la incitación a la comisión de desmanes o crímenes a sus dirigentes o la propia asociación por todos los actos criminales cometidos por sus afiliados en su nombre? Es innegable que un mensaje como “Es hora de una limpieza étnica, matemos a los kosovares” no ofrece dudas al respecto. Pero ¿qué sucedería con mensajes tales como “¡Los soldados son asesinos! ¡No deben haber soldados!” . ¿Puede este *slogan* ser considerado como un llamado a cometer actos violentos contra los soldados en una cafetería o contra el propio gobierno por proponer un aumento del pliego presupuestal de defensa? La respuesta no surge con tanta facilidad como en el caso anterior.

El problema es aquí determinar si una errónea o tendenciosa interpretación por parte de los adherentes -¿o de una facción?- de los mensajes proferidos podría o no arrastrar consigo en su criminalidad a la asociación política propiamente. ¿Podría prohibirse una asociación política por actos criminales producto de opiniones tergiversadas? ¿Quién está llamado a determinar el grado de conformidad con la tesis originaria?

Consideraciones como éstas pueden acaso haber influido en que desde 1956, el artículo veintiuno, inciso 2 de la *Grundgesetz* no haya sido invocado contra posibles partidos políticos inconstitucionales. Así, “el Estado ha tolerado las actividades políticas de un número de partidos extremistas tales como el DKP, un claro sucesor del otrora KPD, o partido comunista”<sup>22</sup>.

Creemos en la justificación que pudo encontrar la democracia militante durante los años de la Guerra Fría, pero también creemos en la necesidad de reformularla, delimitando específicamente su campo de acción. En lo particular, el tema de los partidos políticos merece un tratamiento extra-jurisdiccional: el extremismo político, independientemente de las implicancias penales individuales que pueda generar, debería ser contenido por los propios mecanismos políticos diseñados especialmente, siendo el electorado el llamado a determinar si merece o no ser condenado a la permanente marginación, evitándose así la creación de mal constituidos “mártires de la democracia”.

<sup>21</sup> FROWEIN, Jochen. “Incitación contra la Democracia”. En: KRETZMER, David (editor). “Libertad de Expresión e Incitación contra la Democracia”. La Haya, Kluwer Law International, 2000. p. 38.

<sup>22</sup> OBENDÖRFER, Dieter. “La Democracia Militante en Alemania”. En: KRETZMER, David (editor). “Libertad de Expresión e Incitación contra la Democracia”. La Haya, Kluwer Law International, 2000. p.240.

### 3. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR LA LEGISLACIÓN COMPARADA: ¿EXISTEN RESTRICCIONES JUSTIFICADAS?

Indudablemente pacífica resulta la afirmación de que el tema de las restricciones a la conformación o vigencia de los colectivos de acción política no ha sido recogido en forma explícita en el ordenamiento jurídico peruano. A decir verdad, esto puede hacernos pensar (engañosamente, por cierto) que ello responde al hecho de que el tratamiento de la materia viene siendo objeto de una legislación de vanguardia: eficaces garantías a la libre asociación plena, apuntalamiento y consolidación de la libertad de opinión como instrumento esencial de la democracia, además de un reconocimiento del rol insustituible que los partidos cumplen en el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Nada más alejado de la realidad. La hasta ahora postergadísima dación de la Ley de Partidos -tan esperada por muchos, aunque ciertamente temida por nuestros gobernantes sin excluir, claro está, a ciertas cúpulas partidarias- no hace sino reflejar la voluntad por parte de, primero el constituyente, y luego del legislador de pretender disminuir la importancia de las organizaciones políticas. El espíritu “anti-partidos”, herencia fatal del régimen de la década pasada se resiste a abandonar su guarida que tan bien supo armar, gracias en parte, a la propia desidia y desaciertos de sus víctimas inmediatas: los partidos políticos.

En el presente capítulo analizaremos el irregular tratamiento constitucional y legal que han recibido los partidos políticos en el Perú, intentando poner al descubierto las posibles restricciones injustificadas que se hallen solapadas -encubiertas- en la normatividad vigente. Dada la nimia regulación sobre la materia, haremos extensivo el estudio aludido a dos de los recientes proyectos que apuntan a regular el establecimiento y funcionamiento de las organizaciones políticas presentados en lo que va del período de labor legislativa iniciado en julio del presente año.

En la segunda y última parte del capítulo haremos una revisión del tratamiento jurídico dado por la normatividad constitucional alemana en lo concerniente a restricciones a la conformación y vigencia de partidos políticos, lo que nos permitirá luego analizar la posible justificación que puedan recibir o no dichas

disposiciones en atención a la defensa de las libertades individuales y colectivas.

#### 3.1. A nivel interno: Constitución Peruana de 1993

La Carta de 1993 aborda el tema referido a los partidos políticos en el artículo 35, señalando que:

“Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el Registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general”<sup>23</sup>.

El precepto señala como vehículos a través de los cuales los ciudadanos pueden ejercer sus derechos -entendemos que políticos- tres tipos de organizaciones políticas: los partidos, los movimientos y las alianzas. En atención que sólo las dos primeras han sido explicadas en el primer capítulo, creemos necesario referirnos ahora a las alianzas.

Éstas se constituyen como pactos institucionales de partidos u organizaciones políticas para participar en una elección o en un período de gobierno. Rubio, al respecto, opina que las alianzas son “una especie de superestructura de decisión política a la que se someten las organizaciones de su base. (...) Eventualmente, aunque no de manera frecuente, pueden conducir a una fusión de partidos extinguiendo los antiguos y haciendo nacer uno nuevo”<sup>24</sup>.

Es de anotar que la Constitución sólo se refiere expresamente a estos tres tipos de colectivos. Sin embargo, creemos que el listado hecho no es necesariamente taxativo ni mucho menos excluyente -no se menciona, por ejemplo, a las agrupaciones independientes- pero indudablemente se rescata el elemento organizacional: la Constitución recoge el término globalizante de “organizaciones políticas”. Ello nos parece acertado en la medida que se evitan así “escue-

<sup>23</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 35.

<sup>24</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit. p. 147.

las" de formación política deficientes, improvisadas, -¿inestables?- con un evidente y exclusivo apetito desmedido por el poder. De algún modo, el constituyente apuntó concientemente o no a identificar a las organizaciones políticas con partidos políticos o, al menos, hacer que las agrupaciones a ser reconocidas como formadoras de conciencia política y voluntad popular tiendan a adoptar conductas y mecanismos sujetos al método y disciplina propios de aquéllos.

Por otro lado, la Constitución pareciera reconocer a las organizaciones políticas una función eminentemente concientizadora: concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular. Ello, innegablemente, representa uno de sus primordiales roles (véase el capítulo 1), siendo importante el hecho de su mención a nivel constitucional, pero somos de la opinión que la Carta Fundamental debió garantizar expresamente la participación activa de las organizaciones en comicios o justas electorales de diversa naturaleza. En ese sentido, al no garantizar dicha participación se estaría dejando un resquicio por el que mediante vías infraconstitucionales se podría limitar o restringir indebidamente el acceso de los partidos a las justas y mediatamente al poder. Nuevamente, Rubio acierta al señalar que "no permitir dicha participación crea una fuerza centrífuga del sistema de partidos y propende a actitudes antisistema"<sup>25</sup>, a lo que podemos agregar el evidente efecto desestabilizador en la configuración del Estado democrático que ello puede acarrear. La remisión a una ley de desarrollo que mencione la manera cómo los ciudadanos puedan ejercer sus derechos a través de las organizaciones políticas (ley que como sabemos no existe aún, pese a la serie de proyectos presentados<sup>26</sup>) hace que penda la espada de Damocles sobre los partidos políticos y de manera mediata sobre los mismos individuos, en tanto que aquélla no pueda o desee ser aprobada.

Cabe indicar que en adición a lo anterior, la norma constitucional prevé que la ley sobre la materia asegure el funcionamiento democrático de los partidos políticos (léanse aquí, elecciones internas, participación de los adherentes en la toma de decisiones, transparencia en materia de financiación, etcétera) mas no se hace mención alguna de las demás organizaciones políticas en lo particular. Plantear una exi-

gencia en ese sentido, refleja nuevamente la preferencia y/o conveniencia de la opción "pro-partido" que subyacen como *telos* de la norma. Los movimientos y demás agrupaciones, dada su coyunturalidad e improvisación poco podrían hacer para satisfacer el cumplimiento requerido. Sin embargo, podría serles extensivo a las organizaciones políticas en general lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución: "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"<sup>27</sup>.

Al respecto, nótese que se exige la sujeción formal a la normatividad vigente ("respetar el ordenamiento jurídico de la Nación") mas nada hace siquiera suponer que las organizaciones políticas pretendan ser consideradas como instrumentos o adalides de la consolidación del régimen democrático (tal como lo plantean en su conjunto los proyectos de ley sobre la materia a ser analizados en el siguiente sub-capítulo) reforzando así el rol concientizador democrático -y no sólo de respeto a las normas- reconocido en realidades jurídicas como, por ejemplo, la alemana en consonancia a su ferviente democracia militante.

No parece, finalmente, que supeditar el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado a un mecanismo proporcional en función al último resultado electoral general, esconde una política discriminadora y por tanto, injustificada. Independientemente de lo apuntado por Planas en cuanto a la vaguedad de la disposición en lo concerniente a los parámetros a ser tomados en cuenta, "¿qué entender por resultado general? ¿acaso una media aritmética entre el resultado presidencial y el resultado parlamentario? ¿significará (...) que ya no se ofrecerán espacios gratuitos a las agrupaciones políticas que sólo presenten candidatos a nivel parlamentario?"<sup>28</sup>.

Consideramos que la adopción de una disposición en este sentido no hace sino favorecer al partido del gobierno de turno cuya elección evidentemente responde a una mayoría, haya sido esta apretada u holgada. No creemos en este sistema de asignación de torta publicitaria. Este debería ser formulado, o eventualmente suprimido, toda vez que no hace sino

<sup>25</sup> Ibid. p. 149.

<sup>26</sup> Sólo en lo que va del nuevo período legislativo (iniciado hace menos de seis de meses) existen cuatro proyectos sobre el particular, sin contar los 17 proyectos presentados entre los años 1983 y 1996.

<sup>27</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 38.

<sup>28</sup> PLANAS, Pedro. "La relativización constitucional de los partidos políticos". En: "La Constitución de 1993, análisis y comentarios". Tomo II. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995. p. 60.



perjudicar a las agrupaciones nuevas, mas aún en momentos de grave crisis de cuadros (como el actual) no sólo a escala constitutiva y/o interna sino también a nivel cuantitativo.

### 3.2. A nivel interno: legislación y proyectos

En el punto 3.2.1. pasaremos a analizar los principales puntos controvertidos que podemos encontrar por la legislación vigente en materia electoral para luego en el 3.2.2. proceder a echar un vistazo a los últimos proyectos presentados hasta la fecha que apuntan a la dación de la tan esperada Ley de Partidos Políticos.

#### 3.2.1. Legislación vigente

La Ley 26859 o Ley Orgánica de Elecciones publicada el 29 de septiembre de 1997 -en adelante la Ley- y sus diversas modificatorias (siendo la última de ellas, la reciente Ley 27505) regulan lo concerniente al acceso de las organizaciones políticas a los comicios o justas electorales pero desde un aspecto exclusivamente formal, abordando entre otros aspectos los requisitos que deberán cumplir las organizaciones políticas a fin de lograr su inscripción para su participación en los procesos electorales y la propaganda política.

