

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2012

THEMIS

desde 1965

© Asociación Civil THEMIS, 2012
Segundo piso de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anx. 5391
editor@themis.pe
themis.pe

62

Diseño y diagramación: Nancy A. Sandoval Guerrero

El contenido de los artículos publicados en **THEMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

ISSN: 1810-9934

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2012-15097

Registro de Proyecto Editorial: 21501361200376

Primera edición: diciembre 2012

Año XXXXVII - Número 62

Tiraje: 1000 ejemplares

Habiendo pasado cuarenta y siete años desde el nacimiento de THEMIS y su producto emblemático, THEMIS-Revista de Derecho, la historia de nuestra asociación es abrumadora. THEMIS ha logrado agrupar permanentemente al más selecto grupo de estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú por lo que la responsabilidad de cada generación que ingresa a nuestra revista es aun mayor que la de quienes la preceden. Es así que cada consejo editorial encargado de la edición y producción de THEMIS-Revista de Derecho realiza un trabajo intenso y responsable a efectos de poder brindarles un producto de gran calidad en contenido y formato.

Dedicamos nuestra edición Nº 62 a un tema de gran importancia, no dirigido exclusivamente a estudiantes de Derecho, sino también de economía o filosofía. Se trata del Análisis Económico del Derecho, tema que significa un aporte altamente relevante para la ciencia jurídica. Mediante la presente revista intentamos brindarles una nueva herramienta que contribuya a un más extenso análisis de los problemas que pueden suscitarse a lo largo de su carrera profesional o académica.

En la primera sección de THEMIS-Revista de Derecho 62 podrán encontrar artículos sobre la teoría misma del Análisis Económico del Derecho. Guillermo Cabieses nos explica el valor de la interdisciplinariedad del Derecho y la contribución que significa la economía en su estudio. Por otro lado, Eduardo Hernando Nieto intenta contextualizar al Análisis Económico del Derecho en tiempo neoconstitucionales. Asimismo, hemos decidido incluir dos artículos basados en el Derecho y Economía Conductual, lo que ha significado un nuevo punto de vista a ser considerado por nuestros lectores. Contamos con un interesante artículo escrito originalmente por Cass Sunstein y traducido por nosotros, así como un artículo basado en la noción del neuromarketing, escrito por Carlos Rojas. Ambos autores nos dan una idea del valor del estudio del comportamiento humano.

Luego, hemos incluido artículos que presenten al Análisis Económico del Derecho desde una perspectiva aplicativa. Alfredo Bullard, Alejandro Falla, Freddy Escobar, Mario Reggiardo, entre otros, nos muestran sus puntos de vista desde el Derecho de la Competencia, Derecho Societario, Derecho Penal o Derecho Procesal. En esta oportunidad los autores determinan aquellos casos en los que consideran que el Análisis Económico del Derecho resulta beneficioso y aquellos en los que resultaría obsoleto. Ese es el caso de Róger Yon, por ejemplo. De esta forma, nuestros lectores podrán enriquecerse con diversas opiniones relativas al estudio del Derecho.

En la sección de misceláneas podemos encontrar artículos sobre diversos temas que abarcan desde el derecho de superficie hasta el Project Finance. Gonzalo Bonifaz nos ha brindado un trabajo de alta relevancia en el contexto actual, “La ejecución de los fallos de la Corte Internacional de Justicia”. Considerando los recientes problemas suscitados por el pronunciamiento de la Corte Internacional de la Haya en el caso llevado por Colombia y Nicaragua, así como la próxima audiencia en la que participarán la República del Perú y de Chile, este artículo cobra particular relevancia.

Finalizamos esta edición de THEMIS-Revista de Derecho con dos valiosas entrevistas. La primera, originalmente publicada en The New Yorker, fue realizada por John Cassidy a Richard Posner, uno de los más importantes juristas de nuestros tiempos. En la segunda entrevista contamos con la generosa colaboración de una de las más brillantes e instruidas mentes liberales en nuestro país, Federico Salazar.

En nombre de todos los miembros del Consejo Editorial de THEMIS-Revista de Derecho, los invito a disfrutar de este número; esperamos que sea de su agrado.

Lima, diciembre de 2012

EL DIRECTOR

THEMIS

Revista de Derecho

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

2012-2

CONSEJO DIRECTIVO

Joao Arbildo Caro (Administración)
Alejandra Calderón Santillán (Desarrollo Social)
Alvaro Castro Reátegui (Financiamiento)
Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga (Actualidad Jurídica)
Israel Huamán Koo (Marketing & Ventas)
Eduardo Reyna Oie (Seminarios)
Mauricio Santa Cruz Vásquez (Cursos & Capacitación)
Marco Zaldívar Chauca (Contenido)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Ariana Lira Delcore
Michel Salazar Tarazona
José Antonio Salgado Silva
Adriana Tapia Quintanilla

Administración

Joao Arbildo Caro
Eduardo Bedoya Pérez
Massiel Silva-Santisteban Amésquita

Contenido

Camilo Clavijo Jave
Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
Carolina Pérez Harm
Luis Fernando Roca Lizarzaburu

Cursos & Capacitación

Francesco Balbi Castellano
Verónica Carrasco Núñez
Pamela Morales Nakandakari

Desarrollo Social

Daniela Chang Rodríguez
Ana Lucía Rodríguez Angulo

Financiamiento

Álvaro Castro Reátegui
Sergio Avendaño Bavestrello
GianPaul Castañeda Carruitero
Fernando Ramírez-Gastón Lecca

Márketing & Ventas

Jimena Camacho Vega
José Díaz del Valle
Renato Manrique Portal
Carlos Peña Salas

Publicaciones

Alejandro Cavero Alva
María Paz Delgado Yábar
Mario Lercari Bueno
Christian Wong Vargas

Seminarios

Raphael Aspíllaga de Páramo
Ramiro Bolaños Flores
Stephanie Espejo Espinal
Mariana Mendoza Benza
Mary Cielo Núñez Minaya

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Guido Calabresi
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest
Fernando de Trazegnies Granda

Asociación Civil THEMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themis.pe
themis.pe

Reseña - Pintura:

THĒMIS-Revista de Derecho tiene el orgullo de presentar en la portada de la presente edición 62 a Joseph Mallord William Turner (1775-1851), pintor inglés y uno de los máximos exponentes de la corriente artística impresionista.

En esta ocasión presentamos su obra titulada *Cologne*, realizada en el año 1817. La pintura es un óleo sobre lienzo que se encuentra en The Tate Gallery en Londres. Turner nos muestra una gran vista a la Colonia, remontándonos al siglo XIX y pudiendo observar, con esa calidad que caracteriza a este gran pintor, la arquitectura de las ciudades, las embarcaciones, un cielo despejado, las actividades de los habitantes de ese entonces. Turner retrata un momento apacible que atrapa a todo observador y lo transporta varios siglos atrás.

Así, como Joseph Mallord William Turner nos acompañó en la edición 61, lo hará en la presente edición y en las siguientes dos de THĒMIS-Revista de Derecho, haciendo de esta revista un producto coleccionable al presentar cuatro pinturas del mismo autor. De esta manera no sólo los interesados en el Derecho, sino también, los amantes del arte tendrán consigo un producto completo. THĒMIS, innovar es nuestra tradición.

TEMA CENTRAL: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

TEORÍA GENERAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Guillermo Cabieses Crovetto El carácter interdisciplinario del Derecho y la utilidad de la economía en su estudio	11
Oscar Súmar Albújar Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: Una perspectiva económica	27
Eduardo Hernando Nieto El Análisis Económico del Derecho en tiempos neoconstitucionales	43
Cass Robert Sunstein Análisis Conductual del Derecho	53
Carlos Rojas Klauer El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: Un replanteamiento desde el Derecho y Economía Conductual y el Neuromarketing	65

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara y Nicole Roldán Barraza <i>In God We Trust, All Others Bring Data</i> . ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?	83
Enrique Cavero Saфра Entre el huevo o la gallina y la planchada o la camisa: Introducción al Análisis Económico de la Propiedad Intelectual.	123
Andrés Calderón López Luz verde para el Estado, luz roja para la competencia: Crítica desde el Análisis Económico del Derecho y el <i>Public Choice</i> a la reciente jurisprudencia del INDECOPI	143
Christian Chávez Verástegui <i>Ladies nights</i> , cortes de cabello y discriminación de precios: ¿Puede la disposición al pago justificar un esquema de precios diferenciados?	165

Gustavo Rodríguez García Tasa de criminalidad y castigo: Un ejercicio de Derecho y Economía	179
Róger Yon Ruesta y Armando Sánchez-Málaga Carrillo Aproximación y observación crítica desde la óptica penal de la aplicación del Análisis Económico del Derecho – Especial referencia al delincuente económico	187
Freddy Escobar Rozas El perverso efecto de la responsabilidad objetiva: El caso de los directores de las sociedades que cotizan en bolsa	205
Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú	223

MISCELÁNEAS

José Carlos Fernández Salas El derecho de superficie	237
Laura Zúñiga Aleman <i>Project Finance</i> de proyectos de infraestructura	255
Mariano Perú Mayandía El derecho de información de los accionistas y el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades sobre información fuera de junta	277
Gonzalo Bonifaz Tweddle La ejecución de los fallos de la Corte Internacional de Justicia	289

ENTREVISTAS

Richard Posner La evolución de la economía a raíz de la crisis financiera	329
Federico Salazar Bustamante El Análisis Económico del Derecho y su aplicación en la realidad: Perspectivas y comentarios	335

TEORÍA GENERAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

EL CARÁCTER INTERDISCIPLINARIO DEL DERECHO Y LA UTILIDAD DE LA ECONOMÍA EN SU ESTUDIO****

Guillermo Cabieses Crovetto****

Varios años atrás se consideraba al Derecho como una disciplina autónoma, como aquella que debía ser estrictamente estudiada y entendida exclusivamente por personas instruidas en Derecho. Además, se pensaba que el Derecho no requería del entendimiento de otras disciplinas para su estudio. Sin embargo, la historia y la realidad nos han demostrado lo contrario. En el presente artículo, el autor nos demuestra las ventajas que se generan del estudio del Derecho si se presta atención a otras ciencias sociales y no se limita el objeto de estudio exclusivamente al sistema jurídico formal.

No podemos basarnos sólo en el conocimiento legal para solucionar los problemas jurídicos, el Derecho requiere de otras disciplinas para entender mejor los distintos fenómenos que se presentan en la sociedad y así poder regularlos, señala el autor. El Análisis Económico del Derecho permite mirar las cosas desde otra perspectiva, logrando entender los fenómenos en su real complejidad, debido a la amplitud del objeto de estudio de la economía, referido al estudio de las decisiones individuales, y la formación que tienen los economistas. Esto, permite marcar una diferencia respecto de los enfoques legales tradicionales. De ahí el éxito del método económico en el estudio del Derecho.

* Dedico este artículo mi entrañable amigo Freddy Escobar, a quien debo haberlo escrito.

** Este artículo fue premiado en la XV Reunión de la Asociación Latino Americana e Ibérica de Economía y Derecho –ALACDE, organizada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá el 3 y 4 de agosto de 2011.

*** Agradezco los valiosos comentarios realizados a este artículo por Enrique Ghersi, Federico Salazar e Iván Alonso, sin embargo, cualquier error me es imputable.

**** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo surgió a raíz de una conferencia que dicté en el “Seminario Internacional de Enseñanza del Derecho” que organizó la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la revista *Ius et Veritas* en el mes de agosto de 2010¹. El tema que mi buen amigo, el profesor Giovanni Priori me pidió abordar en esa conferencia fue: “La formación interdisciplinaria del abogado”. Sospecho que el profesor Priori confió en mí para ese encargo porque conoce mi interés por tratar de comprender y entender el Derecho a la luz de otras disciplinas. De hecho, es fruto de ese interés que he dedicado gran parte de mi actividad académica al estudio del Análisis Económico del Derecho, que tiene por propósito aplicar el método económico al análisis de las instituciones jurídicas.

Naturalmente, el solo hecho de que sea profesor de Análisis Económico del Derecho, un curso que tiene por propósito el estudio sistemático del sistema jurídico mediante la aplicación de las herramientas de una disciplina distinta (la economía) es prueba suficiente de cuál es mi posición respecto de si la formación de un abogado debe o no ser interdisciplinaria. En tal sentido, adelanto que considero indispensable que un hombre de leyes tenga una formación interdisciplinaria, es decir, que se eduque en materias distintas a las estrictamente jurídicas, pues ello, como veremos, le permitirá entender mejor los distintos fenómenos que se presentan en la sociedad y que el Derecho regula y, en consecuencia, ser mejor abogado.

Mi defensa de ese tipo de formación, se basa en que el Derecho es, en mi concepto, una disciplina que carece de autonomía. Es decir, es una disciplina que no debe ser entendida como una que deba ser estrictamente estudiada y entendida exclusivamente por gente que únicamente sea instruida en Derecho. Por el contrario, sostengo que es indispensable recurrir al estudio de otras disciplinas que nutren y dotan de contenido al Derecho, al ser justamente las que nos explican el comportamiento de las personas, que es justamente lo que el Derecho pretender regular.

Más aún, es mi parecer que la supuesta autonomía del Derecho no obedece más que a la pretensión de cientificidad que los juristas han querido darle a la ciencia jurídica lo largo de la historia. A tal punto, que hoy entienden al Derecho como un fin en sí mismo, cuando no es más que un medio para lograr ciertos fines sociales.

En esa línea, el propósito de este artículo es explicar el origen de la pretensión que dio origen a la supuesta autonomía disciplinaria del Derecho, para luego explicar por qué es que considero que tal pretensión se sustenta en una posición errada respecto del Derecho como disciplina. Sobre esa base, he construido mi argumentación acerca de las ventajas que se generan del estudio del Derecho si se presta atención a otras ciencias sociales y no se limita el objeto de estudio de éste exclusivamente al sistema jurídico formal. Disciplinas como la lingüística, la psicología, la economía, la sociología, la historia, entre muchas otras, nos ayudan a entender el comportamiento de los individuos y, dado que el fin del Derecho es justamente regular la conducta de las personas, quienes se dedican a estudiar esta materia no puede dar la espalda a las ciencias sociales que precisamente sirven de base para entender por qué las personas (cuyos comportamientos se pretende regular) actúan de tal o cual manera.

Ahora bien, un lector avisado se preguntará: ¿Cuál es la necesidad de escribir un artículo que tenga como propósito argüir que en el estudio del Derecho deba recurrirse al aprendizaje de otras disciplinas? ¿Acaso no es obvio? ¿Hay quienes piensen que un abogado puede desenvolverse en la vida sin tener conocimientos elementales de economía, psicología, historia o, incluso, filosofía? ¿Es que los abogados viven en una sociedad distinta al resto de las personas?

Me temo, sin embargo, que la respuesta a las preguntas planteadas es sí, en todos los casos. Existen abogados (tanto en el ejercicio como en la academia) que se comportan respecto del Derecho como si este fuese un fin en sí mismo y resulta necesario aclararles que, contrariamente a lo que creen, el Derecho no es un fin, es un medio. Más aún, hay quienes

¹ Me refiero al “Seminario Internacional sobre la Enseñanza del Derecho”. Organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y *Ius et Veritas*, del 9 al 11 de agosto de 2010.

creen que el Derecho debe ser entendido, y aplicado, sin prestar atención a las demás ramas que estudian el comportamiento de las personas. Es pertinente dejar sentado que ignorar la utilidad que el conocimiento de otras disciplinas nos brinda para entender el Derecho es darle la espalda a la realidad y, cuando el Derecho le da la espalda a la realidad, ésta se burla de él tornándolo en irrelevante, en inútil, abrogándolo socialmente. En esa línea de argumentación, si bien es indiscutible para algunos que el Derecho debe ser estudiado a la luz de otras ciencias sociales que nos permiten entenderlo mejor y así regular de manera más eficiente el comportamiento de las personas en la sociedad, aparenta ser el caso que muchos han perdido por completo de vista esa idea. Hay, sin lugar a dudas, más de un abogado que se desenvuelve sin contar con las más elementales nociones de economía o filosofía y, curiosamente, los perjudicados somos los que tenemos que tratar con ellos. Son demasiados y parecen vivir una sociedad distinta a aquella en la que actúan el resto de personas, una realidad paralela, un twilight light zone, una dimensión desconocida, en donde todo está en la ley y no en la realidad. En donde el mundo empieza y termina en el Derecho. Es mi convicción, que esa desconexión existente entre los abogados y la realidad que los rodea, ese desfase entre el Derecho formal y el Derecho vivo, es fruto de una tradición errada de la que somos hijos los abogados, que nos ha llevado a creer que el derecho es autónomo, cuando ciertamente no lo es.

Adicionalmente, aprovecharé este espacio para explicar por qué es que el método económico ha tenido tanto éxito en el estudio del derecho. Para ello, destacaré el beneficio de utilizar método del análisis económico como herramienta para estudiar el Derecho, a efectos de ejemplificar como el conocimiento

de otra disciplina puede hacernos, no sólo mejores académicos, sino mejores abogados. Para ello, he optado por analizar cuál es la causa que ha generado esta migración del método económico al estudio de otras disciplinas, por qué ha sido exitosa y cuáles son los beneficios.

Lamentablemente, por motivos de espacio no me extenderé a otras ciencias sociales que, en su interrelación con el Derecho, han generado avances sustanciales en la teoría legal.

Debo aclarar, sin embargo, que no es mi propósito al escribir este artículo desterrar las tesis que partan, se basen o se aproximen a la concepción que señalamos como errada, dado que hay mucho que aprender de ellas. Tan sólo quiero hacer notar a quienes las abrazan, que una concepción más amplia, que una aproximación interdisciplinaria, sólo puede redundar en un mejor entendimiento de la sociedad y por lo tanto del Derecho que la regula.

II. LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO Y SU SUPUESTA AUTONOMÍA DISCIPLINARIA

Existe más de una explicación acerca del origen de la pretendida autonomía disciplinaria del Derecho. El profesor Richard Posner sostiene que esta pretensión de autonomía se originó a raíz de una aspiración constante por parte de los abogados de mantener un monopolio respecto de la hechura y la interpretación de las leyes. Posner nos dice que el origen de la autonomía del Derecho se produjo como una especie de cartel de los abogados para ser los únicos capaces de hacer e interpretar las leyes². Es más, el mismo autor señala que en Inglaterra la autonomía del Derecho fue una herramienta política que los jueces utilizaban para obtener cierta independencia de la Corona en sus decisiones³, por lo que

² Según Posner “[l]a idea de que el derecho es una disciplina autónoma, es decir, un tema apropiadamente encomendado a personas instruidas en derecho y en nada más, fue originalmente una idea política. Los jueces en Inglaterra la usaba para eludir la interferencia del rey en sus decisiones, y los abogados la han utilizado desde tiempos inmemoriales para proteger su monopolio de representar a la gente en materia legal”. POSNER, Richard. “La decadencia del Derecho como disciplina autónoma: 1962 – 1987”. (Traducido por Eduardo Camero). En: ROEMER, Andrés. “Derecho y Economía: una revisión de la literatura”. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 103.

³ En palabras de Sir Edward Coke, “(...) entonces el Rey dijo que la ley estaba fundada en la razón, y que él y otros tantos tenían razón, tanto como los jueces, a lo que yo respondí, que si bien si bien Dios había dotado a Su Majestad de notable habilidad y grandes dotes naturales, Su Majestad no estaba versado en las leyes de su reino de Inglaterra, y que las causas relativas a la vida, las herencias, los bienes o las fortunas de sus

se partía de la idea de que sólo una persona instruida en derecho podía aplicarlo⁴.

Al parecer esta autonomía política o táctica económica con el tiempo mutó a una pretensión de autonomía científica que por cierto se presentó tanto en el Common Law como en el Civil Law, aunque en el primero las críticas a esa postura han causado desviaciones de tal postura que han calado más profundamente en los académicos.

Sobre la base de la explicación de Posner, indagué un poco más sobre el origen de la pretendida autonomía disciplinaria del Derecho y encontré el que creo es el antecedente de esta pretensión en ambos sistemas. Al parecer el origen remoto e incipiente del conceptualismo que pretende hacer del Derecho una disciplina aislada que no requiera de otras para su estudio y entendimiento, encuentra su génesis en el redescubrimiento de las Institutas de Justiniano ocurrido a finales del siglo XI⁵, alrededor del año 1080, en una biblioteca italiana⁶.

Como es sabido, el redescubrimiento de las Institutas fue un suceso que marcó la historia del Derecho occidental profundamente. Fue a raíz de este evento que el Derecho romano (fundamentalmente casuístico), recobró vigencia en toda Europa continental. Ese fenómeno se debió, en gran medida, a la poderosa influencia que por aquella época tenía la Universidad de Bologna, considerada la “madre las de universidades europeas”

por su temprana fundación y el predominio intelectual que ejercía por aquel entonces. En esa casa del conocimiento el estudio del Derecho romano, a raíz del descubrimiento de las Institutas, se volvió materia indispensable en la formación de los abogados durante siglos.

Sin embargo, conforme la ciencia evolucionaba, los círculos científicos se empeñaron en acercar cada vez más las ciencias sociales a las llamadas ciencias exactas. En el siglo XVII esto se agravó a tal grado que se percibía a la geometría como el modelo que la ciencia en general debía seguir⁷. Ello se debió a que la geometría permite derivar teoremas mediante inferencias de axiomas, lo que significaba que el método geométrico sea el camino para una verdad atemporal, exonerada de las dificultades propias del método empírico. De hecho el filósofo racionalista francés René Descartes, uno de los pensadores más influyentes de la época y de la historia, consideraba que la geometría era la ciencia que debía inspirar a todas las demás disciplinas en su pretensión de convertirse en ciencias⁸. Más aún, sus seguidores, los cartesianos, además consideraban, entonces, que el conocimiento empírico (como el estudiado fruto del casuístico Derecho romano) era sinónimo de un conocimiento asistemático, no científico.

Fue en busca de corregir esa esta carencia de científicidad del Derecho que el sabio Gottfried Wilhem Leibniz⁹ inició –desde muy joven– una búsqueda por encontrar un

súbditos no debían decidirse mediante la razón natural, sino por medio de la razón artificial y el juicio de la ley, y que la ley requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda obtener su conocimiento y que la ley era la medida para resolver las causas de los súbditos y la que mantenía a su majestad a salvo y paz”. Citado por POSNER, Richard. Op. Cit. nota al pie 1.

⁴ Ibid. p. 103.

⁵ El desarrollo histórico que se detalla en esta sección se basa en un artículo previo en el que se desarrolla un recuento histórico del conceptualismo jurídico para explicar la inexacta apreciación que se tiene en el Perú respecto del fideicomiso. Al respecto ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. “Categorías, esquemas y sombras: El caso de fideicomiso peruano”. En: *Advocatus* 19. pp. 85-100.

⁶ Al respecto ver: BERMAN, Harold J. “Law and Revolution”. Cambridge: Harvard University Press. 1983. p. 123.

⁷ BERKOWITZ, Roger. “The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition”. Cambridge – London: Harvard University Press. 2005. p. 17.

⁸ El objetivo de René Descartes era “(...) hacer de la filosofía una especie de matemática universal, una ciencia de la cual se consigo todo a partir de los conceptos más sencillos, por vía de una deducción estricta”. Ver: STÖRIG, Hans Joachim. “Historia universal de la Filosofía”. Madrid: Tecnos. 2004. p. 358.

⁹ Gottfried Wilhem Leibniz fue hombre polifacético, nacido en 1646 y muerto en 1716, fue abogado, físico, filósofo, geómetra, ingeniero y político, vivió en el Imperio Austro-Húngaro. Su legado en materia jurídica es más influyente de lo que comúnmente se reconoce. BERKOWITZ, Roger. Op. cit. No solo eso, Leibniz es además considerado como el verdadero fundador de la filosofía alemana, en palabras de Störig “[s]u carácter polifacético y sus sobresalientes logros en casi todos los dominios de la ciencia no tienen parangón en la historia intelectual de Alemania”. Ver: STÖRIG, Hans Joachim. Op. cit. p. 377.

método que le permitiese dotar al Derecho de la sistematicidad que le ofreciese la cientificidad de la que carecía¹⁰. Empeñado en esta titánica tarea, Leibniz se aventuró en el diseño de un método que permitiese, respecto del Derecho, la obtención de un conocimiento verdadero y atemporal que estuviese sostenido sobre las columnas de la ley natural¹¹. La pretensión de Leibniz, común a los científicos de su época era que su método fuese exacto de modo tal que nadie pudiese dudar de su existencia y autoridad¹². Para ello se basó en el principio de la razón suficiente e impulsó un cambio trascendental en el foco de atención del estudio del Derecho: en lugar de conocer lo que la ley, había que conocer las razones, bases y justificaciones de eso que la ley establecía¹³. Nótese que si bien esto parece una idea muy razonable, no lo es. El problema de este tipo de aproximaciones, y el caso de Leibniz no fue la excepción, es el punto del que parten. Leibniz pretendió, siguiendo a Descartes, aplicar un método geométrico, para ello partió de un axioma según el que el derecho debía basarse en el ideal de justicia según la voluntad de Dios (un punto de partida que es absolutamente imposible de conocer y demostrar). Con esto en mente Leibniz se embarcó en la elaboración de un código científico estructurado geoméricamente¹⁴. Esto marcó una gran diferencia con los códigos y las leyes de la antigüedad que eran casuísticos en muchos casos –como las Institutas de Justiniano– o una colección de leyes válidas –como el Código de Hammurabi–. Así, el Código de Leibniz, llamado Codex Leopoldus en honor al emperador Leopoldo I del Imperio Austro-Húngaro, era un código

científico consistente en un repertorio de normas válidas sistemáticamente ordenadas, que podían ser lógicamente deducidas de principios fundamentales¹⁵. Bajo esta pretendida cientificidad Leibniz organizó este cuerpo normativo sobre la base de axiomas y teoremas, de tal forma que, tal cual como en la geometría que permite que los más diversos teoremas podían ser explicados a partir de unos cuantos axiomas geométricos elementales, las reglas legales contenidas en dicho código podían ser lógicamente derivadas de unos pocos principios de justicia.

El objetivo declarado del sabio no era otro que reducir todo el Derecho romano a sus principios generales (axiomas) para que se pudiese, mediante procedimientos lógicos, derivar de tales principios todas las reglas legales que la comunidad necesitase (teoremas), de modo tal que cualquier persona que conociera los axiomas (que no eran numerosos) pudiese resolver el más intrincado problema legal a través de un sencillo proceso deductivo¹⁶.

Para la mala fortuna de Leibniz, el Emperador Leopoldo I rechazó su pedido de promulgar el Codex Leopoldus como la ley suprema del Imperio Austro-Húngaro. Empero, sin saberlo este sabio había creado una obra monumental que marcó para siempre el destino de una buena parte de la humanidad y el desarrollo del Derecho en el mundo occidental. Su método cientificista no sólo inspiró a la Escuela Histórica, que tuvo en Friedrich Carl von Savigny¹⁷ a su principal exponente, sino que se vio finalmente reflejado en la

¹⁰ Si bien nuestra investigación nos ha conducido a considerar a Leibniz como el primero en conceptualizar el Derecho como un sistema de estrictamente conceptual, debe mencionarse que antes Hugo Grocio ya consideraba al Derecho como un sistema que procedía de la recta razón.

¹¹ Para ir a la fuente original puede consultarse: LEIBNIZ, G.W. "Escritos de Filosofía Jurídica y Política" Madrid: Editorial Biblioteca Nueva. 2001.

¹² BERKOWITZ, Roger. Op. cit. p. 7.

¹³ BERKOWITZ, Roger. Op. cit. Loc. cit.

¹⁴ Es probable que los trabajos de Erhard Wiegel, que además de ser el maestro de Leibniz en teoría de la probabilidad y un erudito en aritmética, tenía profundos conocimientos sobre jurisprudencia, hayan influenciado en este el sabio Leibniz en su pretensión de combinar geometría y leyes. Para mayor referencia: HACKING, Ian. "El Surgimiento de la Probabilidad". Barcelona: Editorial Gedisa. 2005. pp. 109 y siguientes.

¹⁵ BERKOWITZ, Roger. Op. cit. pp. 20 y 21.

¹⁶ *Ibid.* p. 26.

¹⁷ Una referencia acerca de la importancia de la obra de Leibniz como antecedente de los esfuerzos de Savigny por dotar de autonomía conceptual al derecho puede encontrarse en: LARENZ, Karl. "Metodología de la Ciencia del Derecho" Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel. 1994. p.28. Advertimos que una lectura de Karl Larenz debe ser cauta dada su marcada inclinación por el nacionalsocialismo. A este respecto puede consultarse a: LA TORRE, Massimo. "La Lucha contra el Derecho Subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho". Madrid: Editorial Djinson. 2008.

arquitectura del Bürgerliches Gesetzbuch – BGB¹⁸ y en la escuela de la jurisprudencia de conceptos¹⁹, cuyos aportes al pensamiento jurídico moderno, además de ser innegables y ampliamente conocidos, siguen siendo los pilares sobre los que el Derecho romano germánico está basado.

La influencia que el pensamiento de Leibniz tuvo sobre Savigny fue de tal magnitud que este último llevó la pretensión de un sistema orgánico y científico que pueda explicarse en su totalidad sobre la base de las normas y los institutos que lo compongan a ser el centro de su teoría. Al efecto, Karl Larenz señala con precisión que “[d]esde un principio es característico en Savigny exigir una combinación del método “histórico” y el “sistemático”. El primero considera la génesis de cada ley precisamente en una situación histórica determinada. El segundo intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que les sirven de base”. Añadiendo además que lo que perduró de él fue “(...) junto con su perspectiva histórica, la idea de sistema con significado

de un sistema “científico” formado a partir de conceptos jurídicos (...)”. Esta curiosa mezcla de sistemática e historicismo en Savigny se debió, probablemente, a la influencia que Georg W. Friederich Hegel²⁰ tuvo por aquella época²¹.

Esta concepción de científicidad se agravó con Puchta y la llamada “genealogía de conceptos”, que sentó las bases para el conceptualismo jurídico en adelante. En palabras de Larenz “[f]ue Puchta quien, con clara firmeza, encaminó la Ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una “pirámide de conceptos” y, de este modo, decidió su evolución hacia la jurisprudencia formal de conceptos”.

La “genealogía de conceptos” de Puchta consistía en una pirámide conceptual, en la cual se contenían todos los conceptos jurídicos, siendo que los conceptos menores derivaban de los mayores en el marco de una estructura absolutamente lógica²². Como puede apreciarse, bajo este método, el Derecho es una ciencia que mira hacia adentro y no hacia afuera. Todo lo que se requiere para estudiar

¹⁸ *Ibid.* p. 137 y siguientes. Para un detalle de la evolución de la metodología del Derecho de Savigny en adelante puede consultarse el trabajo de LARENZ. *Op. cit.* pp. 31-38.

¹⁹ Por “jurisprudencia de conceptos” nos referimos al método perfeccionado por Puchta basado en la estructuración de una pirámide de conceptos jurídicos sobre la base de la lógica formal. Ver: LARENZ. *Op. cit.* pp. 39-44.

²⁰ Para entender el pensamiento jurídico de Hegel ver: HEGEL, Georg W. Friederich. “Filosofía del Derecho”. Buenos Aires: Claridad. 2009. Para una crítica devastadora del pensamiento hegeliano en general, ver: POPPER, Karl. “La Sociedad Abierta y sus Enemigos”. España: Paidós Básica. 2010. pp. 199-267.

²¹ Indica Larenz que “Hegel había acometido la empresa de mostrar lo “verdadero” como el “todo”, es decir, como el movimiento del concepto “concreto” que gira sobre sí mismo, tanto incluyendo como anulando lo opuesto. En el prefacio a la Filosofía del Derecho figura la expresión “arquitectónica de la racionalidad” del Estado como la “rica articulación de la Moral en sí”. El “sistema” significaba aquí, por tanto, mucho más que solamente la claridad y la fácil dominabilidad de la materia; significaba el único modo posible en que el espíritu cognoscente es capaz de asegurarse de la verdad: el criterio de la “racionalidad” interna, la ineludible exigencia de auténtica científicidad. De a ello, Savigny, quien no fue inmune a la filosofía de su tiempo, acentuó desde un principio, junto al carácter “histórico” de la Ciencia del Derecho y con igual peso, su carácter “filosófico” o sistemático. Casi todos los juristas alemanes importantes del siglo XIX le han seguido en la alta estimación del valor del sistema científico”. LARENZ. *Op. cit.* p. 39. El pensamiento de Savigny, sin embargo, es sumamente difícil de etiquetar, dado que si bien propone un sistema rigurosamente conceptual, sostiene también que el derecho emana del “Espíritu del Pueblo”, bien podría ser considerado, en alguna medida, un protoevolucionista, lo que lo sitúa, en ese respecto, en las antipodas de Hegel.

²² Larenz nos dice que “[l]a “genealogía de los conceptos” indica, por tanto, que el concepto supremo, del que son derivados todos los demás, codetermina con su contenido todos los restantes. Pero, ¿de dónde proviene el contenido de este concepto supremo? Este concepto tiene, por cierto, que tener un contenido, si es que de él se han de obtener determinados enunciados; y este contenido no debe provenir de los conceptos de él derivados, de lo contrario todo sería un círculo vicioso. Para Puchta ese contenido proviene de la Filosofía del Derecho; de este modo consigue el firme punto de partida desde el cual puede edificar deductivamente todo el sistema y, con ello, derivar también nuevas normas jurídicas. Ahora bien, el a priori jurídico-filosófico del sistema de Puchta es, más en concreto, el concepto kantiano de libertad. De él deriva Puchta, en los §§ 1 al 6 de su *Cursus der Institutionen* el concepto de sujeto es de derecho como una persona (en sentido ético), y el de derecho subjetivo como poder jurídico de una persona sobre otra. Sólo después que, en cierto modo, ha colgado la cúspide de la pirámide de conceptos en el firmamento de la Ética, Puchta desciende desde allí al terreno del Derecho positivo y hasta los últimos subconceptos jurídicos, con lo cual el contenido ético del

los fenómenos jurídicos está en la pirámide de conceptos y no en factores externos a ésta.

Sostiene Larenz, acertadamente en mi opinión, que “Puchta, al haber abandonado la relación, subrayada por Savigny, de las “reglas jurídicas” con el “instituto jurídico” a ellas subyacente, en beneficio de la formación abstracta de conceptos, y al haber sustituido por el procedimiento lógico-deductivo de la “Jurisprudencia de conceptos” todos los otros métodos –y no en último término el de una interpretación y desarrollo del Derecho orientados al fin de la ley y a la conexión de sentido de los institutos jurídicos–, preparó el terreno del “formalismo” jurídico dominante durante más de un siglo (...)”²³.

La posición de Puchta fue luego refutada por uno de sus discípulos, Rudolf von Ihering, quien renegó del excesivo conceptualismo²⁴ que la llamada ciencia jurídica había alcanzado; sin embargo, tales críticas no calaron lo suficientemente hondo en el estudio de los sistemas del Civil Law. El caso de Ihering es curioso, el sabio jurista alemán tuvo dos etapas marcadas, durante la primera fue un seguidor de Puchta, llegando incluso a comparar al Derecho con la química²⁵, durante la segunda, se volvió su crítico más mordaz²⁶.

Los juristas posteriores a Savigny y Puchta siguieron sus pasos, el principal fue quizás Windscheid (contemporáneo y amigo de Ihering) que también guio su pensamiento sobre la base del “historicismo” y el “racionalismo”²⁷ y lo impregnó en el BGB. No ahondaremos en la historia más reciente, por motivos de espacio, pero es una verdad innegable que la historia del Civil Law durante los últimos dos siglos debe en gran parte a estos juristas alemanes sus cimientos.

Esta concepción científicista no fue exclusiva del Derecho romano-germánico, sino que también invadió al Common Law. En siglo XVIII en Inglaterra, William Blackstone pretendió demostrar en su famoso tratado *Commentaries on the Laws of England* que el Common Law tenía orden interno y fundamentos racionales que podían explicar, desde una perspectiva lógica, todas las soluciones legales²⁸.

Los Estados Unidos de Norteamérica tampoco fueron ajenos a esta pretensión de autonomía científica, como apunta Kronman, en la famosa Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, el reputado profesor Christopher Columbus Langdell implantó durante los últimos lustros del siglo XIX el método

concepto de que ser parte se diluye por naturaleza constantemente y palidece hasta la incognoscibilidad. Con ello, y éste es el fallo decisivo de la Jurisprudencia formal de conceptos, las normas jurídicas particulares –por ejemplo sobre la servidumbre o cualquier otro instituto jurídico– no se enjuician según su fin especial y según su función en la conexión de sentido del instinto jurídico respectivo o según una relación más amplia, sino sólo según el escalón en que han de clasificarse en la pirámide de conceptos”. *Ibid.* p. 42.

²³ *Ibid.* p. 44.

²⁴ Quizás una de las piezas jurídicas más maravillosas de la historia sea el famoso ensayo de Rudolf von Ihering titulado “En el Cielo de los conceptos jurídicos, Una fantasía”, en el que el autor hace una crítica al conceptualismo dotada de profundidad y humor. Al respecto ver: IHERING, Rudolf. “Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica”. Madrid: Editorial Cívitas. 1987. pp. 215-264.

²⁵ Este pasaje gráfica el pensamiento de Ihering durante su primer periodo: “Compara Ihering la Jurisprudencia dogmática con otra ciencia, a saber, con la Química. La ciencia sistemática del Derecho es la “Química jurídica, que busca los cuerpos simples (!)”. Al “volatilizar en conceptos” la “materia dada” (ésta lo son las reglas jurídicas), la construcción jurídica proporciona “el paso de Derecho desde el estado inferior de agregado al superior”. La transformación, que con ello sobreviene, consiste en que “la materia deja completamente la forma práctica e imperativa inmediata” y adopta “la figura de un cuerpo jurídico” (!). Los “cuerpos jurídicos” –de tales califica Ihering los conceptos fundamentales simples obtenidos por análisis lógico y abstracción– son ahora dotados por él de ciertas propiedades y considerados capaces de ciertos efectos. El operar del pensamiento con estos “cuerpos”, producidos en cierto modo químicamente, lo denomina ahora Ihering, bastante extrañamente, “método histórico-natural” de la Jurisprudencia. De él espera, como ya se indicó, no sólo el facilitar el dominio de la materia, sino que, según él, conduce también a un descubrimiento de normas jurídicas antes no conocidas. Muchas de éstas no deben su origen a una necesidad práctica cualquiera, sino “sólo a la consecuencia o necesidad jurídicas”; “existen”, porque “no pueden existir”. LARENZ. *Op. cit.* p. 47.

²⁶ Larenz refiere que Ihering, durante su primer periodo “(...) no sólo acepta la Jurisprudencia formal de conceptos y de construcción de Puchta, sino que incluso la culmina, en el segundo periodo, la persiguió con burla mordaz e intentó sustituirla por una nueva perspectiva”. LARENZ. *Op. cit.* p. 45.

²⁷ *Ibid.* pp. 48-56.

²⁸ Ver SUTHERLAND, Arthur. “The Law at Harvard”. Cambridge: Harvard University Press. 1967. pp. 24 y siguientes.

geométrico de Leibniz, aspirando a construir un sistema teórico cartesiano que explicará, desde una perspectiva que pretendía ser lógica, todas las decisiones judiciales a partir de unos cuantos principios fundamentales²⁹. En palabras de Posner, Langdell “[d]ijo que los principios del derecho podrían inferirse de las opiniones judiciales, de tal manera que la instrucción pertinente de los estudiantes de derecho consistía en la lectura y comparación de opiniones y el conocimiento pertinente era el que dichas opiniones contenía. Creía que este procedimiento era científico, pero no lo era, de ningún modo, en el sentido moderno. Era una forma de platonismo; tal como Platón consideraba las sillas particulares como manifestaciones o aproximaciones del concepto “silla”, Langdell consideraba las decisiones particulares en el derecho contractual como manifestaciones o aproximaciones del concepto “contrato”³⁰.

Esta visión del Derecho fue unánimemente aceptada en los Estados Unidos de Norteamérica por un breve periodo. No obstante, Oliver W. Holmes, no le dio mucho tiempo de tregua y se convirtió en su crítico más feroz. Para Holmes el derecho no era más que una herramienta para alcanzar fines sociales y no una ciencia. Holmes consideraba que el entendimiento del Derecho requería de una comprensión sobre el funcionamiento de la sociedad³¹, que es además, la base para las corrientes que el realismo jurídico generaría más tarde³². Eso originó que se genere una consciencia en los estudiosos del Common Law respecto de la carencia de autonomía

del Derecho y que se promueva su estudio interdisciplinario³³. Es además a raíz de las implacables críticas de los seguidores de Holmes al método implantado por Langdell que éste, poco a poco, ha ido perdiendo vigencia.

Sin embargo, Posner acusa que el pensamiento de Holmes no llegó a extinguir la concepción que se tenía del Derecho como disciplina autónoma planteada por Langdell. En sus palabras porque “(...) Holmes mismo estaba empapado del pensamiento filosófico, tanto ético como epistemológico, de finales del siglo XIX, en particular por el darwinismo social y del pragmatismo de Charles Peirce. Sin embargo, la lección sugerida por su carrera (...) era que un pensador del derecho debía tener una formación amplia y ser culto e intelectualmente rico (más que meramente hábil en la analítica de la doctrina impartida por Langdell y sus sucesores) y no en que alguna de las claves para el entendimiento del derecho estuviera en posición de alguna disciplina distinta al derecho”³⁴.

Así entonces, el legado de Holmes (y de los realistas jurídicos que se inspiraron en él) consistió en hacerle notar al estudioso del Derecho que requería de conocimientos de diversas materias distintas a la estrictamente jurídica para poder entender y aplicar el Derecho. A diferencia de los días de Langdell, no bastaba que los estudiantes se dedicasen sólo al estudio de textos legales o resoluciones judiciales, sino que debían ser capaces de entender lo que ocurría en la realidad³⁵.

²⁹ Ver: KRONMAN, Anthony. “The Lost Lawyer”. Cambridge – London: The Belknap Press of Harvard University Press. 1993. p. 171.

³⁰ POSNER, Richard. Op. cit. p. 103.

³¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., ha sido, sin lugar a dudas, el juez más influyente de los EE.UU., además de sus sentencias judiciales, que son históricas, puede consultarse su obra magna: HOLMES, Jr. Oliver W. “The Common Law”. New York: Dover Publications. 1991. Para una excelente selección de textos de Holmes puede consultarse la recopilación de POSNER, Richard A. “The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.”. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.

³² En palabras de Posner: “Holmes pensaba que el futuro de los estudios jurídicos pertenecían al economista y al estadístico más que al hombre de “letra gótica”. POSNER, Richard. Op. cit. p. 103.

³³ Para un recuento de cómo se produjo este fenómeno respecto del Common Law en los Estados Unidos de Norteamérica puede revisarse a POSNER, Richard. Op. cit.

³⁴ *Ibid.* pp. 103-104. Charles S. Pierce fue un influyente filósofo estadounidense del siglo XIX, precursor del pragmatismo.

³⁵ Posner refiere que, durante su tiempo como estudiante, en la década de 1960-70, “[a] diferencia de los días de Langdell, una diferencia que era el legado de Holmes y de los realistas jurídicos, la ley era ahora reconocida como un instrumento de control deliberado de control social, por lo que había que saber algo acerca de la sociedad para ser capaz de entender, criticar y mejorar la ley”. *Ibid.* p. 104.

Fue entonces el poderoso pensamiento Holmes y de los realistas que lo sucedieron, los que sirvieron de base para el estudio interdisciplinario del Derecho que a partir de la segunda mitad del siglo pasado empezó con una gran fuerza y mucho éxito en los Estados Unidos de Norteamérica y que con el tiempo se ha ido propagando por todo el globo, dado el natural poder expansivo que las grandes ideas tienen.

No obstante, no puedo dejar de confesar lo anecdótico que resultó el sueño de Leibniz. Este sabio pretendió acercar la ciencia del derecho a la justicia y desenlace de su esfuerzo fue el contrario al deseado. Gracias a su influencia la concepción y la metodología de estudio del Derecho que actualmente tenemos es absolutamente cientificista, opera sobre la base de axiomas y teoremas conectados mediante procedimientos lógico formales, que privilegian la forma sobre la sustancia, la coherencia deductiva sobre lo económicamente eficiente o moralmente exigible; en suma, es el pretendido “conocimiento científico” sobre la justicia³⁶. Esto ha creado que la concepción científica del Derecho –fruto de la creencia de su autonomía como disciplina– se base en una supra-realidad en la que los problemas con relevancia legal son explicados y tratados, no en función de costos, beneficios, incentivos, desincentivos, valores, entre otros, sino en función de conceptos legales. Es decir, el Derecho mira hacia adentro y no hacia afuera para resolver los conflictos sociales³⁷.

III. LA FALTA DE AUTONOMÍA DEL DERECHO

Como puede apreciarse el origen de la concepción del Derecho como una disciplina

autónoma, al igual que su concepción cientificista deriva un proceso histórico que lamentablemente caló más profundamente en el Civil Law que en el Common Law, más que de una cualidad propia de la disciplina.

El Derecho está indudable e íntimamente ligado a la política, al punto que cuando no hay diferencias políticas el Derecho da la apariencia de ser una disciplina absolutamente técnica y objetiva³⁸. Sin embargo, cuando no existe consenso político el Derecho es fuente de debates interminables sobre cuál debe ser la ley y cómo debe aplicarse o interpretarse³⁹. En tal sentido, fue fruto de la falta de consenso político que la creencia en la autonomía disciplinaria del Derecho decayó en los Estados Unidos de Norteamérica durante los últimos cuarenta años. Con los años, tras el fin de la Guerra Fría, el estrecho espectro político de los Estados Unidos de Norteamérica se amplió, lo que generó que los académicos de las más diversas materias tuviesen posiciones políticas diametralmente opuestas. Esto no sería un problema, si en el Derecho – como en la química– la política no tuviese relevancia alguna. En las ciencias naturales, la falta de consenso político no se afecta a la ciencia en sí, una discrepancia política entre dos químicos no afectará la visión que tengan de su disciplina, mientras que la falta de consenso entre dos hombres de leyes sí hará que sus posiciones respecto de un mismo problema legal sean distintos. Esto se debe a que la química no está confinada a la política, mientras que el Derecho sí lo está. Al ser esto así, no podemos confiar en basarnos sólo en el conocimiento legal para solucionar

³⁶ Como bien indican Kevin Gray y Susan Francis Gray, “[t]he essence off an axiomatic structure is, of course, that ‘axioms’ (or ‘fixed postulates’) enjoy a fundamental and autonomous status within the scheme. An axiomatic proposition is a raw datum whose validity is assumed, never proved. One can no more seek to ho behind an axiom than one may question why, in a game of chess, the knight or the bishop moves in the peculiar ways these pieces do. It is irrelevant that the axiom in question is morally neutral or indifferent and that no evil of any kind would ensue from a denial of its validity. Axioms are simply immune from rational challenge. To knock at an axiom is to want to play a different game; and to alter an axiom is already to have begun a different game”. Ver: “The Rhetoric of Reality”. En: Rationalizing Property, Equity and Trusts. Essays in Honour of Edward Burn. Editor: GETZLER, Josua. “Lexis Nexis”. 2003. pp. 208 y 209.