En virtud del artículo 86 de la Ley se establece que es el Jurado Nacional de Elecciones el responsable de la inscripción de candidatos elegibles en el Distrito Electoral Nacional. Así, la norma le atribuye una función supervisora, verificadora del cumplimiento de los requisitos que la Ley establezca para la inscripción de candidatos en el Registro de Organizaciones Políticas, labor que viene a ser asistida por la RENIEC en tanto y en cuanto la Ley 27369 del 14 de noviembre del 2000 le encarga a esta entidad el control de la firmas de las adherentes.

El segundo párrafo artículo 87 de la Ley modificado por la Ley 27505 establece asimismo que conservarán la inscripción en el registro correspondiente "los partidos, agrupaciones independientes o alianzas que hayan obtenido representación parlamentaria en el último proceso de Elecciones Generales"<sup>29</sup>, párrafo que modificó a su similar de la Ley que señalaba como patrón un porcentaje. Como vemos, la inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas con todo lo que ello involucra se constituye como una de carácter eminentemente temporal, supeditada casi exclusiva-

mente a la celebración de las elecciones próximas y, sobre todo, al éxito que en las justas inmediatamente anteriores les haya deparado a las agrupaciones la buena fortuna, -¿la mera simpatía coyuntural hacia un candidato sobrevenido?- quedándole a los partidos en proceso formación o reconstitución pagar por los pecados de una campaña austera o un proceso controversial.

Ya en lo referido a los requisitos, encontramos en el inciso b) del artículo 88 de la Ley modificada por la Ley 27505 que el Jurado Nacional de Elecciones procederá a inscribir a aquellas agrupaciones que presenten una relación de adherentes que representen no menos del 1 por ciento del total del electorado del proceso electoral próximo anterior. La norma, como vemos, exige que el grupo político que desea inscribirse, muestre que cuenta con cierto respaldo de la ciudadanía<sup>30</sup>. Ello, sin embargo, no puede llevarnos a colegir que dichos suscriptores de firmas sean necesariamente futuros electores (este punto en particular será desarrollado en el siguiente párrafo) como tampoco sería lógico entender que ese porcentaje pueda representar el máximo al que podría aspirar obtener la agrupación en las elecciones.

Por otro lado, el artículo 90 de la Ley prevé que en materia de control de adherentes, aquéllos que figuran en los padrones de inscripción de una agrupación política no podrán adherirse en el mismo período electoral a otro partido político. Es evidente que aquí hay una imprecisión: la norma confunde adherentes o militantes de un partido con quienes inscriben sus nombres en apoyo al registro de una agrupación. Creemos que son dos situaciones distintas, en tanto que el adherente o simple simpatizante podría estar interesado en que aras del beneficioso pluralismo político se constituyan para los comicios no sólo un partido sino dos, más aún en el entendido que, como es práctica saludable, el ciudadano puede, al momento de ejercer su derecho al voto, manifestar su preferencia por el candidato presidencial de un partido y candidatos congresales de otros cuadros.

El único aspecto de restricciones por cuestiones de fondo que, dicho sea de paso, incide mediatamente en las agrupaciones lo encontramos en la Ley en el artículo 188 que prohíbe el uso o invocación de temas religiosos de cualquier credo durante la propaganda política. Ello, claro está, no involucra invocación de

<sup>29</sup> Ley 27505, publicada el 9 de julio del 2001, artículo Único.

<sup>30</sup> Esta modificatoria dejó de lado el altísimo 4 por ciento que exigía la Ley originalmente, porcentaje que equivalía a casi medio millón de votantes.

temas de evidente sensibilidad social: discursos xenófobos, demostraciones destinadas a la difamación o ridiculización de individuos, etcétera, siendo ciertamente incomprensible, por decir lo menos, el no haber abordado el tratamiento de la propaganda política a un nivel más amplio.

### 3.2.2. Proyectos que apuntan a la dación de una Ley de Partidos Políticos

Buscamos en este sub-capítulo presentar al lector los aspectos de mayor notoriedad en materia de la regulación de los partidos políticos de acuerdo a los dos últimos proyectos presentados en lo que va del año 2001 por dos congresistas que forman parte de nuestro actual Parlamento, siempre intentando enfocar nuestra atención en el tema de la validez o justificación de posibles restricciones.

De entre las definiciones de partidos políticos recogidas en los proyectos estudiados, tomamos la siguiente: “Los partidos políticos son asociaciones voluntarias de carácter no lucrativo, dotadas de personalidad jurídica, formadas por ciudadanos con el objeto de ejercitar sus derechos políticos y contribuir al funcionamiento del régimen democrático constitucional”<sup>31</sup>.

Como es de observar esta definición recoge sus fines primordiales además de asignarle un deber positivo: la contribución al funcionamiento del régimen democrático. Este deber, como recordamos no fue considerado en la norma constitucional.

Es notable, asimismo, el reconocimiento hecho por los proyectos de la importancia de la participación política. Guerrero opina que “la participación democrática, aquella cuyas decisiones se someten al sufragio, tanto dentro como fuera del partido político, es un ingrediente de vital importancia, porque aquellas agrupaciones construidas para dirigir asuntos públicos con motivos dictatoriales no pueden ser consideradas como partidos”<sup>32</sup>.

De modo similar, Morales Mansilla considera que “En las democracias contemporáneas, los partidos políticos, son los verdaderos soportes del sistema democrático y de la estabilidad política, económica y social de la nación y forman el eje sobre el cual se asienta la vida política de los Estados contemporáneos, cualquiera sea la modalidad de sistema político que adopten”<sup>33</sup>.

Así, una futura Ley de Partidos Políticos reconocería a éstos como instrumentos, garantías necesarias del sistema democrático, no estando sujetos sólo a la adecuación de sus actos a la normatividad vigente sino adoptando un compromiso de colaboración, contribución afirmativa para con el respeto y consolidación de los valores democráticos. Ello, por cierto, involucra el mantenimiento de un equilibrio entre deberes y derechos del Estado y de los ciudadanos, “de manera que no se vulnere principios como el de la libertad de asociación política del individuo, como también que no se altere el orden social y se pueda mantener la unidad del Estado”<sup>34</sup>.

Cabe resaltar de manera especial que de la lectura del proyecto del congresista Guerrero se desprende el hecho de que de requerirse la aplicación de cierto control por parte de organismos estatales, éste ha de centrarse más bien en aspectos estructurales y funcionales que en cuestiones ideológicas o programáticas, de forma que no se pueda vulnerar la autonomía partidaria si no cuando se esté afectando los derechos -en esos aspectos- de sus integrantes o afectando a la sociedad como tal. Esta eventual afectación, creemos, puede obedecer no sólo a la conducta lesiva desplegada o fomentada por sus dirigentes, sino como veremos en el siguiente párrafo al establecimiento de fines vulneratorios de derechos y/o libertades.

En ese sentido se prevé en el Proyecto de Ley 1287 como fines de los partidos, entre otros, contribuir a la unidad y desarrollo nacional y al fortalecimiento del sistema democrático (objetivo primordial contenido también el Proyecto 1207); servir de canal de expresión de la voluntad popular; participar activamente en los procesos electorales; fomentar el desarrollo de la identidad nacional, vigencia de derechos, y la formación política, cívica y moral de la población; y prohibir la intolerancia, el etnocentrismo, el fanatismo, el racismo, la xenofobia, la desobediencia fiscal, la discriminación de cualquier índole y el recurso a la violencia bajo todas sus formas. No obstante ser recogidos en el artículo que enumera los fines, creemos que estas disposiciones son de aplicación extensiva a las conductas desarrolladas por aquellos miembros del partido que vinculen de manera efectiva a su agrupación.

No obstante las especificaciones contenidas en la norma, queda aún por aclarar los mecanismos de

<sup>31</sup> Proyecto de Ley 1287 propuesto por el congresista Luis B. Guerrero Figueroa, artículo 2.

<sup>32</sup> Ibid. Exposición de Motivos, cuarto párrafo.

<sup>33</sup> Primer párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1207 propuesto por el Congresista Pedro Morales Mansilla.

<sup>34</sup> Tercer párrafo de los Fundamentos Jurídicos del Proyecto de Ley 1287.

fiscalización de dichos fines así como los de la imposición de sanciones tales como la extinción del registro, tareas que si bien entendemos son de competencia del Jurado Nacional de Elecciones, imaginamos serán objeto de la reglamentación correspondiente apenas sea aprobada la Ley.

Por lo que respecta a los requisitos formales de inscripción, ambos proyectos concuerdan con el requerimiento de la adhesión de no menos del 1% del electorado hábil, así como la prohibición expresa de que un afiliado pueda pertenecer a dos agrupaciones distintas simultáneamente. Por otro lado, Guerrero prevé en su proyecto una subvención económica del Estado que se asignará en parte (en un discutible 60% del monto total) de acuerdo a los resultados de los últimos comicios. Por último debemos rescatar que ambos proyectos prevén que bajo ningún motivo podrá supeditarse el acceso a los medios de comunicación estatales a resultado electoral alguno, debiendo ser aquel asignado de modo equitativo. Ello desencadenaría, como podrá imaginarse, un abierto conflicto entre la Ley a aprobarse y la Norma Fundamental, hecho que -de adoptarse la Ley- implicaría acudir al mecanismo previsto por la propia Ley Fundamental a fin de proceder a la reforma constitucional pertinente.

### 3.3. Tratamiento del control de partidos políticos en el ordenamiento constitucional alemán

La esencia democrática de la Ley Fundamental Alemana o *Grundgesetz* que promueve mecanismos tales como la intangibilidad de los derechos fundamentales y la propia estructuración del Estado ha llevado a sancionar de manera bastante discutible cualquier intento por restringir la democracia. Así, por ejemplo, se prevé en el artículo 18 de la Norma Fundamental "la pérdida de los derechos a la libre opinión, libre enseñanza, libre reunión y asociación(...) contra quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos"<sup>35</sup>.

En virtud de ello y toda vez que la Ley Fundamental prohíbe expresamente las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios al orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos, la *Grundgesetz* en su artículo 21. 2 limitó el derecho a fundar partidos políticos, si son contrarios a (o tiendan a contrariar) los principios democráticos del régimen o si, por su fines o la actitud de sus adherentes amenazan la existencia de la República.

Para Obendörfer, este dispositivo cumple una función preventiva propia de la opción constitucional por la democracia militante asumida por Alemania que aunque radical sólo ha sido aplicada en dos oportunidades toda vez que, tal como lo sostiene: "El país no se ha visto enfrentado a fuerzas extremistas poderosas. Políticamente hablando ha sido fácil prohibir o tolerar partidos extremistas -el SRP y el KPD, posteriormente- que no han tenido arraigo en el electorado"<sup>36</sup>. La sanción que viene a ser dada es la inconstitucionalidad y es dictada por el Tribunal Constitucional siempre y cuando haya sido solicitada por el gobierno federal, el gobierno de un *Land* o por un tercio de los representantes del *Bundestag*.

Vemos, entonces, que la libertad de los partidos sólo tiene su límite en el orden constitucional, o más exactamente en ese núcleo de la constitución que la Ley Fundamental circunscribe con el concepto de los "procedimientos de la libertad y la democracia" y cuyo contenido esencial (dignidad del hombre, democracia, estado de derecho, etcétera) se sustraen incluso a cualquier modificación de la Ley Fundamental. Inversamente, todo partido que no haya sufrido una prohibición constitutiva por el Tribunal Constitucional goza plenamente de la protección de la Ley Fundamental y de una ilimitada libertad de partido, que responde directamente a la importancia dada a los partidos como instrumentos de formación de la voluntad política así como parte integrante necesaria y jurídico-constitucional del ordenamiento democrático fundamental.

## CONCLUSIONES

1. En un lento pero constante devenir, desde la fase de persecución hasta la de su incorporación a los sistemas constitucionales y reconocimiento legal, los colectivos de acción política han demostrado que ni la pluralidad del pensamiento ni la divergencia de intereses acarrearán inestabilidad alguna en las sociedades. Muy por el contrario fortalecen los incipientes sistemas democráticos y enriquecen el debate público ampliando el espectro de enfoques y perspectivas a partir de los cuales emprender políticas diversas como, por ejemplo, las de desarrollo y convivencia.
2. Si bien uno de los objetivos o fines esenciales de las agrupaciones políticas en su totalidad es la de participación en justas electorales con miras a

<sup>35</sup> PLANAS, Pedro. Op. cit. p. 215.

<sup>36</sup> OBENDÖRFER, Dieter. Op. cit. p. 243.

hacerse del poder, es propio de los partidos políticos en tanto su vocación de continuidad e institucionalidad inherentes, la consecución de objetivos tales como la formación de voluntad política, la contribución al entendimiento y convivencia entre los individuos, y la defensa de valores y estructuras que garanticen la permanente participación de los ciudadanos en la determinación de sus destinos.

3. Al tratar el tema de la legislación sobre los partidos políticos, más allá de su reconocimiento, debe analizarse los deberes y derechos de los mismos respecto tanto del Estado como de la ciudadanía en general, de manera que no se vulnere principios como el de la libertad de asociación política del individuo, como también que no se altere el orden social y se pueda mantener la unidad del Estado. El enfoque es por tanto diseñar un campo fértil para lograr y mantener el equilibrio entre éstos así como brindar garantías mínimas que les permitan coexistir en sus esferas de acción.
4. En ese sentido, el control que los organismos estatales puedan ejercer sobre los partidos políti-

cos deberá apuntar a circunscribirse a aspectos estructurales y funcionales en lugar de cuestiones ideológicas o programáticas, de forma que no se pueda vulnerar la autonomía partidaria si no cuando se esté afectando los derechos -en esos aspectos- de sus integrantes o afectando a la sociedad como tal.

5. Una manifestación radical de esta política estatal la constituye sin lugar a dudas la opción institucional de la democracia militante. A través de ella se busca defender el orden democrático por encima de las formas y voluntades mayoritarias. La legalidad asumida por un partido político no lo exime de un ulterior control a nivel más amplio, existiendo la posibilidad, cual si fuere el control de una disposición normativa, de declararse la inconstitucionalidad de agrupaciones que pudiesen significar una amenaza del orden democrático basado en libertades. Sin embargo, como lo demuestra la experiencia alemana, el extremismo político no ha sido contenido por la democracia militante sino por la propia dinámica política y los mecanismos convencionales de competencia electoral.

## ***ESTUDIO BRAMONT-ARIAS TORRES***

---

Av. Javier Prado Este N° 4215 Dpto. 202 Monterrico - Lima 33 - Perú Central Telefónica (51-1) 437-8020 (51-1) 434-1745  
E-mail: [bramont@amauta.rcp.net.pe](mailto:bramont@amauta.rcp.net.pe)

*Jaime A. Murguía Cavero*

**NOTARIO - ABOGADO**

**HORARIO CORRIDO**

De Lunes a Viernes  
9:00 am. a 6:15 pm.  
Sábado 10:00 am. a 1:00 pm.

Juan de Arona 709 - San Isidro - - Lima 27  
442-0300 Fax: 442-0850  
E-mail: [murguia@notariomurguia.com](mailto:murguia@notariomurguia.com)

**FERNANDEZ, HERAUD & SANCHEZ  
ABOGADOS**

San Ignacio de Loyola 150, Miraflores, Lima - Perú  
Teléfono: 242-6327 Fax 447-0520  
e-mail: [fhsabogados@fhs.com.pe](mailto:fhsabogados@fhs.com.pe)

# ENTREVISTA AL DOCTOR ANTONIO CANÇADO-TRINDADE\*

- 1. En primer lugar, quisiéramos dialogar respecto del motivo que lo trajo al Perú, esto es, la suscripción de la Carta Democrática Interamericana. ¿Cuáles cree usted que son los efectos más importantes de la suscripción de dicho instrumento internacional?**

Las razones de mi venida son, primero, para acompañar la labor del Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA; segundo, para establecer contactos con las autoridades del Estado del Perú y también entidades de la sociedad civil peruana y universidades peruanas. Ha sido una visita muy fructífera, hemos sido muy bien recibidos por el Presidente de la República, el ex Presidente de la República, los tres poderes del Estado, el Tribunal Constitucional, el Congreso Nacional, la Comisión de Justicia y la Comisión de Derechos Humanos. También estuvimos en contacto con las organizaciones no gubernamentales peruanas y con profesores y académicos peruanos, así que estamos muy contentos con esta visita.

Creo que los efectos de la carta democrática serán importantes porque es una instrumentalización del compromiso de Santiago, de hace poco más de una década atrás. Por primera vez, entonces, hay una Carta que establece las condiciones de membresía de la propia Organización de los Estados Americanos respecto del *rule of law* (Estado de Derecho) tal como existe, por ejemplo, en el Consejo de Europa. En el Consejo de Europa, hoy los Estados se comprometen a obedecer el Estado de Derecho y el régimen democrático en base al artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa y algo similar sucede entonces en nuestro continente. Entiendo que ha sido una iniciativa de la diplomacia peruana. Perú fue el país que más impulsó el proyecto de la Carta.

Creo que la Carta tiende a reforzar las normas relevantes de la Organización de los Estados Americanos y tiene un carácter esencialmente preventivo, quiere evitar una ruptura brusca con el régimen democrático.

- 2. Una crítica que comúnmente se le hace al Derecho Internacional es la falta de mecanismos de ejecutabilidad y por ello su falta de carácter vinculante. Entendemos que la Corte Internacional, en sí, carece de esta característica. En ese sentido ¿considera usted es adecuado, siendo rigurosos, otorgarle la denominación de “Corte”, toda vez que carece de este carácter vinculante?**

La Corte Internacional de Justicia al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos son tribunales internacionales, emiten sentencias y tienen carácter oficial indudablemente. La cuestión de la falta de poder coercitivo es una carencia tradicional del Derecho Internacional que poco a poco se va remediando. Les doy un ejemplo concreto, autores de mediados del siglo XX avanzaron la tesis del desdoblamiento funcional, es decir, que el Derecho Internacional delega a los órganos internos del Estado la función de ejecutar la normativa del Derecho Internacional, sobre todo en el campo de la protección de los Derechos Humanos. Hoy vemos un desarrollo muy interesante, por ejemplo, el concepto de jurisdicción universal (que está consagrado hoy en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y la Convención Interamericana contra Desapariciones Forzadas de Personas) efectivamente consagra un principio que viene a suplir una laguna, es decir, hay un deber de cooperación por parte de los poderes oficiales de los Estados en ejercicio de la jurisdicción universal; hay que extraditar, entonces, a los responsables de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y actos de genocidio. Entonces, esto muestra que hay posibilidad de llenar esta carencia del orden jurídico internacional tradicional.

\* Entrevista efectuada oralmente el 12 de setiembre de 2001 al Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante su visita a Lima por motivo de la celebración del 28° Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Ahora, yo no creo que el Derecho Internacional hoy día dependa exclusivamente de la voluntad de los Estados. Yo soy antivoluntarista, creo que hay suficientes problemas que requieren una solución global que poco a poco están persuadiendo a los Estados a buscar soluciones globales a sus problemas. Si los Estados no se persuaden de que tienen que actuar en concertación para hacer prevalecer las normas de Derecho Internacional, muy pronto van a tener problemas insolubles.

**3. Obedeciendo un poco a este principio de jurisdicción internacional, ¿cómo ve usted las posibilidades de que se extradite al ex presidente Fujimori?**

No, yo no quisiera pronunciarme sobre un caso concreto porque no puedo por razones obvias, pero yo creo que en términos generales la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y otros instrumentos internacionales consagran el principio de la jurisdicción universal. El propio Estatuto de Roma del futuro Tribunal Penal Internacional también lo hace, la Convención Interamericana para Prevención y Sanción de la Tortura también lo hace, y ya se forma un principio de Derecho Internacional que consagra la Jurisdicción Universal. Es decir, los Estados tienen, o que asumir la responsabilidad de sancionar a las personas que son responsables por crímenes contra la humanidad, o entonces extraditar. Ahora, de qué manera se verá eso en la práctica, hay que esperar para ver de qué manera la práctica nacional se desarrolla.

**4. Nosotros nos sentimos muy complacidos por estos logros que se están llevando a cabo en Latinoamérica sobre los Derechos Humanos. Pero ¿no piensa usted que pueda ser contraproducente el hecho que Estados Unidos no esté incorporado como un Estado miembro de la Convención Americana?**

Sí, sin duda. Yo creo que las mismas normas deben regir para todos los Estados. Todos los Estados deberían considerar la posibilidad de ratificar la Convención Americana porque ahí podrían aportar a la Convención Americana su contribución. No se justifica que algunos Estados no hayan ratificado la Convención, que otros Estados no hayan aceptado la competencia de la Corte. Creo que el sistema interamericano alcanzará su plenitud el día en que todos los Estados de la región formen parte de la Convención Americana, porque estoy absolutamente convencido de que los mismos principios y normas

deben valer para todos los Estados, sobre todo cuando se trata de la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias.

**5. Finalmente, Doctor, una pregunta respecto de lo que experimentamos los estudiantes universitarios de la Facultad de Derecho. Estamos observando últimamente ciertas tendencias que obedecen a una perspectiva desde el análisis económico del derecho, el cual tiende a la eficiencia, muchas veces en desmedro de la equidad. ¿Esto puede ir contra los ideales de justicia y, así, contra la esencia misma de los Derechos Humanos?**

Yo comparto su inquietud. Pienso que el ser humano no se reduce a un agente de producción. Ésa es una visión totalmente deformada y distorsionada de la persona humana. La persona humana también tiene necesidades personales y espirituales que no pueden medirse de manera cuantitativa y tampoco por la fuerza del trabajo, ni por las relaciones entre el ser humano y sus bienes. Así, yo tengo una visión muy crítica del capitalismo, por ejemplo, que, precisamente, reduce al ser humano a un agente de producción, mide a la persona humana por lo que tiene o por lo que es capaz de producir. Creo que el ser humano es mucho más que eso y hay necesidad de que se desarrolle. Tengo plena confianza que ustedes en las nuevas generaciones lo harán con una visión más humanista de las relaciones entre el ser humano y el poder jurídico.

**6. A veces el problema de promover ello es que, a quienes lo intentan, se les cataloga como contrarios a la corriente liberal o capitalista y tendientes hacia el socialismo.**

Ellos están equivocados, ustedes están en lo correcto. Y es totalmente cierto, el ser humano no puede ser reducido a un mero agente de producción o a un mero agente de fuerza laboral, es mucho más que eso. En primer lugar, todo ser humano tiene que tener la oportunidad de buscar un sentido para su propia vida. Si los mayores, de las generaciones anteriores, no comprenden están ellos equivocados y hay que intentar persuadirlos de que ustedes los jóvenes están en lo correcto.