³⁷ Esta afirmación es muy parecida que la realizada en un trabajo previo. Al respecto ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. Op. cit. p. 93.

³⁸ POSNER, Richard. Op. cit. p. 106.

³⁹ De hecho, la teoría de la elección pública se dedica a estudiar, desde una perspectiva económica, el fenómeno de la creación de las leyes. El libro capital en esta materia es: BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. “The Calculus of Consent”. Michigan: University of Michigan Press. 1962. Hoy la literatura sobre esta materia es abundante, para un recuento puede consultarse el trabajo de GARCÍA GARCÍA, José Francisco. “El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el diseño constitucional chileno”. En: Revista Ius et Praxis 2. Año 14. pp. 489-522.

los problemas jurídicos⁴⁰. Si la posición política de las personas es determinante en su entendimiento de la ciencia jurídica, entonces, ésta no es autónoma, depende necesariamente de al menos otra disciplina, la política; y, por ende requeriremos de otras herramientas para poder solucionar los problemas jurídicos, de lo contrario, estaríamos a merced las de convicciones políticas de los operadores jurídicos.

Lo mismo ocurre en el Civil Law, el problema es que a diferencia de lo que ocurrió en el Common Law, aún se considera al Derecho como una disciplina autónoma y existe una gran resistencia a aceptar su carácter interdisciplinario.

No obstante, el Derecho no sólo está ligado a la política, sino que también lo está a la filosofía, pues ésta se ocupa justamente de los temas que aquél pretende regular. Es propia de la filosofía la discusión acerca de qué debemos entender por justicia⁴¹, que además es central para el Derecho, al punto que John Rawls, unos de los principales

filósofos de la actualidad, sostiene que "(...) las leyes y las instituciones, sin importar qué tan eficientes y bien organizadas estén, deben reformarse o derogarse si son injustas"⁴², acepción que si bien es comúnmente aceptadas por gran parte de la academia jurídica es tautológica, pues no existe una teoría sobre la justicia que sea universalmente aceptada⁴³. También son materias que conciernen a la filosofía moral la pena capital, el aborto, los derechos de los pobres, entre tantas otras de las que el derecho se ocupa⁴⁴.

En realidad, el declive del consenso político dio paso a una nueva tendencia, consistente en el auge del estudio de disciplinas complementarias a éste⁴⁵. Siendo que el Derecho debe recurrir necesariamente disciplinas externas para nutrirse de éstas tanto en su creación como en su aplicación, es que consideramos que es interdisciplinario, es decir, que debe ser estudiado conjuntamente con otras disciplinas y no ser sólo atendido por personas que sean exclusivamente instruidas en Derecho.

⁴⁰ En palabras de Posner "[l]os sustentos de la fe en la autonomía del derecho como disciplina se eliminaron en el último cuarto de siglo. Primero, el consenso político asociado con el "final de la ideología" se hizo añicos. El espectro de opinión política en las facultades de derecho, que en los años sesenta ocupaba una franja delgada entre un liberalismo moderado y un conservadurismo moderado, se expande hoy desde el marxismo, el feminismo, el nihilismo de izquierda y el anarquismo, a la izquierda, hasta el liberalismo económico y político y el fundamentalismo cristiano, a la derecha. Incluso si cortamos los extremos, permanece un área central muy amplia que va, digamos, desde Ronald Dworkin a la izquierda hasta Robert Bork a la derecha, ambos figuras completamente respetables del sistema que, sin embargo, están tan distantes ideológicamente entre sí que no existen puntos comunes entre ellos. Ahora sabemos que si presentamos un problema legal a dos pensadores en derecho igualmente distinguidos, escogidos al azar, obtendremos soluciones completamente incompatibles, por lo que evidentemente, no podemos basarnos sólo en el conocimiento legal para proveer soluciones definitivas a problemas legales.

La destrucción del consenso político no importaría si las leyes estadounidenses estuvieran confinadas a temas no políticos; la química no ha dejado de ser una disciplina autónoma sólo porque ahora hay más diversidad política entre los químicos que hace 30 años". POSNER, Richard. Op. cit. p. 107. Advertimos que en este pasaje Posner utiliza el término liberalismo para referirse a la izquierda estadounidense, que en el resto del mundo sería considerada social demócrata. Por eso luego, al referirse a la derecha utiliza el término "liberalismo económico y político". Para una explicación del porqué en Estado Unidos de Norteamérica a diferencia del resto del mundo, a los socialistas se les llama "liberals" puede consultarse a CUBEDDU, Raimondo. "Atlas del Liberalismo". Madrid: Unión Editorial. 1999. pp. 121 y siguientes.

⁴¹ Para un buen trabajo sobre los diversos conceptos de "justicia" que existen es recomendable el trabajo de SANDEL, Michael J., Justice: What's the right thing to do?, New York: Farrar, Straus and Giroux. 2009.

⁴² RAWLS, John. "A Theory of Justice". Cambridge: The Belknap Press of the The Harvard University Press. 1971. p. 3. La cita original en inglés señala que "(...) laws, no matter how efficient or well-arranged must be reformed or abolish if they are unjust". Sin embargo, dejamos en constancia de nuestra discrepancia con John Rawls acerca de lo que él califica como justicia en su obra. No me ocuparé de este tema en este artículo por motivos de espacio.

⁴³ Esta denuncia es formulada por BRENNER, Reuven. "Economía: ¿Una ciencia imperialista?". En: ROEMER, Andrés. "Derecho y Economía: una revisión de la literatura". México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 96.

⁴⁴ POSNER, Richard. Op. cit. p. 108.

⁴⁵ Ibidem.

Esta afirmación no debe sorprendernos en lo absoluto. Encontrándose el Derecho “[c]arente de una autonomía intelectual real” está naturalmente abierto a inclusiones de otras ramas del saber⁴⁶, pero no son sólo la filosofía y la política, las disciplinas de las que se nutre el Derecho, también lo son la sociología, la historia, la psicología, la lingüística, la lógica, la estadística, la economía, entre tantas otras. Por motivos de espacio y limitaciones de conocimiento no me ocuparé de todas éstas y sólo me centraré, brevemente además, en la economía como disciplina que puede servirnos para estudiar, entender y aplicar el Derecho, explicando porqué es que ha tenido tanto éxito el uso del método económico en el análisis de las instituciones jurídicas en el último medio siglo.

IV. EL MÉTODO ECONÓMICO Y LA COMPETENCIA ENTRE LAS CIENCIAS SOCIALES

Es impresionante la evolución que el uso de herramientas económicas ha experimentado en el estudio del Derecho. Desde la aparición del famoso artículo del profesor Ronald H. Coase acerca del problema del costo social en 1960⁴⁷ a la fecha la enseñanza del análisis económico de derecho en el mundo se ha incrementado exponencialmente. Existen múltiples causas para explicar el éxito que el empleo de la teoría económica al estudio del Derecho ha tenido. Aquí sólo esbozaré

algunas de ellas que tienen que ver con las virtudes metodológicas de la economía.

Creo relevante para explicar este fenómeno partir de la falta de rigurosidad del Derecho como disciplina, pues éste, como bien indicó Stigler, “(...) no tiene una teoría propia de los procesos legales comparable a la teoría de los procesos económicos (...)”⁴⁸. El Derecho no es tan riguroso, ni empírico como la economía⁴⁹, que está dotada además de elementos estadísticos⁵⁰ que permiten demostrar la veracidad (siempre sujeta a falso como en toda ciencia) de sus predicciones⁵¹.

Eso se debe al amplio espectro de campos que la economía ha logrado abarcar, siendo que hoy no sólo se ocupa de los fenómenos que comúnmente han sido materia de estudio por parte de los economistas (como el estudio de los mercados monetarios, por ejemplo), sino que su campo de estudio se ha extendido a todos los comportamientos humanos en general. No es un secreto que durante los últimos cincuenta años, en gran medida gracias al influyente y sistemático trabajo de los miembros de la Escuela de Chicago⁵², la economía ha servido, más que ninguna otra ciencia, para entender los más diversos fenómenos del comportamiento humano, desde el consumo de drogas hasta el matrimonio, desde el crimen hasta el altruismo⁵³.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 109.

⁴⁷ COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”. En: *Journal of Law and Economics* 3. 1960. pp. 1-44. George Stigler señaló respecto de la influencia de Coase que “[i]n the field of law and/or economics, B.C. means Before Coase. B.C., the economists paid little attention to most branches of law. A.C., “The Problem of Social Cost” became the most cited article in the literature of the field, perhaps in the entire literature of economics. Law, like other social institutions, came to be viewed by economists as an instrument for the organization of social life. Coase reminded economists and taught lawyers that, in a word exchange by agreement determine its scope. Because agreements can be costly, many will not be struck, and these unachieved agreements will have been inhibited by the smallness of the benefits or the largeness of the costs of agreement”. Al respecto ver: STIGLER, George. “Law or Economics?”. En: *The Journal of Law and Economics* 2. Trigésimo Quinto Volumen. 1992. p. 456.

⁴⁸ STIGLER, George. “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”. En: ROEMER, Andrés. “Derecho y Economía: una revisión de la literatura”. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 600.

⁴⁹ POSNER, Richard. *Op. cit.* p. 108.

⁵⁰ STIGLER, George. *Op. cit.* p. 604.

⁵¹ Sobre el método del análisis económico puede consultarse a COLE, Julio. “La Metodología del Análisis Económico y Otros Ensayos”. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín – Unión Editorial. 2044. pp. 13-33. Sobre los métodos de estudio científico en general es capital el trabajo de POPPER, Karl. “La lógica de la investigación científica”. Segunda Edición. Madrid: Tecnos. 2008.

⁵² Para una magnífica historia, y un detalle de la influencia, de esta escuela de pensamiento económico puede consultarse a: VAN OVERTVELDT, Johan. “The Chicago School”. Chicago: Agate Imprint. 2008.

⁵³ Ver: BECKER, Gary. “The Economic Approach to Human Behavior”. Chicago: The University of Chicago Press. 1976.

Sin embargo, no haré un recuento de los diversos aportes que el uso del análisis económico del derecho como herramienta metodológica ha generado, pues para ello más que un ensayo se requeriría un tratado. Solamente procuraré explicar a qué se debe este triunfo del enfoque económico como instrumento para entender el comportamiento humano y la gran acogida que ha tenido en el campo de las ciencias sociales, especialmente en el derecho, explicando a su vez, su notoria e indiscutible utilidad.

Es mi creencia que el éxito que ha experimentado el método económico como forma de análisis adoptada para el estudio de otras disciplinas es producto de la competencia, es decir, es consecuencia de un proceso económico. Me explico. Entre las ciencias sociales existe una competencia por responder un conjunto similar de preguntas y/o explicar un conjunto muy parecido de fenómenos sociales. Es en función de la capacidad de cada disciplina para responder con mayor acierto a tales interrogantes que las personas deciden migrar o no a una de éstas, recurriendo al uso de las herramientas que ofrece. Es decir, es en función de la competencia entre las ciencias sociales que se determinan sus fronteras⁵⁴.

Como es obvio, las disciplinas que estudian el comportamiento de los individuos en sociedad tienen naturalmente enfoques diferentes respecto de su objeto de estudio, de otra forma no serían disciplinas distintas. Esto genera que los demandantes de conocimiento optemos por una u otra en función de las ventajas que ofrecen para nuestros propósitos. En palabras de Brenner “[l]a existencia de disciplinas en competencia implica que no hay un punto de vista único, generalmente aceptado, acerca de la naturaleza de los fenómenos que cada una de estas disciplinas trata de explicar”⁵⁵.

En tal sentido, la extensión de un campo de estudio se determina en función de la amplitud o constricción del rango de preguntas que pretenden resolver los especialistas de esa disciplina. Tal rango es a su vez ampliado de acuerdo a la utilidad que espera obtener el estudioso de la disciplina de que se trate, al resolver las preguntas formuladas, lo que está estrechamente ligado a la carencia de los estudiosos de otras disciplinas de proveer al mercado de ideas, respuestas satisfactorias respecto de esas mismas preguntas⁵⁶.

En el caso de la economía existen algunas razones singularmente importantes para explicar el éxito que ha tenido la utilización de su método de análisis aplicado al Derecho (al igual que a otras disciplinas), que explican a su vez la utilidad que esta forma de análisis genera para quienes la aplican. La primera consiste en su campo de acción. La economía es hoy en día concebida como el estudio de las decisiones humanas en un mundo de recursos escasos en relación a las necesidades de las personas⁵⁷. Al ser la economía es una ciencia social referida al estudio de las decisiones individuales, naturalmente tiene más de un punto de conexión con el resto de las disciplinas que se encargan de estudiar el comportamiento de las personas. Sin embargo, el sólo hecho de tener un objeto de estudio amplio no hace a la economía per se una herramienta de análisis útil, ni resulta una razón suficiente para explicar su éxito. Por el contrario, podría argüirse que al tener un ámbito de aplicación tan amplio, difícilmente puede ser útil, pues no ofrece las ventajas que la especialización (consistente en limitar el objeto de estudio) permite. Sin embargo, si bien la amplitud del objeto de estudio no es la razón fundamental del éxito del método económico, sí genera que la economía sea una herramienta de suma utilidad

⁵⁴ Esta es una idea que pertenece a Ronald Coase. Al respecto ver: COASE. Ronald H. “Economics and Contiguous Disciplines”. En: *Journal of Legal Studies* 7. 1978. p. 201.

⁵⁵ BRENNER. Op. cit. p. 93.

⁵⁶ En palabras de Coase “[t]he practitioners in a given discipline extend or narrow the range of the questions that they attempt to answer according to whether they find it profitable to do so, and this is determined, in part, by the success or failure of the practitioners in other disciplines answering the same questions”. *Ibid.* p. 202.

⁵⁷ En palabras de Posner: “Economics, the science of human choice in a world –our world– in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his “self-interest””. POSNER, Richard. “Economic Analysis of the Law”. Aspen Publishers. Séptima Edición. 2007. p. 3.

para el estudio y entendimiento de otras disciplinas, dado que el hecho de que una intersección entre ésta y las otras ciencias sociales, permite que puedan aplicarse las herramientas que una ofrece al estudio de la otra. En tal sentido, la amplitud del objeto de estudio de la economía nos sirve para entender porque podemos valernos de esta disciplina para el entendimiento de las demás.

Adicionalmente, hay otra razón, que sumada a la anterior, nos permite entender porqué el método económico es tan útil y exitoso cuando se desplaza al estudio de otros campos. Esta otra razón es la formación que tienen los economistas y que no tienen los abogados. En efecto, los economistas tienen, por formación, la disposición de estudiar y entender los fenómenos partiendo una aproximación que asuma como paradigma el comportamiento racional del individuo como maximizador de utilidad. Esto les permite marcar una diferencia respecto de los enfoques legales tradicionales⁵⁸.

Es, en mi concepto, este enfoque el que ha permitido el éxito de la economía en su invasión a las demás ciencias sociales y justamente en él radica su utilidad. Como bien ha señalado Brenner es precisamente la existencia de los paradigmas que fundamentan el análisis económico y la carencia de tales paradigmas en las demás disciplinas, lo que ha originado la exitosa expansión de la primera en aquéllas. Ello aunado, según Brenner, al hecho de que las predicciones del enfoque económico sean más compatibles o cercanas a la realidad que las de las otras ciencias sociales⁵⁹.

En efecto, si uno piensa en el derecho encontrará que uno de sus paradigmas fundamentales es la justicia; sin embargo, conforme he indicado en la sección II precedente, no existe una definición unívoca de justicia, ni siquiera una que sea ampliamente aceptada por la academia jurídica, de tal forma que quien quiera construir una teoría sobre la base de tal paradigma deberá partir por explicar qué se entiende por éste. Es por ello que se señala que el Derecho carece de un paradigma, que no tiene un marco uniforme que sea mayoritariamente aceptado. En esa línea se ha pronunciado Brenner al identificar que “[l]a ausencia de éste [se refiere al paradigma] en los estudios jurídicos es también evidente: los estudiosos del derecho han sido incapaces desde tiempos remotos de definir claramente la “justicia”, aunque el supuesto de que tanto el comportamiento individual como el de la misma sociedad debe guiarse por esta idea parece ser el paradigma de esta disciplina. A pesar de que los numerosos libros escritos acerca de la justicia, la noción misma permanece oscura”⁶⁰.

El poder partir de un marco uniforme que sirva de base para el análisis simplifica el estudio de la ciencia. El conocimiento científico se hace justamente caminando sobre los pasos de los antecesores, no en vano Issac Newton dijo “si he visto más allá es porque me he parado en hombros de gigantes”. Es precisamente sometiendo a examen las ideas contra la realidad que se prueba su veracidad (siempre sujeta a ser falseada) o su falsedad (que deberá dar paso a una nueva teoría). Sin embargo, el operador jurídico, al

⁵⁸ Como bien señala el profesor Coase, “[b]y defining economics as the “science of human choice,” (sic.) economics becomes the study of all purposeful human behaviour and its scope is, therefore, coterminous with all of the social sciences. It is one thing to make such claim, it is quite other to translate it into reality. At a time when the King of England claimed to be also the King of France, he was not always welcome in Paris. The claim that economics is the science of human choice will not be enough to cause sociologists, political scientists, and lawyers to abandon their field or, painfully, to become economists. The dominance of the social sciences by economists, if it happens, will not come about simply by redefining economics, but because of something which economists possess and which enables them to handle sociological, political, legal, and similar problems better than the practitioners in these other social sciences. I take it to be the view of Becker and Posner that the decisive advantage which economists possess in handling social problems is their theory of, or approach to, human behaviour, the treatment of man as a rational, utility-maximizer”. COASE, Ronald. Op. cit. pp. 207-208.

⁵⁹ Brenner a la letra señala que “[p]ara explicar el imperialismo de la economía son necesarias dos características de las ciencias sociales hoy en día: a) la existencia de un paradigma en la economía y la falta de paradigmas en otros campos de las ciencias sociales del presente, y b) el hecho de que las predicciones del enfoque económico son más compatibles con los hechos que las predicciones de otras teorías de científicos sociales”. BRENNER. Op. cit. p. 92.

⁶⁰ *Ibid.* pp. 95-96.

no partir de paradigmas lo suficientemente sólidos, se encuentra, la más de las veces, en la necesidad de iniciar su análisis partiendo por la definición de principios básicos o dando por sentadas cuestiones que no son parte del marco uniforme de la ciencia. De otro lado, existe también en el Derecho una imposibilidad de someter a falseo el mayor paradigma que se tiene; la justicia⁶¹. En efecto, la justicia o injusticia de un precepto o una solución legal, no es algo que pueda contrastarse con la realidad, pues responde a la visión que cada persona tenga del mundo, más que a un criterio verificable⁶².

El economista no se ve enfrentado a estos problemas, ante la pregunta si algo si es que es injusto aumentar la pena que se imponga a los ladrones, responderá que lo que cabe preguntarse es en cuánto podrá lograrse que se disminuya esa actividad con esa nueva sanción. El economista –y quienes hemos adoptado el razonamiento económico– no pierde de vista cuestiones que para quienes no tiene esa formación no parecen evidentes⁶³. Ello por las herramientas de análisis que utiliza, tales como el análisis costo-beneficio, la teoría de la utilidad marginal o incluso el empleo de métodos cuantitativos.

En ese sentido, lo que el análisis económico nos permite es mirar las cosas desde otra perspectiva, logrando entender los fenómenos en su real complejidad. Incluso, quienes no crean en la utilidad de la economía no pueden negar que comprender un sistema de análisis distintos al que normalmente se

utiliza sea desventajoso⁶⁴. Las herramientas de análisis están, como hemos indicado, en competencia y es en función de su utilidad para explicar los fenómenos que estudian que la gente las utilizará o no. La ventaja de la economía, frente al Derecho (y las demás disciplinas sociales) radica en su alto poder explicativo y su marco conceptual. Los abogados mal haríamos si perdemos de vista este método que puede complementar nuestro análisis y ofrecernos nuevas y más eficientes soluciones a los problemas legales que se nos presentan.

Esto no significa que el enfoque económico no deba ser refinado para incorporar dentro de sus estudio las variables propias del campo jurídico, pues como bien dice Coase, el enfoque económico debe adaptarse al campo de estudio de la materia en la que se esté aplicando para ser exitoso⁶⁵, tan sólo que es de suma utilidad en el entendimiento del Derecho y su adopción, como una herramienta más de estudio, parte de comprender que el Derecho no es una disciplina autónoma, sino que por el contrario, es multidisciplinario.

V. LOS ENFOQUES TRADICIONALES

Lo aquí expuesto es una crítica a la concepción autónoma del Derecho entendida como una disciplina que no requiere del entendimiento de otras para su estudio, mas no es una crítica a los enfoques jurídicos que denominaremos, convenientemente para los efectos de este trabajo, tradicionales. Así no es nuestra intención aquí restarle utilidad a la exegesis⁶⁶

⁶¹ Ibid. p. 96.

⁶² Lo que es justo o injusto depende de la teoría de justicia de la que se parta y teorías sobre la justicia hay muchas, que van desde tiempos inmemoriales hasta periodos recientes. Al respecto ver: SANDELS. Op. cit.

⁶³ Como bien indica Coase "(...) a study of economics makes it difficult to ignore factors which are clearly important and which play a part in all social system. Such a factor would be that, to a large extent, people choose their occupation on the basis of money incomes. Another would be that a higher price lowers demand. Such factors may appear in a various guises, but an economist is likely to see through them. Punishment, for example, can be regarded as the price of crime. An economist will not debate whether increased punishment will reduce crime; he will merely try to answer the question, by how much? The economist's analysis may fail to touch some of the problems found in other social systems, but often the analysis can be brought to bear. An the economist will take full advantage of this opportunities which occur when the "measuring rod of money" can be used". Coase, Ronald. Op. cit. p. 210.

⁶⁴ Sobre esto Coase señala que "(...) the main advantage which an economists brings to the other social sciences is simply a way of looking at the world, it is hard to believe, once the value of such economic wisdom is recognized, that it will not acquired by some practitioners in these other fields". Ibid. p. 210.

⁶⁵ El propio profesor Coase reconoce que "[t]he analysis developed in economics is not likely to be successfully applied in other subjects without major modifications". Ibid. p. 209.

⁶⁶ La gran influencia que ejerció el Código Napoleón en las codificaciones del siglo antepasado no se limitó al orden de las materias o las soluciones contenidas en el texto de la ley, sino que trajo consigo un nuevo método de analizar e investigar el derecho: el Método Exegético, según el cual la doctrina del derecho civil empieza y termina en el código civil y cuya exposición de pensamiento sólo puede adoptar el orden fijado

o a la dogmática jurídica⁶⁷ (esta última es mi concepto de suma utilidad), sino hacer notar que estos métodos son tan sólo algunas de las herramientas que el estudioso del Derecho puede utilizar en sus análisis, pero no son, ni deben ser, los únicos métodos que puede (y menos debe) emplear. Más aún considero que ambos pueden verse sustancialmente mejorados por un entendimiento de otras disciplinas, como he señalado a lo largo de este artículo.

VI. CONCLUSIÓN

Finalmente, respecto al uso de la economía como disciplina útil para el estudio del Derecho, no me queda más que citar las

palabras de George Stigler, pues considero, junto con él, que si bien “[e]l investigador jurídico está llamado a emplear un tipo de lógica económica y un conjunto de técnica de estadística que no son parte de su entrenamiento tradicional. No me queda duda de su capacidad para dominar estas herramientas y producir con ellas investigaciones excitantes e importantes. Y, si se me permite citar libremente a Adam Smith, el investigador jurídico que se dedica a estos problemas básicos de la política social será “en este, como en muchos otros casos, llevado por una mano invisible a promover un fin que no era partes de sus intereses”, concretamente sus propios intereses”⁶⁸.

por la secuencia numérica de la ley, pues expresa una absoluta identificación entre el saber del civilista y del conocimiento del código. En este método puede observarse con nitidez una pretensión de cientificidad y autonomía dado que presenta una relación entre el derecho civil –como disciplina científica– y el código civil como objeto de estudio y materia de investigación. El código, en efecto, está ya ordenado en base a un sistema previamente elegido por el legislador de modo tal que el jurista se le presenta la alternativa de adecuarse al orden inmanente en el objeto de estudio o de trascender tal orden y descubrir afinidades y conexiones no reveladas por la letra de la norma ni por su disposición numérica. La escuela exegética resuelve el dilema en el primer sentido. Y de aquella sentencia que se atribuye a Jean-Joseph Bugnet “yo no conozco el Derecho civil, yo no enseño más que el Código Napoleón”. IRTI, Natalino. “Voz Diritto Civile”. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile. Sexto Volumen.* UTET. Torino. 1990. p. 131.

⁶⁷ Para una definición de dogmática jurídica puede consultarse la *Voz Dogmatica Giuridica*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile. Séptimo Volumen.* UTET. Torino. 1990. p. 27.

⁶⁸ STIGLER, George. Op. cit. p. 604.



OPERADORES DE COMBUSTIBLE

**Av. Principal 556- Surquillo
Telefax. 448-0756 / 448-0509**

AVENDA INGENIEROS

Pasaje Tacna N° 101 Oficina 301 - Barranco

Teléfono: 247- 0762

avenda.ingenieros@gmail.com

CINCO ERRORES FRECUENTES EN LA JUSTIFICACIÓN DE PROYECTOS LEGISLATIVOS: UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Oscar Súmar Albújar*

Ex-miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Hoy en día es común que se dicten o propongan medidas regulatorias que limiten el consumo de alcohol o de comida chatarra; este tipo de disposiciones se justifican en la necesidad de corregir conductas sociales que serían reprobables. Sin embargo, al momento de dictar estas medidas, muy pocas veces se hace un análisis costo-beneficio de las normas dictadas que permita medir el impacto económico de estas disposiciones.

En el presente artículo, el autor analiza las mencionadas medidas, buscando demostrar que muchas veces hay costos ocultos que el legislador no es capaz de prever y acaban siendo asumidos por la sociedad. Por ello, propone la aplicación del test de proporcionalidad para comprobar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la disposición que va a ser adoptada. Sólo de este modo se podrá medir su impacto antes de ser aprobada.

* Abogado. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de California, Berkeley. Profesor e investigador a tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

I. INTRODUCCIÓN

La justificación de los proyectos de ley en Perú dista de ser la ideal. Muchas veces, se presentan proyectos legislativos que casi no tienen sustento, más allá de la presión de un grupo de la población por la aprobación de una determinada norma. El justificar los proyectos de manera adecuada puede servir como traba para esta presión, haciendo que las leyes respondan en mayor medida al interés general.

Dentro de los errores que se pueden cometer al justificar un proyecto, existen unos que son más “técnicos” y otros más “generales”. En este breve ensayo, nos basaremos en los errores más generales. Consideramos que esto es pertinente por cuanto los errores más técnicos habitualmente están ligados al análisis costo-beneficio (ACB) de normas. Es casi imposible, en las circunstancias actuales, pensar que el Congreso va a realizar un ACB de normas “técnico” (por ejemplo, haciendo encuestas o análisis de mercado para determinar la disposición a pagar de determinados grupos).

Por esto, creemos que ya sería un paso importante que realizara un análisis menos técnico, pero que por lo menos sea útil y esté dirigido a resolver problemas reales¹. Este análisis incluiría preguntas como: ¿necesitamos esas normas?; ¿consiguen estas normas sus objetivos?; ¿se pueden analizar desde la perspectiva de costos y beneficios?; y, ¿qué efectos tendrán?

En las siguientes líneas, a través de la discusión de errores comunes al sustentar proyectos de normas, daremos algunos lineamientos que –creemos– pueden servir como guía para la elaboración de proyectos de normas en el futuro. Con este espíritu, hemos incluido un ejemplo de análisis al final que –sin ser enteramente técnico– representaría un paso (o varios) adelante en el sustento de normas.

II. ERROR UNO: JUSTIFICACIONES EQUIVOCADAS

A. Todo tiene un nivel óptimo, incluso lo “malo”

De manera representativa, al referirse a la corrupción, Laffont ha señalado que “(...) ‘Cero corrupción’ es visto aquí y en adelante, probablemente, como un nivel distinto del óptimo. Para averiguar el nivel adecuado de corrupción en una sociedad, es esencial entender los mecanismos de corrupción, para poder diseñar un análisis de costos y beneficios adecuado”².

Es frecuente escuchar a la prensa o a algún congresista justificando algún proyecto de ley sobre la base de que éste contribuiría a mejorar la calidad; la salud³ o el medio ambiente. Así, se cree que el tener productos de mayor calidad, mejorar la salud de la población o incluso eliminar los accidentes o la discriminación son metas que deberíamos tratar de alcanzar como sociedad.

Para justificar dichas propuestas, los congresistas o periodistas nos suelen dar datos como el número de personas obesas o el número de personas que fuman o el número de accidentes causados. Peor aún, algunas veces nos muestran casos aislados y de estos concluyen que algo es un problema y se debería regular.

Es muy fácil sustentar porqué habría que regular los accidentes de tránsito, la obesidad, la discriminación o la corrupción. Son temas en los que hay un aparente consenso social acerca de que son “males” y quisiéramos tener lo menos posible de ellos. Pero es lo mismo a decirte que vamos a sacar una norma para que seas flaco o tu casa esté limpia. Las personas apoyarían esa norma al considerar que tienen un costo cero o que –en todo caso– alguien distinto a ellas pagará el costo. Pero, ¿qué pasaría si

¹ SHAPIRO, Sidney y Christopher H. SCHROEDER. “Beyond cost-benefit analysis: a pragmatic reorientation”. En: Harvard Environmental Law Review 32. 2006.

² Traducción libre de: “(...) Zero corruption is observed nowhere and therefore probably not the optimal level. To target the right level of corruption in a society, it is essential to have an understanding of the mechanics of corruption for designing a proper cost benefit analysis”. LAFFONT, Jean-Jaques. “Corruption and Development”. Department of Economics, Yale University. 2002.

³ En relación con la publicidad de comida chatarra, el mediático congresista Jaime Delgado ha dicho que “(...) la alimentación, que debería ser un tema de salud, se ha convertido en una feria de promociones comerciales, donde lo último que importa es el valor nutritivo de las cosas”. En: http://jaimedelgado.pe/?page_id=913.

les digo que el ser flaco o que su casa esté limpia dependerá exclusivamente de sus esfuerzos? ¿Estarían igualmente ansiosos por aplicar dichas políticas? Una vez que entendemos que el *costo social* es un costo real, podemos aceptar que no existe un nivel infinito de “bienes”, sino solo los que estamos dispuestos a pagar como sociedad.

Así, puede percibirse cómo esta aproximación –la que predica que la baja calidad o la discriminación son problemas *per se*– es errada en varios sentidos. La principal razón es porque existe un nivel óptimo de calidad (o de baja calidad), de comida sana (o comida chatarra), de objetividad (o subjetividad: discriminación), de cuidados (o accidentes), de corrupción (o transparencia) y así infinitamente.

Decir que existe un nivel óptimo de accidentes o discriminación no significa que los accidentes o la discriminación sean cosas positivas. Pero eso es tan cierto como decir que el que mi casa esté desordenada o que yo esté con sobrepeso tampoco lo son. De eso no se deriva que yo “quiera” que mi casa esté más limpia o bajar de peso a cualquier costo. Puedo “desear” bajar de peso, pero no “querer” bajar de peso. “Querer” significa asumir los costos de hacerlo. Los niños son los ejemplos perfectos de personas que no distinguen entre “desear” y “querer”⁴. Ellos desean un dulce, pese a que no quieren las consecuencias que eso causará en sus dientes, su hiperactividad, su salud en general o su capacidad para dormir en la noche. Los adultos, producto de distorsiones mentales distintas, podemos –en algunos casos– tener un problema similar para distinguir lo que deseamos frente a lo que queremos.

De esta manera, así como individualmente queremos una determinada combinación de alimentación y ejercicios que nos lleva a un peso determinado, como sociedad también queremos un nivel de cuidados y sanciones que nos llevan a un determinado nivel de accidentes, o un determinado nivel de fiscalización que nos lleve a un nivel de corrupción dado. Ese nivel es el que llamamos “óptimo”, ni más ni menos.

B. ¿Cómo elegir el nivel “óptimo” de una actividad?

El siguiente problema –que también se suele pasar por alto– es cómo elegimos ese nivel. Lo podemos elegir mediante decisiones individuales –el mercado– o mediante decisiones colectivas –el Estado⁵. En ambos casos, estamos tratando de llegar a una decisión. El que creamos que la mejor alternativa es el mercado, no significa que no nos importe la decisión. Solo significa que creemos que –en ese caso en particular– el mercado puede llegar a un nivel más cercano al óptimo de lo que haría la regulación.

Existe una presunción acerca de que el mercado llega más veces al óptimo. Esto es así porque los agentes del mercado cuentan –por lo general– con más incentivos e información que el Estado. Siguiendo con nuestra analogía, ¿qué preferiría, usted mismo elegir su combinación de “ejercicios más dieta” o que alguien la elija por usted y lo obligue a hacerlo? Quizá algunos que estén muy preocupados por su peso y no confíen en su fuerza de voluntad elegirían al “agente externo”, pero la mayoría de personas preferiríamos conservar nuestra habilidad para decidir cuánto y qué comemos y cuánto ejercicio hacemos. Esto es así porque conocemos mejor nuestras preferencias que un extraño y porque tenemos más incentivos para hacer lo que nos hace felices, dado que sufrimos en carne propia las cosas que no nos hacen felices y disfrutamos en carne propia las que sí nos hacen felices.

C. Las justificaciones a la regulación

Dada esta presunción a favor del mercado, se dice que las decisiones colectivas deben estar justificadas. Ya vimos que apelar a males sociales en términos absolutos no es una justificación adecuada. El tipo de justificación que necesitamos es uno del tipo: “estamos en un nivel distinto del óptimo”. Pero, nuevamente, el mercado es el que mejor nos indica cuando estamos en el nivel óptimo. Por esto, diremos que solo cuando el mercado no funciona, se rompe la presunción de que estamos en un nivel cercano del óptimo y que

⁴ EPSTEIN, Richard A. “Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections”. En: <http://lawreview.uchicago.edu/issues/archiev/v73/winter/07.Epstein.pdf>.

⁵ CALABRESI, Guido. “The Cost of Accidents”. New Haven: Yale University Press. 1970.

—por tanto— se justifica una decisión colectiva (regulación) que nos lleve al óptimo, ante la falla del mercado.

En otras palabras, sólo diremos que estamos en un nivel distinto del óptimo cuando las personas realicen una actividad que —en realidad— no valoran realizar a ese nivel. Es decir, cuando —ante la ausencia de regulación— existe una disociación entre “desear” y “querer”. Un caso en el que puede existir dicha disociación es cuando las personas no pagan todo el costo de una actividad que realizan. Por ejemplo, las personas no pagamos todo el costo del transporte. Alguien me podrá decir “pero yo pago la gasolina y mi carro y el tiempo que me demora manejar y tributos por manejar”. Y es verdad, pero no paga por el ruido que ocasiona cada vez que toca el claxon y le causa un daño a los vecinos o la contaminación que genera o el aumento del tráfico o el desgaste de la pista o el riesgo de los transeúntes, etc. Al no cubrir todos los costos que genera al manejar, esa persona está siendo subsidiada y —por tanto— realizando una actividad más de lo que lo haría si es que no lo fuese. Claro, en este ejemplo, la solución no sería regular, sino más bien “desregular”, privatizando las pistas.

Los casos en los que las personas no asumen los costos de lo que hacen se han agrupado bajo el membrete de “fallas de mercado”. Estas fallas son un “número cerrado”. Es decir, no cabe inventarnos justificaciones. Algunas de las justificaciones incluyen: externalidades no internalizadas; asimetría informativa; monopolios naturales; bienes públicos e irracionalidad.

Cabe resaltar que hay que ser muy cuidadoso al usar estas justificaciones. Muchas veces se usan equivocadamente. Algunas veces se dice que hay “externalidades”, pero éstas han sido ya internalizadas o se dice que hay un

“monopolio natural” cuando en realidad solo hay unos costos hundidos grandes o se dice que hay “irracionalidad” cuando lo que hay es un comportamiento perfectamente racional.

Además, el que el mercado tenga fallas, no nos debería derivar directamente a la regulación. Es de notar que —aunque el mercado tenga fallas— estas no necesariamente son mayores que las “fallas de la regulación”. Los reguladores tampoco son racionales o no tienen suficiente información o incentivos para encontrar el óptimo social. En ese sentido, Gary Becker ha señalado que: “Cuando una industria en el sector privado no está desarrollándose de manera eficiente o efectiva, se dicen que hay una ‘falla de mercado’. La recomendación de los economistas y otros típicamente es que el gobierno actúe para combatir dicha falla, por ejemplo con tributos para reducir la contaminación. El diagnóstico de la falla puede ser correcto, pero el llamado a la intervención del gobierno puede ser ingenuo o inapropiado. La razón es que los gobiernos no necesariamente hacen lo que los economistas u otros quieren que hagan, porque existen las ‘fallas de gobierno’, así como existen las fallas de mercado. Antes de recomendar acciones de gobierno para corregir fallas de mercado, uno debe considerar si las políticas que el gobierno efectivamente llevará a cabo empeorarán, antes que mejorar, los resultados del sector privado. Desde que muchos factores influyen en importantes errores del gobierno, considerar dichas fallas es crucial y no solo un punto de vista teórico más fino”⁶.

En este sentido, muchas veces la motivación del gobierno para regular se puede encontrar en la presión de grupos de interés o en la corrupción. En ese sentido, en su famoso artículo “The Theory of Economic Regulation”⁷, George Stigler —partiendo de la premisa de que la regulación es habitualmente puesta a

⁶ Traducción libre de: “When an industry in the private sector is not performing efficiently or effectively, there is said to be “market failure”. The recommendation by economists and others typically is then for government actions to combat such failure, such as taxes to help reduce pollution. The diagnosis of market failure may be accurate, but the call for government involvement may be naïve and inappropriate. The reason is that actual governments do not necessarily do what economists and others want them to do because there is “government failure” as well as market failure. Before recommending government actions to correct market failures, one should consider whether actual government policies would worsen rather than improve private sector outcomes. Since many factors often make for considerable government failure, considering such failure is crucial and not just a theoretical fine point”. Autor: BECKER, Gary. “Market Failure Compared to Government Failure”. Consultado en: <http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/market-failure-compared-to-government-failure-becker.html>

⁷ En: The Bell Journal of Economics and Management Science 1. 1971.

pedido de las propias empresas reguladas y para favorecerlas— señala que las empresas pueden ser beneficiadas por la regulación de diversas maneras, los cuales pueden ser resumidas en dos grandes grupos: mediante subsidios directos o mediante la imposición de barreras de entrada para sus competidores. Dentro de este segundo grupo, típicamente, se encuentra la fijación de estándares.

Siguiendo esta línea, ha sido señalado por Withman que: “(...) Legislación dirigida a garantizar la calidad y seguridad de los productos puede fácilmente tener el efecto, queriéndolo o no, de proteger los intereses de los productores establecidos. Esto tiene que ver en gran medida con la dinámica de la competencia. Estándares de alta calidad y seguridad pueden tender a proteger la posición de los productores establecidos en una industria dada. Allí donde existan estos estándares de protección al consumidor, nuevos competidores no podrán entrar ofreciendo productos de relativamente menor calidad”⁸.

D. El caso de la comida chatarra

La justificación para regular la comida “chatarra” es que la obesidad es una epidemia que afecta la productividad de las personas y su salud. Como muestra de esto, nos enseñan unos datos que nos dicen que —efectivamente— las personas están más gordas que antes y que esto —efectivamente— causa problemas a la salud y una reducción de la productividad. A su vez, nos muestran datos sobre los gastos en los que incurre el Estado al subsidiar los seguros de salud y las atenciones médicas recibidas por los obesos.

No tenemos dudas sobre esos datos pero, ¿son sustento suficiente para regular? Creemos que no. ¿Las personas están comiendo más comida chatarra que la que realmente quieren? ¿Cuál es la falla del mercado que sustenta la regulación? ¿Externalidades? Pues no, las propias personas obesas sufren

las consecuencias de su obesidad al ganar menos ingresos por trabajar menos. Los gastos hospitalarios, así sean asumidos por el Estado, no son una externalidad. El propio Estado ha decidido hacerlos, así como puede decidir mañana no hacerlos. ¿Falta de información? Las personas saben que comer comida chatarra no es saludable. No lo dejan de hacer no porque no tengan información, sino porque no tienen recursos para comprar mejor comida. Está demostrado que una mala alimentación está asociada a menores niveles de ingresos⁹. Esto es perfectamente compatible con nuestro punto, además: las personas eligen, de acuerdo a sus ingresos, su nivel óptimo de alimentación. ¿Irracionalidad? También está demostrado que priorizar la comida alta en azúcar y grasas es perfectamente racional desde el punto de vista nutricional.

“La realidad es que la gente que no tiene suficiente dinero (o el equipamiento o capacidad de almacenamiento) para comprar y preparar comida decente en cantidades decentes no puede (y no debe) ser forzada a preocuparse por los detalles más finos sobre nutrición. Esto, porque tener comida suficiente es siempre nuestra prioridad. Es por eso que Elyn Satter (...) creó la Jerarquía de Necesidades Alimenticias. La jerarquía es como sigue:



La idea es que, antes de preocuparnos por cosas como la nutrición (esto es, “comida instrumental”) primero tenemos que “tener” comida. Suficiente comida. Consistentemente.

⁸ WHITMAN, James. “Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law”. En: Yale Law Journal 117. 2007. Traducción libre de: “Legislation intended to guarantee the quality and safety of consumer goods can easily have the effect, intended or unintended, of protecting existing producer interests. This has to do largely with the dynamic of competition. High quality and safety standards may tend to protect the position of existing competitors in a given industry. If there are such consumer protection standards in place, new entrants cannot break in by offering relatively low-quality goods”.

⁹ OSTERWILL, Neil. “Fat, Cheap, and Out of Control. Eating healthfully may be a luxury many cannot afford”. En: <http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=52444>.

Y tiene que ser aceptable para nosotros (lo que, para algunas personas, puede significar no venir de la basura, o cumplir con ciertos estándares de preparación) y tiene que saber razonablemente bien. Un poco de variedad es buena, también”¹⁰.

Sigue, señalando que la “comida chatarra” —muchas veces— puede ser la mejor alternativa para una persona con pocos recursos y hambre: “(...) es muy probable que haya una razón evolutiva acerca de por qué desarrollamos ciertas preferencias por sabores. Y no es porque somos totalmente depravados y destinados a amar los Twinkies (u otros dulces) por siempre y para siempre, amén. Es porque, en su mayoría, esas preferencias nos mantuvieron alimentados y sin problemas, con alimentos suficientes, en el pasado. Y todavía lo hacen.

Para la mayoría de nosotros esto se vuelve evidente (...) cuando tenemos hambre. Estoy seguro que han notado que un queque o comida frita o cosas por el estilo se convierten en *súper apetitosas* cuando te has salteado una comida o has empezado una dieta.

No es por nuestra falta de fuerza de voluntad o porque hemos nacido con una preferencia por la “mala, mala comida chatarra” —es porque esas comidas están repletas de lo que tú necesitas en ese momento: energía. Significando, calorías —la mayoría de las cuales vienen de carbohidratos (sean harina o azúcares) que te dan energía al instante, y

grasa para más energía (y sensación sabrosa y cremosa en la boca, para despejar).

Ahora, extiende este argumento a una persona que —regularmente— no tiene suficiente comida...”¹¹.

Ante esto, la comentarista señala que —antes de pretender “informar” a los pobres acerca de las “mejores” alternativas nutricionales— la solución pasaría por darles recursos a los pobres. En sus palabras: “¿Quieres que la gente coma mejor? Dales suficiente dinero, un lugar para cocinar y guardar comida, y acceso a una variedad decente de alimentos. Luego de eso, te puedes empezar a preocupar por los puntos más finos sobre nutrición”¹². Aplastante lógica.

De esta manera, vemos como no existe una justificación—en este caso—para reemplazar las decisiones de los individuos por las decisiones estatales. Al reemplazarlas, lo que estamos haciendo, simple y llanamente, es llevar el nivel de consumo de comida chatarra a un nivel distinto del óptimo. Eso, en castellano, significa, para las personas sin recursos, privarlos de la mejor alternativa nutricional disponible, dadas sus circunstancias. Para los que tenemos suficientes recursos, significa no comer tanta comida chatarra como quisiéramos. Lo demás, es retórica.

E. El caso de la calidad en educación

En el caso de la educación, la justificación es la ausencia de calidad. Aquí, se citan

¹⁰ Traducción libre de: “(...)“The reality is that people who don’t have enough money (or the utilities and storage) to buy and prepare decent food in decent quantities cannot (and should not) be arsed to worry about the finer nuances of nutrition. Because getting enough to eat is always our first priority.

That’s why Ellyn Satter (yes, her again) created the Hierarchy of Food Needs. Which looks like this: (...). The idea is that, before we worry about nutrition (i.e., “instrumental food”) we’ve first got to have food. Enough of it. Consistently. And it’s got to be acceptable to us (which, for some people, might mean not coming from the garbage, or meeting certain standards of preparation) and it’s got to taste reasonably good. A little variety is nice, too”. Tomado del blog A Fat Nutritionist: <http://www.fatnutritionist.com/index.php/if-only-poor-people-understood-nutrition/>

¹¹ Traducción libre de: “(...) there’s likely a strong evolutionary reason why we developed certain flavour preferences. And it’s not because we’re totally depraved and destined by our love of Twinkies to doggy-paddle the Lake of Fire forever and ever, amen. It’s because, for the most part, those preferences kept us fed and out of trouble with food. And they still do.

For most of us, this becomes apparent for the second reason listed above — when we’re hungry. I’m sure you’ve noticed how cake and fried foods and whatnot become super massively appealing when you’ve either missed a meal or started a diet.

It’s not because you lack willpower or have an inborn preference for bad, bad junk food— it’s because those foods are naturally jam-packed full of what you need right that instant: energy. Meaning, calories —most of them coming from carbohydrate (whether it’s starch or sugar) for instant energy, and fat for MOAR energy (and tasty, creamy mouthfeel, to boot).

So, extend this to someone who doesn’t have enough food on a regular basis”. En: *Ibidem*.

¹² Traducción libre de: “You want people to eat better? Give them enough money, a place for cooking and storage, and access to a decent variety of food. Then you can worry about the finer points of nutrition”. *Ibidem*.

casos escandalosos donde facultades son abiertas en garajes o personas obtienen títulos sin haber ido a clases. Como se ve –nuevamente– es un caso muy fácil de sustentar. Nuevamente, sin embargo, el error está en pensar que un “mal” –por sí mismo– es justificación para regular.