**7. ¿Cuáles son los próximos proyectos de la Corte?**

La Corte ahora va a presentar sus propuestas, de las cuales yo soy relator, para el perfeccionamiento del

sistema interamericano. Va a salir una publicación que se llama “Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos” para reformar su mecanismo y fortalecer su mecanismo de protección. La tesis que sostengo y que está en esta publicación es que los individuos deben tener plena participación en todas las etapas de los procedimientos ante la Corte y deben tener acceso directo a la Corte. Ellos son los titulares del derecho, son los sujetos del derecho internacional. La Comisión debe seguir existiendo como órgano auxiliar de la Corte, pero la verdadera parte demandante son los individuos. Esto va a requerir mucho más recursos por parte de los Estados para la Corte, inclusive para cubrir los

costos que esto va a generar, porque los individuos no comparecerían directamente ante la Corte. Hemos adoptado un nuevo reglamento el año 2000 que entró en vigor el primero de junio del 2001, que ya ha dado un *status* a los individuos, una vez que alcanza su enviado ante la Corte. Pero yo creo que este gran cambio tiene que ser plasmado en un protocolo porque los reglamentos cambian también en forma retrógrada, para atrás, entonces es importante que sea plasmado en un protocolo de reformas a la parte procesal. La parte sustantiva quedaría intocable, sería preservada porque ya hay toda una jurisprudencia al respecto. Entonces, es una manera de dar el *ius-standi* a los individuos para que el Tribunal reclame estos derechos.





# NOTARIA DANNON

**Luis Dannon Brender**

Abogado - Notario de Lima

Lunes a Viernes de 8:30 - 6:30 p.m.  
Sábado: 8:30 - 1 pm.

Av. Javier Prado Oeste 770  
Magdalena - Lima 17 -Perú  
Central Telefónica: 261.0009/461.2332  
Fax: 460.2011



## ESTUDIO ORE GUARDIA

• A B O G A D O S •

**CONSULTORIA  
EN  
MATERIA PENAL**

**CENTRAL: 225-1390  
225-0891**

CALLE DALTON 237,  
SAN BORJA,  
LIMA 41

WWW.OREGUARDIA.COM  
E-MAIL: ESTUDIO@OREGUARDIA.COM

## VINATEA & TOYAMA

ABOGADOS

# PERÚ Y LIBERALISMO ECONÓMICO: DÓNDE ESTAMOS Y ADÓNDE VAMOS

Cada día es más patente que el estudio del Derecho como una disciplina alejada y extraña a otras áreas del conocimiento es una metodología desfasada y estrecha. La razón de ello es que las motivaciones de las normas legales no son, precisamente, jurídicas, sino mas bien económicas, filosóficas, sociológicas o pertenecientes a las más diversas disciplinas.

En tal medida, deja ya de ser exótico encontrar en publicaciones de Derecho discusiones sobre los temas no jurídicos que fundamentan o pueden fundamentar nuestro ordenamiento. Este, en efecto, es el caso de la presente entrevista.

En las páginas siguientes se presenta un tema innegablemente polémico –más aún en época de reformas constitucionales- puesto que forma parte de la discusión sobre cómo debemos ordenar nuestra economía y distribuir la riqueza. Y es que la discusión sobre la liberalización económica es particularmente trascendente en un país que ha experimentado las más variadas y graves formas de intervención estatal, así como sus más desastrosos efectos. Por ello, nos hemos animado a entrevistar a Felipe Ortiz de Zevallos, Cecilia Blume, Javier Iguíñiz y Efraín Gonzales de Olarte para que nos den su opinión sobre algunos de los temas más polémicos relativos al liberalismo económico y, de esta manera, aportar ciertas luces a la discusión sobre cuál es el régimen económico adecuado para nuestro país, teniendo en cuenta que el resultado de esta polémica a un nivel político será el que determinará los límites de nuestra libertad económica y, en consecuencia, los de nuestra libertad individual.

## 1. ¿Se puede decir, en estricto, que en el Perú existe una real economía de mercado?

**GONZALES DE OLARTE:** En el Perú existe una economía de mercado incompleta y desigualmente desarrollada en sus componentes. Si bien casi el 100% de la población participa en los mercados de bienes y servicios, sólo la mitad lo hace en los mercados de

trabajo, apenas un cuarto en el mercado de crédito y menos de 1% en el mercado de seguros. Además, si en Lima casi dos tercios de la población pasa por el mercado de trabajo, en Apurímac apenas un quinto.

**IGUÍÑIZ:** Como ha dicho el premio Nobel de Economía H. Simon, no hay “economía de mercado” ni en E.E.U.U., ni en Hong Kong. Para él lo principal de las actividades económicas se realiza al interior de organizaciones y no del mercado. Por otro lado, recordemos que mercado hay desde hace mucho tiempo. Desde hace varios siglos la sierra del Perú ha sido cruzada por arrieros, la rebelión de Túpac Amaru tuvo, entre otros, motivos comerciales. Las luchas por la independencia también.

**ORTIZ DE ZEVALLOS:** Sí y no. De un lado, es cierto que los precios constituyen importantes asignadores de recursos, que la economía es razonablemente abierta y que hay mercados que funcionan bien. De otro lado, la institucionalidad es frágil e incipiente, no hay suficiente información, falta claridad y efectividad en los derechos de propiedad, la intermediación financiera es escasa, los mercados de capitales están muy poco desarrollados. Y, además, la escala de valores es bastante tradicional.

**BLUME:** En estricto, no. Sin embargo, recordemos que de acuerdo al Artículo 58º de la Constitución Política del Estado, en el Perú debe regir no una economía de mercado sino una “economía social de mercado”. Esto en función de las profundas desigualdades sociales existentes y de las imperfecciones que imperan en algunos mercados. Por ello, al Estado le compete concentrar sus esfuerzos en áreas específicas como la de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, áreas que tienen un impacto importante en el bienestar de la población, fundamentalmente la de menores recursos, y en las cuales el retorno social a la inversión excede el retorno privado. El Estado nunca ha sido, no es, ni será un buen todista, de allí nace la necesidad que se enfoque en las tareas antes mencionadas, y sólo excepcionalmente realice otras actividades, con ca-

rácter subsidiario o a fin de limitar posiciones de dominio o prácticas monopólicas en los mercados.

Es importante destacar, sin embargo, que en los últimos años se ha avanzado decididamente en la dirección correcta, aunque quede todavía mucho por hacer. Estos cinco años de Gobierno del Presidente Alejandro Toledo son decisivos para lograr una consolidación, por primera vez en la historia del Perú, de una verdadera economía social de mercado, que sirva de marco referencial para el desarrollo de la actividad privada, que la garantice y la estimule. Es por ello que es tan importante consolidar las reformas estructurales en marcha, pero a diferencia de experiencias anteriores, este proceso vendrá acompañado de un conjunto de políticas sociales, que son prioritarias para el gobierno, las cuales se han venido implementando desde julio del año pasado.

**2. Según Milton Friedman, la intervención del Estado en la economía conduce inevitablemente a establecer controles que socavarán la autonomía individual y erosionarán las libertades políticas. ¿Es, entonces, la liberalización de la economía un presupuesto básico para la consolidación de la democracia y las libertades individuales?**

**GONZALES DE OLARTE:** Por supuesto que no. No habría forma de explicar las democracias europeas, donde la intervención del Estado puede llegar a contribuir con el 40% del PBI. En dichos países, que son los inventores de los derechos humanos y de las libertades individuales, se logra combinar una adecuada intervención estatal con el funcionamiento de mercados, en base a democracias que funcionan desde hace muchos años.

**IGUÍÑIZ:** La libertad económica es perfectamente compatible con la mas abyecta miseria y con las peores dictaduras. La restricción total de la libertad de empresa también. La intervención del Estado es una condición necesaria para la libertad individual. El derecho a la propiedad privada es una creación y una concesión de la sociedad a los que son propietarios. Para su protección, los propietarios exigen la intervención estatal. La intervención que se cuestiona por los propietarios es la que pretende proteger a los no propietarios.

**ORTIZ DE ZEVALLOS:** Que con menos Estado hay más libertades individuales resulta evidente. En lo que se refiere a democracia, primero habría que definirla bien. Para mí, democracia es, en esencia, siete cosas: el imperio de la ley y no el deseo arbitrario de quien manda (eso requiere de un tipo de Estado); la libre

asociación de personas (lo que requiere de una sociedad civil vigorosa y autónoma); libertad de prensa (donde es claro que mientras menos Estado haya es mejor); tribunales independientes (un Estado que aplique justicia eficientemente); elecciones transparentes (y alguien tiene que organizarlas); propiedad privada (que el Estado debe garantizar); y respeto desde y hacia una oposición leal (lo que constituye un requisito cultural ya que implica una escala de valores moderna). Por ello, el grado de democracia depende más del tipo de intervención estatal que de su intensidad. Friedman y Hayek enfrentaron una época en la cual el pensamiento convencional era que el Estado era una institución «progresista». Y que, por tanto, la intervención estatal era, en principio, buena. Esa premisa ha demostrado ser falsa. Pero tampoco es válido afirmar que toda intervención sea mala. El Estado es una máquina burocrática gorda (porque come mucho) y lenta (porque decide poco). A pesar de ello, hay algunas actividades en las que su tarea es necesaria.

**BLUME:** Presupuesto básico quizás es un término un poco fuerte. Sin embargo, por lo general las libertades económicas y la capacidad de los agentes económicos de desarrollar sus actividades sin injerencias excesivas de parte del Estado, están relacionadas de manera directa con las libertades políticas. Este hecho tiene un sustento tanto histórico como a nivel internacional, y si medimos el nivel de desarrollo y bienestar alcanzado por las economías más desarrolladas, es claro que son aquellas que han implementado consistentemente modelos económicos que privilegian la actividad privada como motor de desarrollo. La excesiva discrecionalidad e intervencionismo por parte del Estado puede constituirse en una barrera al desenvolvimiento de las libertades individuales, una de cuyas formas de manifestación son las actividades que los individuos realizan.

**3. Se dice que una economía liberalizada no garantiza el bienestar general de una sociedad como la peruana, puesto que para alcanzar esta meta es necesario que los sujetos que compiten en tal sociedad lo hagan bajo las mismas condiciones, situación que no se presenta en nuestro país. ¿Es exacta esta crítica?**

**GONZALES DE OLARTE:** Una economía con extremo liberalismo, con funciones mínimas en el Estado o con un Estado débil, hace que el mercado funcione en base a sus propias leyes. Una de ellas es que la competencia lleva inevitablemente a la concentración económica y a la aparición de monopolios, en consecuencia, el mercado deja de generar precios

que lleven al bienestar de toda la población. Los mercados en general tienden a la competencia monopolística.

**IGUÍÑIZ:** Nunca ha habido ni habrá competencia entre empresas en las mismas condiciones para competir. La esencia de la competencia es la desigualdad entre competidores. Esa es su fuerza y su tragedia. Ninguna sociedad ha logrado el bienestar general de la sociedad. Hasta Suiza tiene pobres. Cuanto más liberalizadas las economías, al parecer, son mas desiguales y menos solidarias con los derrotados por la competencia.

**ORTIZ DE ZEVALLOS:** Bienestar general, el de todos, es un objetivo imposible de lograr. Yo creo que una economía liberalizada constituye una condición necesaria pero no suficiente para lograr el progreso. Si otra condición necesaria fuese que los sujetos que la conforman compitan necesariamente bajo las mismas condiciones (lo que constituye un reclamo platónico), sólo le quedaría a los pueblos con desigualdades provenientes de una tradición colonial empezar con una revolución igualitaria hacia abajo para sólo, después de ello, aspirar al progreso. Eso constituye un absurdo que carece de verificación histórica. Atlanta es una ciudad progresista, a pesar que hace 50 años su población negra era segregada; ni que decir de la Sudáfrica de la última década. Singapur hace 40 años era una colonia pobrísima y desigual, con terrorismo y varios grupos étnicos en conflicto; ahora, tiene un *per cápita* mayor que el Reino Unido, del cual fue virtualmente expulsado como paria. El desarrollo requiere economía libre pero también valores progresistas y liderazgo claro. En el fondo, es más un tema cultural.

**BLUME:** En absoluto, es exactamente al revés. Primero, es necesario remarcar lo dicho anteriormente, que en el Perú se está implementando una economía social de mercado, que no necesariamente es lo mismo que una economía liberalizada, aunque sería bueno precisar que es lo que entienden por ésta última. Una vez entendido esto, considero que una economía social de mercado es la única manera viable y justa de alcanzar el bienestar general de la sociedad al permitirle a los agentes económicos, por igual, disfrutar de los frutos de su trabajo, esfuerzo y creatividad. Es evidente que existen desigualdades de partida, y por ello la importancia de la presencia del término social en el esquema económico consagrado en la Constitución: quizás el sentido de esta definición no ha sido entendido cabalmente, pero es fundamental pues justamente apunta a la reducción, y ojalá algún día, a la eliminación de dichas desigualdades.

Más aún, la única forma de lograr que los individuos compitan en las mismas condiciones es haciendo que el Estado se enfoque realmente en las áreas que la Constitución le señala como su función principal, dejando al sector privado el resto. Esto no significa un Estado pasivo o sin capacidad de reacción frente a las imperfecciones del mercado, pues ante ello éste debe desempeñar sus funciones de supervisor o regulador, y de ser necesario, desarrollar actividad con criterio de subsidiariedad. Por último, al Estado le compete garantizar un marco legal y jurídico estable, justo y confiable, que garantice a la sociedad y los individuos que la componen, transparencia, equidad e imparcialidad en la administración de justicia.

#### 4. En una economía de mercado ¿qué sucede con las actividades culturales que sobreviven sólo por el impulso del Estado?

**GONZALES DE OLARTE:** En una economía de mercado con niveles de ingresos altos y con pocas desigualdades distributivas, parte de la cultura puede ser pagada por el consumidor. En cuestiones más relacionadas a la identidad nacional y cultural, el Estado es imprescindible para financiar este "bien público". Sin embargo, hay casos en los que aún en países pobres el Estado puede promover al sector privado para que brinde cultura.

**IGUÍÑIZ:** En una economía basada en la competencia mercantil con poca intervención pública lo que no es rentable, incluyendo el arte, depende de la bondad o de las relaciones públicas de los mecenas.

**ORTIZ DE ZEVALLOS:** Los regidores, congresistas o ministros deben justificar ante la ciudadanía que deben cobrar impuestos para poder mantenerlos. Un porcentaje significativo de parisinos no ha visitado nunca el Louvre, pero aceptarían un impuesto al vino para sostener los gastos del museo por prestigio nacional. No tengo inconveniente con eso.

**BLUME:** No es exacto afirmar que las actividades culturales sobrevivan sólo por el impulso del Estado, aunque es importante reconocer que en países como el nuestro, existen limitadas fuentes privadas de contribución (donaciones, *sponsors*) a dichas actividades. Resultaría contradictorio con semejante afirmación, el hecho que economías desarrolladas con esquemas que se aproximan más a lo que podría considerarse como de mercado, desarrollan actividades culturales con carácter bastante más difundido y variado que muchas otras, incluida la peruana.

Sin embargo, en la medida que algunas actividades culturales más que otras, desarrollan externalidades positivas en la sociedad, y otras pudieran inclusive ser consideradas como bienes públicos, el Estado dentro del marco de una economía social de mercado, puede evaluar la existencia de mecanismos que permitan su desarrollo y difusión. Todo esto es perfectamente compatible con el esquema económico vigente en el Perú, el cual se está tratando de perfeccionar.

**5. ¿Qué implicancias tiene la liberalización de la economía para las comunidades nativas, selváticas y demás sectores apartados de la sociedad?**

**GONZALES DE OLARTE:** Aún no se ha medido el impacto de una manera rigurosa. Lo que se tiene son impresiones ambiguas. Por un lado, la liberalización puede hacerlas competir con productores de mayores productividades y, en consecuencia, empobrecerlas, pero, por otro lado, se abren nuevas oportunidades de negocios, empleo, información y cultura. Muchos sectores apartados de la sociedad aún ven muy lejos la modernidad, pues la liberalización está lejana, debido a los altos costos de transporte, pero también porque no se logran integrar.

**IGUÍÑIZ:** No es fácil contestar esta pregunta. A veces el estado ha sido tan desinteresado o tan malo como el mundo empresarial privado respecto de las comunidades nativas. Sin regulaciones exigentes, hasta ahora, con rarísimas excepciones, las empresas privadas arrasan con todo lo que encuentran en la selva.

**ORTIZ DE ZEVALLOS:** Es un tema complejo, pero yo creo que en el margen las debe favorecer más de lo que las perjudica.

**BLUME:** Tiene, evidentemente, implicancias positivas. La Constitución garantiza el respeto a la identidad cultural de dichas comunidades, así como reconoce la importancia de alcanzar un desarrollo sostenible de la Amazonía. Esto no se logra aislándolas y evitando que accedan al desarrollo que pueda lograrse en el resto de la economía, sino por el contrario, permitiendo su integración y el acceso al mercado de sus productos, sus tradiciones y sus valores culturales. La sociedad como un todo se beneficia de la interacción de sus distintos elementos componentes, más aún cuando esto significa la fusión de perspectivas y valores heterogéneos que se enriquecen unos a otros. Al Estado le compete, no obstante, garantizar que no se produzca una explotación indebida de los recursos naturales y humanos que dichas comunidades albergan.

**6. Hay autores que sostienen que, en países subdesarrollados, un modelo económico liberal que promete resultados a mediano o largo plazo no tiene expectativas de duración, puesto que será retirado, por medios democráticos o no, por una mayoría empobrecida que reclama medidas inmediatas. ¿Qué opina de ello?**

**GONZALES DE OLARTE:** Hasta donde van mis estudios y lecturas, los países que han prosperado han combinado inteligentemente la economía de mercado con una buena regulación del Estado en marcos democráticos. La idea es modernizar las sociedades incluyendo a todos y como sabemos, las liberalizaciones drásticas excluyen a muchos en poco tiempo. Los extremos nunca han funcionado por largo tiempo, salvo en las dictaduras cerriles. El tema es cómo una sociedad encuentra el justo medio entre mercado y Estado, en función de sus propias características económicas y culturales, pero aún más importante, cómo logra mantener estos equilibrios de manera estable. Por ello siempre he dicho que el arte de hacer desarrollo es uno de los más difíciles. El camino más apropiado, en mi opinión, es adoptar el paradigma del desarrollo humano.

**IGUÍÑIZ:** Sí, creo que un régimen económico neoliberal cava su tumba y dará lugar a quiebras que volverán a poner empresas en manos del Estado. El problema es el costo social que ello supone.

**ORTIZ DE ZEVALLOS:** Hay un punto válido allí. Si sólo el 20% de la población peruana puede pensar más allá del mes, porque el resto tiene que comer mañana y no sabe bien cómo, es evidente que la concentración en lo urgente puede postergar lo importante. Hay quienes dicen que los países requieren un ingreso anual *per cápita* de US\$ 2,500 para que puedan tener una democracia eficaz. Nos faltaría un poco para ello. En tal caso, si vamos a tomar decisiones cortoplacistas, tendremos un crecimiento lento, hasta que crucemos esa barrera o tengamos un liderazgo nacional más lúcido y previsor.

**BLUME:** Es una afirmación bastante exagerada. Es cierto que a veces se confunde el mediano o largo plazo con el corto plazo, y en ese sentido, es importante mejorar los canales de comunicación con los actores sociales, de manera que se entiendan cabalmente las razones que motivan las políticas económicas y las metas que dichas políticas persiguen. Pero esto es fundamentalmente un problema de comunicación, de transmisión. Hay que tener presente que no hay solución mágica contra las manifestaciones múltiples de una pobreza que

afecta a un porcentaje importante de la población en países en vías de desarrollo como el Perú. La reducción de dicha pobreza es gradual y está ligada, en el mediano plazo, al efecto multiplicador y de generación de valor agregado que tiene la inversión, principalmente privada, en la economía. Por el lado de la gestión pública, es fundamental generar en la población una sensación de continuidad, de un norte definido, de que se están implementando no políticas de gobierno únicamente, sino más bien políticas de Estado, con permanencia en el tiempo. De allí la necesidad de lograr foros de discusión

como el Acuerdo Nacional, la Concertación, la Comisión de Competitividad, y otras iniciativas que finalmente definan metas comunes y aglutinen esfuerzos en alcanzar dichos objetivos.

Sin embargo, en el corto plazo, políticas sociales como los programas “A trabajar” urbano y rural, el programa de desayunos escolares, etc. de este gobierno son prioritarios y permiten atenuar los efectos de la pobreza, particularmente en épocas de recesión de las cuales felizmente ya estamos saliendo, y en los cuales ésta se expande aún más.

# **BRACAMONTE, LAMAS PUCCIO, DE PIEROLA CLARKE, DEL ROSARIO & ABOGADOS**

Propiedad Intelectual  
Delitos Económicos  
Comercio Internacional  
Consultoría Laboral  
Derecho Corporativo

Los Cipreses N° 355 Lima 27 - Perú  
Teléfono: (511) 221-2444  
Fax: 442-2344  
E-mail: [brac@amauta.rcp.net.pe](mailto:brac@amauta.rcp.net.pe)

**RUBIO**

**LEGUIA**

**NORMAND**

**ESTUDIO  
RUBIO, LEGUIA, NORMAND  
Y ASOCIADOS**  
Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada

Av. Dos de Mayo 1321, San Isidro  
T (51 1) 442-4900 F (51 1) 442-3511  
Email [abogados@erubio.com.pe](mailto:abogados@erubio.com.pe)  
[WWW.erubio.com.pe](http://WWW.erubio.com.pe)

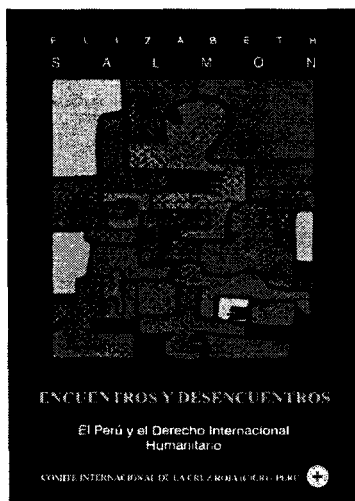
## **ESTUDIO MELO - VEGA & COSTA** **ABOGADOS**

AV. DEL BOSQUE 355  
SAN ISIDRO  
LIMA 27 - PERÚ

TELÉFONOS: (51-1) 222-6999  
FAX: (51-1) 441-7979  
E-MAIL: [meloveg@terra.com.pe](mailto:meloveg@terra.com.pe)

**ELIZABETH SALMÓN  
ENCUENTROS Y  
DESENCUENTROS. EL PERÚ  
Y EL DERECHO INTERNA-  
CIONAL HUMANITARIO**

Lima, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, 227 páginas.



A lo largo de los años, el Estado peruano ha asumido un conjunto de obligaciones convencionales sobre Derecho Internacional Humanitario, como son principalmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales I y II de 1977, la Convención de La Haya de 1954 relativa a la protección de bienes culturales, la Convención de 1977 sobre el uso de minas antipersonales y la Convención de 1980 relativa a armas convencionales.

Sin embargo, ser parte de tales convenios no resulta suficiente, sino que es necesario que el Estado colabore en la adopción de mecanismos internos que proporcionen el marco jurídico adecuado para el cabal cumplimiento de estos compromisos.

En tal sentido, el cuidadoso trabajo que en esta oportunidad nos presenta Elizabeth Salmón, está precisamente destinado a formular un conjunto de conclusiones y

recomendaciones, respecto a las medidas que el Estado peruano debería adoptar para alcanzar una adecuada implementación interna de las obligaciones que en materia de derecho humanitario ha asumido nuestro país, de forma tal que se logre su efectivo cumplimiento.