Existe un nivel óptimo de calidad y es el que las personas están dispuestas a pagar. El que ese nivel sea alto o bajo, además de ser algo en gran medida subjetivo, no es un sustento para regular, como ya hemos explicado al comienzo de esta sección. Importa que nuestro nivel de calidad –o de gordura– sea compatible con nuestros propios intereses, no que este nivel le “guste” al resto de la sociedad.

El único sustento por el cual este nivel podría representar un costo social es si tenemos motivos para pensar que estas decisiones individuales nos están llevando a un nivel distinto del óptimo. Esto podría ocurrir, como ya explicamos, porque hayan problemas de competencia (incluyendo externalidades, asimetría informativa, etc.) o irracionalidad.

En el caso de la educación universitaria, se ha dicho que existe un problema de información. Los estudiantes no saben que llevando cursos en “x” universidad no conseguirán empleo y los consumidores no saben que si contratan a un abogado de la universidad “y” perderán su caso. Aunque esta justificación ésta ampliamente difundida, sin embargo, no existe ninguna prueba empírica de su veracidad.

La universidad o el profesional de “baja calidad” son iguales, en cierto sentido, a la hamburguesa o la pizza. Podemos explicarle a alguien como esa hamburguesa no es la mejor opción, pero la opción final de esa persona no depende de lo que le digamos, sino de sus preferencias, lo cual está fuertemente asociado a su nivel de ingresos. Las personas con altos ingresos no tienen problemas eligiendo universidades, ni profesionales

que los sirvan; así como no tiene problemas eligiendo comida sana.

Problemas como la mala alimentación o educación no se resuelven con normas, sino combatiendo la pobreza. Si las personas fueran ricas, comerían mejor y estudiarían en “mejores” –o más caras– universidades.

Finalmente, regular y –por tanto– restringir alternativas, no va a mejorar la situación de estas personas pobres. A un pobre, cuando se le quitan alternativas, se le vuelve más pobre. Esta persona –probablemente– tenía buenos motivos para estudiar en una “mala” universidad. Estudiar le reporta mayores ingresos o –incluso– satisfacción personal.

Al respecto, habría de tomarse en cuenta el estudio de Gustavo Yamada en relación con los retornos a la educación superior en el mercado laboral. Según las cifras recogidas y analizadas por Yamada, los retornos obtenidos por personas con educación universitaria son ampliamente superiores a los obtenidos por personas con solo secundaria completa (14.6% frente a 2.8%: cinco veces superior) o educación superior técnica (14.6% frente a 7.6%: 92% mejor)¹³. A nivel macro, el acceso a educación universitaria es tomado en cuenta como una de las variables para medir el desarrollo de un país. Tanto en reportes del World Economic Forum, cuanto en otros, como las estadísticas de los países conformante de la OECD¹⁴, el que haya muchas personas ingresando a las universidades se toma como un factor positivo. En Perú, paradójicamente, el que hayan muchas universidades y muchas personas estudiando, se ve como algo negativo. Cerrar universidades se ve como un paso importante para mejorar el acceso a la educación (“de calidad”).

Nuevamente, al igual que en el caso de la comida, el acceso a cualquier educación es lo primero que debemos lograr, para luego preocuparnos por el detalle de si esa educación cumple con unos criterios reales o inventados de calidad.

¹³ YAMADA, Gustavo. “Retornos a la educación en el mercado laboral: ¿vale la pena el esfuerzo?”. Lima: Fondo Editorial UP y CIES. Documento de trabajo 78. 2007. En: <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/49bibliodesad.pdf>

¹⁴ En: http://www.oecd-ilibrary.org/education/tertiary-education-entry-rates_20755120-table2.jsessionid=10gcj355p3rp5.d.elta

III. ERRORES: CONFUNDIR “REDISTRIBUCIÓN” CON “BENEFICIO” O “COSTO”

Todas las normas redistribuyen. Cada vez que el Estado dicta una norma, asigna una “titularidad”. Al hacerlo, está convirtiendo en más rico a un grupo de personas a expensas de los demás. El que estas personas reciban un beneficio como consecuencia de la norma, no significa que la sociedad –como conjunto– esté mejor, desde el punto de vista de la eficiencia. Tal como ha sido señalado por Ortiz de Zeballos y Guerra-García “(…). Las llamadas transferencias equivalentes se producen cuando un proyecto genera un traslado de recursos de un sector a otro sin generar un efecto neto en la sociedad”¹⁵. Ese tipo de transferencia no forma parte –propriadamente– del análisis. Las razones basadas en la “justicia redistributiva”, por más atendibles y buenas que sean, no forman parte del ACB. Esto no quiere decir que el ACB esté incompleto, ni que el argumento redistributivo siempre sea “malo”. Sólo significa eso: que la redistribución no forma parte de este análisis, ni más ni menos¹⁶.

Si una norma consigue “aire puro”, claramente, las personas que demandan aire puro estarán mejor; pero las personas que demandan libertad para realizar actividades industriales, estarán peor. Más allá de los motivos que tengamos para preferir a un grupo sobre otro, salvo mayor información al respecto, estamos exactamente igual como sociedad –o incluso peor– con cualquier combinación de “contaminación más industria” distinta a la que hubiese llegado el mercado ante la ausencia de una norma.

A. El caso de los fumadores versus los no fumadores

Tome el ejemplo de las normas que prohíben fumar en lugares públicos: ¿cual es el beneficio de dichas normas? Supuestamente, el beneficio radica en que unas personas podrán respirar aire libre de humo. Este beneficio, sin embargo, se ha hecho a expensas de

las personas que querían fumar en lugares públicos. Así, cualquier beneficio a favor de los no-fumadores tiene como correlato un costo o pérdida sufrido por los fumadores. Si asumimos –como seguramente aceptarán incluso los más radicales opositores del tabaco– que los fumadores también son parte de la sociedad, tenemos que –en principio– los beneficios y las pérdidas sociales se igualan.

La única manera de considerar que ha habido un “beneficio” social es si averiguamos quien –si los fumadores o los no fumadores– valoran más la norma anti-tabaco o pro-tabaco. Lamentablemente, no existe una manera libre de controversias de averiguar quien valora más el bien, ante la ausencia de un mercado. La manera en la que las personas expresan sus preferencias “reales” es mediante pagos en mercados. Por este motivo, recordando la sección anterior, solo estamos dispuestos a regular un mercado cuando éste presente fallas que hagan imposible considerar esa como la verdadera “valuación” de los bienes.

En el caso específico del tabaco, existe una externalidad principalmente causada por los fumadores. Sin embargo, no podemos dejar de lado el carácter recíproco de las externalidades. Los no-fumadores contribuyen –con su presencia– a la ocurrencia de dichas externalidades. Dichas externalidades, como hemos explicado en el punto anterior, no necesariamente son –en sí mismas– una buena justificación para la regulación, pues uno podría asumir que el mercado puede “corregirlas”.

La manera en que se puede corregir esta externalidad es si las propias empresas crean lugares para no-fumadores o si prohíben en total fumar en sus locales. Por ejemplo, los cines ya han adoptado dicha política. A nadie se le ocurre ahora prender un cigarro en un cine, pese a que hace veinte años era una práctica común y socialmente aceptada.

Los no-fumadores pueden votar con su dinero por una sociedad anti-tabaco: solo

¹⁵ ORTIZ DE ZEBALLOS, Gabriel y Gustavo GUERRA-GARCIA. “Introducción al ACB de normas”. Lima: Apoyo. 1998. p. 27.

¹⁶ “El afirmar que la eficiencia económica no es el único factor a considerar por los que determinan la política no equivale a decir que el análisis de la ganancia-costo deba adaptarse o cambiar para considerar todos los aspectos relevantes de interés para quien ha de tomar las decisiones”. En: ANDERSON, Lee y Rusell SETTLE. “Guía práctica para el análisis beneficio-costo”. Mexico: Diana. 1981. pp. 34-35.

deben preferir los lugares libres de humo. Los amantes del tabaco pueden hacer lo mismo. El resultado sería una combinación de lugares libres de humo y lugares con humo. Lo que tenemos, en cambio, es una decisión estatal de “todo o nada” beneficiando a los no-fumadores a expensas de los fumadores. Esta política, aunque quizá pueda ser justificada en términos éticos o redistributivos, no necesariamente representa un “beneficio” en términos económicos.

B. El caso de la vigilancia de los estacionamientos (redistribución no equitativa)

En 2009 se dictó la “Ley que regula el servicio de estacionamiento vehicular”. Esta ley respondió a una demanda de la población por mayor seguridad en los establecimientos comerciales. Había ocurrido que personas fueron robadas en establecimientos comerciales (por ejemplo, McDonalds) y luego las empresas no se quisieron hacer responsables por las pérdidas. La respuesta de las empresas fue percibida como injusta y la batalla fue tomada –sin demora– por los defensores de los derechos de los consumidores. Parecía claro que las empresas debían hacerse responsables por las pérdidas.

Sin embargo, esta norma no reporta ningún beneficio social. Los estacionamientos son servicios que importan un costo equivalente al bien que otorgan: seguridad. La pregunta –mas bien- es quien paga el costo y quien recibe el beneficio. Antes de la ley, el costo lo pagaba el que sufría la pérdida. Después de la ley, el costo lo pagamos todos los que compramos productos en dichos establecimientos. Pero sucede que no todos los que compramos productos en dichos establecimientos tenemos carro. Entonces, los que no usamos carro estamos pagando por un servicio –vigilancia en estacionamiento y seguro anti-robos– que nunca vamos a usar.

Para completar el esquema, resulta que los que no tenemos carro somos –en promedio- menos ricos que los que sí tienen. Entonces, se trata de un subsidio hecho por las personas con menos recursos a las personas con más recursos dentro de las sociedad. El mundo al revés.

Las personas que claman por seguridad en estacionamientos como el de McDonalds

“desean” vigilancia, pero no la “quieren”. Quererla significa pagar su costo. ¿Estarían dispuestos a pagar S/. 5.00 en un estacionamiento en McDonalds para comprar una hamburguesa de S/. 2.50? No. Por eso, el “esquema” solo tiene sentido si el estacionamiento o el seguro anti-robos es pagado por otros. Eso se puede obtener –en el Perú de hoy– a través de la presión política y la retórica de los derechos del consumidor.

C. El caso del cobro de pensiones en los colegios y universidades

El artículo 16 de la Ley de los Centros Educativos Privados señala que: “Los Centros y Programas Educativos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios, ni la evaluación de los alumnos, al pago de las pensiones”.

El en caso de las universidades, el Indecopi ha pretendido instaurar una política equivalente. No es posible retirar a un alumno a la mitad del semestre por no pagar la pensión.

Al hacer esto, se resta a las universidades la capacidad de cobrar. No existe ninguna justificación para esto. Sin embargo, el efecto redistributivo es claro. Cualquier pérdida de la universidad va a ser cargada en las pensiones. De esta manera, quienes paguen a tiempo subsidiarán a los morosos. El Estado ya tiene un sistema para subsidiar la educación y es a través de las universidades o colegios públicos. No se entiende –así– la necesidad de un subsidio adicional que estaría dirigido a personas con mayores recursos.

IV. ERROR TRES: CONFUNDIR “DISPOSICIÓN DINERARIA” CON COSTO

“En lo que concierne al aspecto económico, la aprobación de esta norma no representa ningún egreso o gasto para el presupuesto público”.

Un lector peruano no se sorprenderá al saber que ese párrafo ha sido sacado de un proyecto de ley real. Tampoco se sorprenderá al saber que la mayoría de proyectos de normas en nuestro país incluyen esta misma –nefasta– fórmula.

Esta consideración está profundamente equivocada por cuanto, tal como han

señalado Anderson y Settle: “(...) El análisis de la ganancia-costos no es cuestión simplemente de sumar todos los efectos de un proyecto, etiquetando todos los que parecen buenos como ganancias y todos los que parecen malos como costo. Esto puede traducirse en la inclusión de cosas que no debe ser incluidas, en contar otras dos veces y, en ocasiones, en especificar inadecuadamente algunas, de tal forma que los costos lleguen a convertirse en ganancias o viceversa. Tampoco consiste en un simple registro de las transferencias financieras del proyecto. Los beneficios no se traducen siempre en ingresos, ni tampoco pueden todas las salidas de dinero considerarse como un costo social”¹⁷.

Efectivamente, hay normas que no importan un desembolso dinerario, pero eso no quiere decir que no tengan costos en términos económicos. Piense, por ejemplo, en una norma prohibiendo a las personas salir de sus casas. Esa norma probablemente no implicaría un gasto dinerario –más allá del costo general de hacer cumplir una norma–, pero sí representaría un costo social: el costo de oportunidad. Si no pueden salir de sus casas, esas personas están perdiendo utilidad. Como sociedad, una norma prohibiendo a las personas salir de sus casas, nos vuelve más pobres.

Del mismo modo, una norma imponiendo estándares para la educación; prohibiendo la comida chatarra; o, el tabaco, también nos convierten en más pobres en la medida en que nos quitan alternativas y nos generan –así– costos de oportunidad.

V. ERROR CUATRO: EL MITO DE LOS BIENES “INCONMENSURABLES”

Un cuestionamiento tradicional al ACB de normas es que hay algunos bienes que son “inconmensurables”, sobre los cuales no se puede predicar un valor dado, lo que convierte al ACB en impracticable. Un típico ejemplo, además, es el de la vida. Críticos del ACB han señalado que: “(...) el análisis costo-beneficio

no puede producir decisiones más eficientes porque el proceso de reducir la vida, la salud o el mundo natural a valores monetarios es inherentemente equivocado”¹⁸.

Esta crítica tiene un trasfondo ético. Tal como ha sido señalado por Mejía: “La principal crítica que ha recibido el ACB viene por el lado de la ética. En líneas generales, esta crítica señala que es imposible ponerle un valor monetario a bienes como la vida humana, la salud, la seguridad, etc. Se arguye que al no tener estos bienes un valor que pueda reflejarse en un precio en el mercado, no es posible para el ACB poder determinar, por ejemplo, cuando es más beneficioso o más perjudicial establecer un plan de salud, porque no es posible determinar el valor exacto de una vida humana”¹⁹.

Para ilustrar un punto en relación con esto, me referiré justamente a un caso decidido sobre esta premisa: “no se le puede asignar un valor a la vida”. En enero de 2005, entró en vigencia una norma (*Luftsicherheitsgesetz*) en Alemania, dictada como respuesta a los atentados del 9/11, que establecía que cualquier avión comercial aparentemente secuestrado por terroristas que pudiera ser utilizado como arma por estos, podía ser derribado por el ejército alemán.

Nosotros consideramos que bajo esta norma se encuentra una simple ecuación según la cual, si el valor de las vidas dentro del avión multiplicado por la probabilidad de que ocurra el ataque es mayor que el valor de las vidas que serían perdidas como consecuencia de éste; entonces el avión debe ser derribado. Como se ve, esta simple ecuación implica realizar un acto controvertido: asignarle un valor a la vida.

Precisamente, ese punto fue utilizado como sustento por el Tribunal Constitucional alemán, el cual declaró inconstitucional la ley basado en que se utilizaba la vida de las personas en el avión como instrumento para salvar la vida de las personas en tierra,

¹⁷ ANDERSON, Lee y Rusell SETTLE. Op. cit. p. 34.

¹⁸ Traducción libre de: “(...) cost-benefit analysis cannot produce more efficient decisions because the process of reducing life, health, and the natural world to monetary values is inherently flawed”. En: HEINZERLING, Lisa y Frank ACKERMAN. “Pricing the Priceless. Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection”. Georgetown Environmental Law and Policy Institute. 2002. En: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/publications/C-B%20pamphlet%20final.pdf>.

¹⁹ MEJIA, Giancarlo. “El análisis costo-beneficio de las normas”. Lima: Editorial Académica. 2010. p. 19.

asignándoles así un valor determinado. Esto contradice el principio del derecho constitucional según el cual la vida no tiene un valor determinado, ni puede ser utilizada como instrumento. La “dignidad” es el concepto base de esta conclusión.

Incluso cuando los más fervientes defensores del ACB conceden que asignarle un valor a la vida puede ser un procedimiento complicado, algunos críticos señalan que dicha valuación no puede ni si quiera ser hecha, en principio²⁰. Esta apreciación pierde de vista—sin embargo—que “cuando los reguladores escogen entre alternativas, ellos están valorando inconmensurables implícitamente; el análisis simplemente tiene el problema de no tener un procedimiento cuantitativo generalmente aceptado (...)”²¹.

Esto es lo mismo que hacemos en nuestra vida diaria. Por más importante que consideremos nuestra salud, no nos hacemos un análisis médico todos los días. La razón no es que nuestra salud no sea importante para nosotros, sino que tenemos usos más urgentes para nuestro tiempo y dinero²². Sin embargo, tal como menciona Frank: “La escasez es simplemente un hecho de la condición humana. Para tener más de algo bueno, debemos tener menos de otra cosa. Decir que diferentes valores son inconmensurables simplemente nubla el pensamiento sobre *trade-offs* complicados”²³.

Incluso la renombrada filósofa del Derecho Martha Nussbaum, quien es escéptica al uso del ACB en general, reconoce que “Asignar un valor monetario a una opción no implica que hemos reducido el bien a nada más que la moneda común del dinero”²⁴.

Por esto, la próxima vez que se vea tentado a pensar que es imposible ponerle un valor a la vida o a la salud, piénselo de nuevo.

VI. ERROR CINCO: NO CONSIDERAR LOS “COSTOS OCULTOS” DE LAS NORMAS

¿Qué pensaría si le dijera que la norma que obliga a ponerse cinturón de seguridad al manejar un auto contribuye a causar más accidentes de tránsito? En 1975, Sam Peltzman escribió un artículo con un gran impacto: “The Effects of Automobile Safety Regulation”²⁵. En éste, el profesor de la Universidad de Chicago intentó probar que, aunque el uso de cinturón de seguridad podría reducir las muertes entre los conductores, no reducía la cantidad de accidentes en general, ni la cantidad total de muertes; sino que más bien podía tener el efecto exactamente contrario. Esto es así porque, si bien los conductores se encuentran más “seguros”, esta seguridad se traduce en *riesgo moral*, lo que puede llevar a un manejo menos responsable, causando más accidentes en general y muertes entre transeúntes y pasajeros sin cinturón de seguridad. La fría, pero ingeniosa, conclusión de Peltzman fue: incentivar el uso de cinturón entre los pasajeros, pero no entre los conductores.

Existen muchos otros ejemplos de esto. Una norma imponiendo restricciones a la creación de universidades podría tener el efecto de reducir la calidad educativa; una norma incentivando la lactancia materna podría causar mayor desnutrición infantil²⁶; una norma prohibiendo la comida chatarra podría empeorar la nutrición; una norma prohibiendo el tabaco podría generar más muertes y daños a la salud en el agregado y así.

La idea detrás de estos ejemplos es decir que muchas veces nos quedamos en la superficie, sin darnos cuenta que las normas que proponemos o analizamos tienen efectos que van mucho más allá de lo obvio. Las herramientas económicas muchas veces sirven para dar este paso *extra*.

²⁰ FRANK, Robert. “Why cost-benefit analysis is so controversial?”. En: ADLER, Matthew y Eric POSNER (editores). “Cost-benefit analysis. Legal, economic and philosophical perspectives”. Chicago: The University of Chicago Press. 2001. p. 78.

²¹ SASSONE, Peter y William SCHAFFER. “Cost-Benefit Analysis”. London: Academic Press. 1978. p. 35.

²² FRANK, Robert. Op. cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ NUSSBAUM, Martha. “Moral limits of CBA”. En: EDLER, Matthew y Eric POSNER (editores). Op. cit. p. 195. En: *Journal of Political Economy* 83.

²⁶ AVELLANEDA, Julio y Óscar SUMAR. “Paradojas de la regulación de la publicidad en Perú”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico. 2010.

Una buena manera de ordenar el análisis es utilizando el test de proporcionalidad²⁷. El test se divide en tres partes:

- a) Sub-principio de idoneidad: se analiza si la norma cumple o no su propósito.
- b) Sub-principio de necesidad: se analiza si existe una alternativa menos gravosa para lograr el mismo propósito.
- c) Sub-principio de necesidad en sentido estricto: se analiza si la norma tiene menos costos que beneficios.

En el apartado siguiente, aplicaremos este test, a modo de ejemplo.

VII. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD DE LA NORMA QUE IMPONE RESTRICCIONES TEMPORALES AL CONSUMO DE ALCOHOL EN LIMA METROPOLITANA.

A. ¿Cuál es la justificación de esta norma?

El propósito de la norma es reducir las *externalidades* ocasionadas por el consumo de alcohol. Se entiende que estar ebrio en la vía pública es una causa de externalidades. Dichas externalidades, por lo menos parcialmente, se relacionan con el desorden público; la criminalidad asociada al consumo de alcohol; y, la ocurrencia de accidentes automovilísticos.

¿Es posible que estas externalidades sean internalizadas? Sin duda. Por ejemplo, las personas pueden elegir no vivir en lugares alejados a discotecas. Sin embargo, en este caso no es claro que las externalidades sean efectivamente internalizadas, pues la posibilidad de negociar con todos los que causan daños es reducida. De esta manera, parece que podría existir una justificación válida para la regulación.

B. El sub-test de adecuación: ¿la norma consigue su objetivo?

A diferencia de lo que ocurre con el tabaco, donde la regulación del espacio y tiempo

para fumar sí tiene un efecto claro en las externalidades, el caso del alcohol es distinto. Cuando uno evita el consumo de alcohol a una determinada hora, estas limitaciones afectan el consumo de sustitutos del alcohol.

1. Sustitutos temporales

Existen tres razones por las cuales esta norma no cumple su propósito, en relación con la limitación del tiempo para adquirir alcohol: (i) los efectos del consumo de alcohol solo se producen 45 minutos después del consumo del mismo; (ii) el nivel de intoxicación está asociado tanto al volumen cuanto al *ratio* de consumo; y; (iii) los accidentes automovilísticos producto del consumo de alcohol se incrementan en relación con el nivel de intoxicación.

a) El punto es bastante claro: las limitaciones temporales no toman en cuenta que los efectos del alcohol se producen más allá del momento específico del consumo.

b) Si una persona tiene menos tiempo para consumir alcohol, tenderá a consumirlo más rápido, incrementando su nivel de intoxicación. Así, se ha señalado que: "(...) regulaciones que interrumpen la temporalidad normal del consumo, trasladan al menos parte de dicho consumo a periodos no regulados. Para muchos bienes, ese cambio puede ser deseable o simplemente irrelevante. En el caso del alcohol, ese cambio inducido por la regulación puede no ser socialmente inocuo, desde que la intoxicación en los periodos no regulados probablemente se incremente. En este trabajo hemos mostrado que la regulación diseñada para reducir externalidades causadas por el consumo de alcohol puede simplemente haber trasladado las externalidades a otros periodos. Aunque no podemos sostener que el consumo total de alcohol haya cambiado como producto de la prohibición, hemos producido

²⁷ Tanto el Tribunal Constitucional peruano como el INDECOPI han desarrollado versiones de este test de proporcionalidad. El test fue primeramente utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos (balancing tests) y luego por cortes europeas. El test, sin embargo, tiene una inspiración claramente económica. Para un recuento histórico del origen del ACB de normas, ver: ZERBE, Richard. "The legal foundation of cost-benefit analysis". En: http://works.bepress.com/richard_zerbe/2.

- evidencia según la cual la intoxicación sí se ha aumentado (...)”²⁸.
- c) En relación con este punto, es fácil entender que si una persona tiene menos tiempo para tomar, probablemente lo haga de una manera menos pausada. Y todos los que hemos tomado alguna vez en la vida sabemos que tomar más rápido equivale a mayor intoxicación. Esto debería llevar a un aumento en el número de accidentes automovilísticos en las horas no reguladas que quizá no sea compensado lo suficiente por la probable disminución de accidentes en las horas reguladas: “Estudios estadísticos acerca de manejo de automóviles e ingesta de bebidas alcohólicas muestra que la probabilidad de estar envuelto en un accidente de tránsito se incrementa correlativamente al ratio de concentración de alcohol en la sangre (ver Borkenstein, 1974). Así, los mayores niveles de intoxicación inducidos por la sustitución intertemporal de consumo de alcohol pueden llevar a mayor cantidad de accidentes. Así, aunque el costo social de beber se puede reducir durante los periodos regulados, el costo social en los periodos desregulados adyacentes puede consecuentemente incrementarse inclusive en una cantidad mayor”²⁹.

Así, estos tres puntos demuestra que las prohibiciones temporales al consumo de alcohol:

- a) No necesariamente reducen externalidades en las horas reguladas, ya que los efectos del alcohol se producen luego de haberse ingerido.
- b) No reducen los niveles de intoxicación, sino que mas bien los incrementan.
- c) Podrían tener el efecto de incrementar la ocurrencia de accidentes de autos.
2. Sustitutos espaciales

Dado que la norma no se aplica de manera uniforme en todas las jurisdicciones, ni en diferentes tipos de locales, uno podría suponer que las personas que comiencen a tomar en un lugar donde exista la limitación temporal, podrían trasladarse para seguir bebiendo en otro donde dicha prohibición no exista u otro local con un horario de prohibición distinto.

En el caso de las prohibiciones al consumo de tabaco en lugares abiertos al público, se ha demostrado el impacto de esto en la ocurrencia de accidentes automovilísticos en estado de ebriedad (tomando en cuenta la complementariedad entre el tabaco y el alcohol)³⁰. La lógica es aplastantemente simple: personas tomaban y luego salían a buscar un cigarro para complementar el consumo de alcohol. Al hacerlo, ya estaban alcoholizados y propensos a sufrir accidentes de tránsito. Esto ha sido demostrado empíricamente en el estudio citado.

De similar manera, las personas van a tomar en el local “x” hasta que dejen de vender alcohol, luego irán alcoholizados a otros lugares donde no exista la prohibición. Al hacerlo, habrá más gente expuesta manejando ebria.

²⁸ BOYES, William y Roger FAITH. “Temporal Regulation and Intertemporal Substitution: The Effect of Banning Alcohol at College Football Games”. En: *Public Choice* 77. 1993. p. 606. Traducción libre de: “(...) regulations that interrupt the normal timing of consumption shift at least a portion of that consumption into non-regulated periods. For many goods, that shift may be desirable, or, simply such regulation-induced shifts may not matter. In the case of alcohol, such regulation-induced shift may not be socially harmless since intoxication in the non-regulated periods is likely to increase. In this paper we have shown that a regulation designed to reduce the negative externalities from consuming alcohol may have simply shifted the externalities to other periods. While we can-not show that the total consumption of alcohol changed as a result of the ban, we have produced evidence that intoxication has increased. (...)”.

²⁹ BOYES, William J. y Roger L. FAITH. Op. cit. p. 607. Traducción libre de: “Statistical studies of drinking and driving show that the probability of being involved in a traffic accident increases at an increasing rate with blood alcohol concentration (see Borkenstein et al., 1974). Thus, the higher levels of intoxication induced by inter-temporal substitution of alcohol consumption could lead to more accidents. So even though the social costs of drinking may be reduced during the regulated period, social costs in the surrounding unregulated periods may conceivably rise by an even greater amount”.

³⁰ ADAMS, Scott y Chad COTTI. “Drunk driving after the passage of smoking bans in bars”. En: *Journal of Public Economics* 92. 2008. pp. 1288-1305. En: <http://pdfcast.org/pdf/drunk-driving-after-the-passage-of-smoking-bans-in-bars>

3. Productos sustitutos: el consumo de drogas como sustituto del alcohol

Otro ángulo no tomado en cuenta por los creadores de esta norma es que el consumo de drogas es un sustituto del alcohol. Se podría presumir, entonces, que el incremento del precio del alcohol o la prohibición del uso de alcohol, además de mercados negros, va a generar un incremento en el consumo de sus sustitutos.

Así, en un estudio publicado en una prestigiosa revista de la Universidad de Chicago, investigadores han sostenido que han: “(...) descubierto que permitir el acceso local al alcohol parece disminuir la incidencia de crímenes relacionados al consumo de droga. (...)”. Prosiguen señalando que “Cambios en la política de acceso al alcohol para permitir la venta de alcohol disminuyen la mortalidad asociada a la droga”.

Finalmente, concluyen que: “Aparentemente, regulaciones de conductas consideradas inmorales llevan a importantes y contra-productivas consecuencias no previstas, debido a otros comportamientos que desvían los efectos esperados”³¹.

De manera similar, un estudio solicitado por el Gobierno inglés al prestigioso RAND Institute sostuvo que: “(...) Ha sido demostrado que los consumidores reducen el consumo del alcohol ante incrementos del precio; sin embargo, es posible que este dinero se invierta en otras sustancias. El incremento del precio puede convertir a otras sustancias en más atractivas y no tener, así, el efecto de reducir los daños en términos netos. En particular, si el consumo de otras sustancias puede causar igual o incluso mayor daño, entonces una consecuencia no prevista

sería que se mantengan los daños o que se incrementen”³².

Así, nuevamente, la norma no consigue su propósito, pues evitar el desorden público o mayores accidentes o criminalidad reduciendo el consumo de alcohol, puede —a su vez— aumentar todos estos indicadores por el incremento en el consumo de drogas.

C. El sub-test de necesidad: ¿existe alguna alternativa menos gravosa?

Las restricciones al consumo de alcohol podrían ser clasificadas como medidas “indirectas” en relación con los propósitos que intentan conseguir. Así, a las autoridades no les importa realmente si las personas toman más o menos, sino que lo que realmente les importa es que realicen menos actividades socialmente indeseables, como conducir en estado de ebriedad, alterar el orden público u otros tipos de delitos o faltas.

Resulta claro, entonces, que si lo que se pretende evitar o disminuir son esas conductas, una manera más “directa” de hacerlo es precisamente incrementando las sanciones por la realización de dichas conductas.

Esas medidas “directas” serían menos gravosas en la medida en que restringirían en menor medida derechos de las personas, al restringir solo actividades que ya son consideradas ilícitas (beber o comprar alcohol no son actividades ilícitas). Por esto mismo, dichas medidas no distorsionarían tanto los mercados, produciendo las ineficiencias que hemos comentado y los efectos indirectos no deseados.

Por otro lado, es de notar que la norma bajo análisis intenta conseguir su propósito

³¹ CONLIN, Michael; PEPPER, John; y, Stacy DICKERT-CONLIN. “The Effect of Alcohol Prohibition on Illicit-Drug-Related Crimes”. En: *Journal of Law and Economics* 48. The University of Chicago. 2005. Traducción libre de: “First, we find that allowing local alcohol access appears to decrease the prevalence of crimes associated with illicit-drug consumption. (...). Changing an alcohol access policy to allow the sale of alcohol decreases drug-related mortality. Apparently, regulations on sinful activities lead to important unintended and possibly counteracting consequences for other deviant behaviors”.

³² HUNT, Priscillia; RABINOVICH, Lila; y, BAUMBERG, Ben. “Preliminary assessment of the economic impacts of alcohol pricing policy options in the UK”. RAND Technical Report. 2010. En: <http://www.homeoffice.gov.uk/publications/alcohol-drugs/alcohol/alcohol-pricing/economic-impacts-alcohol-pricing?view=Binary> Traducción libre de: “The Government’s objective of the pricing policies is to reduce harms. It has been demonstrated that consumers are likely to reduce alcohol consumption following an increase in prices; however, it is possible that this money is spent on other substances. The increased prices may make other substances more attractive and not have the overall effect of reducing harms. In particular, if consumption of other substances causes equal or greater harm, then an unintended consequence would be no change or an increase in harm”.

incrementando el precio del alcohol indirectamente. A saber, cada vez que uno impone este tipo de restricciones el efecto esperado es volver más “caro” realizar una determinada actividad. Por esto mismo, cuando pensamos en alternativas a esta norma, no podemos dejar de pensar en maneras alternativas de incrementar el precio.

En ese sentido, otra manera –más uniforme– de incrementar el precio del alcohol sería mediante el cobro de impuestos selectivos. De hecho, el alcohol ya paga más tributos y –además– está sujeto a prohibiciones a la publicidad. Así, se podrían incrementar los tributos, a fin de lograr exactamente el mismo efecto de incrementar el precio del alcohol, pero sin los efectos inesperados producto de prohibiciones temporales que –además– no se aplican de manera uniforme en un territorio.

D. El sub-test de proporcionalidad en sentido estricto: ¿la norma, en general, produce menos costos que beneficios?

1. Costos

En relación con los gobiernos locales, el costo equivale al dinero empleado para hacer cumplir esta norma, por ejemplo, fiscalización y procesamiento de las multas³³. Además, menor consumo de alcohol y mercados negros³⁴, traerían una disminución en el cobro de tributos.

En términos estrictamente económicos, sin embargo, lo anterior no representa costos –salvo por el costos de oportunidad (el dinero pudo ser utilizado en otras actividades más provechosas)–, sino solo redistribución de recursos. Los verdaderos costos se encuentran en los consumidores y en los vendedores: “La consecuencia directa de la prohibición es dañar a los consumidores y productores del producto. Los consumidores pierden

utilidad debido al incremento de precios y la sustitución por bienes que tienen menor valor para ellos. Los productores pierden ingresos y utilidad al aceptar ocupaciones con menores ventajas comparativas”³⁵.

Estas pérdidas, de manera indirecta, se traducen en disminuciones en indicadores generales de la economía, como el nivel de empleo. Uno esperaría que la disminución del consumo de cualquier producto, incluyendo el alcohol, debería traer perjuicios a dicha industria, los cuales se verían reflejados en disminuciones en el nivel de empleo de bares, discotecas, bodegas, grifos, etcétera.

2. Beneficios

Supuestamente, una norma como la analizada debería traer beneficios al internalizar el costo de realizar actividades que causan externalidades. Sin embargo, como hemos sugerido, es bastante probable que la norma comentada consiga el efecto exactamente inverso al previsto o –en el mejor de los casos– haga poco o nada en la dirección de internalizar las externalidades que supuestamente ocasionan la ingesta de alcohol.

E. Resultado

Luego de este repaso, podemos concluir que la norma analizada no pasa ninguno de los *sub-tests* que conforman el test de proporcionalidad. En efecto, la norma no consigue alcanzar su propósito; existen alternativas menos gravosas para la sociedad; y, los beneficios producidos no superan a sus costos en términos netos.

VIII. CONCLUSIONES

En estas pocas páginas hemos intentado dar una idea general sobre errores comunes a la hora de hacer proyectos de normas. En primer

³³ HUNT, Priscilla; RABINOVICH, Lila; y, Ben BAUMBERG. Op. cit.

³⁴ En ese sentido, Thornton señala que “The elimination or control of a particular economic activity produces profit opportunities that previously did not exist. These profit opportunities will likely disrupt the plans of bureaus and undercut the pursuits of regulators and government policymakers. The severity of the intervention will determine the extent of these new (blackmarket) profit opportunities. (...)”. THORNTON, Mark. “Economics of Prohibition”. Salt Lake City: University of Utah Press. 1991. p. 82. Disponible en: <http://mises.org/books/prohibition.pdf>.

³⁵ THORNTON, Mark. Op. cit. p 74. Traducción libre de: “The direct consequence of prohibition is to harm the consumers and producers of the product. The consumers lose utility because of the higher price and the substitution of goods of lower value. Producers lose income and utility by accepting occupations which differ from those dictated by their comparative advantage (...)”.

lugar, los motivos para regular muchas veces coinciden con demandas de la población, pero no están orientados a solucionar problemas económicos reales. En segundo lugar, la redistribución que es consecuencia de toda norma, muchas veces es confundida con costos o beneficios. Dado que el costo o beneficio que medimos es “social” y no “privado”, la redistribución es irrelevante. En tercer lugar, cuando la norma no importa gastos dinerarios directos por parte del Estado, se entiende que la norma no produce

costos. Esto es un error en dos sentidos. La disposición dineraria es solo redistribución, no costo. Además, una norma que no produce este tipo de distribución igual puede generar costos. En cuarto lugar, muchas veces se cree que las normas que lidian con temas como la vida o la salud no pueden ser analizadas usando valores. En quinto y último lugar, las normas son solo analizadas de manera superficial, donde un análisis más detallado y concienzudo, nos llevaría a apreciar sus costos ocultos y verdaderos efectos.

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN TIEMPOS NEOCONSTITUCIONALES

Eduardo Hernando Nieto*

El Análisis Económico del Derecho tiene como premisa a la eficiencia y a la libertad de las partes para determinar entre ellos la mejor manera de desenvolverse en el mercado. En contraposición, el neoconstitucionalismo le otorga un especial valor a los ideales éticos y morales como principios unificadores del ordenamiento jurídico. En ambos casos, se trata de privilegiar los valores de justicia y bienestar, pero estos difieren en su finalidad de acuerdo a la perspectiva que se utilice.

En ese sentido, el autor plantea su posición en relación al Análisis Económico del Derecho, que busca privilegiar la eficiencia bajo la noción de “mayor beneficio al menor costo”, siendo ésta la “respuesta correcta” como razonamiento jurídico; y, del mismo modo, afirma que las teorías neoconstitucionales se cimentan en la creencia de que también se puede llegar a una “respuesta correcta” en cada caso concreto, concluyendo en que la insuficiencia ética de ambas posturas imposibilita llegar a este ideal.

* Abogado. Doctor en Filosofía. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

I. INTRODUCCIÓN

Si se produjese una catástrofe natural, un sismo por ejemplo –como el que está pronosticado hace varios años para Lima– y se generara entonces una gran destrucción y al mismo tiempo una grave escasez de productos básicos, ¿sería dable que aquellos proveedores de alimentos por ejemplo como arroz o verduras, o aquellos que tuviesen en su stock miles de cajas de botellas de agua sin gas elevaran sus precios de manera significativa, por ejemplo cobrando 30 o 40 soles por una botella de agua que vale normalmente 1 o 2 soles?

Evidentemente, medidas de este tipo generarían no solamente el inmediato malestar de la población afectada sino que rápidamente exigirían al gobierno que tome las medidas correspondientes respecto a estos comerciantes que aprovechándose de la necesidad de los sobrevivientes al desastre buscarían incrementar sus ya buenas ganancias a costa del sufrimiento del pueblo.

El gobierno en su momento podría invocar a la justicia a fin de intervenir y corregir a costa de leyes tal acción de los comerciantes. Sin embargo, desde la perspectiva de los comerciantes una intervención en este sentido sería perniciosa e inclusive perjudicial para la población, pues al final la necesidad extrema haría que las personas que cuenten con recursos igual estarían dispuestas a pagar esa cantidad solicitada o aun más pero no sería el caso de aquellos que tienen menos recursos y que no podrían satisfacer sus deseos.

Quienes estarían del lado de los comerciantes más bien podrían señalar que el mantener los precios elevados en esta coyuntura beneficiaría a largo plazo a los menos favorecidos ya que al estar tan elevados los precios, esto sería un buen incentivo para que lleguen al lugar otros comerciantes –de zonas no afectadas por la catástrofe– con enormes cantidades de mercadería y esto generaría que paulatinamente los precios empiecen a caer progresivamente permitiendo de esta manera que más personas se beneficien (por la regla de la oferta y la demanda).

En síntesis, tanto los que abogan por la justicia (los que están a favor del control de precios) como los que defienden la libertad (quienes intentan incrementar sus ingresos) tienen aparentemente buenas razones para defender sus puntos de vista.

No obstante ello como señala el conocido filósofo político de la Universidad de Harvard Michael Sandel¹, no solamente se trataría aquí de un problema de la justicia enfrentada a la libertad (bienestar) sino más bien habría además una dimensión ética que podría evidenciarse en tales conductas, dice pues Sandel: “La codicia es un vicio, una mala manera de ser, en especial cuando lleva a que no se tenga en cuenta los sufrimientos de los demás. No es ya que sea un vicio personal; es que choca con la virtud cívica. En tiempos de tribulación una buena sociedad empuja unida. En vez de empeñarse en obtener un máximo provecho, los unos miran por los otros. Una sociedad donde se explota al prójimo para conseguir una ganancia económica en tiempos de crisis no es una buena sociedad. La codicia excesiva es, pues, un vicio que una buena sociedad debe desalentar si puede. Las leyes contra los precios abusivos no pueden abolir la codicia, pero sí pueden, al menos, restringir sus expresiones más desaprensivas y demostrar que la sociedad la desaprueba. Al castigar el comportamiento codicioso en vez de recompensarlo, la sociedad expresa su adhesión a la virtud cívica del sacrificio compartido por el bien común”².

Yo mismo hace ya muchos años compartía en un artículo de crítica hacia el análisis económico una lectura semejante, partiendo en este caso de un diálogo platónico no tan conocido como es el Hiparco, o del amor a la ganancia en donde aparecía la figura del “aprovechador” que iba a ser entendido en un doble sentido, por un lado desde el lado de lo bueno y por el otro desde el interés personal: “desde la filosofía entonces, la idea del provecho siempre está orientada por un fin o un propósito bueno, y esta noción implicaba finalmente que el provecho tenía que ver con lo sustantivo (valor o mérito) y no con lo material o cuantitativo, implicando además una mejoría que aproximaba más a los hombres al ideal de “buena vida”, que

¹ SANDEL, Michael. “Justicia ¿Hacemos lo que debemos?”. Barcelona: Debate. 2011.

² Ibid. p.16.

no era otra cosa que la realización de su naturaleza humana”³. En el otro sentido más bien, el aprovechador es aquél que buscaba obtener mayores ganancias inclusive como vimos en el ejemplo a costa del sufrimiento de otros y esto por la sencilla razón que al partir de un individualismo duro, su sensibilidad y sentido de compasión decrecía.

Sin embargo, en los últimos años se ha apreciado una tendencia muy marcada en el Derecho orientada a vincular a éste con la moral⁴, pero al hablar de moral se ha considerado sobre todo el concepto de moral crítica, es decir aquella que mejor se expresa en la llamada racionalidad práctica kantiana (la moral de los derechos individuales). En este sentido, podría considerarse que tal propuesta moral que tiene como eje el valor justicia, señalaría que si bien la justicia puede colisionar innumerables veces con la dimensión del bienestar (personal o colectivo), empero, en tales situaciones la regla indica que siempre la justicia ha de anteponerse al bienestar que sería la propuesta liberal igualitaria expresada en autores como John Rawls⁵ o Ronald Dworkin⁶, o en su otra modalidad podría llegarse en todo caso a la situación en la cual se tratará de ponderar en el problema concreto cuál valor es el que debería prevalecer: La justicia o el bienestar. En este último caso encontraríamos los aportes del conocido profesor alemán Robert Alexy⁷.

Este texto que presento aquí buscará entonces evaluar la realidad del Análisis Económico del Derecho y su afán por maximizar el bienestar (riqueza, eficiencia etc.) frente al desafío del no positivismo expresado en corrientes como la constitucional y su tesis de la vinculación necesaria y permanente entre el Derecho

y la moral⁸. En este sentido, plantearé las siguientes interrogantes a fin de poder aclarar mejor esta situación y arribar a alguna conclusión persuasiva.

- a) ¿Existe una relación necesaria y permanente entre el derecho y la moral?
- b) ¿Existe una relación entre el análisis económico del derecho y la moral?
- c) ¿Qué clase de relación se daría entre el análisis económico y la moral?
- d) ¿Existen respuestas correctas en el derecho?

A partir de estas interrogantes entonces desarrollaré mi argumentación para poder llegar a resultados más específicos entorno a estas dos corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo.

II. ¿EXISTE UNA RELACIÓN NECESARIA Y PERMANENTE ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL?

Desde que se planteó la posibilidad de establecer una ciencia del Derecho se entendió que ésta debería seguir los cánones planteados por la ciencia moderna, vale decir, distinguir claramente lo que corresponde al plano de los hechos y lo que compete al plano de los valores, así para la ciencia moderna los hechos serían objetivos mientras que los valores subjetivos.

Tal tesis dentro del terreno de la ciencia jurídica se plasmaría bajo la conocida distinción entre el Derecho y la moral, así el llamado positivismo metodológico afirmaría

³ HERNANDO NIETO, Eduardo. “¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 27. 1998. p.131.

⁴ Se denomina a estos enfoques no-positivistas o postpositivistas principialistas y han dado lugar a teorías del Derecho como la teoría constitucional y la teoría de la argumentación jurídica. Ver: GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico”. Madrid: CEC. 1998. Ver: GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “Criaturas de la Moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos”. Madrid: Trotta. 2009.

⁵ RAWLS, John. “La Teoría de la Justicia”. México D.F.: FCE. 1975.

⁶ DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”. Barcelona: Ariel. 1984.

⁷ ALEXY, Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Lima: Palestra. 2007. Ver también: ALEXY, Robert. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tercera Parte. 2003.

⁸ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Para una teoría postpositivista del derecho”. Lima: Palestra. 2009.

que el método que propone el positivismo para acercarse al conocimiento del derecho sería pues el método científico⁹ y de esta forma se seguiría que lo que pretende la ciencia jurídica no es otra cosa que la descripción pormenorizada de su objeto de estudio, siendo el caso que el objeto de estudio sería un objeto estático como el sistema normativo por ejemplo. Además para realizar una descripción del mismo no sería necesario determinar si es o no valioso desde un punto de vista moral¹⁰.

Así pues, la tesis de la separación ha estado ligada por muchos años al positivismo y su negativa a poder hablar de objetividad o verdad en el plano de los valores (los valores son subjetivos). Sin embargo, ya desde el propio positivismo se empezaría a cuestionar o por lo menos a plantear otras posibilidades de evaluación de la relación entre Derecho y moral.

Por ejemplo un autor asociado al positivismo como fue el profesor Herbert Hart, indicaba que la identificación del derecho dependería de una regla denominada *regla de reconocimiento* y dicha regla debía ser concebida como un hecho social, es decir, dependería en último caso de la aceptación colectiva, entendiéndose entonces que el Derecho podría empezar a orientarse al campo de la racionalidad práctica y su idea de corrección fruto de la aceptabilidad¹¹. En todo caso, esto sería también el punto de partida del hoy llamado “positivismo incluyente” que sostiene la tesis de la separación entre el Derecho y la moral pero lo matiza al afirmar que podría darse el caso que una norma requiera de la moral para su identificación, como señala recientemente el profesor

Himma, “(...) existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles, en los cuales los criterios morales de validez incluyen (o incorporan) principios morales”¹².

Precisamente, a partir de este positivismo incluyente cabría entonces afirmar la posibilidad de que exista algún sistema normativo cuya validez pueda depender de criterios morales. En los actuales momentos tal sistema normativo sería el Estado Constitucional de Derecho que sostiene justamente este requisito de compatibilidad entre las normas jurídicas y los principios constitucionales, pasándose entonces a una tesis opuesta a la planteada por los positivistas, a saber, entre el derecho y la moral existe una relación necesaria y permanente.