Para alcanzar este propósito, la profesora Salmón divide su trabajo en tres partes. La primera, está destinada a estudiar las relaciones entre las normas del Derecho Internacional Humanitario y el ordenamiento jurídico peruano, estableciendo no sólo el procedimiento interno de incorporación de dichas normas sino también la jerarquía que las mismas poseen en nuestro derecho nacional.

Esto nos permite ingresar a la parte segunda y central de su trabajo, abocada a evaluar cómo viene aplicándose el Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico peruano. En este sentido, nos encontramos con un estudio acucioso de la normatividad que sobre la materia se encuentra recogida en la Constitución Política del Perú de 1993, cómo se sancionan y reprimen a nivel interno las infracciones al derecho humanitario, las garantías fundamentales que se brindan en el ámbito penal a las personas detenidas en un conflicto armado, las restricciones y limitaciones existentes al uso de ciertas armas, la regulación de los estatutos particulares de protección (heridos, enfermos, combatientes, prisioneros de guerra, personal sanitario y religioso), así como las medidas que a nivel interno vienen dándose para lograr la difusión de tales normas.

Finalmente, la tercera parte, formula un conjunto de propuestas y recomendaciones destinadas a una mejor implementación del Dere-



cho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico nacional.

El libro no sólo demuestra la convicción personal de la autora sobre la necesidad de reafirmar el proceso de humanización del Derecho Internacional de nuestros días, sino también un delicado manejo de las fuentes, acompañado de un esquema y metodología de trabajo adecuadas, que ponen en evidencia los niveles de excelencia de la obra.

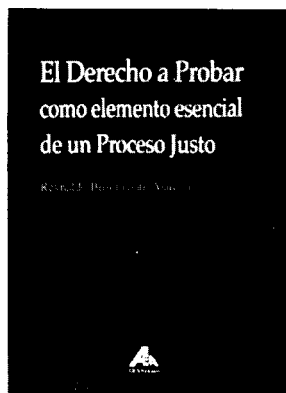
Por lo demás, el trabajo —que no tiene precedentes en nuestro medio jurídico— aborda una materia compleja que implica no sólo una base teórica adecuada sino también un proceso de reflexión personal que constituye el principal aporte del mismo. Sin duda se trata de una obra valiosa, a la que Elizabeth Salmón nos tiene acostumbrados.

Fabián Novak  
Director

Instituto de Estudios Internacionales  
Pontificia Universidad Católica  
del Perú

**REYNALDO BUSTAMANTE  
ALARCÓN  
“EL DERECHO A PROBAR  
COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO  
JUSTO”**

Lima, ARA Editores, 2001, 379 páginas.



Quisiera iniciar este breve comentario haciendo la precisión de que ésta no es la primera vez que leo **“El Derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo”**, ya que como manifestación de la bondad del autor, **Reynaldo Bustamante**, tuve la invaluable oportunidad de prologarlo. Sin embargo, lo que sí puedo afirmar, para ser totalmente leal a la verdad, es que ahora lo estoy leyendo, desde otra perspectiva, con ojos de quien tiene mucho que aprender, porque ha asumido la responsabilidad de transmitirlo y entregarlo todo a mis mejores amigos: los alumnos.

En el plano académico, ésta es una de las obras con mayor rigor científico que he tenido la oportunidad de leer sobre este tema, y me está brindando una visión distinta no sólo de los alcances de la institución de la prueba, y específicamente del derecho a probar, sino porque me está transmitiendo una concepción distinta, más humana, y más real del debido proceso, al que con mucho acierto denomina derecho a un proceso justo, enmarcándolo en la categoría de derecho fundamental. Cabe indicar que esta calificación no sólo constituye una denominación, sino que tiene una implicancia muy concreta en términos prácticos, convirtiendo a esta institución en un mecanismo esencialmente útil para solucionar conflictos de intereses, con justicia, y alcanzar con ello los valores supremos de una sociedad.

Reynaldo Bustamante, inicia el tratamiento del tema, sustentando como tesis principal sobre la que gira su visión del derecho a la prueba, la existencia de un **derecho fundamental a la justicia**, el que tiene como elemento esencial la dignidad del ser humano. En esta línea, inicia su obra fijando algunos conceptos básicos

que nos permiten una mejor comprensión de la teoría que sustenta, entre ellos, tenemos la definición del debido proceso, entendido, no sólo como aquél derecho complejo de naturaleza instrumental, que garantiza derechos esenciales de los justiciables en el íter de un proceso, sino que además nos enseña que este derecho tiene también una fase material -no muchas veces reconocida como tal en las legislaciones ni en la doctrina-, que consiste precisamente en que el resultado en él obtenido, sea una decisión que objetivamente pueda ser calificada como justa.

Podría pensarse que referirse a una **decisión objetivamente justa** es un contrasentido, pues nada más subjetivo que la percepción que cada individuo tiene de “lo justo”; sin embargo, una parte muy bien lograda de este libro consiste precisamente en establecer parámetros que nos permiten sostener que, más allá de si los intereses particulares se han visto satisfechos de acuerdo a las expectativas de las partes, lo resuelto es justo. Así por ejemplo, tendrá tal calidad una decisión que no sea absurda ni arbitraria y que se sustente no sólo en el ordenamiento positivo, sino que esencialmente tome en consideración los valores que rigen una sociedad en un momento específico.

Asimismo, nos enseña que elevar el derecho a probar a la categoría de fundamental, implica atribuirle además un **doble carácter (subjetivo y objetivo)** que le es inherente de este tipo de derechos. El carácter subjetivo implica que pertenece a todo sujeto de derecho y que su uso depende finalmente de la voluntad de su titular, mientras que el cariz objetivo consiste en atribuirle un valor jerárquicamente superior frente a otros derechos reconocidos por el

ordenamiento jurídico, teniendo incluso fuerza normativa, y siendo además obligatoria su protección por todos, Estado y particulares, quienes debemos reconocerlo y crear los mecanismos adecuados para su correcta implementación y respeto, atendiendo a sus alcances y a los fines que persigue.

Ahora bien, como el derecho a probar no es irrestricto, puede haber situaciones en las que se presente una suerte de conflicto de derechos; en estos casos, el autor sostiene que la respuesta nunca podrá ser genérica o absoluta, sino que será necesaria la ponderación con los demás derechos, debiendo mediar para la solución del conflicto el principio de razonabilidad, cuya aplicación deberá ser explicitada, a efectos de evitar situaciones de arbitrariedad.

Definida cuál es la naturaleza del derecho a probar, así como cuál es su propósito, el autor procede a desarrollar su contenido. Para tal efecto, lo define también como un derecho complejo, y como tal, integrado por varios otros, como son, el derecho a ofrecer medios de prueba, a que sean admitidos, a que se asegure su producción y finalmente a que sean correctamente valorados por el juzgador.

En esta obra el profesor Bustamante va más allá de un análisis exegético o meramente teórico, y realiza una profunda investigación, formulando propuestas concretas que permitirán, que el derecho a la prueba sea un mecanismo útil que nos permita acceder a una decisión que se ajuste, en mayor medida, a la verdad, y sea considerada objetivamente justa.

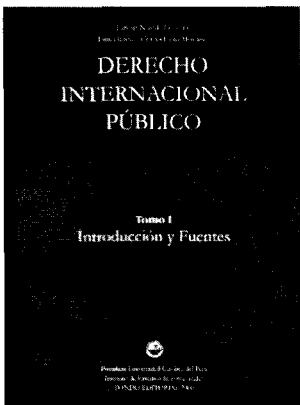
Finalmente, quisiera terminar este

pequeño comentario compartiendo parte de lo que dejó en mí, leer esta obra. Para ser breve y leal a la verdad, en lo personal, sirvió para renovar mi fe en lo que creo, y me llenó de ilusión y fuerza para no renunciar al reto de encontrar mecanismos que nos permitan vivir en una sociedad reconciliada, donde se privilegie el Derecho como mecanismo para garantizar la dignidad del ser humano, frente al formalismo y a la legalidad a ultranza, donde más allá de toda la literatura existente en materia jurídica, podamos tener a la certeza que la Justicia, no se lee ni se escribe, sólo se vive, y es por eso que quiero agradeciendo al autor, Reynaldo Bustamante, amigo querido, por todo lo aprendido y por todo lo que, sin duda, nos seguirá brindando.

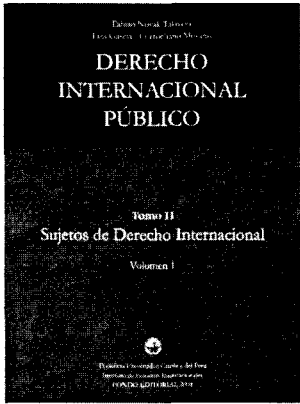
Ana María Arrarte Arisnabarreta  
Profesora de Derecho Procesal  
de la Pontificia Universidad  
Católica y de la Universidad de  
Lima.

**FABIÁN NOVAK Y LUIS  
GARCÍA-CORROCHANO  
DERECHO INTERNACIONAL  
PÚBLICO**

Tomo I. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2000, 579 páginas.



Tomo II, Volumen 1. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2001, 528 páginas.



El Derecho Internacional, entendido como el conjunto de reglas que regula a la sociedad internacional, mantiene por definición un carácter claramente evolutivo. Es decir, que este ordenamiento resulta particularmente sensible a las transformaciones que se producen en el seno de tal sociedad buscando responder a las necesidades y preocupaciones de la misma.

En los últimos tiempos y debido a fenómenos como la globalización, los avances en las telecomunicaciones, el fin de la guerra fría, entre otros, el Derecho Internacional ha debido, de un lado, adaptarse a los nuevos requerimientos de la comunidad internacional (la defensa de los derechos humanos, problemas medio ambientales, lucha contra el terrorismo internacional, desarrollo económico, etc.) como también, y al mismo tiempo, ha debido asentarse en sus fundamentos esenciales para responder adecuadamente a los nuevos retos que la realidad le presenta.

En esta medida, y como académica dedicada al estudio de temas internacionales, he percibido que

resulta un lugar común poner el énfasis en los retos o situaciones anómalas que conciernen al Derecho Internacional dejando de lado, en muchos casos, los fundamentos mismos de la teoría particular de esta rama del Derecho a fin de poder comprender cabalmente los límites, pero también las potencialidades de la misma. Por ello considero que la publicación en el Perú de un libro (en tres tomos) dedicado al Derecho Internacional (Fuentes, Sujetos y Solución de Controversias) constituye un hecho por el cual toda la comunidad universitaria, y no sólo los autores, debe congratularse debido a que no sólo se ubica en un espacio caracterizado por enormes falencias sino porque se constituye en una herramienta de consulta obligada para el aprendizaje e investigación en estos temas. No es común, y esto bien lo saben los alumnos de Derecho, encontrar

en nuestro medio un libro de Derecho Internacional y mucho menos lo es hacerlo con uno dedicado a los aspectos teóricos del mismo y además escrito por autores nacionales, ambos además dedicados a la enseñanza, investigación y asesoría en asuntos internacionales. El Derecho Internacional de Fabián Novak y Luis García-Corrochano es un Derecho que apunta a las bases mismas del área, a un enfoque clásico y a la vez actualizado de los grandes problemas del ordenamiento jurídico internacional.