Tal tesis de la vinculación necesaria y permanente entre el Derecho y la moral parte del reconocimiento de que el Derecho hoy ya no se lo considera un simple objeto (una estructura normativa) sino más bien se lo concibe como una práctica interpretativa (diría Ronald Dworkin) o una actividad persuasiva (según Perelman) o quizá una actividad discursiva (Alexy). El caso es que se trataría de un saber práctico orientado a encontrar la corrección de su desempeño, ciertamente, esto es lo que hace que el Derecho requiera ahora contar con un contenido, pues de este dependería sustancialmente su aceptabilidad y persuasión.

Esta perspectiva es la que ahora recibe el nombre de teoría pospositivista o no positivista del Derecho, incluyéndose entre estas teorías a la teoría constitucional y a la teoría de la argumentación jurídica como dos buenos ejemplos de ella¹³.

⁹ BOBBIO, Norberto. “El problema del positivismo jurídico”. México: Fontamara. 2009. p. 47. Dice Bobbio: “En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es aquél que asume frente al derecho una actitud valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v. gr.: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor correspondencia con cierto sistema de valores”.

¹⁰ Tesis de la neutralidad. Ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La Argumentación en el Derecho”. Lima: Palestra. 2005. p. 228.

¹¹ HART, Herbert. “El Concepto del Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 1992.

¹² HIMMA, Kenneth. “Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. p. 23. Existe ciertamente un debate abierto en la teoría positivista respecto a si es que puede o no existir un sistema normativo cuya validez podría depender de un criterio moral. El positivismo incluyente (originado por Hart y con seguidores como Waluchow, Coleman, etc.) sostiene la tesis de la vinculación contingente entre el Derecho y la moral mientras que el positivismo excluyente (Raz, Marmor, etc) afirman todo lo contrario. Ver: ORONESU, Claudina. “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente” En: Anal. Filos 27. Buenos Aires. 2007.

¹³ HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?”. En: Gaceta Constitucional 7. 2008.

Tras las experiencias nefastas de la segunda guerra mundial y los problemas que se suscitaron tras ésta, se generó una corriente importante que cuestionaba la neutralidad valorativa (ligada al positivismo) y que más bien trataba de devolverle objetividad a los valores¹⁴ a fin de evitar que pudiesen volver experiencias que podrían atentar contra las libertades individuales y la tolerancia.

El Derecho entonces ahora ya no sería solamente conocido como un sistema normativo (formal), sino como práctica orientada por principios los cuales constituirían –según la teoría constitucional– una moral de derechos individuales. El Derecho, entonces, se convierte en una suma de reglas, principios y procedimientos¹⁵.

A partir de este enfoque el Derecho también podría interpretarse como una técnica orientada a la solución de problemas prácticos (Atienza) y dependerán en último término de la aceptación que goce la respuesta propuesta (lógicamente si se trata de personas racionales la mejor respuesta será aquella que el colectivo de personas razonables considere correcto).

Así pues, el Derecho comienza a vincularse con los derechos pero no son los con los clásicos derechos individuales vinculados directamente con la libertad (los llamados derechos civiles y políticos) sino también con derechos ligados a la dimensión de bienestar y que apuntan a la búsqueda de la igualdad, es decir, aquellos que luego serán considerados como de segunda y de tercera generación.

En realidad, todos estos derechos se fundamentan en las dos grandes tradiciones morales que han estado presentes en la modernidad y en el desarrollo del liberalismo, la moral utilitarista (consecuencialista) y la moral kantiana¹⁶.

La primera que tuvo representantes desde fines del Siglo XVII y durante el Siglo XIX, en autores como Jeremías Bentham y John Stuart Mill, consideraba que era posible defender los principios liberales a partir de la maximización del bienestar general, esto a partir de las elecciones personales, partiendo por ejemplo de máximas tan conocidas como la señalada por Mill: “(...) la única libertad que merece tal nombre es la libertad de buscar cada quien la felicidad a su manera”¹⁷, o la frase orientada a maximizar la felicidad del mayor número de personas asociada al pensamiento de Bentham. Ciertamente, una de las cosas favorables de esta corriente ha sido el hecho que la maximización de la utilidad no requiere de estar juzgando las preferencias valorativas de las personas, solo se trataría de agregarlas. Sin embargo, en aras de incrementar el bienestar colectivo bien podría ser dable el colocar una minoría como objeto al servicio del interés de la mayoría (el conocido ejemplo de los gladiadores en el circo romano que divierten al público que colma el coliseo sería un caso elocuente de esto).

Justamente ante esta debilidad, que evidenciaría que el utilitarismo no tomaría muy en serio todos los derechos de los individuos, es que se basa la crítica planteada por Kant: “Los principios empíricos tales como la utilidad son incapaces de servir como base de la ley moral. Una defensa completamente instrumental de la libertad y los derechos no sólo deja vulnerables a los derechos, sino falla al no respetar la dignidad inherente de las personas. El cálculo de los utilitaristas trata a las personas como medios para la felicidad de otros”¹⁸.

El modelo kantiano apelará más bien a la defensa de los derechos individuales, a tomar en serio estos derechos (como diría Ronald Dworkin) siendo el caso de que existirían determinados derechos que no podrían ser derrotados bajo ningún concepto, mucho

¹⁴ Es interesante anotar que esta perspectiva fue asumida por académicos de distintas tendencias ideológicas desde el conservadurismo de Leo Strauss (Derecho Natural e Historia), el liberalismo de Isaiah Berlin (Dos conceptos de Libertad) o más adelante el liberalismo igualitario de Jürgen Habermas (Teoría de la Acción Comunicativa). También otro académico ligado a esta perspectiva orientada a la devolución de objetividad a los valores fue el filósofo del Derecho Chaim Perelman (La Nueva Retórica) y finalmente tenemos a Robert Alexy (Teoría de la Argumentación Jurídica).

¹⁵ ALEXY, Robert. “El Concepto y la Validez del Derecho”. Barcelona: Gedisa. 1994.

¹⁶ SANDEL, Michael. “Liberalism and its critics”. Oxford: Blackwell. 1992. p. 2.

¹⁷ MILL, John Stuart. “Sobre la Libertad”. Madrid: Alianza. 1970.

¹⁸ SANDEL, Michael. “Liberalism”. Op. Cit. p. 3.

menos la defensa del bienestar general o el interés de una mayoría¹⁹. En conclusión, tanto la ética teleológica o consecuencialista (utilitarismo) como la ética deontológica (moral kantiana) han estado enfrascadas en un debate permanente respecto de cual resulta siendo la mejor concepción de racionalidad práctica. Veamos ahora como este debate se relaciona con el avance del análisis económico del derecho y su crítica actual.

III. ¿EXISTE UNA RELACIÓN ENTRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA MORAL?

Según señalan algunos académicos, el Análisis Económico del Derecho no está alejado de la temática de la justicia y de la equidad, precisamente si se trata de considerar que lo que se busca es realizar una distribución eficiente de distintos bienes; entonces es posible pensar que cabría tal posibilidad, ¿Cómo podríamos llamar injusticia o inmoralidad a una conducta que busca llevar adelante la mejor distribución ante el panorama –nada aliciente– de la escasez de bienes?

Dice así Albert Calsamiglia: “Pero una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe de asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarras recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa. La eficiencia –entendida como el mayor beneficio con el menor costo– podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa”²⁰.

Sin embargo, complementaba el ya desaparecido profesor Calsamiglia, “(...) aunque evidentemente no es el único ni quizá el más importante”²¹.

Lógicamente, si se considera ciertos los presupuestos de los que parte el Análisis Económico del Derecho, en el sentido de afirmar que los bienes son escasos y que los individuos son sujetos racionales maximizadores (presupuestos de la denominada economía neoclásica) entonces es posible sostener que la justicia empieza por la conducta más eficiente capaz de sacar el mejor provecho al bien y que de esta manera aproveche también al resto de la sociedad²².

Claro, en todo caso hay enfoques desde la llamada “Teoría de los juegos” en los que se podría encontrar contraejemplos de tal aseveración; es decir, que en determinadas condiciones un sujeto racional buscando satisfacer su interés personal pueda no sólo causarse un perjuicio a si mismo sino también a los demás²³.

Hay a su vez otro aspecto de los enfoques de mercado que podrían también llevarnos a pensar en la relación entre análisis económico y la justicia. Éste se podría dar también a partir de una conocida teoría desarrollada a fines del siglo pasado por un profesor de la Universidad de Harvard llamado Robert Nozick, cuya tesis calificaría como la de una concepción de justicia libertaria²⁴.

Básicamente un libertario consideraría fundamental el derecho de propiedad y propondría una concepción de justicia no pautada, es decir, sostendría la tesis de que no

¹⁹ Éste es el sentido que le otorga el profesor Ernesto Garzón Valdés al concepto “Coto Vedado”, que implica el conjunto de derechos que no pueden ser modificados o negociados aunque se trate de la preferencia de una mayoría. Ver: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Representación y Democracia”. En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 6. Madrid. 1989.

Por su parte, Carlos Santiago Nino consideraría que tales derechos serían el de Dignidad, Autonomía e Inviolabilidad de la Persona Ver: NINO, Carlos. “Ética y Derechos Humanos”. Barcelona: Ariel. 1989.

²⁰ CALSAMIGLIA, Albert. “Racionalidad y Eficiencia del Derecho”. México: Fontamara. 1997. p. 28.

²¹ *Ibidem*.

²² La llamada economía de bienestar que sostiene que en un espacio de mercado y allí donde existan personas egoístas sus acciones interesadas los llevarán involuntariamente a generar un bienestar para todos, esto gracias al ardid de la llamada “mano invisible” según el original término acuñado por Adam Smith. Ver: SMITH, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”. México: FCE. 1997.

²³ Esto se da principalmente a través del famoso caso del dilema del prisionero en donde se llega a conclusiones irracionales a partir de un punto de partida racional. Ver: CALSAMIGLIA, Albert. Op. cit. p.50.

²⁴ NOZICK, Robert. “Anarchy, State, and Utopia”. Oxford: Basil Blackwell. 1990. Ver: BARRY, Brian. “On Classical Liberalism and Libertarianism”. London: MacMillan. 1986.

existe ninguna regla racional que pueda llevar adelante una distribución justa de bienes, en la medida que no existiría ninguna regla que tendría tal capacidad y competencia (esto, por la sencilla razón de que una regla así tendría que apelar a un conocimiento de la totalidad del mundo y no existiría la capacidad humana para alcanzar tal conocimiento; dicho sea de paso, esta tesis provendría de la llamada ilustración escocesa y del empirismo). Así pues, ante la ausencia de una pauta racional que pueda cumplir con tal fin, Nozick señala que la única regla válida sería aquella que indique que “lo que se adquiere con justicia se transfiere con justicia”²⁵, es decir, que solamente a través de la distribución que propone el mercado cabría hablar de una distribución justa.

Ahora bien, lo interesante con la tesis defendida por el profesor Nozick (que la elaboró a modo de crítica al –ya en ese momento famoso– libro de John Rawls, “Teoría de la Justicia”) es que su intención apuntaba, al igual que en la concepción de justicia liberal (Rawls), a afirmar sobre todo la dignidad de las personas; es decir, que si se garantizaba el funcionamiento del mercado sin interferencias o intervenciones del Estado (por ejemplo a través de una política redistributiva), entonces se podría asegurar la defensa de la dignidad y la autonomía individual²⁶.

Así, entonces, para Nozick el medio era el mercado pero el fin eran los derechos individuales (moral kantiana), coincidiendo en ese sentido con la propuesta de los liberales. En otras palabras, lo que sostendría en el fondo esta concepción libertaria sería que no habría ninguna incompatibilidad entre el bienestar y la justicia ya que a través del bienestar que genera el mercado se alcanza la justicia (entendida como la satisfacción de la autonomía individual y la consecuente protección a la dignidad).

IV. ¿QUÉ CLASE DE RELACIÓN SE DARÍA ENTRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO Y LA MORAL?

Por todo lo expresado, parecería claro el sostener que entre la moral y el análisis

económico existe una relación directa y permanente; sin embargo, como ya lo señale en otro pasaje de este texto, existen serias dudas respecto al éxito de esta vinculación entre la justicia y la economía de bienestar, pues como dije al inicio, la famosa tesis del incremento del bienestar general a través de la maximización del interés personal ya había sido cuestionada desde la teoría de los juegos (dilema del prisionero²⁷).

Por otro lado, si quisiéramos evaluar este punto de manera más directa y cercana, podríamos tomar como ejemplo el caso del transporte público en la ciudad de Lima, definitivamente un sistema caótico e ineficiente, y lo peor, capaz de poner en serios riesgos derechos fundamentales como la vida, integridad física, entre otros; como lo indica un especialista en el tema: “Las políticas de transporte desarrolladas en América Latina durante las últimas décadas, consistentes fundamentalmente en la promoción de la movilidad individual y en la liberalización del transporte colectivo, han tendido a potenciar el transporte privado, invirtiendo en él grandes insumos, y a abandonar la gestión pública y, sobre todo, el subsidio del transporte colectivo”²⁸. Por supuesto, el argumento de estos autores iba además por el tema de la exclusión social que genera un transporte público deficiente que limita la movilidad de las personas que menos recursos tienen al dejar toda la movilidad en manos del sector privado.

Sin embargo, lo más importante para mi argumentación en todo caso resulta siendo la negación categórica de la tesis de la economía del bienestar, es decir, el que cada persona al actuar buscando satisfacer su interés personal produce involuntariamente un incremento en el bienestar general.

Lógicamente en este caso concreto ocurre todo lo contrario, ya que al buscarse el provecho personal (por ejemplo las combis que hacen “carreras” para ganar más pasajeros o se pasan una luz roja) se saturan las vías, se arriesga la vida de los pasajeros y transeúntes,

²⁵ NOZICK, Robert. Op. cit. p. 151. “Whatever arises from a just situation by just steps is itself just”.

²⁶ KYMLICKA, Will. “Contemporary Political Philosophy”. Oxford: Oxford University Press. 1990. pp. 124-125.

²⁷ CALSAMIGLIA, Albert. Op. cit.

²⁸ CEBOLLEDA, Angel y Pau AVELLANEDA. “Equidad social en movilidad: Reflexiones en torno a los casos de Barcelona y Lima”. En: Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales 12. 2008. p. 270.

se descuida el mantenimiento de los vehículos, entre muchas otras cosas; aunque, en esta situación los seguidores del análisis económico pueden responder indicando, por ejemplo, que antes de la liberalización del transporte, las personas no encontraban vehículos para movilizarse, o iban muy apretados e incómodos. Más recientemente, uno de los que apuestan por esta corriente ha recomendado la privatización de las calles a modo de evitar el caos vehicular: “Si las calles tuviesen dueño, tendríamos que pagar por usarlas. Ello racionaría su uso. Los precios subirían en las horas punta, motivando a la gente a conducir a otras horas o a compartir autos o a usar más transporte público masivo que ocupe menos espacio y reparta el mismo costo entre varios. Los precios racionarían el tránsito”²⁹.

El texto del profesor Bullard, parte de la famosa “tragedia de los comunes”, que sostiene que allí donde no se delimita y define la propiedad particular, las personas tratarán de aprovecharse de aquel bien que no tiene titular y rápidamente el recurso se agotará por el excesivo consumo (esa sería la tragedia en sentido estricto).

Obviamente que pensar en una lotización de las calles y un cobro de una suerte de peaje por transitar en ella implicaría –según Bullard– que la congestión disminuiría y la calle estaría en mejores condiciones; sin embargo, podría ser que mucha gente no tuviese elección para dejar de transitar por una calle (por razones de trabajo, estudios, etc.), y sin existir medios de transporte masivos no parecería ser una solución, o en su defecto generaría muchos más costos para los ciudadanos.

A pesar de la crítica a esta posición, se percibe empero lo que ya había adelantado, el análisis económico apunta a lograr la justicia por medio del bienestar (mercado, asignación de titularidades), es decir, para el análisis económico el medio es la eficiencia económica, pero el fin es la salvaguarda de los derechos individuales (justicia), esto es, el mismo fin que persigue el constitucionalismo contemporáneo.

V. ¿EXISTEN RESPUESTAS CORRECTAS EN EL DERECHO?

Al inicio del texto mostraba, a través del profesor Michael Sandel, la relación por demás bastante problemática entre la justicia y el bienestar, la misma que podría plantearse también en el lenguaje de la teoría legal contemporánea como la tensión entre el constitucionalismo (contemporáneo) y el Análisis Económico del Derecho. A pesar de ello, entre ambos términos podría existir una relación positiva –al menos desde un punto de vista conceptual– al poder afirmarse que no podría haber justicia sin bienestar³⁰ o que el bienestar (eficiencia) nos conduciría hacia la justicia.

Sin embargo, decirlo con palabras suena bastante mejor que en los hechos prácticos cuando nos enfrentamos a casos concretos en donde pueden entrar fácilmente en conflicto cada uno de ellos.

El constitucionalismo tradicionalmente ante estos dilemas había tomado rápidamente partido por la justicia anteponiéndola al bienestar en la solución del caso difícil.

Una muestra de este enfoque podría ser la tesis del profesor de la Universidad de Nueva York, Ronald Dworkin, en la cual se considera que en un caso difícil (por ejemplo uno que enfrente un derecho concreto frente a una preferencia colectiva), la única respuesta correcta sería fallar a favor del derecho concreto; el interés personal (contingente) no puede afectar a los principios de justicia, dice Dworkin: “La actitud del Derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo es colocar al principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a los proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el Derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener”³¹.

²⁹ BULLARD, Alfredo. “Vacas y Combis”. En: Diario el Comercio. 9 de Junio de 2012.

³⁰ Inclusive en este aspecto, constitucionalistas liberales igualitarios como Rawls y Dworkin considerarían que es bueno que la economía crezca para contribuir a alcanzar la justicia aunque siempre sin vulnerar derechos individuales concretos (Justicia).

³¹ DWORKIN, Ronald. “El Imperio de la Justicia”. Barcelona: Gedisa. 1992. p. 290.

Dworkin considera entonces que el derecho tiene un sentido (dado por los principios), y que este apuntaría a establecer una sociedad libre e igualitaria (liberal igualitaria). Esto se convierte en la clave de su discurso en la medida que al abocarse al análisis de un caso concreto, el juez *dworkiano* (Hércules) tendrá que considerar la respuesta que mejor maximiza tal fin y esa será calificada como la única respuesta posible, así por ejemplo si un líder de una agrupación como los Boy Scouts es despedido por ser homosexual y plantea una demanda de reposición entonces el Juez Hércules que sigue la tesis de la “lectura moral del Derecho” (o la Constitución, que para el caso sería lo mismo), consideraría que las convicciones de las mayorías o el interés general no podría vulnerar un derecho concreto como el de ser tratado con igual consideración y respeto; en este sentido, solamente cabría fallar en favor del demandante.

Por su parte, Robert Alexy, el otro importante representante de la corriente constitucionalista actual, aparentemente propondría una solución diferente, menos dura respecto al bienestar y pudiendo considerar la opción de la ponderación entre la justicia y el bienestar atendiendo también al caso concreto³². No obstante, este matiz importante respecto a la tesis inflexible de Dworkin, habría que tener cuidado de no hacer juicios tan categóricos con respecto a las diferencias entre él y Alexy. El profesor Alexy siguiendo los cánones del liberalismo contemporáneo considera que existe ciertamente este “coto vedado” no negociable que involucra conceptos como el de dignidad, por ejemplo, y que nunca podría ser subordinado al bienestar o el interés público³³, dice Alexy: “Quisiera sostener que bajo estas condiciones y bajo el presupuesto del interés en la corrección, determinados derechos humanos pueden resultar discursivamente necesarios y su negación discursivamente imposible. Entre ellos se cuentan, por lo menos el derecho a la vida y a la integridad física y, además los derechos a la personalidad, a la libertad básica de acción, a la libertad de religión, de opinión y de reunión, de ejercicio de la profesión y de propiedad, al tratamiento básico igual y a la participación en el proceso de formación de la voluntad política. Además, probablemente entre estos derechos sociales fundamentales mínimos, tales como el derecho a un mínimo vital”³⁴.

En este sentido, se podría considerar entonces que el método de la ponderación podría estar limitado a casos fáciles (en donde en teoría no se requeriría de la ponderación) pero en los casos difíciles se seguiría manteniendo la prioridad de la justicia sobre el bienestar, llegándose a afirmar la posibilidad de encontrar una única respuesta correcta (aunque esto no lo aceptase el profesor Alexy).

Finalmente, respecto a la ponderación llama también la atención que en su vertiente anglosajona (el llamado *balancing*), pueda identificarse su origen en las corrientes sociológicas del derecho y en la tradición realista y pragmatista norteamericana. Justamente, desde mediados del Siglo XX, el instrumentalismo que considera al Derecho como un medio para satisfacer intereses sociales había avanzado en los Estados Unidos y más o menos de esa época datan también los orígenes de la ponderación, siendo que la ponderación sería un resultado lógico del desarrollo del instrumentalismo y el pragmatismo³⁵.

Para concluir, tenemos al análisis económico que nos dice que la respuesta correcta al caso será siempre la respuesta más eficiente

Para concluir, tenemos al análisis económico que nos dice que la respuesta correcta al caso será siempre la respuesta más eficiente

³² Ver: ALEXY, Robert. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. También, el concepto y la validez del Derecho”. Barcelona: Gedisa. pp. 179-208. Es decir, que podría darse un caso en donde la justicia sea la regla y el bienestar la excepción, pero también podría ser a la inversa, es decir, que la regla sea el bienestar y la excepción la justicia.

³³ Para una crítica a la ponderación. Ver: BEADE, Gustavo y Laura CLERICO. “Desafíos a la Ponderación”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. También para un análisis de la ponderación y el neoconstitucionalismo. Ver: CARBONELL; Miguel y Leonardo GARCÍA JARAMILLO. “El Canon Neoconstitucional”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

³⁴ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 154.

³⁵ “La ponderación está relacionada con el enfoque que consideraba que el Derecho estaba lleno de medios para un fin y demandaba un escrutinio particularizado y contextual de los intereses sociales en juego en una controversia constitucional.” ALEINIKOF, Alexander. “El Derecho Constitucional en la era de la ponderación”. Lima: Palestra. 2010. p. 47.

desde el punto de vista económico, aunque la eficiencia pueda calificarse de distintas maneras (maximización de la felicidad, maximización de la riqueza, óptimalidad de Pareto, etc.), coincidiendo entonces con su rival el constitucionalismo afirmarían también que es posible encontrar siempre la respuesta adecuada al caso³⁶.

Vemos entonces que tanto el constitucionalismo cuanto el Análisis Económico del Derecho podrían coincidir en dos cosas concretas, a saber, su identificación con un mismo fin, esto es, la defensa de los derechos individuales (autonomía, dignidad, etcétera) y la tesis de la única respuesta correcta al caso difícil (aun cuando la ponderación de Alexy pretenda decir generalmente otra cosa); es más, podemos considerar que en su raíz la ponderación está en deuda con el instrumentalismo y la satisfacción de intereses personales.

Al comenzar a redactar este texto traje a colación el caso de una emergencia en la cual se encontraban personas tratando de aprovecharse de la circunstancia a través del incremento de los precios a fin de obtener una mayor ganancia. Empero, en el análisis no quedaba del todo claro si es que la defensa de la justicia era mejor que la defensa del bienestar y de la libertad de comercio o

viceversa. No obstante ello, sí había un punto destacado en la lectura de Sandel respecto a que la actitud del que busca enriquecerse en una situación de catástrofe puede encontrar argumentos favorables en el campo jurídico y político mas no necesariamente en el ético.

En este sentido, podría pensar que tanto el neoconstitucionalismo cuanto el Análisis Económico del Derecho al estar asociadas a perspectivas individualistas en el fondo, dejan de lado claramente este componente ético³⁷ que subyace la tesis de Sandel y que comparto.

Más que tratar de evitar males se trata de hacer bienes y el problema con estas dos visiones del derecho contemporáneo es que se ubican en la tarea preventiva antes que en una dinámica positiva. Esta realidad se debe indudablemente al compromiso que tienen ambas corrientes con el individualismo moderno, y que los lleva como vimos a sostener la tesis —a mi modo de ver, equivocada— de que siempre es posible en el Derecho alcanzar una respuesta correcta, lógicamente sin el compromiso ético que asume una noción densa de bien³⁸ difícilmente se podría hablar de corrección o de encontrar una respuesta correcta al caso concreto, en esto finalmente es que identificaría sus limitaciones y posibles errores.

³⁶ Por ejemplo, tenemos en el análisis económico el clásico Teorema de Coase que señala que independientemente de quien tenga derecho, la solución que tiene que buscarse es aquella que minimice el coste social.

³⁷ Y aquí planteo una distinción entre la moral y la ética, la primera que busca fundamentalmente evitar el mal y por eso su tarea es defender derechos y la otra que busca hacer el bien y tiene que ver más con obligaciones y compromisos políticos y ciudadanos.

³⁸ Me refiero a un compromiso duro con valores sustantivos. El Estado constitucional contemporáneo presenta una concepción tenue o blanda de valores precisamente para “respetar” la autonomía individual y permitir que se siga afirmando la idea de un Estado Neutral frente a las preferencias personales, esto obviamente también es compartido por el análisis económico del Derecho.

ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO*

Cass R. Sunstein**

En medio del boom del Análisis Económico del Derecho, surge una forma más pragmática de verlo y entenderlo: El Análisis Conductual, el cual reúne características tanto del Derecho cuanto de la Psicología, el estudio de la conducta humana. Así, observamos que el Derecho es capaz de ser abordado por una disciplina diferente a la economía, de manera que las interpretaciones al respecto circundan más el ámbito psíquico del sujeto de Derecho.

El autor logra reunir una vasta bibliografía en psicología experimental, básicamente dentro de la corriente del cognitivismo, para demostrarnos que cada decisión que toma un individuo, puede ser modulada psicológicamente por medio de la normativa, para cuya producción se necesita atender a estas consideraciones.

* El presente artículo tiene como título original "Behavioral Analysis of Law". Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por José Antonio Salgado Silva, miembro de la comisión de Actualidad Jurídica de THEMIS.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago. Distinguido con la mención de "Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor" por el mismo centro de estudios. Administrador de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios de los Estados Unidos de América desde setiembre de 2009 hasta agosto de 2012.

El futuro del análisis económico del derecho reposa sobre un nuevo y mejor entendimiento de las decisiones y la elección¹. En las últimas dos décadas, los científicos sociales han aprendido mucho acerca de cómo la gente toma decisiones². Gran parte de este trabajo requiere modelos de calificación de elecciones razonables³. Esos modelos muchas veces están mal en el sentido de que dan predicciones inexactas. Puede que los errores cognitivos y las distorsiones motivacionales alejen al comportamiento de la dirección anticipada; los programas normativos de elección racional no deben ser confundidos con los programas descriptivos⁴. Pero ello no significa que el comportamiento de la gente es impredecible, sistemáticamente irracional, aleatorio, libre de reglas, o ajeno a los científicos sociales. Por el contrario, las calificaciones pueden ser descritas, usadas y a veces incluso utilizadas como modelo. Esas calificaciones, y el entendimiento resultante de las decisiones y la elección⁵, están jugando un rol muy grande en muchos campos dentro de la economía y otras ciencias sociales.

Extrañamente, la investigación relevante aún debe encontrar un espacio significativo en el análisis económico del derecho⁶. Queda un vacío enorme por ser llenado. El vacío es especialmente importante para el análisis económico del derecho, el cual tiene que ver en gran parte con el comportamiento fuera del mercado. Es aquí donde las desviaciones al modelo convencional –generalmente concedido– ocurren con mayor frecuencia⁷.

Muchos trabajos de análisis conductual sugieren que las preferencias y los valores son a veces construidos, más que provocados, por situaciones sociales⁸. “Las preferencias observadas no son simplemente leídas de una lista maestra; en realidad son construidas a lo largo del proceso de provocación... Diferentes procedimientos de provocación resaltan diferentes aspectos de las opciones y sugieren heurísticas alternativas, las cuales dan lugar a respuestas inconsistentes”⁹. La gente generalmente no consulta un “menú de preferencias” independiente de donde seleccionar al momento de elegir;

- 1 Estos modelos a veces van bajo el nombre de investigación conductual o teoría de la decisión conductual.
- 2 Ver: THALER, Richard. “Quasi-Rational Economics”. Nueva York: Russell Sage Foundation. 1994; COLINSK, John. “Why Bounded Rationality?”. En: Journal of Economic Literature 34. 1996. Una buena colección es BAZERMAN, Max; TENBRUNSEL, Anne; WADE-BENZONI, Kimberly y David MESSICK. “Environment, Ethics and Behavior”. San Francisco: New Lexington Books. 1997.
- 3 Por supuesto que hay una gran controversia al especificar lo que un modelo de elección razonable requiere. Alguna de la evidencia que discuto muestra cómo reacciona la gente a la presencia de costos de decisión, y está lejos de ser irracional el tomar en cuenta estos costos. Desde que la violación de normas cuenta como un costo, podría ser enteramente racional considerar el efecto de las normas sociales en las elecciones. Es mucho menos importante debatir sobre la pregunta de si la evidencia muestra una violación de la “racionalidad” que ser lo más claro posible sobre cómo los seres humanos realmente se comportan; es esto último de lo que me ocupo.
- 4 Este es un tema prominente en el trabajo de Amos Tversky, tomando los “programas normativos” para referirse a ciertos aspectos de la teoría de la utilidad esperada; acá el énfasis de Tversky se centra en los errores cognitivos. Ver: TVERSKY, Amos. “Rational Theory and Constructive Choice”. En: ARROW, Kenneth; COLOMBATTO, Enrico; Periman, Mark y Christian SCHMIDT. “The Rational Foundations of Economic Behavior”. 1996.
- 5 Ver: KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. 1979; y, LOOMES, Graham y Robert SUGDEN. “Regret Theory”. 1982.
- 6 Gran parte de la investigación relevante es abarcada por información proveniente de experimentos y encuestas, y por tanto es posible preguntarnos si lo descubierto se aplica al mundo real. Y existe, por supuesto, la posibilidad de que los experimentos, particularmente en la forma de respuestas a cuestionarios, sean predicadores imperfectos del comportamiento. Para esta etapa, sin embargo, hay una base adecuada para concluir que los descubrimientos que describo son replicados en el mundo real; de hecho muchos de ellos se basan en evidencia del mundo real. Ver, por ejemplo, KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack y Richard THALER. “Experimental Tests of the Endowment Effect on the Coase Theorem”. En: Journal of Political Economy 98. 1990. Sobre la materia en general, ver CAMERER, Colin. “Individual Decision Making”. En: KAGEL, John y Alvin ROTH. “The Handbook of Experimental Economics”. Princeton: Princeton University Press. 1995. p. 587 y, THALER, Richard. “The Psychology and Economics Handbook”. En: Op. cit. p. 189.
- 7 Ver: las reveladoras observaciones al respecto en SHOGEN, Jason y Dermot HAYES. “Reply”. En: American Economic Review 87. 1997. p. 241. (Criticando las afirmaciones generales sobre los efectos de dotación pero reconociendo su importancia en escenarios ajenos al mercado).
- 8 Ver: SLOVIC, Paul. “The Construction of Preference”. 1995; TVERSKY, Amos. Op. cit.
- 9 TVERSKY, Amos; SATTATH, Shmuel y Paul SLOVIC. “Contingent Weighting in Judgment and Choice”. En: Psychological Review 95. 1998. p. 371.

las preferencias pueden ser el producto de un procedimiento, una descripción y un contexto determinado al momento de elegir. “Descripciones alternativas del mismo problema de elección llevan a preferencias sistemáticamente diferentes; procedimientos de provocación sistemáticamente diferentes dan lugar a elecciones distintas; y la preferencia entre x e y muchas veces depende de dónde fueron puestas al momento de ser elegidas”¹⁰. Lo que se ha aprendido de la conducta humana y la elección debe ser relacionado, tanto en el nivel teórico cuanto en el empírico, con el análisis del sistema legal.

Esto es así especialmente porque el sistema legal se encuentra permanentemente construyendo procedimientos, descripciones y contextos para llevar a cabo elecciones. Claro que el sistema legal crea procedimientos, descripciones y contextos conforme al curso de los litigios. Por ejemplo, las alternativas (elegidas para ser) puestas ante el juez o el jurado puede que sean de gran importancia; la responsabilidad o la condena que un argumento A refleje puede que dependa mucho de la naturaleza de los argumentos B, C y D¹¹. Con respecto a esto, las preferencias y valoraciones de los jueces y los jurados bien pueden ser construidas, no provocadas, por el sistema legal. Ciertamente esto se da para el pago de daños, respecto de los cuales pueden surgir problemas especiales¹², pero situaciones similares se sostienen fuera de la corte. La asignación de prerrogativas jurídicas, y la estructura creada para el intercambio (o la ajena al intercambio) por el Derecho, bien pueden afectar tanto a las preferencias cuanto a las valoraciones. De esta manera, el Derecho puede construir, más que provocar, preferencias internamente, afectando lo que sucede dentro de la corte, y externamente, al afectar lo que sucede en transacciones ordinarias, comerciales y no-comerciales.

Para propósitos del análisis, distinguiremos entre tres tipos de trabajo distintos: el positivo, el prescriptivo y el normativo. El

trabajo positivo tiene que ver, por supuesto, con predicciones. Si, contrariamente a lo que sucede en los supuestos convencionales, a la gente le disgustaran las pérdidas mucho más de lo que le gustan las ganancias equivalentes, las predicciones irían mal en la medida en que se apoyen en este tipo de supuestos. Como veremos en un momento, esto tiene implicancias importantes para el análisis positivo del Derecho, principalmente con respecto al Teorema de Coase.

El trabajo prescriptivo apunta a mostrar cómo es que la sociedad podría alcanzar metas compartidas; es éste uno de los propósitos centrales del análisis económico del derecho. Observemos las siguientes campañas de información, las cuales son consideradas equivalentes por el análisis convencional: (i) si utiliza métodos de conservación de energía, se ahorrará \$X al año; y (ii) si no utiliza métodos de conservación de energía, perderá \$X al año. Lo que tenemos es que la segunda campaña de información es bastante más efectiva que la primera¹³. Algunos aspectos del juicio humano, correctamente entendido, socava los modelos económicos convencionales sobre lo que podría ser mejor; ayudan a explicar, por tomar un ejemplo, precisamente por qué el slogan publicitario de servicio público “maneje con precaución, cuídese de los demás conductores” es particularmente ingenioso.

El trabajo normativo está referido a lo que el sistema legal debe hacer. Recientes investigaciones sobre el comportamiento humano desestabilizan algunos argumentos en contra del paternalismo en el Derecho. Ciertamente no hacen una defensa firme del paternalismo; sin embargo, apoyan una forma de anti-paternalismo. Si, por ejemplo, la gente utiliza dispositivos de análisis heurístico que conllevan a errores sistemáticos, su juicio acerca de cómo afrontar riesgos puede que esté muy mal concebido¹⁴. Si la gente es ilusamente optimista, puede que asuma riesgos a causa de una creencia fácticamente falsa de su propia relativa inmunidad al

¹⁰ TVERSKY, Amos. Op. cit. p.186.

¹¹ Ver abajo.

¹² Ver abajo.

¹³ Ver: ARONSON, Elliot. “The Social Animal”. Sexta edición. 1996. pp. 124-125.

¹⁴ Así, la literatura sobre análisis heurístico y sesgos ayuda a respaldar el análisis en BREYER, Stephen. “Breaking the Vicious Circle”. 1993. (Favoreciendo las evaluaciones tecnocráticas del riesgo).

daño, incluso si están muy al tanto de de los hechos estadísticamente comprobados. Y si las elecciones de las personas se basan en juicios incorrectos respecto de su experiencia post elección, habría razón para cuestionar si el respeto por las elecciones, a raíz de las elecciones incorrectas, es una buena manera de promover utilidad o bienestar. Ninguno de estos argumentos hace una defensa firme del paternalismo legal, menos aun cuando los burócratas pueden estar sometidos a las mismas distorsiones cognitivas y motivacionales que todos¹⁵. Pero lo que sugieren es que las objeciones al paternalismo deberían ser más empíricas y pragmáticas, apuntando a la posibilidad de educación y a la posible falla de una respuesta gubernamental, en lugar de serlo *a priori* por su naturaleza.

Ahora déjenme ofrecer algunos detalles, trazando los principales hallazgos¹⁶ que

emergen de la investigación conductual, y mostrando cómo es que se sostiene en el trabajo positivo, prescriptivo y normativo en el derecho¹⁷.

I. AVERSIÓN A LA PÉRDIDA

La gente muestra especial aversión a las pérdidas¹⁸. Se encuentra más disgustada frente a las pérdidas, que satisfecha con las ganancias equivalentes —en términos generales, doblemente disgustada. En contra de lo planteado por la teoría económica, la gente no trata a los costos menores y a los costos de oportunidad como si fueran equivalentes.

La aversión a la pérdida tiene implicancias importantes para el análisis positivo del Derecho. Significa, por ejemplo, que el Teorema de Coase se encuentra equivocado en un aspecto¹⁹. El Teorema está mal, ya que la

¹⁵ Ver: VISCUSI, Kip. "Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk". Oxford: Oxford University Press. 1993. pp. 138-146.

¹⁶ La discusión es ilustrativa, no exhaustiva. Otros ejemplos son abundantes. Por ejemplo, la gente aparenta no ignorar los costos irre recuperables. Ver: THALER, Richard. Op. cit. pp. 11-13 y 148-149. Este argumento se sostiene en predicciones sobre el comportamiento de las partes en un contrato. Ni tampoco propongo una discusión exhaustiva de los efectos estructurales. Por ejemplo, si se dijera que, de 400 personas que se someten a cierta operación, 350 están vivas luego de 5 años, muchas más personas se someterían a la misma operación, que si se les dice que, de 400 personas que se sometieron a la operación, cincuenta murieron luego de cinco años. Ver: REDELMEIER, Donald; ROZIN, Paul y Daniel KAHNEMAN. "Understanding Patients' Decisions". En: Journal of the American Medical Association 270. 1993. pp. 72 y 73. La gente también hace diferentes juicios de probabilidad luego de distintas descripciones del mismo problema, en parte porque una descripción que tensa los elementos de una categoría (¿Qué tan probable es que X muera de cáncer, de enfermedades cardíacas o de otras causas naturales?) produce números más altos que una referida a la categoría en sí (¿Qué tan probable es que X muera por causas naturales?). Ver: TVERSKY, Amos y Derek KOEHLER. "Support Theory", En: Psychological Review 101. 1994. p. 547. También se ha hecho una reciente investigación respecto a una "ilusión focal", mediante la cual la gente, enfocándose en un componente del bienestar piensa que es mucho más importante al bienestar de lo que realmente es. Ver: KAHNEMAN, Daniel y David SCHKADE. "Would you be happier in California?". No publicado. 1997. Ver también: THALER, Richard. "The Winner's Curse". Princeton: Princeton University Press. 1994., para una recolección instructiva.

¹⁷ Una pregunta interesante es si estos diversos efectos varían de cultura a cultura y —relacionado a ello— si es que pueden cambiar a través de la educación. Hay evidencia de que la aversión a las pérdidas se puede encontrar en una serie de culturas, y también que los resultados del juego del ultimátum no son culturalmente cambiantes. Ver: THALER, Richard y Colin CAMERER. "Ultimatums, Dictators and Manners". En: Journal of Economic Perspectives 9. 1995. p. 209 y, KAGEL, John y Alvin ROTH. Op. cit. pp. 282-288. Pero esto es a lo mucho un comienzo.

¡Es de especial interés el hecho de que las palomas y las ratas aparenten comportarse de acuerdo a la teoría de las perspectivas, en lugar de la teoría de la utilidad esperada! Ver: KAGEL, John; BATTALIO, Raymond y Leonard GREEN. "Economic Choice Theory: An Experimental Analysis of Animal Behavior". Cambridge: Cambridge University Press. 1995. pp. 162-167.

También se mantiene la pregunta general de si se mantendrían estos efectos a través de la información y educación.

¹⁸ KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack y Richard THALER. Op. cit. p. 1325. THALER, Richard. "Quasi-Rational...". Op. cit.; KAGEL, John y Alvin ROTH. Op. cit. pp. 665-670. La aversión a las pérdidas es un aspecto de la teoría de las perspectivas. Ver: KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. Op. cit. Sobre las implicancias en políticas, ver KNETSCH, Jack. "Reference States, Fairness, and Choice of Measure to Value Environmental Changes". En: BAZERMAN, Max; TENBRUNSEL, Anne; WADE-BENZONI, Kimberly y David MESSICK. Op. cit.

¹⁹ KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack y Richard THALER. Op. cit. Loc. cit. El Teorema de Coase se mantiene en lo correcto, en la medida que señala que la asignación del derecho no afectará (bajo las condiciones previstas) la eficiencia.

asignación del Derecho bien puede importar, en el sentido de que aquellos a quienes inicialmente les es asignado un derecho probablemente lo valoren más que aquellos otros que no cuentan con tal derecho. De esta manera, los trabajadores a quienes se les otorga un derecho (renunciable) para ser despedidos sólo por causas justificadas, bien pueden valorar dicho derecho bastante más de lo que valorarían un derecho (negociable) asignado a los empleadores para despedir por propia voluntad; así, la gente que respira bien puede valorar su derecho (negociable) a respirar aire libre de contaminación mucho más que si a los contaminantes les hubiese sido asignado un derecho (negociable) a emitir sustancias que contaminen el aire. El Derecho crea un efecto de dotación, esto es, una valoración de mayor gravedad derivada del simple hecho de dotar. Este efecto ha sido observado en muchos contextos²⁰.

Hay un tema más. La gente muestra aversión a las pérdidas, pero para que un evento “califique” como una pérdida o como una ganancia no depende de simples hechos, sino de una serie de factores del contexto, incluyendo cómo es que el evento se encuentra estructurado. El status quo es generalmente el punto de referencia, de modo tal que las pérdidas son entendidas como tales en referencia a prácticas y distribuciones existentes²¹; pero es posible manipular el marco, al punto de modificar la calificación de pérdida a ganancia, y viceversa. Considere a una compañía que dice “descuentos por pago en efectivo”, en lugar de “sobrecarga por pago con tarjeta de crédito”; o un padre que dice

que por el comportamiento X (en lugar del comportamiento Y) el niño será premiado, a diferencia de decir que por el comportamiento Y (en lugar del comportamiento X) el niño será castigado²²; o los tan conocidos spots publicitarios indicando que “usted no puede permitirse no” usar cierto producto. En regulación ambiental, es posible manipular el punto de referencia insistiendo en que las autoridades están tratando de restaurar la calidad del aire o el agua al estado en el que estaba en el punto x; el tiempo al que la restauración apunta es de suma importancia para la decisión de las personas²³.

Para efectos presentes, el más importante de los puntos de referencia es el Derecho —¿dónde ha fijado el sistema legal el Derecho inicial? Mucha investigación ha de hacerse a efectos de esta asignación inicial. Reposa, por ejemplo, en la distinción entre “subsidios” y “sanciones”, que ha demostrado ser crucial para el Derecho, gobernando disposiciones inconstitucionales²⁴; esa distinción puede ser entendida como una respuesta al fenómeno de la aversión a la pérdida, y los efectos estructurales pueden afectar gravemente diferentes juicios acerca de si alguien ha sido subsidiado o, en cambio, sancionado²⁵.

Asimismo, la aversión a la pérdida plantea serias preguntas respecto al objetivo del sistema de responsabilidad extracontractual. ¿Debe la cantidad de la reparación civil determinarse tratando de restaurar al agraviado al *status quo* anterior al daño causado?, o, ¿debe ésta ser un reflejo de la cantidad que una parte pediría para someterse al

²⁰ *Ibidem.*; SUNSTEIN, Cass. “Endogenous Preferences, Environmental Law”. En: SUNSTEIN, Cass. “Free Markets and Social Justice”. Oxford: Oxford University Press. 1997.

²¹ Ver: SAMUELSON, William y Richard ZECKHAUSER. “Status Quo Bias”. En: *Journal of Risk and Uncertainty* 1. 1998. p. 7. Nótese al respecto el fenómeno del “prejuicio de comisión” —la gente prefiere cometer un error de omisión que uno de comisión, incluso tratándose de la vacunación de sus hijos, donde el prejuicio de comisión incrementa significativamente el riesgo de los menores. Ver: RITOV, Ilana y Jonathan BARON. “Reluctance to Vaccinate”. En: *Journal of Behavioral Decision Making* 3. 1991. p. 263. Compare el descubrimiento de que el status quo se vuelve más atractivo cuando hay dos alternativas hacia él en lugar de una. Así, doctores, autoridades y gente común y corriente, en momentos de tomar una decisión, pueden ser ambivalentes entre una opción de status quo (quedarse en casa esta noche y estudiar, recetar el tratamiento ordinario, aferrarse a la política existente) y una sola opción; la introducción de una nueva alternativa hace al status quo más atractivo. Ver: SHAFIR, Eldar y Amos TVERSKY. “Choice under Conflict: The Dynamics of Deferred Decision”. En: *Psychological Science* 3. 1992. p. 358.

²² ¡Mi experiencia personal dice que esto funciona!

²³ Ver: GREGORY, Robin; LICHTENSTEIN, Sarah y Donald MACGREGOR. “The Role of Past States in Determining Reference Points for Policy Decisions”. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 55. 1993. p. 195.

²⁴ Ver: STONE, Geoffrey; SEIDMAN, Louis; SUNSTEIN, Cass y Mark TUSHNET. “Constitutional Law”. Tercera edición. Wolters Kluwer Law & Business. 1995.

²⁵ Ver, por ejemplo, el caso *Harris v. McRae*, 448 US 297 (1980). Jurisprudencia estadounidense. 1980.

daño antes del hecho? Al parecer, los jurados creen que la cantidad que se pida previa al daño es bastante mayor a la que restaure el *status quo* anterior al daño²⁶. El sistema legal generalmente ve la pregunta de la compensación como la última, aunque no parece haber tomado su decisión de ninguna manera sistemática.

La disparidad tiene grandes implicancias para la elección entre reglas de responsabilidad y reglas de propiedad. Las reglas de propiedad permiten una toma sólo por la vía de la “disposición a pagar”. La literatura económica sobre la elección entre ambas generalmente no reconoce que las evaluaciones resultantes pueden ser dramáticamente diferentes²⁷.

II. AVERSIÓN AL EXTREMISMO

La gente siente aversión a los extremismos. El que una opción sea extrema depende de las alternativas propuestas. La aversión a los extremismos da lugar a “efectos de compromiso”. Entre las alternativas dadas, la gente busca un compromiso. En éste, como en otros aspectos, la estructura de la elección es muy importante; la introducción de alternativas (sin escoger, aparentemente irrelevantes) en el marco, puede alterar el resultado. Cuando, por ejemplo, la gente elige entre una pequeña radio *A* y una radio mediana *B*, muchos elegirían la *A*; pero si se introduce una tercera radio grande *C*, es muy probable que mucha gente se incline por la opción *B*²⁸. De esta manera, la introducción de una tercera –y en ese sentido irrelevante– opción no elegida puede producir un cambio en la elección sobre dos opciones. Casi todo el mundo ha tenido la experiencia de cambiar (digamos) del segundo artículo más caro en un menú de opciones, y de hacerlo a causa de la presencia del artículo más costoso²⁹.

La aversión a los extremismos sugiere que un simple axioma de teoría económica convencional –que implique la irrelevancia de alternativas agregadas no elegidas– está mal³⁰. Asimismo, tiene grandes consecuencias para la práctica legal y para la magistratura, así como para las predicciones sobre los efectos de una ley. ¿Cómo puede enmarcarse una opción preferente como la opción “de compromiso”? ¿Cuándo debe un abogado argumentar a favor de una alternativa, y qué tipo de argumentos sobre alternativas son los más efectivos? Estas son preguntas esenciales que los abogados deben poder responder. Los jurados y los jueces tratarán de escoger una solución de compromiso, y lo que “encaje” como una solución de compromiso depende de qué alternativas son propuestas. Y en elecciones, en las intervenciones médicas, y en la creación de políticas públicas, los efectos de compromiso pueden ser de gran importancia.

III. SESGO DE AUTOSERVICIO, OPTIMISMO IRREAL Y EXCESO DE CONFIANZA

La gente tiene un juicio interesado sobre lo que es justo, y, asimismo, tiende a ser irrealmente optimista y excesivamente confiada sobre su manera de juzgar³¹. En cualquier pareja promedio, es muy probable que la suma de las respuestas a la pregunta, “¿qué porcentaje del trabajo doméstico haces?”, dará un número mayor al 100%. El tema reposa sobre el –de otro modo inexplicable– fenómeno de la negociación estancada. ¿Por qué es que muchos conflictos no llegan a acuerdos? ¿Por qué el sistema legal gasta tanto en sistemas de solución de controversias? Parte de la respuesta está en que el sesgo de autoservicio –la creencia de que uno merece más de lo que el resto de la gente suele creer– afecta a ambas partes de la negociación, lo cual hace que el acuerdo sea muy difícil³².

²⁶ Ver: MCCAFFERY, Edward; SPITZER, Matthew y Daniel KAHNEMAN. “Framing the Jury”. En: *Virginia Law Review* 81. 1995. p. 1341.

²⁷ Ver, por ejemplo, KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. “Property Rules versus Liability Rules”. En: *Harvard Law Review* 109. 1996. p. 713.

²⁸ Ver: KELMAN, Mark; ROTTENSTREICH, Yuval y Amos TVERSKY. “Context-Dependence in Legal Decision Making”. En: *The Journal of Legal Studies* 25. 1996. p. 287.

²⁹ Compare el fenómeno del “contraste de compensación”: la introducción de una tercera alternativa puede hacer una característica de la elección especialmente sobresaliente, y así afectar el juicio. Ver: *Ibidem*.

³⁰ Ver: SEN, Amartya. “Internal Consistency of Choice”. En: *Econometrica* 61. 1993. p. 495.

³¹ Ver: KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. “Conflict Resolution: A Cognitive Perspective”. En: ARROW, Kenneth; MNOOKIN, Robert; ROSS, Lee; TVERSKY, Amos y Robert WILSON. “Barriers to Conflict Resolution”. Stanford: Stanford Center on Conflict & Negotiation. 1995.

³² Ver: *Ibid.*; y, BABCOCK, Linda y George LOEWENSTEIN. “Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases”. En: *Journal of Economic Perspectives* 11. 1997. p. 109.

El optimismo irreal y el sesgo de autoservicio también se basan en el soporte de riesgo de los individuos, y por tanto en el rol regulador del Estado, especialmente en el área de peligros para la vida y la salud. Incluso la gente más informada tiende a pensar que es menos probable para ellos que el riesgo se materialice, que para otras personas. En ese sentido, hay un exceso de confianza sistemático en los juicios respecto al riesgo, dado que la gran mayoría de la gente piensa ser menos propensa que el resto a accidentes automovilísticos, a contraer VIH, a sufrir ataques cardíacos, al asma, y a muchos otros riesgos para la salud³³. En una encuesta, por ejemplo, el 90% de los conductores automovilísticos creían encontrarse sobre el promedio, respecto de los demás³⁴. En otra encuesta, en la que se le pidió a un grupo de estudiantes que pronosticaran su futuro, estos dijeron tener menos probabilidades de ser despedidos de un trabajo, de tener un paro cardíaco o cáncer, de divorciarse al poco tiempo de casados, o de tener problemas con el alcohol³⁵.

Reflejando las ilusiones de sus propias prácticas, los homosexuales aparentemente subestiman la posibilidad de contraer VIH, aun cuando tienen suficiente información sobre los riesgos generales del VIH³⁶. La gente mayor del mismo modo subestima la probabilidad de encontrarse en un accidente automovilístico, o de contraer enfermedades graves. El optimismo irreal aparece como una característica de la gente en todos los estratos sociales³⁷. La gente subestima sistemáticamente hasta qué punto se encuentran en riesgo, y las percepciones de invulnerabilidad relativa afectan las prácticas de salud preventivas³⁸. Una encuesta al azar sobre los riesgos de salud, hecha a toda una comunidad, descubrió la creencia sistemática de que tenían una inmunidad al riesgo por encima del promedio³⁹.

El optimismo irreal y el sesgo de autoservicio tienen gran relevancia para el trabajo positivo y prescriptivo del Derecho. Los esfuerzos por educar a la gente sobre el riesgo pueden entrar en conflicto con el optimismo irreal; por lo tanto, puede que el mero conocimiento estadístico no logre producir información adecuada. Asimismo, los esfuerzos para incrementar las soluciones de consenso deben tomar en cuenta el sesgo de autoservicio; los problemas con la elaboración negociada de disposiciones reglamentarias, uno de los nuevos desarrollos más populares del Derecho Administrativo, puede que tenga un sesgo de autoservicio en sus raíces. El optimismo irreal también crea un problema distintivo para las objeciones convencionales al paternalismo en el Derecho. Si la gente tiende a creer que se encuentra relativamente libre de riesgos, puede que en realidad carezca de información acertada, incluso si conoce los datos estadísticos. Además, dicha evidencia complica aún más la opinión generalizada de que la gente usualmente exagera los eventos poco probables. Es cierto que la gente suele creer que los eventos de poca probabilidad cuentan con una mayor probabilidad de la que en realidad tienen; sin embargo, muchos agentes individuales creen ser particularmente inmunes a este tipo de eventos, lo que podría significar que se equivocan en la dirección opuesta.

IV. UTILIDAD DE LA DECISIÓN V. UTILIDAD DE LA EXPERIENCIA

Es usualmente asumido en la economía que la utilidad de la experiencia se mide mejor por la utilidad anticipada vista a partir de las decisiones de la gente. Pero buena parte de las investigaciones recientes⁴⁰ indican que puede haber diferencias sistemáticas entre la utilidad esperada al momento de la decisión, y la utilidad que realmente se experimenta a partir

³³ Ver: WEINSTEIN, Neil. "Optimistic Biases about Personal Risks". En: Science 246. 1989. p. 1232.

³⁴ TAYLOR, Shelley. "Positive Illusions". 1990. pp. 10-11.

³⁵ WEINSTEIN, Neil. Op. cit. Loc. cit.

³⁶ BAUMAN, Laurie y Karolynn SIEGEL. "Misperception Among Gay Men of the Risk for AIDS Associated With Their Social Behavior". En: Journal of Applied Social Psychology 17. 1987. p. 329.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibid.* pp. 330-331.

³⁹ Ver: WEINSTEIN, Neil. "Unrealistic Optimism about Susceptibility to Health Problems". En: Journal of Behavioral Medicine 101. 1986. p. 481.

⁴⁰ Ver: KAHNEMAN, Daniel. "New Challenges to the rationality Assumption". En: ARROW, Kenneth; COLOMBATTO, Enrico; Perlman, Mark y Christian SCHMIDT. Op. cit. p. 203. LOEWENSTEIN, George y David SCHKADE. "Wouldn't it be nice? Predicting tastes and feelings". En: DIENER, Ed; SWARZ, Norbert y

de la decisión. El juicio de la gente sobre su experiencia al momento de tomar decisiones puede estar equivocado, en el sentido de que a las personas incluso se les dificulta evaluar cómo será la propia experiencia.

Existen muchos ejemplos. Del fenómeno de la aversión a la pérdida podemos inferir que las personas valoran más los bienes que les pertenecen que los que no. Este efecto —el efecto de la dotación— ha sido observado en diversos contextos⁴¹. Pero en experimentos recientes la gente se ha visto incapaz de predecir el efecto de dotación, y por tanto incapaz de predecir sus propios gustos⁴². Este hallazgo es paralelo a muchos otros estudios que muestran como la gente no predice certeramente las consecuencias de (por ejemplo) ganar la lotería o quedarse parapléjica (ganar la lotería produce una menor recompensa hedonista de la esperada, y la gente se adapta a haber quedado parapléjica con mayor facilidad de la esperada). Un ejemplo especialmente importante viene de estudios relacionados al examen de VIH. La gente suele estar aterrorizada de su reacción si se dan con que son VIH-positivo; suelen predecir un alto grado de pánico y depresión. Pero un reciente estudio sugiere que la gente es capaz de adaptarse bastante bien a las malas noticias, y que su pánico y depresión son bastante menos severos de lo que pensaron *ex ante*⁴³. En ese sentido, podemos esperar que la gente se “sub-examine”; es probable que se sientan especial una especial aversión para someterse a procedimientos por los que sienten mucho temor. De lo que puede seguir que las aproximaciones regulatorias —educación, persuasión, incentivos financieros, coerción concebible— serían bastante apropiadas.

Los economistas han instado a que la gente tenga información adecuada acerca de los riesgos de fumar, y que una regulación adicional es por tanto inapropiada⁴⁴. Y parece

ser que la gente conoce muchos de los “datos” básicos. Pero un estudio a un grupo estudiantil de secundaria sugiere un problema⁴⁵. Aproximadamente un tercio de los fumadores adolescentes creían que no había riesgo en fumar una cajetilla de cigarrillos al día por los primeros años desde que empezaban a fumar. Los jóvenes fumadores creen encontrarse por debajo del riesgo promedio que implica fumar. Y el 85% de los adolescentes de secundaria que fuman ocasionalmente creían que dentro de cinco años ya no fumarían. Luego, un estudio de seguimiento mostró que sólo el 58% lo había dejado, mientras que el 37% en realidad había incrementado su consumo. Alrededor del 32% de los que fumaban una cajetilla creía que lo dejaría en cinco años, pero sólo el 13% realmente lo hizo.

Cuando la decisión de la gente falla en predecir su experiencia, un argumento común en contra del paternalismo —a efectos de que la gente común y corriente elige aquello que incrementa su bienestar— ya no es plausible. Quizás en última instancia será posible que seamos sistemáticos respecto a asuntos de este tipo —saber cuándo, exactamente, las decisiones de las personas producen malas experiencias.

V. COOPERACIÓN, JUSTICIA Y LA APARIENCIA DE JUSTICIA

Los economistas a veces asumen que la gente es egoísta. Esto puede ser muy cierto, y muchas veces es una asunción simplista de gran ayuda. Pero la gente puede querer actuar con justicia y, lo que es igualmente importante, querer ser vista actuando con justicia, sobre todo (aunque no exclusivamente) entre conocidos. A efectos de entender el Derecho, lo que es especialmente importante es que la gente puede sacrificar su propio interés económico a fin de ser —o aparentar ser— justa.

Consideren, por ejemplo, el juego del ultimátum⁴⁶. La gente que dirige el juego

Daniel KAHNEMAN. “Hedonic Psychology: Scientific Approaches to Enjoyment, Suffering, and Wellbeing”. Nueva York: Russell Sage Foundation.

⁴¹ Ver: THALER, Richard. “Quasi Rational...”. Op. cit.

⁴² Ver: LOEWENSTEIN, George y David SCHKADE. Op. cit.

⁴³ Ver: SIEFF, Elaine; DAWES, Robym y George LOEWENSTEIN. “Anticipated Versus Actual Reaction to HIV Test Results”. En: American Journal of Psychology 112. 1997. p. 297.

⁴⁴ Ver: VISCUSI, Kip. “Smoking: Making the Risky Decision”. Oxford: Oxford University Press. 1992.

⁴⁵ Ver: SLOVIC, Paul. “What does it mean to know a cumulative risk? Adolescents’ perceptions of short-term and long-term consequences of smoking”. En: Journal of Behavioral Decision Making 13. 2000. p. 259.

⁴⁶ Ver: KAGEL, John y Alvin ROTH. Op. cit. p. 282-288., para una discusión general.

reparte algo de dinero, de manera provisional, al primero de dos jugadores. El primer jugador debe darle una parte de ese dinero al segundo jugador. Si el segundo jugador acepta esa cantidad, puede quedarse con lo que le es ofrecido, y el primer jugador se queda con el resto. Pero si el segundo jugador rechaza la oferta, ninguno de los jugadores se queda con nada. A ambos jugadores se les informa que éstas son las reglas. No se admiten negociaciones. Valiéndose de supuestos estándar acerca de la racionalidad, el interés propio, y la elección; los economistas predicen que el primer jugador debe ofrecer un centavo y que el segundo jugador debe aceptar. Pero esto no es lo que sucede. El promedio de las ofertas usualmente está entre el 30% y el 40% del total. Las ofertas menores al 20% a menudo son rechazadas. Muchas veces hay una división de 50-50. Estos resultados se acortan de acuerdo al nivel de las apuestas y también en relación con la cultura.

Los resultados del juego del ultimátum son altamente sugestivos. Quién sabe si la gente dejaría de violar las normas de justicia, aun cuando hacerlo está en su propio interés, a menos que la violación de normas fuese pública. ¿Qué ofertas se hacen en las negociaciones de bancarrota? ¿Acaso las compañías elevan los precios cuando las circunstancias crean escasez temporal? Por ejemplo, ¿hay acaso restricciones sociales sobre el incremento del precio de las palas luego de una nevada, o de los paraguas durante una tormenta? Podría ser que ambas partes contratantes son reacias a aprovecharse del infortunio del otro, en parte debido a las restricciones sociales al comportamiento en interés propio. Aquí hay mucho espacio para futuros trabajos. El trabajo experimental también muestra un alto grado de cooperación en situaciones de dilema de prisioneros, especialmente cuando las personas se encuentran hablando el uno con el otro⁴⁷.

VI. HEURÍSTICA Y SESGOS

Los juicios de la gente respecto de las probabilidades se basan en elementos

heurísticos (en respuesta, quizás, al alto costo de las consultas y la decisión) que en muchos casos pueden ser muy provechosos, pero que a su vez tienden a errores sistemáticos⁴⁸. Este trabajo se sostiene en la demanda (y por tanto también en el suministro) de servicios gubernamentales, incluyendo la regulación. Asimismo, tiene implicancias en la evaluación del sistema de jurados –sugiriendo que los jurados tienden a cometer errores referidos a la evaluación probabilística, y que la corrección de dichos errores es un enorme trabajo del sistema legal. Aquí está una breve descripción de diversos métodos heurísticos relevantes al Derecho.

A. Disponibilidad

La gente tiende a pensar que los riesgos son más serios cuando un incidente es fácilmente imaginable o “disponible”⁴⁹. Si es persistente, la heurística de disponibilidad producirá errores sistemáticos. Las evaluaciones de riesgo serán persistentemente sesgadas, en el sentido de que la gente pensará que algunos riesgos (el de un accidente nuclear, por ejemplo) son altos, mientras que otros (el de un ataque cardíaco, por ejemplo) son relativamente bajos. Las “cascadas de disponibilidad” pueden producir una gran demanda para el Derecho, como si se tratara del síndrome del “contaminante familiar del mes” en Derecho ambiental. Carecemos de una firma que entienda cómo ocurren las cascadas de disponibilidad y cómo deberían ser diseñadas las instituciones para producir respuestas apropiadas⁵⁰.

B. Anclaje

Muchas veces la gente emite juicios de probabilidad sobre la base de un valor inicial, o “ancla”, para el cual no realizan suficientes ajustes⁵¹. El valor inicial puede que tenga una fuente irracional o arbitraria. De ser este el caso, la evaluación de probabilidad puede ir muy mal. Este argumento se sostiene en las deliberaciones del jurado reconstruyendo los hechos; asimismo sugiere posibles problemas a

⁴⁷ Ver: KAGEL, John y Alvin ROTH. Op. cit. pp. 111-173., para tener una visión general.

⁴⁸ Ver: *Ibid.* pp. 590-616.

⁴⁹ Ver: KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. “Prospect...”. Op. cit.; VISCUSI, Kip. “Fatal...”. Op. cit.

⁵⁰ KURAN, Timur y Cass SUNSTEIN. “Availability Cascades and Risk Regulation”. En: *Stanford Law Review* 51. 1999., es un esfuerzo para tratar estos asuntos.

⁵¹ Ver: KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. “Prospect...”. Op. cit.

la hora de determinar los daños, por ejemplo en el caso de los daños punitivos, donde las anclas arbitrarias puede que estén muy presentes.

C. Representatividad

Los juicios de probabilidad tratan, en gran medida, sobre si un proceso *A* dará lugar a un evento *B*. ¿Bajo qué circunstancias conducir produciría incrementos significativos en la contaminación, o accidentes fatales? ¿Cuándo es que las bolsas de aire serán peligrosas para los niños? ¿Los pañales desechables causan problemas de contaminación? Para responder a este tipo de preguntas la gente se pregunta hasta qué punto *A* representa a *B*, en el sentido de que se *asemeje* a *B*. De esta manera, la gente tiende a ser poco sensible al tamaño de la muestra, a malinterpretar el fenómeno de la regresión a la media, a confiar demasiado en su propio juicio y a confundir el efecto sobre la probabilidad de la frecuencia de la tarifa base⁵². Así, termina resultando que la gente sistemáticamente confunde los niveles de riesgo. La regulación del riesgo, en general y en particular, puede ir mal.

D. Teoría de la decisión basada en casos

Los elementos heurísticos son utilizados en muchos casos cuando los costos de deliberación son altos; en esos casos, las decisiones de segundo orden, operando como reglas predeterminadas, pueden hacer que las evaluaciones particularizadas sean menos necesarias. Una manera considerable de reducir los costos de decisión es haciendo evaluaciones sobre la base de casos previos, en lugar de hacerlo mediante el cálculo de los costos y beneficios relevantes⁵³. De hecho, la gente muchas veces razona trayendo a la mente casos particulares, y viendo cómo el problema actual se compara con esos casos; éste podría ser un método importante para reducir los costos de decisión⁵⁴. El énfasis en las decisiones basadas en casos, como una manera de minimizar los costos de decisión al producir

costos de equivocación aceptablemente bajos, tiene consecuencias significativas para el entendimiento del Derecho. Por supuesto que la adjudicación es una forma de razonamiento basada en casos, y puede que entendamos mejor su naturaleza, y sus vicios y virtudes, si la vemos como un alternativa, tanto para la teoría de la utilidad esperada cuanto para la decisión reglamentada, y como emergiendo de las características institucionales distintivas de las instituciones judiciales⁵⁵.

VII. “GUSTOS” RELACIONADOS CON LA PROBABILIDAD

Aquí no tratamos con simples errores fácticos, sino con “gustos” o preferencias que llevan a la gente a favorecer ciertas aproximaciones al riesgo. Los gustos relacionados con la probabilidad traen preguntas más difíciles a los analistas políticos. Estos gustos importan al Derecho en la medida en que ellos dependen de la demanda de regulación legal, y en la medida en que es altamente probable que ellos afecten el juicio, tanto de las cortes cuanto de los jurados.

A. “Todo o nada”

La gente no mide las probabilidades de manera lineal. Lo que es más importante, las personas prefieren eliminar un riesgo antes que disminuirlo. Tal parece ser, que la gente preferiría ver un riesgo de 0.001 reducido a cero, antes que uno de 0.002 reducido a 0.001⁵⁶. No queda claro si estas preferencias se podrían catalogar como irracionales. Quizás la gente reciba mucha paz mental eliminando un riesgo, y un riesgo de probabilidad reducida aún genere temor residual. El asunto aparece reflejado en el Derecho. Así, la Ley de Aire Limpio habla en términos de asegurar los niveles de calidad del aire, sin duda una forma muy engañosa para definir el problema.

B. Aversión a la ambigüedad

Un “gusto” muy cercano es la evitación de la ambigüedad⁵⁷. Al menos cuando carece

⁵² Ibidem.

⁵³ GILBOA, Itzhak y David SCHMEIDLER, “Case-Based Decision Theory”. En: *The Quarterly Journal of Economics* 110. 1995. p. 605.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ver: SUNSTEIN, Cass. “Legal Reasoning and Political Conflict”. Oxford: Oxford University Press. 1998.

⁵⁶ Ver: REDELMEIER, Donald; ROZIN, Paul y Daniel KAHNEMAN. Op. cit. Loc. cit.

⁵⁷ Ver: FOX, Craig y Amos TVERSKY. “Ambiguity Aversion and Comparative Ignorance”. En: *Quarterly Journal of Economics* 110. 1995. p. 585.

de conocimiento relevante, y están al tanto de ello, la gente prefiere situaciones de incertidumbre (en las que las probabilidades pueden ser atribuidas a los resultados) antes que situaciones de riesgo (en las que las probabilidades no pueden ser asignadas). De esta manera, la gente siente aversión por las situaciones de probabilidad incierta, y trata de evitar elecciones que la pongan en situaciones de esta naturaleza. A menudo la regulación del riesgo es emprendida cuando las probabilidades no pueden ser asignadas. Si las personas sienten aversión por las ambigüedades, puede que produzcan un patrón incoherente de regulación, quizá basado en una percepción ilusoria, relacionada con juicios de “todo o nada”, de que algunas cosas son “seguras” y otras “peligrosas”.

C. Sesgo del *status quo*

Como hemos señalado, la gente evalúa las situaciones de acuerdo a su relación con un punto de referencia específico; las ganancias y pérdidas del punto de referencia son cruciales. Una referencia ordinaria es el *status quo*, lo que produce el sesgo de *status quo*. El sistema jurídico sin duda responde por este tipo de sesgo⁵⁸.

VIII. CONTABILIDAD MENTAL

La mayoría de economistas aparentemente concuerdan en que el dinero es fungible. Pero la asunción es falsa⁵⁹. El dinero viene en compartimientos. La gente crea “marcos” que resultan en cuentas, a través de las pérdidas y ganancias; incluyendo pérdidas y ganancias en simples términos monetarios, no son fungibles entre sí. Una mirada a la práctica ordinaria muestra que la gente usualmente organiza sus decisiones en términos de presupuestos y cuentas separadas. De esta

manera, parte del dinero es para la jubilación; parte es para la matrícula universitaria; parte es para los pagos de la hipoteca o el alquiler. La contabilidad mental es un aspecto importante del autocontrol financiero.

La práctica de la contabilidad mental tiene todo un rango de implicancias para el Derecho y la política. Sugiere, por ejemplo, que el Estado puede ser capaz de crear ciertas cuentas mentales mediante un creativo sistema de políticas. Sugiere, asimismo, que podría haber una demanda de cuentas mentales creadas por iniciativa pública, quizás como una estrategia de autocontrol, como por ejemplo con la Seguridad Social u otros programas con una aparente dimensión paternalista. Algunos estatutos que aparentemente evitan que la gente tome decisiones libremente puede que sean mejor entendidos como una respuesta al deseo generalizado de tener cuentas mentales separadas. Por supuesto que existen mecanismos privados para lograr dicho cometido; pero los abogados no entenderían bien esos mecanismos a menos que vean que el dinero en sí mismo no es fungible.

IX. LA DIFICULTAD, FUERA DE LOS MERCADOS, DE ASIGNAR JUICIOS NORMATIVOS A LOS DÓLARES

A menudo el sistema jurídico requiere de jueces o jurados para realizar juicios de cierta índole y luego traducir estos juicios en cantidades de dólares. ¿Cómo se lleva a cabo esta traducción? ¿Puede ser bien hecha? La investigación sugiere que en muchos contextos los juicios normativos de cierto tipo son, a la vez, predecibles y no-arbitrarios⁶⁰. Con respecto al mal comportamiento que podrían producir los daños punitivos, por ejemplo, la gente llega a juicios relativamente uniformes sobre la base

⁵⁸ Ver: SUNSTEIN, Cass. “Endogenous...”. Op. cit., para ejemplos.

⁵⁹ Ver: THALER, Richard. “Quasi-Rational...”. Op. cit.; ver también, ZELIZER, Viviana. “The Social Meaning of Money: Pin Money, Paychecks, Poor Relief, and Other Currencies”. Princeton: Princeton University Press. 1997.

⁶⁰ Ver: KAHNEMAN, Daniel e Ilana RITOV. “Determinants of stated willingness to pay for public goods”. En: Journal of Risk and Uncertainty 9. 1995. p. 5 y, SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel y David SCHKADE. “Assessing punitive damages”. En: Yale Law Journal. 1998. (Con anotaciones sobre cognición y evaluación en el derecho). Este último artículo, basado en 900 temas, discute la construcción computarizada de 120 millones de jurados, incluyendo (por ejemplo) jurados sólo de blancos, jurados sólo masculinos, jurados sólo femeninos, jurados sólo hispanos, jurados sólo de gente bien educada, jurados de gente con educación pobre. Encuentra que esto jurados dispares llegan a conclusiones similares sobre las penas escandalosas y apropiadas sobre una escala numérica unificada de 1 a 6. La historia es bastante más complicada para una escala separada del dólar; aquí hay mucha arbitrariedad.

de una escala numérica unificada. Hallazgos similares han sido realizados para servicios medioambientales en el contexto de la valoración contingente⁶¹. Pero el hecho de ir en busca de juicios normativos en una escala ilimitada del dólar produce un “ruido” y una arbitrariedad considerables.

Cuando se le pregunta a la gente cuánto está dispuesta a pagar para proteger 2000 aves, o qué tanto debe ser castigado un demandado, por conductas imprudentes que le ocasionaron lesiones, los números con los que dan parecen ser apuñaladas en la oscuridad. El sistema jurídico, sin embargo, frecuentemente se basa en estas apuñaladas. Así, la indemnización de daños por injuria, acoso sexual, y dolor y sufrimiento, están infectadas por severas dificultades, como en el caso de la indemnización por daños

punitivos en general. Un entendimiento de esas dificultades bien podría llevarnos a concretar propuestas de reforma. Quizás “la búsqueda” puede llevarse a cabo por un ente legislativo o regulador que decida, de antemano, cómo puede un juicio normativo hecho por una escala numérica limitada ser traducido en dólares.

Este ensayo es a lo mucho un borrador. Una larga interrogante envuelve el alcance al que la educación puede contrarrestar con distorsiones motivacionales y cognitivas, al punto de eliminar algunos de los efectos arriba descritos⁶². Con todos los recientes avances, la investigación conductual se mantiene en una etapa temprana. Hay mucho que aprender. Y el entendimiento de sus implicancias para cuestiones jurídicas y políticas tardará mucho tiempo. Manos a la obra.

⁶¹ Ver: KAHNEMAN, Daniel e Ilana RITOV. Op. cit. Loc. cit.

⁶² Algunos de estos efectos, como el gusto por la justicia, no deberían ser catalogados como distorsiones; por el contrario, estos gustos pueden ayudar a prevenir el dilema del prisionero. Ver: FRANK, Robert; GILOVICH, Thomas y Dennis REGAN. “Does Studying Economics Inhibit Cooperation?”. En: *Journal of Economic Perspectives* 7. 1993. p. 159.

EL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: UN REPLANTEAMIENTO DESDE EL DERECHO Y ECONOMÍA CONDUCTUAL Y EL NEUROMARKETING

Carlos Rojas Klauer*
Ex miembro de THEMIS

La economía tiende a ver a los consumidores como seres racionales, los cuales basan sus decisiones en análisis costo-beneficio. Un requisito importante para poder actuar de manera racional es contar con información completa y adecuada; ésta debería ser provista por los productores en un determinado mercado. El Estado, a través de sus órganos de control, es quien debe asegurar el cumplimiento del llamado Deber de Información de los proveedores; de esta manera, debe definir cuál es la información adecuada y necesaria que se debe difundir para que el consumidor pueda actuar racionalmente.

En el presente artículo, el autor discute la idea del consumidor racional, basándose en los recientes avances en el campo del Neuromarketing. Afirma que los consumidores se ven influenciados por una serie de externalidades, internas y externas, que generan decisiones diversas según el contexto. Esto debe ser tomado en cuenta por los órganos reguladores y por los mismos productores para poder ser eficiente al definir qué información debe ser difundida.

* Abogado con estudios en Psicología del Consumidor en la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado de Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados.

I. EL CONCEPTO DE “DEBER DE INFORMACIÓN”

El Deber de Información de los proveedores es, a su vez, el Derecho a la Información de los consumidores, debiendo entenderse como la obligación a cargo de los proveedores para brindar a los consumidores la información adecuada o necesaria a efectos de que éstos adopten una decisión de consumo adecuada con sus intereses y, asimismo, sea debidamente informado por el proveedor sobre el producto adquirido o el servicio contratado durante la vigencia de la relación contractual entre ellos.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 29571 –Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “Código de Consumo”)– define al Deber de Información como la obligación de los proveedores en ofrecer a los consumidores “toda la información relevante” que permita que estos tomen una “decisión o realicen una elección adecuada de consumo”¹.

Asimismo, Morales señala que el Deber de Información “(...) versa, en esencia, sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y, en su caso, las características de los productos comercializados. Del lado del consumidor, es el derecho a obtener los elementos necesarios a fin de posibilitar elecciones o tomas de decisiones favorables a sus intereses (...). Se trata de la obtención de información necesaria para el actuar responsable en materia de consumo y para proteger al consumidor de mecanismos de venta y prácticas comerciales que puedan influir en sus decisiones tanto como afectar derechos económicos, personales y sociales. Visto del lado del proveedor, consiste en la obligación de poner en conocimiento de los consumidores toda la información relevante,

con la finalidad de que éstos puedan realizar una adecuada decisión de consumo o, más bien, un uso correcto de los bienes y servicios ya adquiridos”². Adicionalmente, Tovar indica que “la legislación de protección al consumidor penaliza las prácticas de información inadecuada de los proveedores, como la omisión de brindar información relevante sobre el producto o servicio o la provisión de información de manera engañosa, de modo que se induzca a error al consumidor al obstaculizar o distorsionar la evaluación que éste hace al momento de la contratación de un bien o servicio. En tal sentido, la legislación de protección al consumidor tiene como principal objetivo generar una mejor y más completa información del lado de los consumidores”³.

Por su parte, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) indica que “(...) constituye uno de los derechos más importantes, debido a que a través de su ejercicio los consumidores cumplen su función económica de ordenar el mercado, premiando con su elección a las empresas más eficientes y orientando las prácticas productivas en función a sus preferencias”⁴.

En ese orden de ideas, el Deber de Información de los proveedores o el Derecho a la Información de los consumidores se constituye como uno de los principales derechos en torno al cual se sostiene la legislación de Protección al Consumidor, y consiste en el derecho que tienen los consumidores o usuarios a recibir de los proveedores la información necesaria sobre los productos o servicios que desean adquirir, así como para efectuar un uso adecuado de los mismos. En tal sentido, la carga de informar corresponde a los proveedores en

¹ Código de Consumo:

“Artículo 2 - Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano”.

² MORALES, Alonso. “Temas de Protección al Consumidor y Buenas Prácticas de Mercado. Asimetría Informativa”. Lima: Asesorandina Publicaciones. 2008. pp. 5 y 6.

³ TOVAR, Teresa. “Responsabilidad civil y relaciones de consumo. El deber de informar del proveedor y los defectos de información de los productos”. En: *Ius et Veritas* 26. 2003. p. 216.

⁴ Resolución 0936-2010/SC2-INDECOPI de fecha 06 de mayo de 2010, en los seguidos por ASPEC v. Supermercados Peruanos S.A. y Distribuidora Gumi S.A.C. (Expediente 189-2009/CPC).

la medida que se entiende que éstos tienen un mejor manejo en cuanto a la calidad y cantidad de dicha información. Es por ello que cierto sector sostiene que existe Asimetría Informativa⁵ entre proveedores y consumidores, la misma que podría generar situaciones en las cuales el consumidor adopte una decisión de consumo que no se condiga con las expectativas que tenía al adquirir el producto o servicio.

La asimetría informativa, señala Morales⁶, resulta ser una característica intrínseca a cualquier transacción económica, motivo por el cual, a efectos de permitir un mayor intercambio de bienes y servicios, los proveedores deben mitigar dicha desigualdad brindando información adecuada o relevante al consumidor –concepto que es compartido por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI⁷. Sin embargo, para Bullard⁸, lo

que debe evitarse es que, en la contratación, la asimetría genere transacciones ineficientes “porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios”. Mientras que, en una lectura más crítica, para Súmar, “el deber de revelar información puede traer problemas y costos, que podrían superar los costos derivados de la asimetría informativa, no cumplir el propósito de reducir la asimetría o ser el medio menos costoso para eliminarla; todas razones que convertirían a dicho deber legal en una norma ineficiente”⁹.

En nuestra opinión, el Deber de Información debe afrontar un replanteamiento respecto del alcance (exigencia) que la agencia de competencia –INDECOPI– tiene en su aplicación, lo cual implica incluso una modificación en la política de protección al consumidor¹⁰ y las normas que la desarrollan, tales como el Código de Consumo. Cabe

⁵ Sobre la determinación de “asimetría informativa” entre proveedor y consumidor, puede revisarse la Resolución 0397-2012/SC2-INDECOPI, de fecha 15 de febrero de 2012, en los seguidos por Jawar Motos Industriales Alejandro E.I.R.L. contra Empresa de Transportes Romy S.A.C. (Expediente 163-2009/CPC-INDECOPI-PUN). Sobre el particular, el Tribunal del INDECOPI señala lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el servicio de transporte de encomienda contratado no se encuentra relacionado al giro de negocio de la denunciante, se presume que se encontraba en asimetría informativa respecto a dicho proveedor. Cabe indicar que, Transportes Romy no ha presentado ningún medio probatorio que pueda desvirtuar dicha presunción, como pudo ser, por ejemplo, documentos que demostraran una habitualidad en la contratación del servicio y colocaran a Jawar MIA en una posición superior a la de cualquier consumidor ordinario en términos de información”.

⁶ MORALES, Alonso. Op. cit. p. 5.

⁷ Sobre el particular, los Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI señalan que “...en toda relación de consumo, entendiéndose ésta como aquella en la cual un proveedor realiza una transacción comercial por un producto o servicio con un consumidor o destinatario final, el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente tiene a su disposición la información que le permita adoptar las decisiones más convenientes. En consecuencia, existe un problema de asimetría informativa entre proveedores y consumidores que puede llegar a generar distorsiones que pongan al consumidor en la incapacidad de elegir soluciones adecuadas”.

⁸ Coincidimos con Bullard en que “la asimetría informativa es parte del fenómeno económico de división del trabajo, esto es, que algunos en la sociedad nos dedicamos a ciertas actividades (usualmente las que conocemos mejor) y otros, a otras. El cliente de un abogado no aspira a tener información simétrica con él. Si fuera así, iría a la universidad a estudiar Derecho. El cliente posiblemente sepa más que el abogado respecto de sus propios negocios. Es justamente la diferencia de información lo que hace eficiente el intercambio y permite que cada quien en la sociedad se especialice y aumente la productividad de una manera asombrosa, algo que no ocurriría si uno mismo tuviera que producir todos los bienes y servicios que necesita, lo que significaría saber de todo. La división del trabajo, y la asimetría informativa que genere, nos libera de esa pesada carga. En ese sentido, es deseable que los proveedores sepan más que los consumidores respecto a los bienes y servicios que ofrecen. Lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello, el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiéndose por “adecuada” aquella cuya producción para el consumidor cuesta menos que los beneficios que genera”. En: BULLARD, Alfredo. “¿Es el consumidor idiota?” En: “Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú”. Lima: Universidad del Pacífico. 2011. p. 209.

⁹ Al respecto, Súmar concluye que “un deber de revelar información podría traer los siguientes problemas: (i) que la información sea inútil, sea porque es: (i.a) demasiada, (i.b) incomprensible o (i.c) irrelevante; o (ii) que exista presión de grupos de interés para modificar o derogar la obligación legal”. En: SUMAR, Oscar. “¿Qué nos puede decir la Teoría Económica de la Regulación sobre las Normas de Protección al Consumidor?” En: Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú”. Lima: Universidad del Pacífico. 2011. p. 46.

¹⁰ La idea de tutelar exclusivamente a quién actúa como consumidor reside en el hecho de que es esta parte la que se encuentra en una situación de desventaja informativa, la cual se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios.

indicar que no rechazamos el derecho de los consumidores a ser informados, lo que se discute es el alcance y el contenido que la autoridad le otorga al momento de exigirlo en cada uno de los conflictos de consumo, a efectos de generar los incentivos o desincentivos correctos a través de sus decisiones administrativas, ello con el objetivo de proteger el proceso competitivo y los intereses de los consumidores.

Nuestro replanteamiento responde, por un lado, a que el perfil del consumidor y la dinámica actual del mercado ya no son los mismos sobre los que se sustentan las normas actuales pues la competencia, la globalización y el impacto de la era digital han generado otro tipo de consumidores, los cuales han dejado de ser sólo receptores de información y ahora son el eje principal para la construcción de las marcas, son participativos y conscientes del poder que tienen sobre los proveedores. Por otro lado, los recientes descubrimientos de la Economía Conductual, así como en técnicas de investigación de mercado derivadas de las neurociencias, como el Neuromarketing, han permitido obtener mayores alcances acerca de cómo decide el consumidor –por qué decide no hacer algo–, lo cual no sólo mejora las estrategias comunicacionales de las marcas, sino que brinda a la agencia de competencia una mayor certeza de los factores cognitivos (estímulos) que influyen o toman en cuenta los consumidores al momento de realizar una decisión de consumo. Esto resulta de vital importancia para establecer estándares y juzgar qué información debió recibir el consumidor de parte de los proveedores, es decir, conocer con mayor certeza cuál debería ser el alcance (aspiración normativa) del Deber de Información para que los consumidores tomen decisiones en beneficio de un mercado eficiente y sostenible.

Para sostener nuestra hipótesis, nos preguntamos ¿puede el INDECOPI establecer un criterio de evaluación respecto al nivel de exigencia de la información que recibe el consumidor, indicando que esta debe permitir una decisión “adecuada” sin tomar en cuenta las herramientas de investigación de mercado que permiten conocer con mayor certeza cómo decide “realmente” el consumidor? ¿El consumidor toma en cuenta la información al momento de realizar una decisión de compra, cambia en algo la exigencia o la aspiración normativa de consumidores razonables

o ello sólo es un elemento posterior a la transacción? Descubrir qué información y de qué forma debe ser presentada –y por lo tanto exigida por la autoridad– le sería útil al consumidor a efectos de que se tomen decisiones satisfactorias al largo plazo.

La finalidad del replanteamiento que formulamos, se sustenta en la certeza de poder conocer “qué información” sí le sería útil al consumidor, lo cual permite que la agencia de competencia exija el cumplimiento del Deber de Información en términos de eficiencia y satisfacción de los consumidores. Para ello, proponemos observar qué está detrás de la decisión de los consumidores, lo cual permite que: (i) los proveedores utilicen las nuevas técnicas de investigación de mercado para mejorar sus estrategias de comunicaciones, lo cual mitiga o previene los conflictos de consumo y elevan los niveles de satisfacción de clientes; y, (ii) la agencia de competencia tenga mayores elementos de cómo deciden las personas antes de juzgar los conflictos de consumo con los proveedores. Esto a efectos de desincentivar de forma más precisa y eficiente los problemas de información, ya que como indica Bullard, lo que debe evitarse es que la asimetría genere ineficiencia en el mercado.

II. DECISIÓN DE COMPRA

La decisión de compra es un proceso cognitivo de elección y varía conforme al tipo de consumidor (impulsivo, prudente, inseguro, sabelotodo, comunicativo, poco comunicativo, aprovechador y disconforme). Éste afronta y se ve influido por tres clases de variables: (i) las del marketing (precio, producto, promoción y plaza); (ii) las internas o endógenas (motivación, percepción, experiencia, características personales y actitudes); y (iii) las externas o exógenas (entorno socioeconómico, cultural, grupos sociales, familia, influencias personales y situaciones).

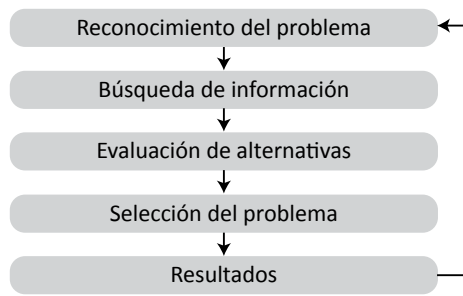
Entonces, ¿por qué compramos? Existen muchas razones más allá de una necesidad específica. Hay razones hasta hedonistas, tales como la experiencia social, intereses comunes compartidos (tiendas especializadas), atracción interpersonal (punto de encuentro), status instantáneo o la emoción de la búsqueda. Las compras pueden ser planeadas, parcialmente planeadas (intención del producto pero no la marca), como no planeadas (impulso).

También hay una importante diferencia entre cómo compran las mujeres y cómo lo hacen los hombres.

Al respecto, Underhill señala que “[e]n comparación, los hombres por lo general parecen barcos a la deriva. Hemos cronometrado a los compradores suficientes para saber que los hombres se mueven por los pasillos de una tienda a más velocidad que las mujeres. Los hombres también pasan menos tiempo mirando. En muchas ocasiones es difícil conseguir que miren algo que no les interese comprar. A la hora de comprar, lo normal es que no les guste preguntar dónde se encuentren las cosas, ni ninguna otra cosa. (Compran de la misma manera que conducen). Si un hombre no encuentra la sección que está buscando, dará una o dos vueltas y después abandonará y se irá de la tienda, pero en ningún caso pedirá ayuda. Como mucho los verá detenerse. Verá a un hombre que se mueve con impaciencia por la tienda hacia la sección que busca, escoge algo y después, repentinamente, él está listo para comprar, sin haber obtenido ninguna satisfacción del proceso de búsqueda. Prácticamente hay que apartarse de su camino. Cuando un hombre entra en un probador de prendas de ropa, que le siente mal es la única razón que le impide comprarla. Por otro lado, las mujeres se prueban prendas sólo como parte del proceso de selección, y piezas que les sientan perfectamente son rechazadas por otras razones. En un estudio realizado hallamos que el setenta y cinco por ciento de los compradores hombres que se probaban algo lo compraban, mientras que para las mujeres el porcentaje era sólo del veinticinco por ciento. (...) los hombres de hoy en día hacen más compras que nunca. Y esa tendencia continuará aumentando. Dado que permanecerán solteros durante más tiempo, aprenden a buscar en las tiendas algunos productos que sus padres nunca tuvieron que comprar. Y como se casan con mujeres que también trabajan todo el día, se verán forzados a responsabilizarse cada vez más de la carga del *shopping*”¹¹.

Para Schiffman y Lazar, el proceso de toma de decisiones del consumidor tiene las siguientes etapas:

Proceso de toma de decisiones del Consumidor¹²



La primera etapa es el reconocimiento de una necesidad que debe ser cubierta; ella es estimulada por una combinación de factores internos y externos que marcan el inicio del proceso. Cabe indicar que el marketing busca satisfacer necesidades ya existentes, las cuales se traducen en deseos, que pueden manifestarse y satisfacerse de diversas maneras a lo largo del tiempo. La publicidad nos demuestra que los consumidores quieren satisfacer una gama limitada de necesidades; lo que cambia son los diversos deseos que las transportan, los cuales pueden modificarse conforme al tiempo, al espacio social y el contexto económico.

La segunda etapa resulta de mucha importancia para los fines del presente artículo, toda vez que la “búsqueda de información” nos permite tener un primer acercamiento entre a lo que está expuesto el consumidor y lo que percibe e investiga para tomar una decisión de compra. La búsqueda de información empieza con la identificación de la necesidad y varía en función de cada tipo. Existe una búsqueda interna (memoria) y una externa (pre-compra).

En la búsqueda interna se activan los conocimientos almacenados en la memoria, en la que generalmente se presenta una acción pasada satisfactoria, siendo que la intensidad de la búsqueda depende del tipo de decisión. Los sesgos afectan la búsqueda interna y van desde el sesgo de la confirmación (vemos lo que queremos ver), la inhibición (recuerdo de un atributo inhibitor que puede impedir el recuerdo de otro positivo o viceversa) y el estado de ánimo

¹¹ UNDERHILL, Paco. “¿Por qué compramos?: La ciencia del shopping”. Barcelona: Ediciones Gestión 2000. 2000. pp. 108 y 109.

¹² SCHIFFMAN, León y LAZAR Leslie. “Comportamiento Del Consumidor”. Octava Edición. Ciudad de México: Editorial Pearson Educación. 2005.

(la comunicación que logran un buen ánimo favorecen a la recordación de la marca).

La búsqueda externa se genera con los medios de comunicación, las referencias de amigos o familiares fuentes independientes, pruebas de productos (muestras), entre otros. Cabe indicar que para el criterio normativo actual y la interpretación del INDECOPI, el Deber de Información se encuentra relacionado a la búsqueda de información externa, siendo la búsqueda interna un factor que aún no ha sido investigado o tomado muy cuenta por la autoridad, lo cual, esperemos que cambien a partir de replanteamientos como los desarrollados en el presente trabajo. Ello debido a que un consumidor buscará la información hasta sentir que posee la confianza suficiente en su capacidad para juzgar un producto o servicio y elegir la opción que considera correcta, más allá de la disponibilidad o acceso a la información que exista sobre los bienes o servicios. Dicha confianza se desarrolla con la experiencia, siendo la información proporcional al tipo de producto o servicio que necesita, ya que no es igual comprar un vehículo que un chocolate o botella de vodka. La información es transmitida de forma verbal o no verbal (imágenes) por parte de los proveedores; la pertinencia y utilidad es un factor relevante y forma parte de la estrategia comunicacional de cada marca, conforme a su posicionamiento y a la segmentación a la que quiere dirigirse el proveedor.

La evaluación de opciones es la etapa en que, en función a la información recogida, el consumidor evalúa los atributos y los beneficios que ofrece cada marca (percepción y preferencias). En esta tercera etapa, el consumidor construye su propio conjunto evocado de marcas (en las primeras en las que piensa cuando tiene que elegir un producto o servicio dentro de una categoría). Por ejemplo, cuando pensamos en la categoría gaseosas, puede que nuestro conjunto evocado sea Inca Kola, Coca Cola o Sprite, cada consumidor tiene su propio conjunto evocado.