Los dos tomos hasta hoy publicados - Fuentes y Sujetos (volumen 1 dedicado al Estado) - tienen un magnífico nivel de calidad y presentan de forma cabal, minuciosa y lógicamente ordenada los aspectos relativos a la formación de normas internacionales (tratados, costumbre, principios generales, jurisprudencia y doctrina) y la subjetividad del

sujeto mayor del Derecho Internacional, la "piedra angular" en términos de Boutros Ghali, el Estado. Ambas publicaciones están marcadas por un estilo claro y directo que aborda los temas a partir de la consulta de las más importantes y valiosas fuentes doctrinales, documentales y jurisprudenciales existentes. Esto último constituye un valor agregado de la publicación en la medida que pone al alcance de la mano un conjunto de pronunciamientos y documentos que no siempre (tanto por el idioma como por la distancia) resultan de fácil acceso. Creo que esto necesariamente repercutirá en futuras investigaciones y obras del área por lo que me permito augurar un largo efecto dominó de la importante obra que hoy se me ha solicitado reseñar.

Elizabeth Salmón.  
Profesora de Derecho Internacional Público en la Pontificia Universidad Católica del Perú

## “EL DELITO DE ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL MERCADO DE VALORES: CRIMINALIZACIÓN, CRÍTICAS Y PROPUESTAS A PARTIR DE LA INCORPORACIÓN DEL “INSIDER TRADING” EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”

Tesis de José Leandro Reaño Peschiera para obtener el grado de Abogado (196 pgs.), defendida en la PUCP el 6 de noviembre de 2001 y calificada con la máxima mención “sobresaliente” por el Jurado presidido por el Prof. Felipe Villavicencio Terreros e integrado por el Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria y el Prof. Mario Rodríguez Hurtado\*.

“Gibt es ein “Strafrecht der Risikogesellschaft?””, la sugerente pregunta de Hilgendorf<sup>1</sup> refleja la importante discusión sobre los posibles límites de un Derecho penal en expansión para controlar las consecuencias lesivas de las llamadas “sociedades de riesgo”<sup>2</sup>. La realidad legislativa, muy por delante de la racionalidad dogmática o de las construcciones que durante varios años se han venido elaborando alrededor del ya no tan “nuevo Derecho penal económico”, plantea permanentes problemas de justificación frente a los cuales uno puede encontrarse ante alternativas difíciles de conciliar: la justificación técnica del *status quo*, la mera glosa legislativa o la crítica científica que muchas veces puede conducir a parajes de soledad académica o al distanciamiento de las necesidades de intervención del Derecho penal ante problemas sociales de trascendencia.

El esfuerzo de José Reaño por no perder de vista estos referentes, merece ser destacado y celebrado en nuestro medio. Su monografía, relativa a la tutela penal de los bienes vinculados a la funcionalidad del mercado de valores, frente a la práctica de quienes violando un especial deber de reserva o de abstención, limitan el desarrollo del proceso de intercambio bursátil, se enfrenta a un tema de gran importancia en el Derecho comparado, siendo significativa al respecto la incorporación de *Tatbestandes des Insiderhandels* en el art. 51 del reciente Proyecto de Eurodelitos (*Entwurf der Europa-Delikte*) de 2002, bajo el entendimiento de que la consolidación del mercado de la Unión Europea sólo será posible mediante la tutela de este ámbito de intercambio<sup>3</sup>. Tal preocupación, *mutatis mutandi*, empieza a percibirse en el ordenamiento peruano, como lo expresan la tipificación prevista desde 1996 en el art. 251-A del CP y la progresiva injerencia de la Conasev en orden a controlar, en el plano administrativo, las prácticas de *insider trading*, como bien refleja la tesis que, a pedido de estudiantes de esta prestigiosa Revista, tengo el agrado de recensionar.

Celebro además esta iniciativa del autor porque demuestra que el desarrollo del Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra casa de estudios identificada durante años con el desarrollo del Derecho privado, sigue gozando de la reciente vocación de jóvenes penalistas que creen que la tesis de licenciatura

\* Esta recensión guarda similitud con el prólogo escrito, a solicitud del autor, para el libro originado en esta tesis y que se publicó en abril de 2002.

<sup>1</sup> NStZ 1993, 10ss.

<sup>2</sup> Mrasek-Robor, *Technisches Risiko und Gewaltenteilung*, Baden-Baden 2000, 11.

<sup>3</sup> Foffani/Otto, en: *Tiedemann* (dir), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Köln 2002, p. 341ss.

es un paso esencial para la docencia en Derecho penal, tantas veces limitada en nuestro medio a la simple glosa de la ley o, peor aún, dependiente de la popularidad estudiantil reflejada en encuestas, como acontece en algunos lugares invadidos por una “modernidad” que renuncia a ese “espíritu universal” característico de la universidad. El trabajo de licenciatura puede ser visto además como el comienzo de un largo camino, sobre todo si se toma en cuenta el creciente diálogo entre juristas peruanos y extranjeros iniciado hace tan sólo pocos años, pero que ya nos permite estar en contacto con el desarrollo de nuestra disciplina en países que gozán de una larga tradición jurídico-penal, experiencia que pronto influirá más intensamente en José Reaño, cuando inicie sus estudios de postgrado fuera del Perú. Ninguna duda cabe ya albergar respecto de que las soluciones locales pueden verse enriquecidas y hasta controladas, como se ha necesitado en estos últimos tiempos, con los alcances de una dogmática penal muchas veces difusa, inacabada, en permanente construcción, pero que aún así aporta parámetros mínimos de racionalidad que no podemos soslayar.

La lectura de las primeras páginas de esta tesis permite advertir que estamos, una vez más, ante un tema que no puede ser abordado con los instrumentos del Derecho penal comúnmente conocidos en nuestro país. Naturalmente no es este el lugar para volver a ponde-

rar una monografía que recibió una “sobresaliente” calificación en nuestra casa de estudios tras su defensa en noviembre de 2001. Pero sí cabe resaltar que las no pocas dificultades que plantea la imputación jurídico-penal en los delitos de abuso de información privilegiada<sup>4</sup>, han sido abordadas por Reaño. Se trata de aspectos ampliamente conflictivos, como todos los vinculados al Derecho penal económico, que siguen suscitando una gran polémica en orden a la vigencia de principios liberales vinculados a lo que algunos reconocen como un “viejo y buen Derecho penal liberal”<sup>5</sup> y otros tan sólo como una construcción ideal que nunca existió como tal<sup>6</sup>. Ya en medio de esa discusión que nos acompañará por mucho tiempo, el autor de este libro advierte desde la introducción que adopta un marco metodológico que busca compatibilizar la orientación normativa con determinados presupuestos político criminales, perspectiva cuya marcada iniciación debemos a Roxin<sup>7</sup> pero que indudablemente ha merecido ulteriores desarrollos y seguirá ocupando el debate penal por muchos años, quizás en orden a erigir, antes que una “teoría del delito”, una auténtica “teoría del Derecho penal”<sup>8</sup>.

Las consecuencias de este punto de partida no son pocas en la monografía del autor, se aprecian ya en la delimitación del bien jurídico-penal (Primer Capítulo) y luego en el desarrollo de las técnicas de tipificación (Segundo Capítulo). En cuanto a lo primero, la

propia concepción material del bien jurídico en términos de merecimiento y necesidad de pena, más allá de la relevancia que pueda adquirir la concepción del bien en términos puramente normativos, permite a Reaño adoptar una postura crítica frente a construcciones de carácter patrimonialista o promotoras de una administrativización de este sector del poder penal, o acaso aquellas que pretenden concretar lo protegido en la mera funcionalidad del mercado bursátil, sin un referente material adecuado a la subsidiariedad de la injerencia punitiva<sup>9</sup>. En esa línea de ideas, el autor construye la lesividad sobre la base de objetos con función representativa, lo que a mi entender debe implicar un desarrollo más profundo que el planteado en su día por Schünemann en torno a los delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado”<sup>10</sup>, a fin de evitar el arribo “puramente gramatical” a una concordancia con la lesividad<sup>11</sup>, sobre todo al momento de determinar el injusto penal en términos de lesión o de peligro concreto, no para todo el bien colectivo que motiva la protección sino para los objetos que gozan de esa función de representación<sup>12</sup>.

Estas preocupaciones no las descuida el autor y las mantiene presente en las elaboraciones del Segundo Capítulo, aparentemente propias de la parte especial pero que más bien expresan soluciones concretadas de la parte general del Derecho penal económico, entre ellas la determinación de la autoría desde la pers-

<sup>4</sup> Heise, *Der Insiderhandel an der Börse und dessen strafrechtliche Bedeutung*, Frankfurt 2000, 95ss.

<sup>5</sup> Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg 1994, 3ss. Prittwitz, “Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?”, en: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrecht*. Frankfurt 1995, 387ss.

<sup>6</sup> Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, Madrid 1999, 115.

<sup>7</sup> Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, München 1970, 10.

<sup>8</sup> Ragués i Vallès, “Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI”, *RPDJP* 2/2001, p. 544.

<sup>9</sup> Lücker, *Der Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelsgesetz*, München 1998, 23-26.

<sup>10</sup> “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *JA* 1975, 798.

<sup>11</sup> Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid 2000, 175-176.

<sup>12</sup> Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt 1989, 310.

pectiva del *insider* primario<sup>13</sup>, con las ulteriores consecuencias para el tratamiento de los *extranei*<sup>14</sup> en un ámbito que hasta donde alcanzo a ver podría ser interpretado desde la perspectiva dogmática de los *Pflichtdelikten* o delitos de infracción de deber, fuera de todo riesgo de "difuminación" del objeto protegido<sup>15</sup>. También se aborda el no pacífico tema de la complementariedad administrativa, en clave normativo/conceptual, donde el autor adopta a mi entender interpretaciones que ratifican la vigencia del principio de legalidad, lo que se halla sumamente vinculado a los criterios de delimitación entre el ilícito penal y el administrativo bursátil que, bajo una perspectiva cualitativa, *Reaño* concibe salvaguardando el *ne bis in idem* tantas veces

mitigado por la doctrina nacional y la práctica de los funcionarios.

Con estas ideas apenas introductorias, el interesado podrá advertir que cuenta aquí con verdadera "información privilegiada" y actual sobre una materia que ha recibido casi nulo tratamiento en nuestro país, además de conclusiones útiles para el práctico del Derecho penal. Me satisface haber contribuido a estas reflexiones de *Leandro*, o sencillamente *Pepe* como lo llamamos quienes lo conocemos desde hace algunos años y sabemos sobre todo de sus calidades personales, como Director de esta tesis que ya está en nuestras manos como libro, estudio que apenas promete ser su

primer aporte a nuestro insipiente Derecho penal peruano, tan necesitado, como dijera más arriba, de jóvenes decididos a crear y creer, especialmente en estos tiempos tan turbulentos para la práctica penal de nuestro país que, como he expresado en un trabajo vinculado a los delitos de funcionario público en el que precisamente contribuye *Reaño* y el destacado Profesor *César San Martín*, ha tocado la puerta de muchos de nuestros "académicos" del Derecho penal peruano con respuestas que sólo prematuramente podríamos valorar.

Dr. Dino Carlos Caro Coria  
Profesor Ordinario Auxiliar de  
Derecho Penal en la PUCP

---

<sup>13</sup> Brenner, en: Wabnitz (dir), Handbuch des Wirtschafts-und Steuerstrafrechts, München 2000, 320ss.

<sup>14</sup> Nerlich, Die Tatbestandsmerkmale des Insiderhandelsverbots nach dem Wertpapier-handelsgesetz, Osnabrück 1999, 219

<sup>15</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft<sup>7</sup>, Berlin-New York 2000, 696 n. 537.



**Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán**

Av. Javier Prado Oeste 1406 San Isidro

Teléfono 422-9818 Fax: 422-9923

e-mail: postmast@rozv.com.pe

**Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán**  
Notario

**BANDIN CALLO PIZARRO ORUNA**  
Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada  
(BCPO S.Civil de R.L.)

Avenida Mariscal Castilla N° 117, urbanización Aurora, Miraflores,

Lima 18; telefax 241-6412

E-mail: bcpo@amauta.rcp.net.pe

**Asesoría Legal**

Derecho Tributario, Societario, Comercial, Laboral, Notarial, Registral, Propiedad Intelectual y De la Competencia.