La cuarta etapa es la compra, la que puede variar de acuerdo a la complejidad, ya sea porque implica una decisión rutinaria por su frecuencia o implique mayor responsabilidad

por lo esporádico o por el alto precio a ser pagado. Resulta importante que la autoridad administrativa identifique si para el consumidor la compra fue esporádica o rutinaria, ya que el nivel de complejidad puede ser proporcional al Deber de Información, considerando que para el consumidor este solo es un factor dentro de un proceso más enigmático.

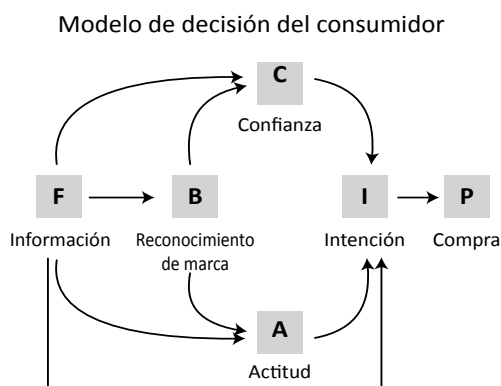
La quinta etapa es la que genera las sensaciones posteriores a la compra, que van desde la satisfacción o el rechazo a la marca. En el caso de las compras por impulso (no planificadas), el consumidor tiende a listar, luego, una serie de justificaciones que respaldan su decisión.

En este punto, resulta pertinente indicar que existen dos criterios de evaluación de compra que el consumidor ejecuta cuando analiza sus alternativas: (i) las estrategias no compensatorias; y, (ii) las estrategia compensatorias. En el primer caso, la debilidad de un atributo no puede compensar la fortaleza de otro, es decir, existe una jerarquía que permite desempatar para elegir, en estos casos, la debilidad de un atributo, genera que no acepte o decida por una marca en particular. En el segundo caso, la debilidad de un atributo si puede ser compensada por la fortaleza en otro, el típico ejemplo, de que un alimento engorda pero me gusta; el consumidor compensa el hecho que la comida sea “chatarra” por la satisfacción de comprarla a partir de su sabor u otros atributos. Las elecciones sin criterios, responden a los hábitos, el azar (indiferencia hacia las marcas de la categoría, por desconocimiento o nivel de necesidad) o motivo no racionales (sensoriales).

Para Bunge¹³, la decisión de compra no es un proceso de etapas. Ésta depende de un modelo dinámico como el desarrollado por John Howard, en el que se mezclan seis componentes (variables) a través de un proceso de agrupación y diferenciación. Dichas variables son: información, reconocimiento de la marca, actitud, confianza, intención y compra. Para este modelo, la información, se encuentra ligada a la percepción, la cual es provocada por un estímulo, siendo la medida estándar de la percepción del consumidor, el recuerdo que se

¹³ BUNGE, Sonia. “Comportamiento del Consumidor: Aplicación del Modelo de Howard al Mercado Argentino de Telecomunicaciones”. Tesis de Licenciatura en la Universidad de San Andrés. Buenos Aires. 2000. p. 54.

tiene sobre una marca, conforme a la dinámica del modelo desarrollado por Howard.



Como puede observarse, el marketing viene estudiando la decisión de compra desde diversas perspectivas. Lo cierto es que la información sobre un producto o servicio forma parte del proceso de elección; sin embargo, ésta no es una variable determinante para la decisión de consumo. La valoración y el estudio de los mecanismos psicológicos que utiliza la mente de los consumidores para tomar decisiones pueden llegar a sorprendernos respecto de su comportamiento (racionalidad) y a cómo son evaluados o vistos externamente (razonabilidad).

Desde nuestra perspectiva la racionalidad es un presupuesto para el análisis de la toma de decisiones, mientras que la razonabilidad es la evaluación que realiza un tercero respecto a mi decisión como consumidor a efectos de simplificar el modelo de interpretación legal¹⁴.

En este punto, podemos ir adelantando que la Economía Conductual postula modificar

el presupuesto de racionalidad¹⁵ que actualmente manejamos, toda vez que a partir del estudio de los sesgos y heurísticas se ha podido observar que los consumidores no tienen preferencias constantes y que su racionalidad es absoluta¹⁶ en términos de predicción económica. Los modelos de comportamiento han demostrado que la racionalidad clásica no permite a los economistas predecir que decisiones tomarán los consumidores en el futuro.

El Derecho estudia y regula la decisión de compra desde el momento en que el consumidor busca la información para la realización de la compra. Para ello, se asume que los consumidores son racionales y razonables o en todo caso, esa es la aspiración normativa. Lo razonable es un presupuesto económico, que permite establecer un estándar, a efectos de reducir costos de coordinación en la dinámica de intercambio de bienes y servicios (transacciones), así como evitar incertidumbre en los proveedores respecto a la disponibilidad de la información. Lo racional es el proceso previo, es la forma en cómo los consumidores deciden en función de sus intereses.

En tal sentido, resulta importante revisar qué se entiende por la racionalidad del consumidor y por consumidor razonable a efectos de observar si el replanteamiento del Deber de Información generaría una modificación al contenido de los referidos conceptos o en realidad ello dependerá de los resultados que se obtengan a partir de la inclusión de los descubrimientos o postulados de las neurociencias en la formulación de políticas de protección al consumidor.

¹⁴ “Los analíticos definen lo racional simplemente como un factor de mero procedimiento, como un juicio lógico-formal de atingencia por parte del acto decisorio a reglas positivas que no siempre derivan en una decisión jurídica razonable. En ello, la idea de lo razonable sigue entendiéndose como el grado de legitimidad sociológica, para utilizar terminología weberiana, que una determinada decisión comporta”. En: BAZÁN, José Luis y Raúl MADRID. “Racionalidad y razonabilidad en el Derecho”. En: Revista Chilena de Derecho 18. 1991. p. 185.

¹⁵ La economía neoclásica o tradicional parte de la presunción de que casi todas las personas, casi todo el tiempo, toman decisiones que se condicen con sus intereses tras un análisis costo-beneficio racional libre de sesgos. En: SUNSTEIN, Cass y Richard THALER. “Libertarian paternalism is not an oxymoron”. En: The University of Chicago Law Review 70. 2003. p. 1163 (traducción libre).

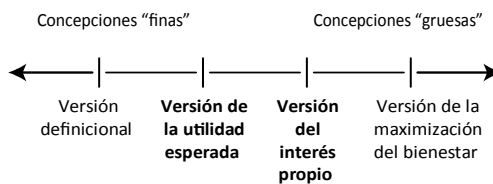
¹⁶ Usualmente, el Análisis Económico del Derecho se ha enfocado en la soberanía del consumidor y, por tanto, ha hecho énfasis en la capacidad racional del ser humano. Una visión psicológica de la realidad revela, contrariamente a lo que se piensa, que el ser humano carece de un sistema de racionalidad perfecta (lo cual no significa que sea irracional). Para una visión más detallada del tema, ver: JOLLS, Christine, Cass SUNSTEIN y Richard THALER. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. En: Stanford Law Review 50. 1998.

III. LA RACIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

Para comenzar, es importante diferenciar lo que se entiende por racionalidad en el lenguaje cotidiano y en el lenguaje económico clásico. En el lenguaje cotidiano, cuando hablamos de lo racional nos referimos a una persona razonable cuyas acciones se guían de forma apropiada por consideraciones de sus valores e intereses; es un tema de sentido común. El término racional en economía es distinto; sólo se refiere a que las preferencias del individuo deben ser coherente, consistentes y constantes. Uno puede creer en lo que quiera, pero mientras seas coherente, consistente y constante, no serás irracional. Lo mismo se aplica a las preferencias. Puedes preferir ser odiado a ser amado, pero mientras tus preferencias sean consistentes, eres racional en términos económicos¹⁷. Es una presunción simplificada; sin embargo, no es pacífica.

Dentro del propio mundo del Análisis Económico del Derecho¹⁸, no existe una definición clara de lo que es una decisión racional. Existen varias versiones de racionalidad que van desde puntos de vista “finos”, porque no contienen una base sólida detrás, hasta posturas más “gruesas”, con una fundamentación un poco más estructurada. Así, las posturas que se acercan a la versión “fina” tienen como problema principal que cualquier individuo, independientemente de la decisión que tome, puede calzar en la definición de dichas posturas, lo cual las torna no-falsables y, por lo tanto, inútiles. De otro lado, las posturas cercanas a la concepción “gruesa” resultan falsables, pues pueden ser rebatibles por otras teorías¹⁹. El problema de esta segunda versión radica entonces en esa rebatibilidad. Mientras más se acercan al lado derecho de la recta, más fáciles son de contradecir con evidencia empírica (ver gráfico propuesto por Green y Shapiro), conforme se observa en el cuadro desarrollado por Korobkin y Ullen:

El espectro de la teoría de la decisión racional



Fuente: KOROBKIN y ULEN. “Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics”. En: California Law Review. Volumen 88. Número 4. Julio de 2000. p. 1061.

A. Análisis Económico del Derecho v. Derecho y Economía Conductual

El Análisis Económico del Derecho ha sido visto como una herramienta útil aplicable a las instituciones legales utilizando principios de la microeconomía –específicamente lo referido a la teoría de precios–, esta ha encontrado en la práctica diversos factores de la “vida real” que han puesto en duda sus formulaciones. El problema del Análisis Económico del Derecho surge cuando el extremo afán simplificador de sus modelos yerra al momento de predecir el comportamiento humano. Construye fórmulas matemáticas que cataloga de evidentes y a las que les brinda fuerza sobre la base de su poder explicativo, sin tener en cuenta que éste no sirve de mucho, o de nada, si no está acompañado de una capacidad predictiva. Su principal problema es asumir el comportamiento racional de los individuos en sus decisiones de vida.

En respuesta a lo anterior, el Derecho y Economía Conductual pretenden recuperar el carácter predictivo de los modelos económicos aplicado a las políticas públicas, incorporando aspectos de la Psicología que permitan diseñar modelos capaces de entender el comportamiento humano y, por tanto, predecirlo. Así, estudia las distintas heurísticas y sesgos que pueden

¹⁷ KAHNEMAN, Daniel. Discurso en la Universidad de Georgetown. 2009. En: http://fora.tv/2009/05/15/Nobelista_Daniel_Kahneman_on_Behavioral_Economics.

¹⁸ El Análisis Económico del Derecho es una metodología que propone un modelo Sobre la base del cual se pueden analizar económicamente las instituciones jurídicas, utilizando como premisas para simplificar el análisis que: (i) todo puede traducirse en un denominador común, el dinero, con el fin de poder realizar un análisis costo-beneficio; (ii) existe soberanía del consumidor; (iii) los individuos actúan para maximizar sus beneficios (iv); las preferencias son estables (v) no existen costos de redistribución.

¹⁹ Para mayores detalles al respecto revisar: DRAGO, Mario y Carlos ROJAS. “Derecho y Economía Conductual en Políticas Públicas de Prevención de Desastres: El Caso del Terremoto de Pisco”. Tesis para la obtención del título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011.

afectar la toma de decisiones por parte de los consumidores para poder verificar la necesidad, o no, de regular o intervenir en determinada actividad²⁰.

La Economía Conductual postula el estudio del comportamiento humano como factor a tomar en consideración al momento de predecir conductas mediante modelos económicos, con el fin de evitar distorsiones cognitivas y motivacionales que tornen defectuosas las decisiones de consumo, así como los análisis legales²¹.

De este modo, el Derecho y la Economía Conductual presta atención al punto de referencia sobre el cual el individuo toma sus decisiones y sugiere la necesidad de considerarlo en los modelos económicos que respaldan la creación de normas, como las que regulan los conflictos de consumo. El punto de referencia es establecido por cada consumidor conforme a un contexto específico y a partir del cual se construyen sus preferencias (decisión de compra). El punto de referencia no es más que el contexto dentro del cual queremos que el marco regulatorio o nuestra política pública se enmarque para tener éxito, y lograr la eficiencia social.

Decir que la gente hace un análisis simple racional y que sigue consumiendo productos perjudiciales para su salud (como los cigarrillos) porque valora más el hoy que el mañana es una conclusión muy simplista y poco útil para la elaboración de políticas públicas. El Derecho, tomando en consideración las limitaciones cognitivas del ser humano, actúa de diferentes maneras. Por ejemplo, lo hace a través de la obligatoriedad del empleador de pagar un sistema de pensiones del empleado y la prohibición relativa sobre este último de retirar el dinero (por lo menos sin un engorroso trámite que lo haga meditar sobre su decisión). Los avances más importantes de la Economía Conductual están en este rubro y se relacionan con los juicios de error (producidos por sesgos y heurísticas), toda vez que el consumidor no decide a través de un proceso racional perfecto.

B. Racionalidad acotada

De esta forma, la Economía Conductual señala que la racionalidad es “acotada”, término que describe el proceso de decisión de un consumidor, tomando en cuenta sus limitaciones cognitivas de conocimiento y de capacidad computacional. Ya que es imposible que el individuo analice toda la información disponible, éste sólo toma un cúmulo de opciones y realiza procesos mentales simples, influenciado por sus experiencias y creencias. En muchas oportunidades, éstas le brindan respuestas rápidas y positivas, pero muchas otras veces resultan en decisiones sub-óptimas desde el punto de vista de la eficiencia y el bienestar social. Así, la racionalidad del ser humano es acotada porque (i) le es imposible tener acceso a la información completa y a la certidumbre, influyendo en él factores externos como la cultura y la sociedad; y, (ii) la persona no tiene la capacidad para procesar perfectamente la información que sí tiene disponible, lo que afecta su capacidad de cálculo. Variables como la experiencia, memoria, percepción, creencias y sensibilidad influyen en esto. La persona no decide fríamente. La utilidad es inseparable de la emoción²². Dejar de lado el sufrimiento que ocasionan las pérdidas o el arrepentimiento derivado de los errores no es realista desde el punto de vista descriptivo o positivo, y las formulaciones en ese sentido se alejan del componente predictivo necesario para regular o no conductas. Las emociones, el contexto y ciertos sesgos y heurísticas limitan nuestra racionalidad.

Sin embargo, no confundamos racionalidad acotada con irracionalidad o con ignorancia racional. El ser que actúa irracionalmente es impredecible y aleatorio, y no toma decisiones consistentes en el tiempo dentro de un mismo contexto, es decir, carece de preferencias constantes. El ser racionalmente acotado es distinto; sus decisiones son constantes dentro de mismo contexto, pero tiene limitaciones de carácter exógeno y endógeno que no le permiten siempre tomar decisiones óptimas desde el punto de vista de la maximización

²⁰ “La evidencia recabada por la Economía Conductual y la Psicología Cognitiva muestra que sistemáticamente los seres humanos tomamos decisiones sesgadas, las cuales en muchos casos resultan ineficientes (y que no hubiésemos elegido si fuésemos totalmente racionales.” DRAGO, Mario y Carlos ROJAS. Op cit. p. 17

²¹ SUNSTEIN, Cass. “Análisis Conductual del Derecho”. En: Revista *Advocatus* 9. 2003. pp. 57-79.

²² KAHNEMAN, Daniel. “Mapas de Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual”. En: Revista *Asturiana de Economía* 28. 2003. p. 195.

de beneficios. Como dice Sunstein, “[la racionalidad acotada] no quiere decir que la conducta de las personas sea impredecible, sistemáticamente irracional, aleatoria, libre de reglas, o elusiva a los científicos sociales. Por el contrario, las calificaciones de los modelos racionales pueden ser descritas, usadas e incluso modeladas algunas veces”²³. No es que el ser sea irracional, sino que trata de ser racional con lo que tiene y de acuerdo a su capacidad de procesamiento de información.

Por su parte, el ser ignorante racional es consciente de la existencia de demasiada información, y prefiere asumir el costo de ignorarla (tener información incompleta) antes que tener que procesarla toda. En otras palabras, sabe que puede procesarla, pero prefiere no hacerlo. El ser racionalmente acotado, en cambio, puede o no procesar toda la información que tiene a la mano, al igual que el ignorante racional, pero decida o no procesarla, lo cierto es que existen factores exógenos y endógenos que impiden un correcto procesamiento de dicha información.

IV. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN: EL CONSUMIDOR RAZONABLE

El proceso de toma de decisión termina y la autoridad de competencia establece un estándar de interpretación (aspiración normativa) de cómo actúan los consumidores, ello en función a la dinámica de intercambio (transacciones). Mientras que la racionalidad es un concepto económico, la razonabilidad se construye a partir de un valor de relevancia jurídica, a efectos de que la autoridad obtenga un estimado (abstracción jurídica) de cómo actúan los consumidores.

Un “Consumidor Razonable” es definido como aquella persona que actúa con la debida

responsabilidad y la diligencia ordinaria en el mercado, esto es, que procura encontrarse informado para adoptar una decisión de consumo. Además, compara productos y servicios sobre la base de la información obtenida, lo cual es socialmente adecuado en la medida que promueve conductas eficientes en el mercado. Es importante resaltar que no debe protegerse al consumidor descuidado o negligente, pues ello sólo generaría la promoción de conductas ineficientes en el mercado que elevarían significativamente los costos de transacción, ya que se consagraría una garantía de protección al consumidor contra su propia falta de responsabilidad o diligencia.

Al respecto, Patrón y Bullard²⁴, indican que el “marco legal persigue establecer incentivos para que las empresas coloquen en el mercado información suficiente y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles. En otras palabras, el modelo favorece la reducción de los costos de transacción en el mercado estimulando la dinámica del mismo. El hecho que los distintos órganos funcionales encargados de aplicar las leyes antes mencionadas se encuentren incorporados en una sola agencia gubernamental ha permitido coordinar y unificar los estándares de interpretación de los mismos, lo cual reduce la incertidumbre de los agentes económicos. Por ejemplo, para determinar qué tipo de información es susceptible de inducir a error al público se utiliza siempre, en cualquiera de las áreas, el concepto de consumidor razonable en contraposición del comúnmente citado consumidor medio”.

El concepto de Consumidor Razonable, si bien es una abstracción jurídica que permite a la autoridad de competencia establecer un estándar de interpretación, tiene como finalidad reducir los costos de transacción en la medida que reduce la incertidumbre

²³ SUNSTEIN, Cass. Op. cit. pp. 57-58.

²⁴ En ese sentido, los referido autores indican que, “[e]l consumidor medio no es sino el actor común en una determinada colectividad; mientras que el consumidor razonable es un estándar abstracto de los que sería el comportamiento socialmente deseable de un individuo. Si en un país el comportamiento de un consumidor medio, digamos su diligencia, está por debajo de lo “razonable” –esto es, de lo socialmente deseable–, las decisiones que adopten como estándar de tutela al individuo promedio promoverán su falta de diligencia (o al menos no generaran incentivos para que adopte mayores precauciones). El resultado sería la reducción del bienestar social. En la aplicación de las normas que reprimen el engaño en el mercado se ha asumido que el criterio de los “razonable” incentiva conductas adecuadas por parte de los consumidores, lo que a su vez promueve eficiencia y complejidad”. BULLARD, Alfredo y Carlos PATRÓN. “El otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia Peruana en materia de Protección contra la Competencia Desleal” Lima: THEMIS-Revista de Derecho 39. 1999. p. 444.

de lo indeterminado, generando que los proveedores tengan un piso mínimo respecto de la información que deben brindarle al consumidor, lo que se condice con lo exigido en caso exista algún conflicto de consumo.

Ahora bien, como indicáramos desde un principio, en el presente trabajo proponemos observar qué está detrás de la decisión de los consumidores, lo cual permite que: (i) los proveedores tomen las nuevas técnicas de investigación de mercado para mejorar sus estrategias comunicacionales; y, (ii) la agencia de competencia tenga mayores elementos de cómo deciden las personas antes de juzgar los conflictos de consumo con los proveedores. Hasta el momento hemos evaluado el alcance del Deber de Información y los diversos factores económicos, psicológicos y jurídicos que giran en torno a la decisión de consumo, por lo que, a continuación evaluaremos si el Neuromarketing puede contribuir a demostrar nuestra hipótesis a efectos de replantear el alcance del Deber de Información en materia de Protección al Consumidor.

V. NEUROMARKETING

El comportamiento de los consumidores está cambiando; de ser receptores ahora son creadores y participativos. El marketing dejó de referirse a los consumidores que compran para referirse a las personas que viven y sienten. La tendencia actual es contar una historia y captar la atención e interés del consumidor; es transmitirle emociones, para generar buenos recuerdos y mantener la imagen de la marca en su memoria de largo plazo. Para poder conocer y utilizar dicha información, existe la investigación de mercado y sus diversas técnicas y categorías, desde la cuantitativa (saber el cuanto), cualitativa (conocer qué valoran), etnográfica (ver como se desenvuelven) hasta el *cool hunting* (identificar tendencias).

Sin embargo, aún con dichas técnicas no hemos podido identificar qué sucede en la mente del consumidor debido a que existe una diferencia entre lo que piensa y lo que hace. Lo que para la investigación tradicional podía ser el fracaso o éxito de algunos productos, finalmente, cambia una vez aplicado a la realidad. Conocer qué espera y qué quiere el consumidor requiere de una investigación de mayor rigor científico, a efectos de explorar los procesos de la mente. Al respecto, Alvarado señala que “[u]no de los principales descubrimientos de la neurociencia²⁵ es que 95% de los procesos mentales del ser humano se producen en su mente no consciente, y es precisamente allí donde residen los mecanismos que condicionan sus decisiones. Por ello, hay que tener en claro cómo funciona el cerebro”²⁶.

De este modo, conforme a la Teoría del Cerebro Triuno²⁷ desarrollada por Paul MacLean existen tres tipos de cerebros: (i) el córtex, asociado a la lógico-racional; (ii) el límbico, relacionado a lo emocional; y, (iii) el réptil, referente a lo instintivo. El resultado de su investigación concluyó que la mayoría de las decisiones son tomadas por los cerebros réptil y límbico, siendo el córtex el que justifica en la mayoría de oportunidades la ejecución de la compra ya realizada por el consumidor. Dicha explicación se puede observar conforme al siguiente gráfico²⁸:



²⁵ “La neurociencia es la disciplina que estudia el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso y de cómo los diferentes elementos del sistema nervioso interactúan y dan origen a la conducta”. ALVARADO, Liliana. “Neuromarketing, entendiendo al consumidor (1)” En: Marcas, Mercado y Consumidor. Blog del Diario Gestión. Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/marcasmercadoyconsumidor/2010/07/neuromarketing-entendiendo-al.html> Consultado el día 22 de noviembre de 2012.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ MACLEAN, Paul. “A triune concept of the brain and behavior”. Toronto: The Ontario Mental Health Foundation by University of Toronto Press. 1973.

²⁸ En: <http://laurasil.com/neuromarketing-como-llegar-a-tu-publico-con-exito/>.

El cerebro racional procesa los datos e información objetiva; es funcional, lógico y analítico. El límbico o emocional es el que procesa los sentimientos, los miedos, las sensaciones. El tercer cerebro es el primitivo o reptil, toma en cuenta los resultados de los otros dos cerebros, pero de manera que sólo éste controla las decisiones, en este se observa el sentido de supervivencia, reproducción, poder, defensa y protección²⁹.

El Neuromarketing –a partir de la teoría de MacLean– estudia el funcionamiento del cerebro en las decisiones de compra de un producto o servicio. Es una técnica de investigación de mercado que permite indagar sobre la respuesta de los consumidores ante estímulos publicitarios, marcas, comunicaciones, productos, precios, etcétera, con la finalidad de comprender y brindar bienes y servicios que estén más cercanos a lo que realmente quieren las personas.

De esta forma, el Neuromarketing busca indagar qué zonas del cerebro están involucradas en cada comportamiento del cliente, ya sea cuando elige una marca, cuando compra un producto o, simplemente, cuando recibe e interpreta los mensajes que le hacen llegar las empresas; es decir, un momento previo a la racionalidad, Sobre la base de la cual se formulara luego el criterio de razonabilidad.

La metodología consiste en decodificar qué está detrás de cada estímulo, a efectos de verificar a qué cerebro (reptil, límbico o córtex) es al que corresponde, ya que “conocer el funcionamiento de estos tres cerebros y la forma como se interrelacionan nos puede evitar mucho errores de aprendizaje”³⁰.

Para conocer cuál es la parte del cerebro que reacciona frente a un determinado estímulo, el Neuromarketing utiliza técnicas de neuroimagen que le permiten ver *online* qué es lo que está pasando en las neuronas del cerebro de una persona ante el referido estímulo externo, lo que ayuda a las marcas a construir y comunicar mensajes que

influyan directamente en el verdadero decisor que tiene cada consumidor, a partir de un lenguaje que logra conectarse con la mente y el Cerebro Triuno. A efectos de medir la actividad cerebral y su relación con sistema nervioso, el Neuromarketing utiliza principalmente los siguientes instrumentos:

- a) La electroencefalografía (EEG), que permite registrar las ondas cerebrales relacionadas con cambios emocionales, de atención y recordación.



Fuente: <http://www.timesofmalta.com/>

- b) La Prueba Respuesta Galvánica, que registra los cambios en la conductancia de la piel, relacionados con respuestas emocionales



Fuente: <http://blog.toptenbusinessexperts.com/>

²⁹ ALVARADO, Liliana. “Neuromarketing, ciencia al servicio del conocimiento”. Nota Técnica como parte de los materiales del Curso de Neuromarketing de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. pp. 4 y 5.

³⁰ ALVARADO, Liliana. “El Misterio de los 3 Cerebros”. Nota Técnica como parte de los materiales del Curso de Neuromarketing de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. p. 3.

- c) *Eye Tracking*, que registra visitas y fijación visual frente a los estímulos evaluados



Fuente: <http://mscfabiancuesta.blogspot.com/>

- d) El Método Mindcode. Desarrollado por Mindcode –empresa de investigación de mercado dirigida por Jürgen Klaric, Ricardo Caccia y Ricardo Perret– es un sistema integrado que combina los instrumentos de medición cerebral y lo

complementa con una entrevista psico-antropológica a efectos de profundizar en la cultura y los estímulos que recibió el participante.

El Neuromarketing aún está siendo explorado; sin embargo, ya existen productos³¹ y campañas publicitarias que han sido examinados o filtrados con ésta técnica antes de ser comercializados o difundidos, los resultados –en términos de persuasión y ventas– son muy positivos. A pesar de esto, la complejidad y sofisticación aún no le permite ser accesible a todo tipo de empresa. Lo cierto es que nuestro pensamiento es simbólico, por lo que, con el Neuromarketing, se puede conocer qué estímulos son los correctos para conectar lo emocional e instintivo a partir de la utilización de metáforas. Como indica Klaric “lo más importante no es encontrar el código sino tenerlo y saber cómo regresarlo de forma científica, para que puedas mandar los mensajes metafóricos y así conectarte con los tres cerebros de forma simultánea”³².



Fuente: <http://neuromarca.com/blog/mindcode/>

³¹ Volkswagen ha realizado un estudio de neuromarketing sobre su nuevo Golf GTI y lo está utilizando ahora para publicitarlo con el Golf GTI Experiment. Disponible en: <http://neuromarca.com/blog/golf-experiment/>. Consultado el día 23 de noviembre de 2012.

³² KLARIC, Jürgen. “Estamos ciegos” Lima: Editorial Planeta. 2012 p. 242.

Con el Neuromarketing se puede obtener lo siguiente: "(i) qué estímulos debe contener un comercial para conseguir un grado de impacto; (ii) cuál debe ser el nivel de repetición en cada medio para que una campaña sea efectiva; (iii) cuáles son los estímulos sensoriales que debe contener un producto para lograr la satisfacción del cliente; (iv) cuál es la mejor estrategia con respecto al precio; (v) cómo se puede seducir a los clientes para que permanezcan más tiempo en un punto de venta, aumentar su volumen de compra y que regresen; (vi) qué tipo de entrenamiento debe tener una fuerza de ventas para que sea competitiva; (vii) cuando entendemos los tres cerebros cobra mucho sentido la siguiente frase de Braidot: ¿por qué tus clientes se acuestan con otro si dicen que les gustas tú?"³³.

En conclusión, el Neuromarketing permite mejorar los niveles de satisfacción del cliente conforme a la estrategia de comunicación, generando mejores niveles de atención por parte de los consumidores. Esto facilita al Deber de Información, haciendo que tenga un mejor alcance conforme al impacto que busca generar la marca.

VI. REPLANTEAMIENTO AL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El nivel de exigencia del Deber de Información por parte del INDECOPI sería el adecuado si sus decisiones incentivan a que las marcas inviertan en mejorar sus niveles de comunicación con los consumidores, sin embargo, tal y como se ha construido el concepto, se ha generado una burbuja regulatoria que crece, genera sobrecostos y de la que no se tiene certeza si resulta eficiente.

En nuestra opinión, aún resulta superficial la noción actual del Deber de Información, toda vez que ha sido desarrollada a partir de una abstracción jurídica que se encontraba limitada

al conocimiento sobre el consumidor de hace ya mucho tiempo atrás. Resulta necesario observar los nuevos descubrimientos en el campo de las neurociencias, la economía, la psicología, el marketing para obtener un concepto de Deber de Información que permita generar incentivos correctos.

Para sustentar ésta hipótesis nos preguntamos, ¿puede el INDECOPI establecer un criterio de evaluación respecto al nivel de exigencia de la información que recibe el consumidor, indicando que esta debe permitir una decisión "adecuada" sin tomar en cuenta las herramientas de investigación de mercado que permiten conocer con mayor certeza cómo decide "realmente" el consumidor? Creemos que no. La decisión adecuada no la conocemos, para juzgar dicha premisa debemos indagar como se forma el mensaje y cómo lo percibe el consumidor.

¿El consumidor toma en cuenta la información al momento de realizar una decisión de compra, cambia en algo la exigencia o la aspiración normativa de consumidores razonables o ello sólo es un elemento posterior a la transacción? La exigencia sólo acredita que los consumidores tengan disponible la información para la búsqueda externa, pero se agota cuando se observa el proceso interno. El consumidor no toma en cuenta sólo la información, ésta lo satura³⁴ y es un factor superficial que tampoco ha sido explorado por el Derecho. Existen variables, como los sesgos cognitivos estudiados por la Economía Conductual, que forman parte de ese complicado proceso de decisión de compra que aún no son tomados en cuenta por la autoridad administrativa. Descubrir qué información y de qué forma debe ser presentada –y por lo tanto exigida por la autoridad– es útil en la medida que los consumidores podrán tomar decisiones satisfactorias y sostenibles frente a un mercado saturado de oferta.

Ahora bien, ¿puedo predecir las decisiones o las conductas del consumidor sobre la base de

³³ MARKETING NEWS. "Se abre la caja negra". p. 11. Visitado en: <http://www.marketingnews.com.co>. Consultado el día 22 de noviembre de 2012.

³⁴ Al respecto, Klaric indica que "el consumidor de hoy se encuentra hiperinformado; debe correr a tanta velocidad como la información lo persigue; sabe hasta diez veces más de lo que sabía diez años atrás; tiene la posibilidad de consultar instantáneamente la opinión de sus amigos y vecinos; tiene acceso a toneladas de información sobre la que él tiene el poder de elegir, dentro de sus procesos de compra más importantes". KLARIC, Jürgen. Op cit. p. 79.

las premisas clásicas del deber de información y consumidor razonable?

El Análisis Económico del Derecho se ha enfocado en la soberanía del consumidor y, por tanto, ha hecho énfasis en la capacidad racional del ser humano. Sin embargo, una visión psicológica de la realidad –Economía Conductual y Neuromarketing– revela, contrariamente lo que se piensa sobre el consumidor. El ser humano carece de un sistema de racionalidad perfecta (lo cual no significa que sea irracional) y, por lo tanto, a partir del sistema clásico no hemos logrado predecir conductas o decisiones. A partir de esta visión más cercana de la realidad, podemos conocer cómo piensa el consumidor, y con ello, predecir sus conductas.

El Neuromarketing, así como el Derecho y Economía Conductual y al igual que el Análisis Económico del Derecho, defiende la idea de que el Estado o las empresas no deben intervenir o manipular las decisiones del individuo, salvo cuando sea estrictamente necesario debido a la generación de externalidades e ineficiencias sociales. La diferencia radica en que cuando exista esa intervención, ésta debe ser estructurada correctamente para no generar distorsiones cognitivas que se alejen de la idea de la maximización del bienestar social. Sin embargo, las herramientas cautivan, lo que se busca es persuadir, no obligar o limitar la voluntad.

El Deber de Información forma parte de dicha intervención y, por lo tanto, su cumplimiento o exigencia debe estructurarse de modo que no genere ineficiencia o incentive distorsiones en el mercado. La regulación antitabaco, por ejemplo, como actualmente la conocemos, no ha logrado reducir el consumo esperado. La exigencia informativa debe ser reorientada, ya que si creemos que su consumo genera externalidades (problemas de salud), la autoridad debe reconducir la exigencia informativa y observar a partir de qué

estímulos se genera la aceptación o rechazo del tabaco³⁵.

Del mismo modo, INDECOPI debe apreciar qué información resultaría útil para que los consumidores decidan por la oferta más eficiente, premiando a las marcas que se preocupan por mejorar sus niveles de comunicación y dejando que el mercado de lecciones a quienes no observan más allá de la burbuja regulatoria.

VII. REFLEXIÓN FINAL

El Neuromarketing permite encontrar incentivos correctos. Si el individuo decide vivir en lugares inseguros, tener problemas de obesidad, fumar o no contratar un seguro médico, consideramos que, en principio, debería ser libre de elegir dichas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta que el bienestar general se condice con una sociedad saludable, libre de riesgos, segura y ordenada, entre otras cosas, creemos que las políticas públicas y la regulación de conductas deben apuntar a la búsqueda de una vida mejor para los individuos.

El Neuromarketing nos da información certera de cómo decide el consumidor. Con esa información, las marcas mejoran sus procesos productivos, estrategias de comunicaciones y reducen costos, generando eficiencia. Además, permite a la autoridad evaluar –más allá de la información clásica– si al vulnerar los derechos del consumidor se afecta la sostenibilidad del mercado.

En efecto, la evidencia recabada por la Economía Conductual, la Psicología Cognitiva y el Neuromarketing muestra que sistemáticamente los seres humanos tomamos decisiones sesgadas, las cuales en muchos casos resultan ineficientes (y que no hubiésemos elegido si fuésemos totalmente racionales). El Derecho debe tomar esos descubrimientos e incorporarlos a los procesos regulatorios.

³⁵ Sobre el particular, Klaric alega que “así como la mente del ser humano busca la supervivencia, también busca el peligro, el daño reversible. Como prueba de esto, las cajetillas de cigarros, con sus grotescos letreros preventivos, no han bajado las ventas, a pesar que ya no pueden pautar en TV. Hemos podido descubrir en nuestro neurolab que estos mensajes provocan intensión de compra y hace que la gente fume. Es curioso, pero la industria tabacalera cada día está más restringida y publicita menos en medios masivos, sin embargo, la categoría no decrece como se esperaba”. KLARIC, Jürgen. Op cit. p. 126.

DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
EN EL PERÚ | UN VISTAZO A LA CATEDRAL
POR GUIDO CALABRESI



CD: 20 MEJORES ARTÍCULOS
DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

CD: 20 MEJORES ARTÍCULOS
DE BANCA Y FINANZAS

THĒMIS | PUBLICACIONES

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO

Assurance | Tax | Transactions | Advisory

**Mayor confianza
Mejor desempeño
Menores riesgos**

Calidad e innovación para ayudar a alcanzar su potencial

Servicios de Tax:

- ▶ Asesoría tributaria
- ▶ Cumplimiento fiscal
- ▶ Precios de transferencia
- ▶ Asesoría laboral
- ▶ Aduanas
- ▶ Litigios

ey.com

 **ERNST & YOUNG**
Quality In Everything We Do

35 Años



La Unión

CORREDORES DE SEGUROS S. A. C.

La Unión

Vehículos
Salud
Patrimoniales

Calle la Habana 440 San Isidro, Lima-Perú. Telf.: 421 1575. Fax: 441 4302

IN GOD WE TRUST, ALL OTHERS BRING DATA. ¿DEBE HABER UN CONTROL DE FUSIONES EMPRESARIALES EN EL PERÚ?

Alfredo Bullard González
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Alejandro Falla Jara**

Nicole Roldán Barraza***

El control de fusiones empresariales tiene como objetivo evitar que se forme un monopolio o un oligopolio que, a la larga, termine afectando a los consumidores. Sin embargo, muchas veces es imposible saber si, como efecto de una fusión, se dará alguna de estas fallas del mercado. Se puede decir que las agencias de control de fusiones tienen que hacer uso de una “bola de cristal” para saber si la fusión, a la larga, será negativa.

En el presente artículo, los autores critican este carácter basado en la incertidumbre del control de fusiones. Exigen que estas agencias se basen más en los hechos y no pretendan corregir errores antes de que sucedan. Además, analizan los resultados del control de fusiones en el Derecho comparado. De este modo, llegan a la conclusión de que dicho control suele ser ineficiente, pues genera costos a las empresas y puede evitar fusiones que, a la larga, serían beneficiosas. En el Perú, la existencia de un Proyecto de Ley para regular las fusiones motiva la crítica de los autores, que ven en esta medida un control innecesario y negativo que traería más problemas que beneficios.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho de la Competencia, Derecho Civil, Análisis Económico del Derecho y Arbitraje en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Abogado. Magíster en Regulación por la Universidad de Londres de Economía y Ciencia Política. Profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa y de las Facultades de Derecho la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico.

*** Economista. Magíster en Economía por la Universidad de Londres. Profesora de Microeconomía II en la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico.

Un estudiante ingresa a la oficina de un profesor de economía. Le traía una interesante teoría para resolver un problema real que, a criterio del estudiante, debía servir de base para una política pública. El profesor lo miró con escepticismo y le señaló un cartel colgado a la entrada de su oficina "*In God we trust, all others bring data*"¹.

La frase se encuentra parcialmente en los billetes de un dólar (*In God we Trust*). Pero la frase completa, con el añadido "*all others bring data*" se atribuye a W. Edwards Deming, un renombrado estadístico y profesor universitario².

La frase es relativamente popular y dio origen a una serie de carteles en las entradas de las oficinas de profesores (en especial de ciencias sociales) y funcionarios de entidades privadas y públicas.

La anécdota relatada en el primer párrafo se debe haber repetido infinidad de veces. Profesores universitarios o funcionarios públicos han usado el cartel para rechazar propuestas de soluciones o diseño de políticas públicas basadas en un mero acto de fe, sin base teórica sólida y sobre todo sin data que demuestre el punto en el que debe basarse la decisión³. Los actos de fe en el diseño de políticas públicas (sobre todo solicitados por alguien que no es Dios) son muy peligrosos porque afectan la vida de las personas y su futuro.

Lo que requiere data no es la decisión de no intervenir. La libertad es, en una sociedad moderna, el punto y premisa de partida. Lo que requiere demostración es su limitación, es decir el acto de restringir lo que las personas pueden hacer. Es el funcionario que propone la política el que tiene que traer no especulaciones, sino data. Él tiene la carga de la prueba de demostrar su punto y no el resto el deber de demostrar lo contrario.

Bajo esta línea, quienes proponen que se debe implementar el control de fusiones en el Perú son quienes deben demostrar, con data, y no con especulación, por qué ese sistema es bueno desde el punto de vista económico y social.

Sin embargo, a diferencia de las épocas iniciales en donde la institución tenía una posición claramente contraria al control de fusiones, es ahora el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) quien apoya la propuesta. Ya en el 2005, se proponía impulsar este tipo de mecanismo utilizando como argumento central uno que se resume en el siguiente párrafo y que aparece reciclado con ocasión del Proyecto de Ley 972/2011-CR (abril 2012) en debate en el Congreso: "Es el momento de dejar de lado el discurso especulativo y colocar al país a tono con la legislación mundial. Esta exigencia es, además, una necesidad en el momento en que la política comercial peruana se encamina a la firma de distintos tratados de libre comercio, con los cuales nuestra economía estará expuesta a la acción económica de grandes grupos de inversión que, a su vez, están sometidos en sus países a mecanismos similares al que se pretende implementar en el Perú"⁴.

Nos pide que dejemos de especular, pero no trae data. INDECOPI especula, pero pide que no se especule. Se limita a citar que varios lo tienen sin analizar los efectos que se han producido en los mercados donde se han implementado. Su discurso es meramente especulativo y nos pide a todos un acto de fe. Pero INDECOPI no es Dios. Tiene que traer data. Si no lo hace la libertad se debe preservar y la intervención se debe evitar.

El único dato es la cantidad de países que han adoptado en control de fusiones. Pero no basta demostrar quiénes lo tienen,

¹ Traducción Libre: "Confiamos en Dios, todos los demás deben traer data".

² De hecho, no hay total certeza que sea el autor de la frase. Los coautores del libro "The Elements of Statistical Learning", Trevor Hastie, Robert Tibshirani y Jerome Friedman, en su prefacio a la segunda edición, señalan en un pie de página: "En la Web, esta cita ha sido ampliamente atribuida tanto a Deming como a Robert W. Hayden; sin embargo exprofesor Hayden nos ha dicho que no se le puede atribuir el crédito de dicha cita, e irónicamente no hemos podido encontrar 'data' que confirme que se puede atribuir a Deming". En: http://en.wikipedia.org/wiki/W._Edwards_Deming#cite_note-learning-30#cite_note-learning-30.

³ Alguna vez nos comentaron un caso en el que un funcionario a cargo de ordenar la fabricación de aviones militares respondió con el cartel al alguien que pretendía sugerir la fabricación de un nuevo avión. Su preocupación es que sin data no se podía saber si el avión podría volar.

⁴ Ver: Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). "Third Meeting of the Latin America Competition Forum". Madrid- 19-20 Julio 2005. En: http://www.oecd.org/document/43/0,3746en_40382599_40393122_40443627_1_1_1_1,00.html.

sino cómo funciona. Sin data, lo único que tenemos al frente es la posibilidad de un error generalizado. Por eso, son el INDECOPI y los Congresistas que proponen la ley los que deben demostrar que nos piden algo más que un acto de fe.

Este artículo cuestiona la solicitud de un acto de fe. Y no de cualquier acto de fe; es un acto de fe que exige reconocer que los funcionarios públicos tiene la capacidad de adivinar el futuro, de usar ciencia económica como si fuera una “bola de cristal” que permite predecir las consecuencias de un acto complejo y, por definición, de consecuencias impredecibles. Y nos exige que la sociedad en su conjunto pague una ingente cantidad de recursos en un sistema que no sabemos si sirve para algo, y que por el contrario podría estar dañando el funcionamiento de la economía.

Sin ser nuestro deber, porque este trabajo propone que no debe admitirse la propuesta, traemos doctrina y data que indica los serios problemas que un sistema como el propuesto significa. Sólo pedimos que lo que planteamos sea respondida con data y no con meras especulaciones.

I. INTRODUCCIÓN

¿Se imagina usted si, cuando uno se va a casar, tuviera que pedir permiso al Estado para que evalúe (cuando le dé la gana y en la forma que le dé la gana) si el matrimonio será bueno o si hay riesgo con que los esposos se agarren a golpes o maltraten a sus hijos? ¿Con qué criterio podría el Estado limitar nuestra libertad con el argumento que casarse puede ser riesgoso? Nadie discute que un matrimonio puede acabar mal, pero de allí a limitar la libertad de casarse hay un buen trecho.

Muchas de las actividades humanas pueden, potencialmente, generar daños. Los automóviles o los aviones pueden causar accidentes, los negocios pueden generar estafas, las oficinas públicas pueden ser objeto de corrupción, la producción de una fábrica puede generar contaminación. La sociedad ha desarrollado diversos mecanismos para prevenir daños futuros. Una forma es usar controles *ex ante*, es decir, sujetar la actividad a alguna forma de control previo. Entonces, la actividad se sujeta a mecanismos

que significan una evaluación anterior al desarrollo de la actividad. Si la actividad no cumple ciertos requisitos, entonces no se aprueba. Por ejemplo, si usted quiere conducir un automóvil la autoridad el pedirá que tome un examen y, si no lo aprueba, no podrá conducir.

Por el contrario, los controles *ex post* funcionan con otra lógica. Parten que la actividad es libre y sujetan la conducta a asumir las consecuencias de ciertos actos (sanciones administrativas o penales). Por ejemplo cada acto de circulación de un vehículo no está sujeto a una autorización previa, pero si causas un accidente debes pagar por los daños. La actividad está permitida, pero la consecuencia posterior está sujeta a un acto futuro. Los controles *ex post* tienen, como es evidente, una ventaja sustancial: actúan sobre data real, sobre hechos ocurridos. La especulación esta sustancialmente reducida. En cambio los controles *ex ante* tratan de predecir lo que sucederá; carecen de data sobre el hecho juzgado. Actúan sobre la base, en el mejor de los casos, de data anterior, y predice lo que puede ocurrir. Su margen de error y de incertidumbre es claro.

Cuando uno se casa, el control es sustancialmente *ex post*. Salvo aspectos colaterales (exámenes médicos, demostrar mayoría de edad) la evaluación es *ex post*. No hay que revisar por adelantado la capacidad de los cónyuges de llevarse bien o de cuidar bien de sus hijos. Sin duda puede haber consecuencias no deseadas. Pero sabemos, por simple sentido común, que controlar *ex ante* el matrimonio sería una locura. En primer lugar la posibilidad de predecir el futuro de la pareja es imposible. La complejidad del ser humano y de la vida no permiten, con ningún nivel de cercanía, conocer qué es lo que va a pasar. Es un acto de adivinación, que linda con la profecía y la magia. En segundo lugar, tal sistema sería tan costoso, que no sería viable asumirlo. Y en tercer lugar, y aquí lo más importante, limitaría la dignidad sobre la base de la cual toda persona tiene la facultad de decidir sobre su propio destino. Dejar mi futuro a que un funcionario haga “lo que le dé la gana” con él no tiene ningún sentido; es pagar por predecir lo impredecible, limitando nuestra libertad de manera inadmisibles.

El razonamiento con el que pretende sustentarse el llamado control de fusiones y

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

adquisiciones, una de las modas más nefastas del Derecho de la Competencia, sigue la misma lógica que controlar los matrimonios. Ponen a funcionarios en la situación de tener el poder para hacer lo que “les dé la gana”. Tratan de predecir lo impredecible, limitando nuestra libertad de manera inadmisiblemente. Y cuando decimos “le dé la gana” no exageramos; pocas áreas del Derecho de la Competencia dan espacio a tal nivel de discrecionalidad. Y pocas tienen tal capacidad de causar tanto daño a la actividad económica, al restarle dinámica a las empresas y elevar los costos de transacción de la reorganización empresarial.