**Asesoría Contable**

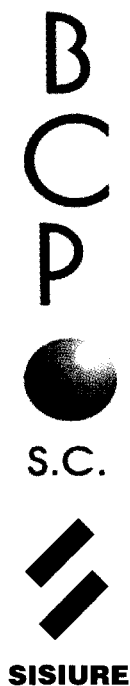
Dirección y ejecución Contable. Auditoría Financiera, Auditoría Operativa.

**Asesoría en Organización, Métodos y Sistemas**

Diseño e implementación de estructuras organizacionales, métodos, normas y procedimientos administrativos. Asesoría e implementación de archivos electrónicos de documentos e información mediante microformas.

**Otros Servicios**

Asesoría, preparación, implementación y auditoría del Sistema de Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos (HACCP). Selección y Evaluación de Personal. Capacitación y Desarrollo de Personal.



## **EL “CUENTA CUENTOS” CON LOS NUEVOS ESTUDIANTES DE DERECHO**

Como todos los ciclos, THĒMIS organizó una bienvenida para los nuevos estudiantes de nuestra facultad, reunión destinada a la integración y a brindarles a los nuevos alumnos un primer contacto con nuestra revista.

La novedad de este ciclo ha sido que la bienvenida contó con la presencia de Francoise Valleys, el “Cuenta Cuentos”, quien frente a un auditorio abarrotado de estudiantes, hizo gala de su gran habilidad para entretener y narrar creativas historias.

## **PRACTICAS DIRIGIDAS**

Es evidente que existe una marcada necesidad en nuestra facultad, sobretodo respecto de los cursos de mayor trascendencia de la carrera, del dictado de clases prácticas que acerquen a los estudiantes a la aplicación de los conceptos aprendidos en las clases.

Consciente de ello, THĒMIS ha organizado a partir de este ciclo un conjunto de sesiones denominadas “prácticas dirigidas” cuyo objetivo consiste precisamente en llenar el vacío en la aplicación práctica de la teoría aprendida. Por esta razón, se han implementado prácticas dirigidas de Derecho Civil 1, Introducción a las Ciencias Jurídicas, Derecho Procesal Civil 1, Derechos Reales, Acto Jurídico y Derecho Tributario.

## **ALMUERZO CON LOS EX-MIEMBROS DE THĒMIS**

Como parte de la labor de integración llevada a cabo por THĒMIS, en mayo se llevó a cabo el almuerzo anual de ex – miembros de la revista. El almuerzo, que se ha convertido en un evento tradicional, contó con la presencia de más de un centenar de personas de las diversas generaciones de THĒMIS.

## **LA NUEVA REFORMA LABORAL**

Uno de los temas de mayor relevancia y discusión tanto en el ambiente académico como en la arena política es, sin lugar a dudas, el de la nueva reforma laboral que se encuentra en marcha. La riqueza y complejidad de la temática, así como los diversos puntos de vista existentes, que pueden llegar a ser antagónicos, llevaron a THĒMIS a organizar un seminario donde se examinaran y discutieran a fondo cada una de las opiniones sobre la materia.



Así, durante los días 17 y 18 del mes de abril, se llevó a cabo el mencionado seminario, que contó con la participación de los doctores José Echandía, Víctor Ferro, Javier Neves, Alfredo Villavicencio, Juan Carlos Cortés, Jorge Toyama, Adolfo Ciudad y Mario Pasco Cosmópolis. Asimismo, participaron representantes de los trabajadores, miembros de la OIT, representantes de la Sociedad Nacional de Industrias y de las empresas de services.

## **FINANCIAMIENTO EMPRESARIAL**

Los días 19 y 20 de junio se llevó a cabo en el Hotel Los Delfines el seminario "Financiamiento Empresarial. Aspectos Legales y Financieros". Este evento, en el que se desarrollaron temas como Project Finance, Titulización de Activos, Costos de Acceso al Crédito y Emisión de Valores, contó con la participación de los más destacados especialistas en la materia, como José Antonio Payet, Juan Luis Hernández, Alberto Rebaza, Alfredo Bullard y Rolando Castellares, entre otros.

## **ENFOQUE DERECHO**

Hoy en día resulta cada vez más urgente para los

abogados contar con los instrumentos apropiados para mantenerse actualizados. Paradójicamente, no existen en nuestro medio publicaciones que satisfagan, de manera seria y a la vez ágil, esta imperiosa necesidad.

Por esta razón, THEMIS ha iniciado la publicación de "Enfoque Derecho", informativo de periodicidad mensual que, con comentarios de las últimas novedades legislativas y jurídicas en general, efectuados por los más destacados especialistas en la materia, pretende suplir este enorme vacío en la actualidad del derecho.

Los columnistas de "Enfoque Derecho" son Fritz du Bois y los doctores Juan Monroy y Alfredo Bullard. Por su parte, el destacado panel de redactores está conformado por los doctores Cayetana Aljovín (Telecomunicaciones), Rafael Corzo (Banca y Seguros), Jorge Danós (Administrativo), Eloy Espinoza-Saldaña (Constitucional), José Juan Haro (Competencia y Concursal), Jorge Licetti (Electricidad), Humberto Medrano (Tributario), José Antonio Payet (Mercado de Valores), Luis Carlos Rodrigo (Minero) y Jorge Toyama (Laboral).

# ÍNDICE DE ARTÍCULOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PUBLICADOS EN EDICIONES ANTERIORES DE THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

## 1. ALPA, Guido.

La interpretación económica del Derecho.  
En: Themis 42.

## 2. BULLARD, Alfredo.

Contratación en masa ¿Contratación?  
En: Themis 15.

“¡Al fondo hay sitio!” ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?  
En: Themis 21.

¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial.  
En: Themis 25.

La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín.  
En: Themis 30.

¿Cómo “vestir a un santo sin desvestir a otro”? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes.  
En: Themis 33.

¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio.  
En: Themis 36.

La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos.  
En: Themis 43.

## 3. CALABRESI, Guido.

La responsabilidad extracontractual: el derecho de una sociedad mixta.  
En: Themis 23.

Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual: un ensayo en homenaje a Harry Kalven Jr.  
En: Themis 33.

Comentarios: las simples virtudes de “La Catedral”.  
En: Themis 36.

## 4. CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas.

Reglas de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad: un vistazo a la catedral.  
En: Themis 21.

**5. CANTUARIAS, Fernando.**

Retracto: Réquiem para un derecho “Económico y Social”.  
En: Themis 24.

**6. EZCURRA, Huáscar.**

El “superprivilegio” del crédito laboral vs. El sistema de garantías reales.  
En: Themis 34.

El derecho de voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: aproximación al tema a partir de un análisis económico.  
En: Themis 42.

**7. FALLA, Alejandro.**

Responsabilidad civil y eficiencia económica. Matrimonio por conveniencia.  
En: Themis 24.

**8. FELICES, Enrique.**

La elección colectiva y el análisis económico de los procesos políticos.  
En: Themis 30.

**9. LEÓN, Leysser.**

El análisis económico del Derecho Civil en Italia. Un inventario histórico- bibliográfico mínimo.  
En: Themis 42.

**10. POLINSKY, Mitchell.**

Resolviendo disputas por razón de vecindad: la economía simple de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios.  
En: Themis 31.

**11. PRIEST, George.**

Una teoría de la garantía del producto para el consumidor.  
En: Themis 35.

**12. ROSE AKERMAN, Susan.**

¿Se puede reformar la burocracia pública mediante incentivos económicos?  
En: Themis 39.

**13. SALINAS, Sergio.**

Fondos Mutuos, información asimétrica y regulación de mercados: un enfoque de costos de transacción.  
En: Themis 33.

La participación de los trabajadores en el proceso de privatización de las empresas públicas: un breve ensayo sobre la teoría de las organizaciones económicas.  
En: Themis 34.

**14. ZEGARRA, Gonzalo.**

Liberalismo y política nacional de población: a propósito de un despropósito.  
En: Themis 38.

## AGRADECIMIENTOS

**THEMIS – Revista de Derecho** agradece a todas las personas que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

José Juan Haro, Alfredo Bullard, Enrique Felices, Juan José Martínez, José Chiarella, Juan Luis Hernandez, Manuel Tataje, Víctor Ferro, Alfredo Villavicencio, Juan Francisco Gómez de la Torre, Pedro Olaechea, Rafael Torres, Juan Carlos Tafur, Felipe Ortiz de Zevallos M., Jorge Gamarra, Juan Carlos Tafur, Ana María Elías, Roberto Angeles, Fernando Verán, Fernando Hilbeck, Gloria Posada, Embajador Jorge Ballona, Rosario Sasieta, Francois Vallaeys, Jaime de Althaus, Alfredo Polo Gálvez, Delia Revoredo Marsano de Mur, Fabián Novak Talavera, Juan Espinoza Espinoza, Freddy Escobar Rosas, Rafael Prado Bringas, Ana María Prevost Alegría, Gwendoline Morán Privette, Ana Cristina Barrionuevo Luna, Gianina Gotuzzo Oliva, Roxana Ramírez Ráez.

Asimismo, agradecemos a:

Familia Montezuma Panez, Familia Berckemeyer Olaechea, Familia Bayly Letts, Familia Velarde Arnáez, Familia Trelles de Belaunde, Familia Aramburú Piaggio, Familia Pasquel Rodríguez, Familia Trelles Castro Mendivil, Familia Ferraro Delgado, Familia Gargurevich Valdez, Familia Carrión Alvarez Calderón, Familia Ferro Cornejo.

**THEMIS – Revista de Derecho** agradece el apoyo de las siguientes instituciones:

Pontificia Universidad Católica del Perú, Estudio Javier de Belaunde Abogados, Estudio Jorge Avendaño V., Estudio Olaechea, COCA COLA, Bandín, Callo, Pizarro Oruna S. Civil de R.L., Estudio Roger Yon Ruesta & Abogados, Notaría Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán, Joyería Murguía, Estudio Hernández & Roselló Abogados, Estudio Monroy Abogados, Notaría Jaime A. Murguía Cavero, Estudio Oré Guadia, Estudio Barrios Fuentes y Urquiaga Abogados, Estudio Vinatea & Toyama Abogados, Estudio Duany & Kresalja Abogados, Estudio Fernández Portocarrero Carpio & Torres Abogados, Estudio Bracamonte, Lammás Puccio, De Piérola, Clarke, Del Rosario Abogados, Estudio Luis Eche copar García Abogados, Estudio Rubio, Leguía Normand & Asociados, Impreso Gráfica S.A., BACKUS & JOHNSTONS, Comerciantes Importadores S.A.-CISA, Resonancia Magnética S.A., Estudio Fernández, Heraud & Sánchez Abogados, Valvosanitaria S.A., Tecnosanitaria S.A., Decor Center S.A., Notaría Dannon Brender, Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria Abogados, Estudio Bramont-Arias Torres, TELELEY, Estudio García Calderón Ghersi Vidal & Asociados, Diario CORREO, Revista CARETAS, Palestra Editores, Instituto de Defensa Legal, Corporación Miyasato, Estudio Linares, Librerías CRISOL, Colegio TRENER, ROCHE, Balbi Consultores Asociados, Estudio Aguirre Abogados, Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, Estudio Benites, Mercado & Ugaz Abogados, Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados, Alayza Consultores Asociados, Los Andes.

**THEMIS - Revista de Derecho**, desea agradecer especialmente a los miembros que se retiran con esta edición y les desea lo mejor de la vida.

Úrsula Indacochea Prevost, Mariella Hernández Valencia, Luz María Pérez Garland Gamio, Fernando Hurtado de Mendoza.