En un área como el Derecho de la Competencia, en que el control de fusiones aparece casi como un “estándar de la industria”, estar en contra suena a ser un “bicho raro”. Y más raro si eres abogado. Debemos reconocer que estamos en una situación muy cómoda, una situación *win-win* en la que siempre ganamos. Si ganamos este debate, estaremos académicamente reconfortados porque se impedirá que se realice una idea que creemos es incorrecta y dañina. Pero si lo perdemos y se aprueba una ley de control de fusiones, tendremos mucho trabajo lidiando con los actos de adivinación. Tratar de adivinar qué es lo que hará un adivino puede ser muy rentable. La incertidumbre de los clientes es muy lucrativa para los abogados y economistas metidos en Derecho de la Competencia. Y el control de fusiones es incertidumbre pura, así que bienvenido sea el resultado, cualquiera sea este.

Hay dos niveles de discusión. El primero es si los controles de fusiones, en general y abstracto, son o no una buena idea. El segundo es si son una buena idea para un país como el Perú.

Creemos que la respuesta a ambos temas es negativa. No creemos que los controles de fusiones sean buena idea en general, pero estamos convencidos de que son una pésima idea, en particular para el Perú. Aceptamos que lo primero es más debatible; lo segundo es un despropósito.

¿Que la mayoría de los países lo tienen, en especial los países desarrollados? Es cierto. Pero el control de fusiones no es el primer ejemplo de una “moda descabellada”; los controles de precios fueron parte del estándar general de la “industria regulatoria” hace unas décadas. Lo mismo pasó con el

control de flujos de capitales, la sustitución de importaciones o las políticas proteccionistas en el comercio internacional. En su época, fueron todas “estándares de la industria”. Estaban de moda, y miren dónde terminaron en el consenso general. ¿No ocurrirá lo mismo en unos cuantos años con este tipo de controles? Como comentaremos más adelante, el problema de quienes justifican su existencia es una mala comprensión de la competencia, de los mercados y, en especial, del sistema de precios.

El argumento para justificar el control de fusiones es que empresas más grandes reducen la rivalidad entre ellas, y con ello los precios suben. Y a nadie le gusta pagar precios más altos. Pero los precios bajos no son un fin en sí mismos, los precios son sólo un medio para mandar señales. Si algo es escaso, los precios cumplen su función elevándose, con lo que se encargan de mandar señales para corregir la situación. Los controles de fusiones son una creación antagónica con la lógica de la competencia, pues, precisamente, la niegan y la reemplazan con discrecionalidad burocrática. La concentración y desconcentración de empresas es una parte esencial del funcionamiento del proceso competitivo. Si la concentración genera escasez, los precios se encargan de mandar señales para atraer la entrada de nueva competencia. Si no la generan, las señales (precio bajo) indicarán que el número de empresas en el mercado es el adecuado.

El control de fusiones intenta reemplazar el funcionamiento del mercado por la decisión “iluminada” de funcionarios públicos que supuestamente están en la capacidad de saber cuántas empresas tener y de qué tamaño eficiente de las mismas. En esa línea, el argumento a favor del control de fusiones es más o menos el siguiente: si dejamos que la gente se case libremente, pueden generarse problemas. El marido puede pegarle a la esposa o los hijos. Para prevenirlos, se nos ocurre sujetar los matrimonios a una evaluación previa de una autoridad para ver si conviene o no que se casen. Se puede, mediante análisis psicológicos o médicos, predecir algunos de estos riesgos, y profetizar un resultado; si la profecía arroja un resultado negativo, no se autoriza el matrimonio. Con ello quizás evite algunas situaciones no deseadas, pero de paso evitaré matrimonios que podrían haber sido felices. La pareja

que supuestamente se iba a agarrar a golpes podría pasarse toda la vida dándose besitos y amándose incondicionalmente. Si el marido le pega a la mujer (o la mujer al marido para no ser sexista), entonces lo sancionas cuando le pega a su pareja. Pero no prohíbes que la gente se case ni sujetas el matrimonio a aprobaciones administrativas previas. Y si se propone el argumento que en Derecho de la Competencia hay daños a terceros, es decir los consumidores, en el matrimonio uno le puede pegar también a los hijos pero no por eso evaluas previamente el matrimonio ni sujetas las relaciones sexuales a aprobación previa para evitar hijos abusados.

A ello se suma la ya mencionada falta de predictibilidad de las decisiones de la agencia de competencia, algo especialmente sensible en un área como el control de fusiones que afecta seriamente las decisiones de reorganización empresarial y de inversión. Como dijimos, el control de fusiones es un acto de adivinación, en el que un conjunto de funcionarios públicos tiene que predecir los efectos positivos o negativos de la operación. Esa decisión se toma con información limitada y pobre y el margen de error es muy alto. Sin dudas, las concentraciones empresariales pueden afectar la competencia. Pero esa no es la pregunta; la verdadera pregunta es si las decisiones de los funcionarios públicos pueden ser más eficaces que el funcionamiento del mercado para corregir los problemas de falta de competencia. Y si el argumento es que hay barreras o mercados no transables, la respuesta no es el control de fusiones, sino en todo caso o la eliminación de las barreras.

Cuando dos empresas se fusionan ni ellas saben si ello va a ser eficiente, sólo creen que puede serlo. Pero llegan a descubrir la verdad en un proceso de ensayo-error continuo. Se fusionan y, si las cosas van bien, siguen. De no ser así, cambian la decisión y de pronto de escinden, o cambian su proceso productivo, o simplemente cierran el negocio o se fusionan con otro. No es una sola decisión, es una decisión que se forma de muchas decisiones distintas que ajustan la situación según las circunstancias. El control de fusiones tiene

un solo disparo. No hay ensayo error, es error puro. Y la posibilidad de atinarle en un solo disparo es remota.

En el control de fusiones todas son dudas, y limitar la libertad sobre la base de dudas suele ser la fuente de arbitrariedad. Y como decía Zaratustra: "En la duda, abstente".

El presente trabajo pretende sustentar los tremendos problemas que implementar el control de fusiones puede generar de aprobarse en el Perú un mecanismo de control de fusiones como el propuesto.

II. POESÍA POLÍTICA O HERRAMIENTA TÉCNICA

En abril de 2012, el congresista Jaime Delgado presentó un Proyecto de Ley (en adelante, "el Proyecto") en el que se propone un sistema de notificación obligatoria en donde las firmas cuyas ventas sobrepasen determinado umbral, deberán solicitar la autorización de INDECOPI para llevar a cabo cualquier operación de concentración. Según el Proyecto, el objetivo del control sería "(...) el promover la competencia y eficiencia económica para el mayor bienestar de los consumidores, a través de la evaluación previa de los actos de concentración empresarial, autorizando aquellos actos que no provoquen una disminución sustancial de la competencia (...)"⁵.

La mayoría de los argumentos que se han colocado en el debate para defender el proyecto se sustentan en modelos teóricos, ideas preconcebidas y supuestos que se alejan de la realidad. Su sustento está más cerca de ideales y poesía política. Y los políticos son poetas bastante malos. Tomar una decisión de este tipo sustentada en poesía es bastante malo; basarla en mala poesía es anuncio de un desastre.

¿Cuál es el objetivo de un control de este tipo? El control de operaciones de concentración busca prevenir futuras restricciones a la competencia. Se trata de un instrumento de intervención *ex ante* que persigue controlar estructuras, esto es, evitar que se generen estructuras de mercados proclives a comportamientos anticompetitivos⁶.

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

⁵ Proyecto de Ley 972/2011-CR, abril 2012. pp. 22-23.

⁶ "El control de fusiones no es, o no sólo es, acerca de anticipadamente prevenir que una entidad fusionada abuse de su posición dominante en el futuro; es también acerca de mantener una estructura de mercado que

Todos reconocen que, si bien la fusión o concentración de dos o más firmas puede generar ganancias en eficiencia⁷, ya sean estas estáticas (economías de escala) o dinámicas⁸ (aprendizaje y sinergia), también se generan riesgos potenciales a la competencia por reducción de rivalidad que la autoridad desea prevenir. En el caso de las fusiones horizontales, esto es cuando dos empresas que operan en el mismo mercado relevante se fusionan, los riesgos a la competencia son de dos tipos: (i) unilaterales y (ii) coordinados.

Los riesgos unilaterales⁹ se refieren al hecho de que la fusión elimina la competencia entre las empresas cuya propiedad se concentra¹⁰, lo que podría permitir que la empresa resultante alcance un poder de mercado¹¹ tal que, sin la necesidad de coordinarse con sus competidores¹², sea capaz de incrementar rentablemente los precios y/o reducir la calidad del producto y/o el grado de innovación en el mercado. Los riesgos de coordinación¹³, en tanto, vienen del hecho de que la fusión reduce el número de competidores, de modo que las empresas reconocen fácilmente su interdependencia estratégica y pueden coordinar sus acciones para limitar la competencia¹⁴. La coordinación

puede ser explícita (cartel) o implícita¹⁵, y se facilita a menor número de empresas ya que, si estas son simétricas, será más fácil el determinar conjuntamente las variables claves (precio y/o cantidad) del acuerdo y a la vez se reduce la tentación de desviarse de él¹⁶.

En el caso de fusiones verticales, esto es, fusiones de empresas que se encuentran en distintos niveles de la cadena productiva, los riesgos a la competencia viene dados por la posibilidad de que la firma fusionada cree barreras artificiales a la entrada negando el acceso a insumos esenciales y/o aumentando los costos de sus rivales.

En el caso de fusiones de conglomerados, se trata de fusiones entre empresas que pertenecen a distintos mercados relevantes. Si bien, la mayoría de estas fusiones no presenta riesgos a la competencia existe la preocupación de que las firmas desarrollen un “poder de cartera”¹⁷.

Cabe mencionar también que, no obstante el control de fusiones es un instrumento que debiera regirse bajo criterios puramente técnicos, su aplicación ha sido muchas veces distorsionada para alcanzar objetivos del tipo políticos¹⁸ centradas en la consecución

es capaz de entregar los beneficios que se derivan de la competencia”. En: WHISH, Richard. “Competition Law”. Oxford: Oxford University Press. 2003. p. 787.

⁷ Para ver más acerca de eficiencias dinámicas ver: OECD. “Dynamic Efficiencies in Merger Analysis”. Informe de trabajo 77. 2007.

⁸ Las ganancias en eficiencia dinámicas son aquellas que mejoran el desempeño de la firma gracias a la sinergia de las firmas fusionadas. Ejemplos de eficiencias dinámicas son learning by doing o ahorros en investigación y desarrollo.

⁹ Ver: Office of Fair Trading (OFT). “Merger Assessment Guidelines”. Informe del Comité de Competencia. 2010. En: www.oft.gov.uk.

¹⁰ En teoría, se eliminaría la restricción que impone el otro competidor.

¹¹ El poder de Mercado se refiere a la habilidad de una firma o grupo de firmas para aumentar o mantener precios por sobre el nivel que prevalecería en competencia. El ejercicio de poder de mercado llevaría una reducción de la producción a una pérdida de bienestar económico. Ver: OECD. “Glossary of Statistical Terms”. 2012. En: www.oecd.org

¹² En otras palabras de manera unilateral.

¹³ OFT. Op. cit.

¹⁴ No obstante la reducción del número de competidores también puede potenciar la competencia, por ejemplo en el caso de una fusión entre dos empresas pequeñas que resulte en una firma capaz de competir con sus rivales más poderosos. Ver: CLARKE, Julie, “The international regulation of transnational mergers”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Queensland University of Technology. 2010. p. 30.

¹⁵ Basta un entendimiento implícito sin acuerdo formal.

¹⁶ Cuando aumenta el número de firmas del acuerdo (n) la tentación de desviarse y tomar la participación de Mercado de otra firma es mayor y es castigo por desviación es menor.

¹⁷ Se trata de casos cuando las empresas alcanzar poder de mercado aunque no necesariamente dominancia y los productos son complementarios o tienen características análogas. El riesgo anticompetitivo consistiría en que la empresa sea capaz de forzar ventas atadas y reducir las opciones del consumidor. Ver: OECD. “Portfolio Effects in Conglomerate Mergers”. 2001.

¹⁸ Ver: International Competition Network Merger Working Group. “The analytical framework for merger control”. 2002. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

de metas del plan de gobierno, tales como políticas de empleo en determinados sectores o regiones, promover la producción nacional, discriminar positivamente a ciertos grupos de la población (minorías étnicas, mujeres u otros), restringir la propiedad extranjera o también para mantener el control de determinados sectores económicos considerados estratégicos tales como: defensa, medios de comunicación y energía.

De hecho, dos de los coautores de este trabajo fuimos testigos directos de la razón por la que se aprobó un control de fusiones especial para el sector eléctrico: cuando cuestionamos la base técnica de la decisión la respuesta de los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas fue que se quería evitar más inversión chilena en el sector. Los umbrales y requisitos se establecieron para frenar la inversión chilena, con nombre y apellido, a pesar del silencio del texto legal. En ese contexto, no es raro que algunos de los defensores del Proyecto que

se discute en el Congreso vean en el control de fusiones un mecanismo para control o supervisión política de (algunas) empresas, para el reforzamiento de la democracia o para el control de las (algunas) inversiones extranjeras¹⁹.

Bajo esta perspectiva, lo que acá se quiere evaluar es si el control de fusiones es una herramienta útil para conseguir el objetivo de proteger la libre competencia y no como un instrumento encubierto para el control político de las empresas. Si lo primero es efectivo, entonces cabe comparar costos y beneficios teniendo presente que, tal como lo indica Clarke (2010): “el objetivo de la regulación es reducir las posibilidades de costos económicos y sociales de fusiones anticompetitivas. Si este costo es menor que el costo de detectar y prevenir estas fusiones, entonces el objetivo no se habrá logrado”²⁰.

Una revisión de la literatura y del debate internacional de parte de las agencias de

¹⁹ En una reciente mesa de debates en relación con el Proyecto, el doctor Távora, profesor de la Pontificia Universidad Católica, señalaba lo siguiente :“(…) Me apena por los abogados, y lo digo porque me sorprende mucho que, en su gran mayoría, no tengan suficiente sensibilidad para percibir y entender un argumento fundamental en favor del control de las concentraciones empresariales, el cual por cierto se encuentra muy bien documentado en los anales del debate que tuvo lugar en el senado norteamericano, cuando se promulgó la Ley Sherman en 1890.

En efecto, interpretando el sentimiento de sus colegas, el senador Sherman consideraba que la legislación antimonopolios permitiría frenar y reducir los riesgos de corrupción, afirmando la libertad del pensamiento independiente en la vida política, una piedra angular de los sistemas democráticos. (...) Puesto en otros términos, la legislación antitrust se sustenta no sólo en las consecuencias negativas que la monopolización tiene en la libertad de empresa y en el bienestar de los consumidores. También se sustenta en la percepción de que una democracia auténtica, requiere de cierto grado de igualdad en la capacidad de influir en el proceso político. Cuando el poder económico se concentra excesivamente la democracia se pervierte, y las políticas empiezan a responder a las presiones de los grupos de poder.

Uno de los argumentos de peso para aprobar la ley de control de fusiones es entonces la defensa de la democracia. Así de simple. (...). Pero al parecer nuestras élites intelectuales no lo entienden. Imagínense ustedes lo que podría ocurrir con una ola de fusiones en el Perú, por ejemplo si grandes empresas de telecomunicaciones, hidrocarburos, las asociaciones privadas de fondos de pensiones (AFP) o las cadenas de venta minorista deciden fusionarse y formar monopolios. Creo que deberíamos promover una reforma para que los estudiantes de Derecho lleven más cursos de Ciencias Políticas, para que entiendan la relación que existe entre el funcionamiento de la democracia y la concentración del poder económico”.

Más adelante en la misma entrevista, Távora señaló lo siguiente: “(...) ISA es una empresa que tiene una fuerte participación en el accionariado de una empresa estatal colombiana, entonces, ¿al Estado peruano le interesa que sus redes de transmisión sean monopolizadas por una empresa estatal de otro país? O ¿qué ocurriría, por ejemplo, si la red Primax, de distribución minorista de combustibles, que es una alianza entre el Grupo Romero y ENAP, la empresa estatal chilena de hidrocarburos, empieza a absorber todas las redes de distribución, adquiere a PECSA, luego a Repsol, absorbe a todas las demás y se establece un monopolio en la distribución de combustibles? ¿Ustedes creen que las autoridades políticas, incluyendo la Cancillería peruana, se quedarían tranquilas? Es evidente que no. Claro, si pensamos que la economía va por un lado, en piloto automático, y la política va por el otro, y sólo genera ruido, no entendemos lo que está pasando. Hay que incorporar en nuestras reflexiones este tipo de variables, aunque no estén en las normas, pues son un dato de la realidad. Por lo demás, lo mismo ocurre en todos los países. No me refiero a la dimensión normativa, sino al análisis positivo sobre cómo opera realmente la regulación. Y aquel que cree que las decisiones se toman pensando solamente en eficiencias, francamente es un ingenuo. Es como cuando un regulador empieza su exposición diciendo “esta una decisión eminentemente técnica”. Por favor. Aunque por supuesto, siempre es necesario argumentar técnicamente y sustentar muy bien todas las decisiones.”

En: “Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú”. Mesa redonda con Luis Diez Canseco Nuñez, Alejandro Falla Jara, Eduardo Quintana Sánchez y José Távora Martín. Revista *Ius et Veritas* 44. 2012.

²⁰ Ver: CLARKE, Julie, Op. cit. p. 66.

competencia y organizaciones relacionadas al tema de fusiones como International Competition Network (ICN), Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Global Competition Forum, entre otras, revela que existen dudas respecto a que el control de fusiones esté logrando el objetivo de proteger la competencia. Asimismo, existen dudas con respecto a la metodología usualmente aplicada y la posible distorsión generada por la utilización del instrumento para alcanzar objetivos puramente políticos. También se tiene que existe evidencia de que el control de fusiones impone altos costos tanto públicos como privados. Así, como veremos a continuación, el consenso no es tan categórico como se anuncia en el Proyecto.

A. Las sombras sobre los actos de adivinación: dudas con respecto a la eficacia²¹ del control de fusiones

El control de fusiones tiene una lógica distinta a la de otros instrumentos ex post como la detección y persecución de carteles o abuso de posición dominante (*ex ante*). Busca prevenir conductas anticompetitivas ya sean unilaterales o coordinadas. Se asume que las empresas tienen incentivos a caer en conductas anticompetitivas y que es necesario disminuir la probabilidad de que estas se ejecuten exitosamente. La justificación vendría del hecho de que la detección y sanción a las conductas ex post, en especial en el caso de cárteles, es imperfecta y puede

ser difícil conseguir evidencia dado su carácter de secreto e ilegal. Como todo mecanismo de control, la dificultad en la persecución ex post existe. La pregunta es si el control de fusiones corrige esas imperfecciones de manera razonable.

Como dijimos, no existe consenso al respecto. Diversos académicos han planteado críticas a los controles tales como²² “que los controles no son efectivos y no detienen las conductas anticompetitivas” (Crandall y Winston, 2003²³), “que destruyen la eficiencia resultado de sinergias por la innecesaria intervención en el mercado” (Aktas y otros, 2004²⁴), que son proteccionistas (Aktas y otros, 2007²⁵), que están relativamente abiertas a la captura (Evans y Salinger, 2002²⁶), que tal vez no son el mejor instrumento para fomentar el progreso tecnológico (Carton y Gertner, 2003²⁷), o que ellos son muy indulgentes y permiten fusiones anti competitivas (Kim y Singal, 1993²⁸).

Asimismo, no existe evidencia concluyente de que los controles de fusiones logren eficazmente su objetivo de proteger la competencia. Desde la década de los setentas, diversos estudios han intentado medir la eficacia de los controles²⁹. Por ejemplo, Elzinga (1969³⁰) indica que sólo uno de los diez casos que involucraron remedios de parte de las agencias de competencia puede ser considerado exitoso; el número aumenta a 4 en el caso de Rogowsky (1986³¹). Otro estudio de la General Directorate for Competition of the European Commission

²¹ Eficacia: capacidad de alcanzar el efecto buscado tras la acción tomada. No confundir con eficiencia que se refiere al uso racional de recursos para alcanzar objetivo.

²² Ver: “DUSO, Tomaso; GUGLER, Klaus y Burcin YORTOGLU, “How Effective is European Merger Control?”. Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung. Papel de trabajo SP II 2006-12. 2008.

²³ CRANDALL, Robert y Clifford WINSTON. “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”. En: Journal of Economic Perspectives 17. 2003. pp. 3-26.

²⁴ AKTAS, Nihat; Eric DE BODT y Richard ROLL. “Market Response to European Regulation of Business Combinations”. En: Journal of Financial and Quantitative Analysis 39. 2004. pp. 731-757.

²⁵ AKTAS, Nihat; Eric DE BODT y Richard ROLL. “European M&A Regulation is Protectionist”. En: The Economic Journal 117. pp. 1096-1121.

²⁶ EVANS, David y Michael SALINGER. “Competition thinking at the European Commission: lessons from the aborted GE/Honeywell merger”. En: George Mason Law Review 10. 2002. pp. 489-532.

²⁷ CARLTON, Dennis y Robert GERTNER. “Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior”. En: Innovation Policy and the Economy 3. 2003.

²⁸ KIM, Han y Vijay SINGAL. “Mergers and Market Power: Evidence from the Airline Industry”. American Economic Review 83. 1993. pp. 549-69.

²⁹ Ver: DUSO, Tomaso; Klaus GUGLER y Burclin YURTOGLU. Op. cit.

³⁰ ELZINGA Kenneth. “Mergers, Antitrust Law Enforcement and Stockholder Returns”. Journal of Finance 31. 1969. pp. 715-732.

³¹ ROGOWSKY, Robert. “The Economic Effectiveness of Section 7 Relief”. En: Antitrust Bulletin, edición de primavera. 1986. pp. 187-233.

(DGC, 2005³²), indicaría que sólo el 57% de los remedios aplicados en cuarenta casos de la Unión Europea entre los años 1996 y 2000 serían efectivos. Los autores Duso, Neven y Röller (2007³³), por su parte, indican que el hecho de que la agencia de competencia cometa errores explica el potencial de ineficacia de sus políticas.

En definitiva, no existe evidencia que permita concluir que los controles de fusiones están logrando su objetivo. Tal como se concluye en un trabajo de investigación sobre la experiencia europea en esta materia, (Duso y otros, 2008): “En resumen, la evidencia de las decisiones del control de fusiones es bastante mixta. Estudios de remedios en el análisis caso por caso indican superioridad de los remedios estructurales por sobre los conductuales, y posiblemente remedios en fase uno por sobre fase dos (DG Comp, 2005), pero dejan dudas acerca de su eficacia general”³⁴.

Lo más que se puede decir es que los beneficios del control de fusiones están sumergidos en un área oscura. Las profecías sobre sus eficacias están rodeadas de sobras y dudas. Respecto a esta oscuridad y falta de evidencia con respecto a las ventajas de los controles de fusiones, algunos autores, como Rodríguez, (1996), han sugerido a los países en etapas de reformas económicas, renunciar al control de fusiones. Otros como Franceschini (2004) han sido incluso más enfáticos, catalogando al control de fusiones como un enorme desperdicio de recursos: “Sin lugar a dudas, la mayor parte del trabajo desarrollado por las agencias de defensa de la competencia está relacionado con fusiones, (lo que provoca) un enorme e inútil desperdicio de esfuerzo”³⁵.

B. ¿Se puede adivinar el futuro sin bola de cristal?: los problemas metodológicos

El proceso de control de fusiones consta de tres etapas básicas: (i) identificar si la transacción es una fusión; (ii) determinar si la fusión debe ser revisada; (iii) definir si la fusión debe ser controlada (imponiendo el cumplimiento de determinados requisitos o bien prohibirla).

En la primera etapa, si bien la mayoría de las fusiones son fácilmente identificables como tales también, existen casos marginales como *joint ventures*, adquisiciones de intereses minoritarios y la venta de diversos activos como tecnología y bases de datos de clientes que plantean dudas con respecto a si deben ser tratados como fusiones, como acuerdos anticompetitivos o como abuso de poder de mercado³⁶.

En cuanto a la segunda etapa, la conveniencia de revisar o no determinada fusión dependerá de los objetivos establecidos por la autoridad. Al respecto, la autoridad deberá decidir si lo que se busca proteger es el bienestar del consumidor o el bienestar social (incluyendo a las empresas³⁷) y cómo se logrará esto: a través del fomento de la competencia, protegiendo a las empresas competidoras o alentando la eficiencia económica. Estos objetivos podrían entrar en conflicto en determinadas situaciones³⁸.

En la tercera etapa, es el momento de aplicar una metodología apropiada para determinar si se justifica una intervención. Usualmente, las agencias de competencia en el mundo utilizan dos tipos de test: “dominancia” y “daño sustancial a la competencia o SLC”³⁹.

³² Directorado general de Competencia para la Comisión Europea. “Merger Remedies Study”. 2005. Consultado en: ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

³³ DUSO, Tomaso; Damien NEVEN y Lars-Hendrik ROLLER. “The Political Economy of European Merger Control: Evidence Using Stock Market Data”, En: *Journal of Law and Economics* 50. 2007. pp. 455-489.

³⁴ Ver: DUSO, Tomaso; Klaus GUGLER y Burclin YURTOGLU. Op. cit.

³⁵ DE LEÓN, Ignacio. “An Institutional Assessment of Antitrust Policy, The Latin American Experience”. Dordrecht: Kluwer Law International. 2009.

³⁶ Ver: “ICN Merger Working Group, “The analytical framework for merger control”. p. 6.

³⁷ En algunos casos, la fusión puede implicar un traspaso de bienestar desde consumidores a productores, cabe preguntarse entonces si el objetivo buscado tiene relación con la distribución del bienestar social entre los distintos actores.

³⁸ Por ejemplo, el fomentar la eficiencia puede implicar la salida de competidores ineficientes. Asimismo, fomentar la competitividad internacional de las empresas locales puede llevar a aumentar los precios, etc. Este tema se tratará en detalle en este documento más adelante.

³⁹ SLC: “Substantial lessening of competition”.

test". El test de dominancia busca determinar si la fusión crea o aumenta la posición de dominio⁴⁰ de la firma fusionada. No existe una clara definición de dominancia, pero el riesgo a la competencia percibido es que la firma con una posición dominante en el mercado podría ser capaz de aumentar precios de manera independiente. La dominancia puede ser definida de manera estrecha, considerando sólo si la firma fusionada es dominante, o de manera amplia, considerando la posibilidad de que la fusión afecte la estructura competitiva del mercado facilitando la coordinación entre las empresas⁴¹ (dominancia colectiva).

El SLC test busca determinar si la fusión puede disminuir de manera significativa el grado de competencia en el mercado. En otras palabras si, incluso sin coordinación, las empresas compiten de manera menos vigorosa. El SLC test, en comparación con el test de dominancia se concentra más en el grado de competencia que en la estructura del mercado (participaciones de mercado).

No existe consenso en cuanto a cuál de los test es más apropiado y bajo cuál de ellos es más probable que las fusiones que plantean riesgos a la competencia sean bloqueadas⁴². Algunas agencias de competencia en el mundo han optado por una combinación de ambos test. No obstante, ninguno de ellos es suficiente para un completo análisis del potencial riesgo a la competencia de una fusión y su aplicación está limitada por la información y las técnicas analíticas disponibles.

Como dijimos, la esencia del análisis de fusiones es el predecir⁴³ que pasará en el futuro comparando dos escenarios posibles: el mundo con la fusión y el mundo (futuro⁴⁴) si la fusión no se realiza o se realiza sujeta a determinadas restricciones. La clave, entonces, es la adivinación del futuro, pero esta se encuentra limitada por la información

disponible (presente). Como no tenemos una "bola de cristal" sólo nos queda usar lo que pasó como un indicador de lo que pasará. Pero ahí surgen dos problemas: (i) ¿tenemos información sobre lo que pasó? y (ii) si la tenemos ¿se puede inferir de esa información como será el futuro? Es así que, sin bola de cristal, tenemos que entrar en un proceso de análisis que, más allá de su apariencia, puede terminar siendo igualmente esotérico.

Ello es reconocido por las agencias de competencia del mundo y ha quedado plasmado en discusiones organizadas por la OCDE. Es así que, en cuanto a la complejidad del análisis de fusiones, la OCDE indica: "El análisis *antitrust* es sofisticado, desafiante y complejo. Este es particularmente el caso del análisis de control de fusiones"... "Las autoridades de competencia frecuentemente descansan en estadística, econometría u otras avanzadas técnicas cuantitativas para el análisis de fusiones complejas. Estas técnicas requieren de una cuidadosa recolección de datos y procesos sistemáticos. Las agencias pueden requerir de una vasta cantidad de datos de las partes que se fusionan o lanzar extensas encuestas de mercado de modo de poder alcanzar conclusiones bien fundamentadas y robustas. En industrias nuevas o de alto grado tecnológico, el análisis de fusiones requiere de una sofisticada experticia técnica que las agencias de competencia no siempre tienen disponible"⁴⁵.

En cuanto a la información necesaria para el análisis de fusiones, la OCDE indica que los "plazos exigidos, recursos limitados y la necesidad de una gran cantidad de información fuerza a que las agencias deban planificar la estrategia de búsqueda de los hechos cuidadosamente. Identificar cuál información es necesaria implica un análisis complejo, donde encontrarla y cómo obtenerla son decisiones muy importantes"⁴⁶.

⁴⁰ De acuerdo a la OECD, una firma dominante posee una participación de mercado significativa y superior a la de sus rivales más cercanos. Las firmas dominantes típicamente alcanzan participaciones de mercado de 40% o más. Ver: OECD, "Glossary of Statistical Terms".

⁴¹ Ver: OECD, "Standard for Mergers Review".

⁴² Ver: OECD, "Substantive Criteria used for Merger Assessment" y "Standard for Mergers Review".

⁴³ WHISH, Richard. Op. cit. p. 788.

⁴⁴ Nótese que la comparación no es el tiempo antes de que las empresas presentaran su interés en fusionarse sino que es el futuro, cuando a las empresas se les bloquea o controla su proceso de fusión.

⁴⁵ Ver: OECD, "Managing Complex Mergers". p. 7.

⁴⁶ *Ibid.* p. 8

A lo anterior se agrega que las agencias deben asegurarse de que la información obtenida es consistente y muchas veces enfrentar el hecho de que la información necesaria para un análisis robusto no está disponible. Como la OECD indica: “En algunas circunstancias, las agencias deben enfrentar la realidad: la información simplemente no existe o no existe en el formato requerido para el análisis”⁴⁷. ¿Qué se hace, entonces, sin una “bola de cristal”.

Además, la OECD señala: “Todas las delegaciones concordaron en que el resultado del análisis, sin embargo, depende enteramente del modelo seleccionado así como de la calidad de la información utilizada. Por esta razón, las decisiones de la agencia nunca deben descansar solamente en modelos econométricos. El análisis toma tiempo y talento, y usualmente ambos son escasos dadas las restricciones de las agencias para enfrentar el proceso de fusión (...)”⁴⁸.

El análisis de fusiones requiere, por otro lado, de diversos pasos tales como la definición del mercado relevante, las restricciones a la competencia, la posibilidad de entrada y expansión de competidores, la evaluación del poder de los compradores, el análisis de las potenciales ganancias en eficiencia, entre otros. Estos pasos no entregan conclusiones unívocas y deben analizarse considerando cada caso en particular, en un contexto dinámico. Lo que arroja “la bola de cristal” es bastante nebuloso. Al respecto, Hildebrand (2008⁴⁹) indica que el rol del economista en el análisis de operaciones de concentración no se limita a presentar un marco teórico para sustentar determinada postura, si no que debe aplicar la teoría para conseguir evidencia, construyendo escenarios contra-factuales y proveyendo de disciplina a la investigación empírica.

Como se señaló en el caso GE/HONEYWELL⁵⁰, la evidencia es fundamental: “La Comisión podría producir evidencia convincente... sustentándose en los efectos Cournot sólo si se demuestra su aplicabilidad a este caso específico”⁵¹. Lo que según Hildebrand, significa que: “... de acuerdo con la Corte, la mera discusión de modelos económicos no es suficiente. La Corte dejó claro que la aplicación de esos modelos a la realidad debe ir junto con los estudios empíricos apropiados. Conclusiones convincentes sólo puede ser obtenidas, si la aplicación de las teorías a un caso específico está dada”⁵².

C. La combinación de la bola de cristal y la poesía: control de fusiones con fines políticos

La teoría dice que el control de fusiones es un instrumento que ha sido diseñado para la consecución de objetivos económicos. Su lógica se tergiversa al incluir objetivos políticos. Cuando el análisis involucra objetivos políticos, resulta imposible establecer una metodología objetiva, transparente y predecible. Se generan dudas acerca de cuál es el organismo adecuado para velar por dichos objetivos. Abierto el sistema a la “poesía política” el sistema cae bajo el control de los políticos lo que abre espacios a la arbitrariedad, el lobby y la presión de grupos de interés. Si ello ocurre, el control te llevará exactamente al lugar contrario al que querías llegar.

Incluso en países con una institucionalidad desarrollada, existe evidencia de que el Control de Fusiones ha sido permeable a presiones y distorsiones. Coate⁵³ (1990) encuentra, mediante test estadísticos, que mayor presión política causa que la agencia de competencia de los Estados Unidos prohíba mayor cantidad de operaciones de concentración. En el caso de la Unión Europea⁵⁴, se ha criticado que

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ HILDEBRAND, Doris. “The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules”. Dordrecht: Kluwer Law International. 2009.

⁵⁰ Caso T-210/01, GE/Commission, Corte de Primera Instancia. 14.12.2005 II ECR 5575. 2005. p. 462.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² HILDEBRAND, Doris. Op. cit. p. 512.

⁵³ COATE, Michael, Fred McCHESNEY y Richard HIGGINS. “Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges”. 1990.

⁵⁴ Ver: CHRISTIANSEN, Arndt. “The ‘more economic approach’ in EU merger control, a critical assessment”. 2005. pp. 18-19. En: www.dbresearch.com.

los miembros de la Comisión Europea están particularmente expuestos a la influencia de los gobiernos y firmas (Clarke, 2010⁵⁵). Asimismo, se ha indicado que las firmas pueden buscar deliberadamente influencia a expensas de sus competidores (Baumol/Ordovery 1985⁵⁶) y que también los gobiernos ejercen presiones para conseguir objetivos políticos, como, por ejemplo, el favorecer a firmas nacionales en desmedro de extranjeras (Galloway, 2007)⁵⁷.

En países en desarrollo, con institucionalidad débil, la presión de grupos de poder es aún más fuerte, creando oportunidades para la corrupción y para la adopción de políticas que contradicen los objetivos de eficiencia económica. Como indica Kovacic (1998): “Una revisión de la experiencia del control de fusiones en economías en transición es que las nuevas agencias carecen de la capacidad institucional para hacer juicios firmes, sucumbiendo a presiones políticas para adoptar políticas que contradicen los objetivos de eficiencia y, entonces, estarán propensas a cometer errores que retardarán el crecimiento y el desarrollo del sector privado”⁵⁸. Asimismo, “los programas de pre-notificación de fusiones y mecanismo de autorización podrían entregar tentadoras invitaciones para la corrupción en países con una larga historia de coimas y mala conducta en la aplicación de las leyes regulatorias. En la ausencia de episodios de corrupción, procesos pobremente diseñados para la revisión de transacciones pueden imponer costos sustanciales a las empresas sin la correspondiente mejora en la competencia”⁵⁹.

D. Eficiencia y esoterismo

Las fusiones son procesos complejos en donde las firmas deben estimar los costos y

beneficios futuros de modo que la operación resulte rentable. Es una inversión riesgosa en donde las partes deben estimar variables futuras como cambios en las condiciones de mercado, costos, precios y preferencias y necesidades de los consumidores, etc. La estimación de variable futuras en el caso de fusiones es incluso más compleja que en otro tipo de inversiones, tal como lo indican Crandall y Winston (2003): “debido a las fuerzas internas y externas del mercado, las fusiones tienen un resultado mucho menos predecible que la mayoría de otras inversiones”⁶⁰.

El proceso de fusión implica importantes costos principalmente en tres áreas: transacción (de la operación de fusión), integración (del proceso de unificación de las firmas) y el impacto en las utilidades⁶¹.

Los costos de transacción pueden ser relevantes alcanzando muchas veces entre un 6% y 8%⁶² de las utilidades ya que se requiere de diversos profesionales relacionados con áreas como leyes, marketing, economía y otras, que trabajen conjuntamente para estimar variables futuras y llevar adelante el proceso de fusión. El control de fusiones viene a aumentar estos costos para las empresas interesadas en fusionarse, ya que se suman requerimientos de información de parte de las autoridades de competencia y procesos judiciales en caso de ser objetada la fusión. En efecto, cumplir con la normativa de control de fusiones significa para las empresas “...pérdida de tiempo de ejecutivos y productividad, lo que incluye recopilar información, ir a reuniones y aportar evidencia en las audiencias”⁶³. Como un ejemplo del costo de acumular información documental, se tiene que el proceso de fusión de la alianza

⁵⁵ CLARKE, Julie. Op. cit. p. 162.

⁵⁶ BAURNOL, William. “Use of Antitrust to subvert Competition”. En: Journal of Law & Economics 28. 1985. pp. 247-265.

⁵⁷ GALLOWAY, Jonathan. “EC merger control: does the re-emergence of protectionism signal the death of the “one stop shop”. 2007. En: http://competitionpolicy.ac.uk/documents/107435/107590/galloway_presentation.pdf.

⁵⁸ KOVACIC, William. “Merger enforcement in transition: Antitrust Controls on acquisitions in emerging economies”. En: University of Cincinnati Law Review 66. 1998. p. 19.

⁵⁹ Ibid. p. 20.

⁶⁰ CRANDALL, Robert y Clifford WINSTON. Op. cit. pp. 3-26.

⁶¹ CLAY, Thomas. “What Every Partner Should Know about the costs of Mergers”. En: Report to legal Management 28. 2011.

⁶² Ibidem.

⁶³ CLARKE, Julie. Op. cit. p. 400.

Royal Caribbean & Prince Cruise con Carnival Cruise Company requirió la producción de 2 000 cajas de documentos⁶⁴.

Según la International Chamber of Commerce (ICC) “El cumplimiento del control de fusiones se ha vuelto uno de los mayores factores en fusiones y adquisiciones, en términos de costos y tiempo. Incluso transacciones relativamente pequeñas pueden estar sujetas al control de fusiones en diez o más jurisdicciones”⁶⁵. Asimismo la misma organización, ha criticado el control de fusiones indicando que “en la medida que el control de fusiones innecesariamente impone costos, ellos penalizan a la sociedad como un todo, y a la comunidad internacional de empresarios en particular”⁶⁶. A lo anterior coinciden Baumol y Ordover (1985): “Uno sabe que los costos en términos de tiempo de administradores, abogados, economistas, y otros absorbidos por el mismo proceso de litigación son enormes”⁶⁷.

Un ejemplo es el caso de la empresa Oracle⁶⁸, que en el junio del año 2003 anunció su intención de adquirir a su competidor PeopleSoft. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) inicio un proceso objetando la fusión, el que se extendió hasta septiembre de 2004, para que finalmente la fusión se pudiera concretar en enero de 2005. Oracle gasto cerca de 54.2 millones de dólares en el proceso mientras que PeopleSoft indicó que habría gastado 70 millones de dólares⁶⁹.

El costo acumulado para las empresas del proceso de revisión de fusiones en Estados Unidos ha sido estimado en casi US\$1 billón al año para transacciones que no implicaban

un riesgo importante para la competencia⁷⁰. A lo que se debe agregar el costo de retrasar la operación de fusión, los que se han estimado en cerca de U\$1,5 billones al año por 250 transacciones o U\$5,6 millones por transacción⁷¹.

En el caso de fusiones que deben notificarse en varias jurisdicciones⁷², (*multi-jurisdiccional mergers*), una encuesta de la PWC⁷³ en el año 2002⁷⁴ indica que en promedio, los costos externos para las empresas alcanzan los 3,3 millones de euros, de los cuales un 65% son costos legales (que los abogados celebramos con entusiasmo), 19% cargos de notificación y 14% pagos por otros asesores (incluidos los economistas). No obstante, cuando las operaciones pasan a una etapa de revisión (segunda fase o más) detallada por la autoridad, los costos se incrementan a diez millones de euros o más. Cabe mencionar que dichos costos no consideran la pérdida de sinergia por el retraso de la operación.

En cuanto a los costos internos, PWC indica que los controles de fusiones implican el uso intensivo de recursos para las empresas. Operaciones sujetas sólo a una revisión inicial por parte de la autoridad requieren de cerca de 28 personas-semana. Esto representa más de un miembro del *staff* de la empresa trabajando tiempo completo mientras dura el proceso de revisión. Así, cuando se consideran los costos internos, las operaciones sujetas a controles más detallados son entre ocho y diez veces más caros que aquellas operaciones sujetas sólo a una revisión inicial. Los plazos de revisión en tanto, también se observan extensos, de acuerdo a PWC, estos duran en promedio siete meses.

⁶⁴ *Ibíd.* p. 401.

⁶⁵ ZUCKERMAN, Jeffrey. Presentation at the International Chamber of Commerce. 2011. En: www.iccwbo.org/

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ BAURNOL, William y Janusz ORDOVER. “Use of antitrust to subvert competition”. En: *Journal of Law and Economics* 28. 1985. pp. 247-265.

⁶⁸ Ver: GURTLER, Olivier y Matthias KRAKEL. “Hostile takeover and costly merger control”. *Public Choice* 141. 2009. pp. 371-389.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Ver: CLARKE, Julie. *Op. cit.* p. 384.

⁷¹ *Ibíd.* p. 404.

⁷² En promedio, una fusión multi-jurisdicción requiere notificar a ocho jurisdicciones.

⁷³ PRICEWATERSHOUSE COOPERS. “A tax on mergers?, Surveying the time and cost to business of multijurisdictional merger review”. 2003.

En: http://www.globalcompetitionforum.org/PWC_Merger_Cost_Study_Report_Final_2003_Jun.pR.

⁷⁴ La encuesta se efectuó en la segunda mitad del año 2002, pero sus resultados se publicaron en junio de 2003.

Pero, además de los privados, las agencias de competencia también gastan una proporción significativa de su presupuesto en el control de fusiones. En el caso de los Estados Unidos, las agencias de competencia estarían gastando más de la mitad de sus recursos en el proceso de control de fusiones⁷⁵. Asimismo, María Coppola de la U.S. Federal Trade Commission, ha indicado: “Para muchas agencias, una porción significativa de sus presupuestos es dedicada a la revisión de fusiones, y sólo un pequeño porcentaje de las transacciones revisadas son potencialmente problemáticas. En el año 2008, en la encuesta de eficiencia de la ICN, las agencias miembros de la ICN indicaron restricciones de recursos debido al mandato de revisar las notificaciones como una de las principales razones por las cuales ellas no pueden determinar proactivamente sus prioridades de cumplimiento y promoción”⁷⁶.

Asimismo, de acuerdo a De León (2009⁷⁷) las agencias en Latinoamérica han desviado recursos al control de operaciones de concentración al punto de amenazar con desplazar otras políticas de competencia tales como políticas en contra del abuso de posición dominante y restricciones horizontales (cárteles). En efecto, De León indica que en México, a partir de 1993, la agencia de competencia ha volcado su atención al control de fusiones. Los casos de control de fusiones quintuplican el número de otros casos relacionados con prácticas monopólicas y otras restricciones. Algo similar ocurriría en Brasil, donde el número de control de fusiones entre los años 2000 y 2004 fue entre trece y veintidós veces más numerosos que los casos relacionados a otras prácticas monopolísticas. A modo de ejemplo, la UK Competition Commission estimó que los costos de control de doce procesos de fusión

entre los años 2002 y 2003, iban desde las 262 000 a las 524 000 libras por caso⁷⁸.

Dados los altos costos para las agencias, muchas de ellas han optado por cobrar cargos a las empresas interesadas en fusionarse. El nivel del cargo varía entre las distintas jurisdicciones. Así, por ejemplo mientras Canadá cobra 50 000 dólares canadienses, México cobra 10.000 dólares norteamericanos y Estados Unidos cobra entre 45 000 y 280 000 dólares norteamericanos⁷⁹.

Con respecto a que la mayoría de las fusiones revisadas no revisten riesgos para la competencia, se tiene el ejemplo de Canadá, donde se estima que un 2% de las fusiones notificadas presentarían riesgos potenciales a la competencia⁸⁰. Asimismo, de 4.200 fusiones notificadas en la Unión Europea entre 1990 y 2009, sólo veinte fusiones fueron bloqueadas (0,5%)⁸¹.

Por ello, la ICN recomienda la aplicación de umbrales que permitan filtrar las transacciones que no revistan riesgos a la competencia, evitando así costos de transacción innecesarios y el malgasto de recursos de la agencia de competencia. No obstante, la ICN indica que los umbrales deben ser “claros y comprensibles, basados en información cuantificable y objetiva (tales como ventas o activos, en vez de participaciones de mercado), y basadas en información que ya es accesible para las partes en fusión”⁸².

Dados los altos costos que genera el control de fusiones, cabe preguntarse si estos son eficientes⁸³. Según Lituma y Van Ginhoven (1999): “La relación entre el costo del instrumento de regulación adoptado por la agencia de competencia y la realización de prácticas anticompetitivas deben ser tales que

⁷⁵ CRANDALL, William y Clifford WINSTON. Op. cit. pp. 3-26.

⁷⁶ COPPOLA, María. “ICN Best Practice: Soft Law, Concrete Results”. En: Antitrust Chronicle 7. 2011.

⁷⁷ DE LEÓN, Ignacio. Op. cit.

⁷⁸ ICN. “Merger Notification Filing Fees”. 2005. p. 25. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

⁷⁹ CLARKE, Julie. Op. cit. pp. 394-395.

⁸⁰ ICN. “Setting Notification Thresholds for Merger Review”.

⁸¹ DUSO, Tomaso; Klaus GUGLER y Burclín YURTOGLU. Op. cit. En: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

⁸² ICN. “Setting Notification Thresholds for Merger Review”. 2008. p. 3. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

⁸³ Entendido como el uso racional de recursos para lograr un determinado objetivo.

a más recursos destinados al control, menores deben ser los incentivos a que se lleven a cabo estas prácticas desleales y/o restrictivas a la competencia en el mercado”⁸⁴. Los autores indican que se debe buscar el menor nivel de costo-eficacia en la regulación y que “surge la necesidad de evaluar la eficacia relativa y el carácter complementario o sustituto de los diferentes instrumentos de política”.

No existe suficiente evidencia acerca de la eficacia del control de fusiones en la disuasión de prácticas anticompetitivas a lo que se agrega que un porcentaje muy pequeño de los casos revisados presentarían potenciales riesgos competitivos, lo que pone en serias dudas si se están gastando recursos de manera eficiente. Algunos autores han planteado la necesidad de incluir el Control de Fusiones para responder a las demandas de integración de políticas de competencia a nivel internacional, al margen de su eficiencia. Este tipo de argumentos puede llevar a los países a malgastar recursos en instrumentos ineficientes con el fin de ser parte de la tendencia internacional.

En efecto, recientes investigaciones indican que “incrementar el número de países usando revisión de fusiones *ex ante* aumentará significativamente el costo de cumplir la normativa para las firmas y para los reguladores, lo que tiene implicancias para un gran número de fusiones que normalmente serían consideradas deseables. Consecuentemente, aunque ha existido una presión por principios internacionales de la ley de competencia, una meta más apropiada sería revisar las fusiones para considerar las preocupaciones por una sobre regulación”⁸⁵.

III. LOS RESULTADOS DE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN EL CONTROL DE FUSIONES

Uno de los argumentos que se suele usar para defender la necesidad de establecer

mecanismos para el control de fusiones, es la experiencia internacional, en especial en los países desarrollados. Sin embargo, como veremos, la evidencia no es tan concluyente y clara como se suele sugerir. Incluso en el país que ha popularizado e impulsado este tipo de control, como es el caso de Estados Unidos. En otras palabras, los adivinos y sus bolas de cristal no suelen funcionar tan bien como se suele sugerir.

A. Estados Unidos

En cuanto a los beneficios, varios autores indican que no existe evidencia alguna de que el actual proceso de control de fusiones genere suficientes beneficios para los consumidores, sino que se trataría más bien de “un asunto de fe, más que una conclusión basada en evidencia”⁸⁶. Más aún, estudios econométricos del control de fusiones en Estados Unidos indicarían que este no estaría aumentando el bienestar del consumidor. Así, Crandall y Winston (2003) señalan: “nosotros sólo podemos concluir que los esfuerzos de las autoridades de competencia por bloquear ciertas fusiones o afectar el resultado de la fusión por medio de aceptarla sólo bajo ciertas condiciones decretadas por consentimiento, no han conseguido aumentar el bienestar del consumidor en forma sistemática, y en algunas circunstancias la intervención puede incluso haber reducido el bienestar”⁸⁷. Asimismo, estudios anteriores (Wier y Eckbo, 1985)⁸⁸ indican que las agencias de competencia de Estados Unidos no lograrían seleccionar adecuadamente las operaciones que presentan riesgos competitivos y que el control de fusiones posiblemente genera un costo social al reducir el número de firmas con incentivos a fusionarse.

En cuanto a los costos, una de las críticas es que el sistema malgasta recursos al investigar fusiones que no presentan ningún riesgo

⁸⁴ Ver: LITUMA, Luis y Sandra VAN GINHOVEN. “El control de fusiones en un contexto de integración Regional”. En: BOZA, Beatriz. “The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards an Academic Audit of INDECOP”. Lima: Prom Perú. 1999.

⁸⁵ Ver: CLARKE, Julie. Op. cit. p. 6.

⁸⁶ SIMS, Joe y Deborah HERMAN. “The effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation”. En: Antitrust Law Journal 65. 1996-1997. p. 893.

⁸⁷ CRANDALL, Robert y Clifford WINSTON. Op. cit. p. 20.

⁸⁸ ECKBO, Espen y Peggy WIER. “Antimerger Policy under the Harts-Scott-Rodino Act: A Reexamination of the Market-Power Hypothesis”, En: Journal of Law and Economics 28. 1985. Consultado en: <http://ssrn.com/abstract=1626949>.

competitivo. Así, de las 15 730 operaciones notificadas a la FTC y DOJ entre el año 2000 y 2010, sólo un 4,8% pasó a segunda fase (*second request*) y 0,4% fueron cuestionadas por su potencial riesgo a la competencia⁸⁹. De esta forma, para que el control de fusiones sea considerado eficiente, los beneficios del control de este 0,4%⁹⁰ deben ser de un tamaño tal que sobrepasen los costos impuestos por el sistema⁹¹. Los números generan serias dudas al respecto.

Asimismo, Rockefeller (2007⁹²) critica que el control de fusiones consume gran parte del presupuesto *antitrust* de la FTC: “El ritual ceremonial de la revisión de fusiones consume la mayoría del presupuesto antitrust (Una noticia de prensa de la FTC publicada en octubre del 2000 decía ‘hacer cumplir la regulación de fusiones cuenta por más del 70 por ciento de los recursos de la FTC (*antitrust*)’⁹³.”

A lo anterior se agrega el hecho de que, dado que las empresas están obligadas a pagar un cargo por el proceso de notificación, el sistema está imponiendo costos a fusiones que en la práctica no presentan ningún riesgo y son socialmente deseables. Asimismo, el vincular el proceso de notificación con el presupuesto de la agencia genera conflictos de interés y la agencia puede no estar dispuesta a establecer umbrales adecuados⁹⁴. De acuerdo con lo anterior, la ICC ha indicado que “los cargos por notificación deberían ser desvinculados de los presupuestos de las agencias”⁹⁵.

Otra de las críticas es que el cumplimiento de los requerimientos de información es

altamente costoso, tanto en dinero como en recursos. Algunos autores han estimado que el costo de notificar un proceso de fusión que pasa a la etapa de “*second request*” alcanza en promedio unos cinco millones de dólares con un tiempo de duración de entre seis y siete meses⁹⁶, diez a veinte veces lo que era una década atrás⁹⁷. Además, durante el tiempo que se retrasa la operación las firmas pierden ahorros, eficiencias, sinergias y oportunidades estratégicas⁹⁸.

De esta forma, la M&A Working Group ha indicado: “el costo, carga y retrasos implicados en revisión HSR parece haber crecido dramáticamente para muchas transacciones”, e “incluso cuando estos problemas no han causado a la compañías abandonar transacciones que habrían sido beneficiosas, ellos han impuesto sobre las compañías incertidumbre y costos no razonables y el retraso de fusiones beneficiosas”⁹⁹. Asimismo, una encuesta de la PWC¹⁰⁰ indica que *second request* de las agencias de los Estados Unidos es el más costoso (y más lento) entre las jurisdicciones encuestadas¹⁰¹, doblando los costos que se imponen a las empresas en los procesos de revisión de la Unión Europea.

En efecto, los costos de producir la información requerida por las autoridades de los Estados Unidos han aumentado a lo largo del tiempo y una de las principales causas sería el incremento en el uso de comunicaciones electrónicas, grabaciones y el masivo uso de documentos electrónicos y datos generados por los computadores de los empleados y las redes de las firmas.

⁸⁹ KUWOKA, John y Daniel GREENFIELD. “Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes”. 2011. En: <http://ssrn.com/abstract=1954849> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1954849>.

⁹⁰ 65 casos de segunda fase, finalmente cuestionados por la autoridad.

⁹¹ SIMS, Joe y Deborah HERMAN. Op. cit. p. 886

⁹² ROCKEFELLER, Ed. “The Antitrust Religion”. Washington D.C: CATO Institute. 2007.

⁹³ Ibid. p. 73.

⁹⁴ SIMS, Joe y Deborah HERMAN. Op. cit.

⁹⁵ ICC, “Comments on selected issues for study by the US Antitrust Modernization Commission”. 2006. En: <http://www.iccwbo.org/>.

⁹⁶ CLARKE, Julie. Op. cit. p. 155.

⁹⁷ SIMS, Joe; Robert JONES y Hugh HOLLMAN. “Merger Process reform A sisyphian Journey”. 2009. En: www.jonesday.com/.../Spring09-SimsC.pdf.

⁹⁸ SIMS, Joe y Deborah HERMAN. Op. cit. p. 886

⁹⁹ ICC. Op. cit.

¹⁰⁰ PRICEWATER COOPER. Op. cit.

¹⁰¹ 49 jurisdicciones encuestadas en Norte América, Latino América, Europa del Este y Oeste, África, Asia y Australia.

Según algunos autores (Sims y otros, 2009), 175 000 páginas por recurso no es algo fuera de lo común hoy, el triple de lo que era hace tres años. Asimismo, entre los años 2006 y 2008 el número promedio de páginas electrónicas aportadas por las partes de la operación alcanzó la exorbitante cifra de seis millones¹⁰². Asimismo se tiene que, con el fin de realizar estimaciones econométricas, las agencias estarían solicitando información por largos períodos de tiempo (tres a seis años¹⁰³), la que debe ser entregada en un determinado formato (Access, Stata, etc). Lo anterior estaría causando altos costos para las empresas que deben extraer archivos antiguos y reprogramar la información para adecuarla a un determinado formato¹⁰⁴.

El que las agencias estén obteniendo demasiado poder es una crítica que ya se había levantado más de diez años atrás: “las agencias han usado el ‘*second request*’ para crear un mecanismo de descubrimiento completamente nuevo, que no está restringido por las Reglas Federales (o cualquier otra regla, por ese asunto) y libre de toda fiscalización por parte de un árbitro neutral”¹⁰⁵. A la vez que ya se había criticado que, cada vez con mayor frecuencia, las reglas del proceso de control de fusiones están siendo establecidas por las agencias en vez de las Cortes¹⁰⁶ y según algunos autores “el control de fusiones actual es sólo distinguible a otros sistemas regulatorios por el hecho de que las agencias deben buscar la intervención de la Corte para bloquear una transacción”¹⁰⁷.

En síntesis, en Estados Unidos, país con larga experiencia en Control de Fusiones, no existe consenso acerca de la eficacia y eficiencia de su aplicación. La bola de cristal más sofisticada parece fallar mucho más de lo que se cree.

B. Unión Europea: control de fusiones comunitario

En el segundo sistema más desarrollado del mundo, la información tampoco permite sustentar con claridad la conveniencia del Control de Fusiones. Las cifras indican que entre enero de 1990 y marzo de 2012, la Comisión Europea recibió un total de 4 925 notificaciones, un 3% de éstas pasaron a segunda fase y sólo un 0,4% fueron prohibidas¹⁰⁸. El reducido número de prohibiciones ha levantado críticas con respecto a la eficiencia del sistema¹⁰⁹ a lo que se agrega el hecho de que la Corte ha revocado algunas de las prohibiciones por considerar que la Comisión no realizó un análisis apropiado¹¹⁰.

En cuanto a los costos del sistema, en sistema implica una carga importante para las firmas, las que deben cumplir con entregar más de treinta copias de formularios que exigen sofisticados análisis de información. Así por ejemplo, el cálculo de los HHI¹¹¹ para cada mercado afectado o la cuantificación de las eficiencias, las que deben estar fundadas en evidencia y beneficiar al menos en parte a los consumidores. Dada la complejidad de las estimaciones, las firmas deben gastar recursos en análisis cuantitativos cuyo valor depende de la extensión y calidad de la información empírica disponible y cuya recolección también genera costos¹¹². El sistema también impone costos a las agencias de competencia las que deben conducir sus propios estudios y revisar los aportados por las firmas. Asimismo, la autoridad debe entregar los datos y cálculos para la inspección de las partes.

Se ha criticado que la evaluación de la fusión por parte de la Comisión Europea genera

¹⁰² SIMS, Joe; Robert JONES y Hugh HOLLMAN. Op. cit. p. 2.

¹⁰³ *Ibid.* p. 3.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 4.

¹⁰⁵ SIMS, Joe y Deborah HERMAN. Op. cit. p. 881.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 882.

¹⁰⁷ SIMS, Joe; Robert JONES y Hugh HELLMAN. Op. cit. p. 6.

¹⁰⁸ Ver: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

¹⁰⁹ ICN, “Setting Notification Thresholds for Merger Review”. 2008. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

¹¹⁰ Ejemplos de revocaciones son: GE/HONEYWELL (2005), Scheider/Legrand (2004); Tetra Laval/Sidel (2002); Impala (2006).

¹¹¹ Índice de concentración HHI o Herfindahl-Hirschman Index.

¹¹² CHRISTIANSEN, Arndt. Op. cit. p.10

falta de certeza legal. En efecto, entendiendo la certeza legal como la posibilidad de que las firmas puedan predecir con relativa confiabilidad la reacción de la autoridad de competencia ante un caso dado, se tiene que el análisis económico de la Comisión Europea tiene resultados difícilmente predecibles (lo cual no sorprende respecto de quienes generan actividades de adivinación). La teoría económica presenta “*constantes divergencias y una pluralidad de enfoques*”¹¹³ y existe “un amplio rango de estudios teóricos cuyas conclusiones son en parte contradictorias o son sólo válidas para supuestos muy específicos”¹¹⁴, en particular, “patrones de comportamiento pueden en principio tener ambos, positivos y negativos efectos en el bienestar”¹¹⁵.

Se dice que la economía es una ciencia de predicción del futuro, como la astrología y la quiromancia, sólo que menos exacta. Y de alguna manera esa afirmación es cierta. Asumir que los economistas pueden brindarnos certeza sobre lo que ocurrirá con una fusión es un serio error. Y lo peor es que, desaprobada una fusión, no hay forma de determinar si la decisión fue correcta por que el escenario prohibido (el de la fusión misma) ha sido eliminado del mundo de la realidad. El análisis económico de los casos de fusión no puede ser estandarizado aplicando criterios generales sino que debe ser aplicado en cada caso en particular, considerando sus características propias. Asimismo, la economía cuenta con diferentes enfoques analíticos y su aplicación particular usualmente genera controversia.

De este modo, se critica el hecho de que la economía es una ciencia inexacta y que el análisis de una operación de concentración en particular puede generar diferentes resultados dependiendo del modelo e información utilizada. Con esto, existe el riesgo de que las partes busquen expertos que sólo entreguen evidencia que les favorezca, con lo que se produce una “batalla de expertos” en la que ambos tratan de desacreditar los dichos del otro.

Actualmente, la Comisión concentra las funciones de iniciar los procedimientos, las investigaciones, el análisis, las audiencias, la preparación y toma de la decisión final. Se tiene entonces que la Comisión Europea está actuando como investigador y sancionador, cuyo único control externo está en la Corte de Primera instancia y la Corte Europea de Justicia, a los cuales sólo son referidos unos casos aislados y se tiene la desventaja de que llegar a esta etapa toma largo tiempo.

De esta forma, algunos indican que “los fundamentos institucionales para el efectivo control (revisión y balance) son entonces inadecuados. Esto a su turno le resta diligencia a las investigaciones y a la calidad y transparencia de las decisiones, como tres prohibiciones de la Unión Europea que fueron reversadas (anuladas por la Corte) en 2002 ejemplifican...”¹¹⁶. Con esto, se ha indicado la necesidad de separar funciones por medio de alguna de las siguientes fórmulas: “Primeramente, las etapas de la apertura del procedimiento de las audiencias con las firmas puede ser asignado a una institución independiente, mientras la Comisión Europea sería responsable de la revisión final del caso y de la decisión final. En la práctica, esta propuesta significaría la separación institucional de la Competition Directorate General de la Comisión Europea. Segundo, las funciones descritas pueden permanecer en el ámbito de la Comisión, mientras que la decisión final es transferida a un juez independiente. En ambos casos la concentración de funciones dentro de la Comisión sería removida”¹¹⁷.

También se ha criticado la estructura de la Comisión Europea, la que toma finalmente la decisión de aprobar o no la operación pero cuyos miembros se encuentran “particularmente expuestos a la influencia de las firmas y de los (gobiernos de) estados miembros”¹¹⁸. En efecto, las firmas podrían deliberadamente buscar influencia a costa de sus competidores, mientras que los gobiernos pueden presionar para que se

¹¹³ Ibid. p. 11.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibid. p. 21.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibid. p. 18.

apruebe o rechace una operación basado en consideraciones políticas y no económicas.

C. Reino Unido

El sistema de control voluntario del Reino Unido se basa en la idea de que “muchas fusiones son pro-competitivas o tienen un efecto beneficioso en la competencia”¹¹⁹, por lo que la intervención sólo se justifica en casos particulares en los cuales la fusión podría lesionar sustancialmente la competencia. De ahí se entiende la naturaleza del sistema de control del Reino Unido, donde no existe obligación de notificar ni de postergar la fusión antes de la aprobación oficial.

Las cifras indican que la mayoría de las fusiones fueron aprobadas sin condiciones en la primera fase de investigación. Así, se tiene que durante el período de tres años terminando en marzo de 2011, se reportaron un promedio de 75 decisiones de la Office for Fair Trading (OFT) relacionadas a fusiones. De las decisiones tomadas durante dicho período, un 10% fue enviado a segunda fase a la CC. De las fusiones finalmente investigadas por la CC (algunas fueron desistidas), cerca del 60% fueron aprobadas sin condiciones y el resto fueron consideradas riesgosas aplicándose remedios o prohibición¹²⁰.

De todas formas, algunos autores han criticado que algunas de la metodologías¹²¹ utilizadas por las OFT y la CC para determinar el potencial efecto en los precios derivado de una fusión, podrían indicar erróneamente un riesgo anti-competitivo en casos en que este no existe¹²². Asimismo, se critica el uso de encuestas en la determinación del impacto de la fusión en el mercado. Esto por cuanto las encuestas no captarían la conducta del consumidor marginal, se realizan sobre una muestra demasiado acotada y las respuestas no

reflejarían el comportamiento real de los consumidores¹²³. Con esto, existen dudas acerca de la evaluación de la fusión por parte de las agencias de competencia.

A lo anterior se agrega que la aplicación de determinadas condiciones o “remedios” en algunos casos de fusiones podrían volverse inapropiados a medida que pasa el tiempo. Esto por, al menos, cuatro razones: (i) las condiciones del mercado cambian por lo que algunos remedios podrían volverse innecesarios; (ii) algunos compromisos pueden volverse sofocantes, quitando flexibilidad a las empresas con efectos perjudiciales como por ejemplo retrasar innecesariamente la introducción de nuevas tecnologías; (iii) un alza de insumos puede volver insostenible un compromiso de mantener los precios en un determinado rango; (iv) los compromisos pueden necesitar de ajustes para reflejar los cambios legales. Dado lo anterior, se vuelve imperioso que las firmas que hayan tomado compromisos para poder fusionarse tengan la oportunidad de revisarlos y corregirlos¹²⁴.

Con todo, si bien se ha criticado la metodología aplicada en el análisis de los casos, se ha reconocido los beneficios de este sistema derivado de su carácter voluntario (a diferencia del régimen de notificación obligatoria que existe a nivel de la Comunidad Europea), en tanto que los “costos de notificación o retrasos en las transacciones no son impuestos a las partes que son inocuas y que están libres de reparos en cuanto a su fusión, sea esta de cualquier escala”¹²⁵.

Con respecto a la supuesta falta de control sobre las operaciones potencialmente anticompetitivas generadas por el carácter voluntario del sistema, existen discrepancias sobre si esto representa o no un problema. Así, por ejemplo, algunos (Parr and Hugles,

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

¹¹⁹ OFT. “A quick guide to UK Merger Assessment”. 2011. p. 1. En: www.of.gov.uk.

¹²⁰ Ver: PARR, Nigel y Mat HUGHES. “Merger Control: United Kingdom”. 2011. En: www.globalinsights.com y http://www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/webstats.pdf

¹²¹ Por ejemplo la metodología llamada Upward Pricing Pressure (UPP) y la llamada Illustrative Price Rises (IPR).

¹²² Por ejemplo podrían indicar un riesgo competitivo unilateral aún cuando las partes no sean rivales cercanos o cuando el negocio tiene relativamente bajos márgenes brutos.

¹²³ PARR, Nigel y Mat HUGHES. Op. cit.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

2011) indican: “Sin embargo, nuestra experiencia profesional no indica que el actual régimen en el Reino Unido esté permitiendo que un número significativo de fusiones anti competitivas pase sin ser detectado por la OFT. Mucho menos cuando hay ‘red natural’ de seguridad en la cual los consumidores y/o productores que consideren que la fusión daña sus intereses pueden (y regularmente lo hacen) alertar acerca de la fusión a la OFT. Adicionalmente, muchas fusiones están sujetas a las quejas de sus competidores. Más aún, la combinación de regímenes obligatorios en la mayoría de las jurisdicciones de la Unión Europea y las redes de comunicación entre las autoridades de competencia de la UE implican que la OFT regularmente será informada acerca de fusiones vía la notificación de sus contrapartes en la Unión Europea”¹²⁶. Dado lo anterior, se descartaría el riesgo de fusiones no detectadas por la autoridad: “Nuestra visión es que, la preocupación de que fusiones anti competitivas regularmente evaden el control en el Reino Unido ha sido sustancialmente sobreestimada y está torciendo las propuestas de reforma”¹²⁷.

D. Chile

En Chile no existe una regulación específica en materia de concentraciones. En efecto, el sistema chileno de defensa de la libre competencia, creado por medio del Decreto Ley 211 (DL 211) de 1973, no contempla siquiera la palabra fusión en su texto. Si bien en el año 2003, con objeto de la reforma al sistema por medio de la Ley 19.911¹²⁸, se discutió en el Congreso Nacional la posibilidad de incorporar un sistema de control obligatorio, finalmente se desechó esta propuesta, debido a la falta de criterios objetivos para determinar cuáles fusiones

deben ser consultadas y permitir al mercado dirigir los incentivos¹²⁹.

No obstante lo anterior, se ha interpretado el texto de la ley de modo tal, que una operación de concentración que genere una posición de dominio en el mercado relevante, tendrá la aptitud de abusar de dicha posición y por tanto infringiría el artículo 3 del DL 211, que establece: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, *cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponer en cada caso”¹³⁰.

Dado lo anterior, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) cuenta con atribuciones para revisar las operaciones de concentración que resulten en la creación de una empresa con posición de dominio en el mercado relevante¹³¹ y con esto se ha derivado en la práctica, en un sistema de consulta voluntaria. En dicho sistema, las empresas que lo deseen pueden consultar al TDLC a través de un proceso no contencioso. Una vez hechas las consultas, estas son estudiadas por el TDLC el que finalmente determina si aprueba, condiciona o rechaza la operación¹³².

En el caso que las partes decidan no someter su operación a consulta, estas deben tener presente que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) tiene la facultad de iniciar consultas sobre hechos, actos o contratos celebrados o por celebrarse (futuros)¹³³. De esta forma el texto de Ley indica que el TDLC podrá:

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Promulgada el 14 de noviembre de 2003.

¹²⁹ FERRADA, Rodrigo y Nicole NEHME. “Sistema Chileno de defensa de la libre competencia: ¿Necesidad de requerir autorización previa para la aprobación de operaciones de concentración”. En: *Gaceta Jurídica* 240. 2005. p. 4.

¹³⁰ Decreto Legislativo 211, artículo 3. Haciendo un símil con los tipos penales, se trataría de un tipo de “peligro concreto”. Ver: *Ibid.* p. 5.

¹³¹ Las operaciones que el TDLC puede revisar incluyen aquellas que se perfeccionan en el extranjero pero que tienen efectos económicos en Chile.

¹³² BRUNA, Ronaldo. “Presentación”. En: “Políticas de competencia en economías pequeñas: El caso de Chile”. 2010. En: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0007.pdf.

¹³³ La FNE adquirió la facultad de iniciar procedimientos de consulta por hechos futuros con la reforma al Decreto Legislativo 211 introducida por la Ley 20.361 del año 2009.

“Conocer a solicitud de quien tenga interés legítimo o del Fiscal Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente Ley sobre hechos, actos o contratos, existentes o por celebrarse, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”¹³⁴.

Desde el año 2004 hasta el año 2011, sólo catorce operaciones de concentración han ingresado al TDLC por la vía no contenciosa, lo que representa en promedio un número de dos operaciones por año¹³⁵. El bajo número de notificaciones relevantes hoy levanta críticas de parte de quienes creen que la autoridad no está detectando fusiones anti competitivas y que por tanto debería haber un control obligatorio. Pero incluso antes, a partir del año 2005, ya se había instaurado en Chile un debate en cuanto a la conveniencia de cambiar el actual sistema de consulta voluntario por uno obligatorio. En ese año, las críticas al sistema voluntario tomaron un carácter notorio a partir de la autorización de parte del TDLC a la fusión de las dos mayores empresas de TV por cable (VTR-Metropolis) y la fusión de dos grandes compañías de telefonía móvil¹³⁶ (Telefónica-Bellsouth). Hoy el debate se ha reavivado con la fusión de las compañías aéreas LAN (Chile) y TAM (Brasil).

Los detractores del sistema indican diversas críticas entre las que se encuentran: (i) que no se estarían controlando todas fusiones que revisten riesgos a la competencia, (ii) que el procedimiento de consulta voluntaria genera incertidumbre jurídica, ya que los agentes no tienen claridad respecto de cuándo deben consultar ni las medidas que puede adoptar el TDLC; (iii) que el procedimiento presenta

varias falencias, tales como duración excesiva y que el TDLC no es la instancia adecuada para revisar las fusiones y eventualmente negociar con las partes y (iv) que el hecho de que terceros interesados estén facultados para consultar podría prestarse para que competidores puedan entorpecer o dilatar la fusión¹³⁷. Con respecto a esto último se ha generado un amplio debate en cuanto a la interpretación de la ley, la definición de interés legítimo¹³⁸ y la pérdida de sentido del sistema voluntario cuando terceros pueden intervenir¹³⁹.

Recientemente, en julio de 2012, la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia evacuó un informe donde recomienda revisar el actual sistema y propone un control de fusiones obligatorio a partir de ciertos umbrales: “Proponemos un sistema donde la consulta se hace obligatoria si la fusión se encuentra por sobre ciertos indicadores que sirven para advertir que la operación podría contribuir a una estructura de mercado potencialmente no competitiva, a la luz de ciertos indicadores (“umbrales”) establecidos por la autoridad”¹⁴⁰.

No obstante las críticas, la alternativa de un control de fusiones obligatorio ha recibido fuertes cuestionamientos. El presidente del TDLC, Tomás Menchaca, ha indicado que si bien el sistema voluntario tiene el riesgo de operaciones escondidas y de falta de certeza jurídica, el sistema obligatorio conlleva: “...enormes costos que deben sufrir tanto las empresas como las agencias de competencia que deben revisar una cantidad enorme de operaciones de concentración que no revisten ningún problema para la libre competencia...”¹⁴¹

¹³⁴ Artículo 18 del Decreto Ley 211, modificado con la Ley 20361.

¹³⁵ Estadísticas publicadas por TDLC.

¹³⁶ FFERRADA, Rodrigo y Nicole NEHME. Op. cit. p. 1.

¹³⁷ BARÓN, Ignacio. “Control voluntario u obligatorio de fusiones en Chile”. En: Revista América Economía. 2011. En: <http://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/control-voluntario-u-obligatorio-de-fusiones-en-chile>.

¹³⁸ JUNGSMANN, Ricardo. “Informe en derecho acerca de la facultad para iniciar un procedimiento de consulta respecto a hechos, actos o contratos por celebrarse”. 2011. En: www.tdlc.cl.

¹³⁹ Según Jungmann: “(...) si un tercero también se encontrara habilitado para efectuar una consulta sobre un contrato futuro, la consulta dejaría de ser voluntaria para las partes, ya que en la práctica, deberán anticiparse a dicho tercero, viéndose forzados a presentar consulta en toda operación de relativa importancia, frente a la cual, pudieran haber terceros interesados en oponerse a la misma”. JUNGSMANN, Ricardo. Op. cit.

¹⁴⁰ Informe de la Comisión Asesora. p. 25.

¹⁴¹ MECHACA, Tomás. “Presentación”. En: “Procedimiento de Consulta y operaciones de concentración”. En: <http://www.lcuc.cl>.

y que “el TDLC no está en condiciones de absorber con sus actuales medios físicos y humanos la carga de trabajo que ello implicaría, lo que redundaría en una probable disminución de calidad, tanto en el conocimiento de asuntos contenciosos como no contenciosos”¹⁴².

La postura del TDLC también se ve reflejada en su Resolución 24/2008: “En Chile, el legislador optó por no establecer un sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración económica, como existe en muchos países del mundo. Ello, si bien implica el riesgo de que eventualmente se lleve a cabo sin previa consulta una operación de concentración que afecte gravemente la libre competencia, con los costos privados y sociales que implicaría su revisión y sanción a posteriori, evita por otra parte los costos y demoras en la ejecución de negocios que implican las consultas previas en una gran mayoría de casos en que dichas operaciones no son en modo alguno contrarias a la libre competencia”¹⁴³.

La posición de la Fiscalía sería similar a la del TDLC. Así, el jefe de la división de investigaciones de la FNE ha criticado el sistema de control obligatorio debido a que es “intensivo en uso de recursos público. Esta labor consume gran parte de los costos de la agencia y distrae la atención de conductas riesgosas”¹⁴⁴, que implica “altos costos regulatorios para agentes privados (info, estudios, asesoría legal)”¹⁴⁵; asimismo, ha indicado que “estadísticas de la UE dicen que 97.5% de los casos estudiados, entre 1990-2010, fueron aprobadas sin condiciones. Se realizaron 4 498 notificaciones, sólo 20 se rechazaron y 91 se condicionaron”¹⁴⁶.

El representante de la FNE ha indicado que bajo el sistema voluntario “sólo se analizan en profundidad operaciones que pueden causar

impacto”¹⁴⁷ y que “mejora la eficiencia en uso de recursos privados y públicos”¹⁴⁸. Además, indicó que si bien existe el riesgo de que “se pueden dejar sin analizar fusiones que tienen impacto negativo en el bienestar económico, o la agencia puede llegar muy tarde”¹⁴⁹, este riesgo es bajo ya que “en un país pequeño, las grandes operaciones son fáciles de detectar”¹⁵⁰.

En resumen, si bien el sistema voluntario ha sido criticado, la alternativa de un sistema obligatorio no parece haber logrado consenso. De acuerdo al presidente del TDLC, Tomas Menchaca, una solución intermedia debería: “Asegurar que las operaciones de concentración de real importancia puedan ser revisadas por el Tribunal (y bien) y, al mismo tiempo, evitar que el Tribunal deba revisar una gran cantidad de operaciones sin mayor importancia desde el punto de vista de la Ley de Competencia”¹⁵¹. La pregunta es cómo se debe diseñar un sistema que logre dichos objetivos, protegiendo de manera eficiente a la libre competencia.

IV. EL CONTROL DE FUSIONES EN EL PERÚ

En este debate Perú tiene el privilegio de contar con un tubo de ensayo en el que hemos aplicado la “bola de cristal” y que nos permite entender (es cierto que de manera limitada) los alcances de un control de fusiones.

Como se sabe, la ley de competencia del Perú o “Ley de Represión de conductas anticompetitivas” fue publicada en el año 1991 (Decreto Legislativo 701) y posteriormente fue reemplazada por el Decreto Legislativo 1034 de junio de 2008. Si bien se establecen sanciones al abuso de poder dominante y otras conductas anticompetitivas, no se contempla un sistema de control de fusiones.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ TDLC Resolución 24/2008. Procedimiento no contencioso rol NC199-07. p. 79-80.

¹⁴⁴ BRUNA, Ronaldo. *Op. cit.*

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ *Ibidem.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ MENCHACA, Tomás. *Op. cit.*

A. El caso del sector eléctrico

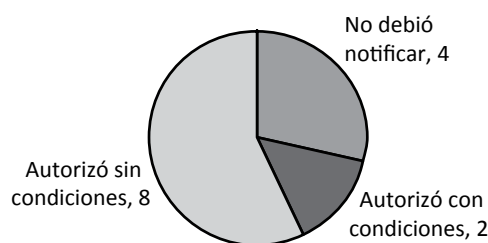
En el año 1997, se publicó la ley “Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico” (Ley 26876) la que establece que antes de ejecutar acciones de concentración en las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, deberá solicitarse autorización a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (INDECOPI). El objetivo de la ley sería: “evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados”¹⁵². Las cifras indican que entre 1997 y 2009 se han notificado catorce operaciones de concentración (ver cuadro 1). Cuadro 1: Operaciones de concentración Sector Eléctrico Perú, 1997-2009.

Año	Empresa 1	Empresa 2
1998	ETECEN	Consortio Transmantaro
1998	Compañía Eléctrica del Cono Sur	Consortio Generandes
1999	Endesa	Enersis
2001	Tractebel	Electroandes
2001	PSEG Global Inc	Electroandes
2002	Tractebel	Egasa y Egesur
2002	Electroandes	Proyecto Yuncán
2002	Interconexión Eléctrica	ETECEN-ETESUR
2006	PIDC	Aguaytía Energy
2006	Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla	Edegel
2006	Interconexión Eléctrica	Consortio Transmantaro
2009	Enel	Endesa
2009	Electro Sur Este	Central Hidroeléctrica Hercca
2001	Sempre Energy	Luz del Sur S.A.A; Distribución de Cañete S.A; Proyecto de Generación Central; Hidroeléctrica Santa Teresa

Fuente: Resoluciones CLC-INDECOPI.

De estas catorce operaciones (ver cuadro 2), diez fueron autorizadas sin condición alguna, dos de ellas fueron aprobadas con condiciones y en las cuatro restantes, INDECOPI concluyó que se trataba de operaciones que no se encontraban sujetas a supervisión (improcedentes, inadmisibles).

Cuadro 2: Resultados Control Concentraciones Sector Eléctrico Perú, 1997-2009



Fuente: Resoluciones CLC-INDECOPI

No obstante el hecho de que la mayoría de las operaciones de concentración han sido autorizadas, la Ley que creó este mecanismo ha sido fuertemente criticada por ser innecesaria y contraproducente al debilitar la competencia¹⁵³. Autores como Rebaza (1997) indican que la ley de competencia no sanciona la posición de dominio en sí misma, sino que el abuso de esta. Entendiéndose la posición de dominio como la facultad de una empresa de “actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores”¹⁵⁴ y el abuso, como el ejercicio de esta facultad obteniendo ventajas ilegítimas y perjudicando a terceros. La sanción sólo será aplicable si se comprueba que ha habido abuso de la posición de dominio¹⁵⁵.

En el caso de las empresas del sector eléctrico, indica Rebaza que la ley antimonopolio y oligopolio del sector eléctrico asume que las empresas que alcancen el 15% en una fusión horizontal o 5% en una fusión vertical, podrían abusar de su posición de dominio por lo que se las obliga a sujetarse a la aprobación de la autoridad. No obstante, dicha obligación se basa en una presunción equivocada por

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

¹⁵² Ley Antimonopolio y oligopolio del Sector Eléctrico, Artículo 1.

¹⁵³ REBAZA, Alberto. “El Control de Adquisiciones y Fusiones en la Nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico: Una raya más al tigre del Intervencionismo”. En: THEMIS-Revista de Derecho 36. 1997.

¹⁵⁴ Decreto Legislativo 701. Artículo 4.

¹⁵⁵ REBAZA, Alberto. Op. cit. p. 96.

cuanto las empresas del sector eléctrico no pueden actuar de manera independiente¹⁵⁶ ya que están reguladas por el Estado, el que debe aprobar las tarifas a cobrar a los consumidores así como otros aspectos vinculados a la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica¹⁵⁷. De esta forma, las empresas del sector eléctrico no pueden alcanzar una posición de dominio ni mucho menos abusar de esta, mientras que tampoco sería factible obtener ganancias de acciones coordinadas¹⁵⁸, con lo cual el control de fusiones se vuelve innecesario.

De la misma forma Salinas (2006) indica: “La ley Anti oligopolio no parece tener una racionalidad clara en términos de política de defensa de la competencia y del correcto funcionamiento de los mercados que justifique su existencia. Esto es aún más claro considerando la existencia y reglas de funcionamiento del COES¹⁵⁹, que opera como un administrador del sistema y hace más difícil la realización de prácticas anticompetitivas”¹⁶⁰.

También se ha indicado que la ley es contraproducente por cuanto aleja inversiones que podrían entregar beneficios a los consumidores. En efecto, Rebaza (1997) indica que: “Las restricciones contenidas en Ley devienen en ineficientes ya que pretenden excluir a las empresas que, debido a su economía de escala, capacidad de inversión, conocimiento tecnológico, fuentes propias de financiamiento, entre otros, pueden ofrecer un mayor precio por las empresas eléctricas a privatizarse y un mejor servicio a los consumidores finales a cambio de un menor precio”¹⁶¹.

Asimismo Salinas (2006) indica: “La Ley Anti oligopolio impone costos importantes en el sector eléctrico: altos costos de transacción; desincentivos a la inversión, particularmente en operadores ya presentes en el país; y distorsiones en la asignación de recursos en la medida que frena el libre flujo de capital hacia este sector. Es controversial una política pública de este tipo para un país en vías de desarrollo con fuerte déficit de infraestructura”¹⁶².

Las críticas no son del todo compartidas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)¹⁶³ que considera que el control de fusiones es necesario para proteger la competencia en este mercado, descartando la posibilidad de contestabilidad¹⁶⁴ así como la sustitución del control de estructuras (ex ante) por el control de conductas (ex post). No obstante lo anterior, se reconoce que la metodología de evaluación del control de fusiones debe ser revisada. Dávila y Gallardo (2003) indican: “En suma, el control de fusiones en el sector eléctrico es un instrumento de política necesario para la preservación de las condiciones de competencia. Naturalmente, el que exista la necesidad de establecer este tipo de control no garantiza que este haya sido diseñado de manera adecuada o que su implementación haya sido la correcta. En particular, existen dos criterios de evaluación del control de concentraciones en el Perú que ameritan ser revisados, uno referido al índice empleado para medir la concentración del mercado y otro referido al balance de ganancias de eficiencia resultante de una operación de concentración. Asimismo, la fragilidad institucional en economías en

¹⁵⁶ “(...) ellas no pueden actuar de modo independiente para establecer, por ejemplo, sus precios, dado que requieren de autorizaciones administrativas previas”. En: *Ibíd.* p. 100.

¹⁵⁷ El control de tarifas eléctricas y la supervisión y control permanente está establecido la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE).

¹⁵⁸ El cartel no será exitoso si no puede aumentar los precios.

¹⁵⁹ Comité de Operación Económica del Sistema, regulado en la Ley 28832.

¹⁶⁰ SALINAS, Sergio. “La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobre regulando el mercado?”. 2006. p. 160. En: estudiosalinas.com/documentos/articulos/Ley_Antimonopolio.pdf

¹⁶¹ REBAZA, Alberto. Op. cit.

¹⁶² SALINAS, Sergio. Op. cit. p. 160.

¹⁶³ De acuerdo a (Dávila y Gallardo. 2003), “...diversos factores como la existencia de costos hundidos, incertidumbre en factores de oferta e inseguridad política derivada de la fragilidad institucional, sugieren condiciones para la inversión poco consistentes con el esquema de contestabilidad”. Ver: DÁVILA, Santiago y José GALLARDO. “Concentraciones Horizontales en la Actividad de Generación Eléctrica: El Caso Peruano”, Documento de Trabajo 2. Departamento de Estudios Económicos de OSINERG. 2003. p. 36.

¹⁶⁴ Bajo la teoría de contestabilidad la empresa dominante en un mercado es disciplinada por la potencial entrada de empresas. Ver BAUMOL, William; John PANZAR y Robert WILLIG. “Contestable Markets and the Theory of Industry Structure”. San Diego: Harcourt Brace Jovanovic. 1987.

desarrollo referida a la existencia de una burocracia proba y calificada en el manejo de temas de competencia es un aspecto que amerita atención”¹⁶⁵.

Pero, más allá de las dudas acerca de la racionalidad del sistema, es necesario observar que nos deja la experiencia del control durante estos años. Por una parte se tiene que un 29% de las operaciones no debieron haber sido notificadas lo que significa que el sistema está derrochando recursos. Por otra parte, en un 56% de los casos notificados se trataba de operaciones asociadas a procesos de privatización organizadas por el Estado. Esto significa que la revisión de estas operaciones podría haberse evitado mejorando el diseño de los procesos de privatización para evitar situaciones que posteriormente el mismo Estado podría considerar riesgosas o no deseables.

En cuanto a las predicciones que ha hecho INDECOPI, se tiene que han existido fallas importantes. Así, por ejemplo, está el caso de la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC, en la cual se produce una operación de concentración en el extranjero que involucra un cambio en el control del Grupo Endesa con distintas operaciones en el mercado eléctrico de Sudamérica. Dicha operación involucraba a las empresas peruanas: EDELNOR (distribuidor), EDEGEL (generador) y Empresa Eléctrica de Piura (generador). Al momento de evaluar los efectos sobre las ventas de generadores a distribuidores, las generadoras advirtieron que “no existen incentivos para que las empresas de generación contraten con empresas de distribución” y que “dicho desincentivo a la contratación permanecerá inalterado luego de la concentración”¹⁶⁶.

No obstante, en oposición a lo afirmado por las empresas, INDECOPI determinó que “Contrariamente a lo que afirman las empresas que notificaron la operación, las ventas a distribuidores si conforman un mercado importante para las generadoras. (...). Además, se observa que la tendencia reciente del precio en barra ha sido situarse por sobre el costo marginal de corto plazo con lo que el incentivo a no contratar con

las distribuidoras provocado por dicho diferencial se está revirtiendo en el tiempo (20). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la reciente modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas contempla un factor que incentiva a la contratación, por lo que en el futuro es de esperar una mayor competencia entre las empresas de generación por mantener contratos con empresas de distribución, más aún considerando la situación de exceso de oferta existente”¹⁶⁷.

La operación fue aprobada con condiciones (la distribuidora integrante del grupo debía comprometerse a efectuar sus compras de energía a través de subastas con participación de generadores no vinculados a Endesa), las mismas que reflejaban las preocupaciones respecto a la evolución futura del mercado. El temor era que la distribuidora integrante del grupo (una de las más importantes del país) concentrara sus compras de energía con las generadoras vinculadas, desplazando a aquellos generadores no vinculados. No obstante, cuatro años más tarde (año 2004) se registraría una restricción severa en la oferta de generación (sequía) y una menor competencia entre generadores por mantener contratos de suministro con distribuidores, circunstancia completamente opuesta a la que fue “imaginada” por el INDECOPI en su análisis. Las condiciones impuestas por INDECOPI con ocasión de dicha operación demostrarían ser absolutamente irrelevantes y fuera de todo contexto.

Esta experiencia previa pone en evidencia el problema fundamental con este tipo de mecanismo: la imposibilidad de predecir el futuro. Si no existe capacidad para predecir las consecuencias futuras de una operación de fusión en un mercado en el que existe abundante información –debido a su condición de actividad regulada, donde los precios son determinados por un regulador específico–, que debemos esperar respecto de operaciones que se produzcan en mercados en los que la información es escasa o inexistente?. Y la pregunta no es irrelevante, tomando en cuenta que los errores que se puedan cometer en la administración

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

¹⁶⁵ DÁVILA, Santiago y José GALLARDO. Op. cit. pp. 27-28.

¹⁶⁶ Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

¹⁶⁷ Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

de este mecanismo (prohibir operaciones que deberían ser permitidas, por ejemplo) no serán pagados por quienes administren dichos mecanismos.

B. El debate sobre la “bola de cristal”

Como ya se comentó, en abril de 2012, la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso presentó el Proyecto de Ley 972/2011-CR (el Proyecto), que establecería un Control de Fusiones obligatorio para todos los sectores económicos del Perú¹⁶⁸.

El Proyecto consiste en términos generales, en un sistema en donde todas las operaciones de concentración que involucren empresas que superen determinado umbral de ventas, deberán ser notificadas en un plazo máximo de diez días hábiles contados a partir de la fecha de conclusión del contrato o acuerdo. Posteriormente, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI verificará la suficiencia de la información aportada por las empresas e iniciará un proceso de investigación de treinta días hábiles, el que podrá ser extendido en noventa días hábiles adicionales dependiendo de la complejidad del caso. Tras la investigación, la Comisión de Defensa de la libre Competencia del INDECOPI emitirá una resolución en la que puede prohibir la operación, aceptarla sujeta a condiciones o aceptarla incondicionalmente. La decisión de la Comisión puede ser apelada ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

Hoy, el INDECOPI se muestra favorable a la aprobación de un control de fusiones. Pero en el año 2003 el mismo INDECOPI planteó serias dudas acerca de la conveniencia de instaurar un Control de Operaciones de Concentración en Perú. Debe notarse que muchos de los argumentos son los mismos que hoy se siguen usando para defender que no se cree un sistema de control. Hoy ha cambiado su postura.

En el 2003 INDECOPI indicaba que era necesario considerar: “El alto costo admi-

nistrativo de implementar una política de control de fusiones. Al respecto es importante mencionar que dichos costos involucran, tanto la implementación del sistema por parte del Estado (funcionarios especializados y infraestructura adecuada), así como también gastos privados en los que tienen que incurrir las empresas que solicitan la autorización, tales gastos son altos en comparación con los beneficios que podrían derivarse del reducido número de concentraciones que comúnmente terminan siendo denegadas o condicionadas”¹⁶⁹. No se entiende por qué lo que costaba tanto en el 2003 ha dejado de costar en el 2012.

INDECOPI también indicaba que: “Una evaluación costo-beneficio debería incorporar el análisis de concentraciones que se hayan realizado durante los últimos diez años y que cuyos efectos negativos justifiquen la introducción de una regulación de este tipo, incluyendo los costos para el Estado y los particulares que ello acarrea. Asimismo, dicho análisis debería establecer claramente qué tipo de conductas anticompetitivas prevendría este tipo de régimen que no hubiesen podido ser prevenidas o corregidas mediante un control de conductas *ex post*”¹⁷⁰. A lo anterior añadía que: “En la actualidad, no existe algún estudio que evidencie de manera contundente la mayor eficacia de un régimen general de control *ex ante* de concentraciones frente a uno de control *ex post* de conductas como el que rige en la actualidad en el Perú. En contraste, resulta relativamente fácil estimar que algunos de los costos que involucrarán la introducción de un sistema de control *ex ante* de fusiones pueden ser considerables”¹⁷¹.

El Proyecto para el control de fusiones actual no considera una evaluación costo-beneficio como la que recomendaba INDECOPI ni ningún estudio que demuestre la mayor eficacia relativa de un control *ex ante*. El Proyecto en cambio, sólo se limita a afirmar que el sistema impondrá “ligeros” costos a las empresas y que los beneficios “están sólidamente fundamentados en la teoría económica y en la experiencia de más de 90 países...”,

¹⁶⁸ Proyecto de Ley 972/2011-CR de abril 2012.

¹⁶⁹ Informe 084-2003/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI. 2003. p. 13. En: <http://www.bvindicopi.gob.pe/inftec/2003/i03084.pdf>.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 14.

¹⁷¹ *Ibidem.*

sin aportar mayor evidencia. En realidad el análisis costo beneficio es inexistente. La aprobación del referido proyecto no sería sino un salto al vacío.

Las fusiones son parte de un proceso competitivo. Los precios se forman sobre la base de una serie de factores, entre los cuales se incluye la estructura y composición del mercado. Los niveles de concentración son factores dinámicos, que cambian en el tiempo y que reaccionan a ciertos incentivos. Si una mayor concentración genera mayores precios que no se justifican en las eficiencias existentes, los incentivos de mayores ingresos atraerán competencia. El proceso es dinámico, y se corrige en un contiguo proceso ensayo-error. La posición de INDECOPI no comprende este problema dinámico y pretende adivinar una solución imposible de adivinar. Una visión cortoplacista (que no toma en cuenta cómo evolucionan los mercados) nos conducirá a resultados de corto plazo y nos hará perder el horizonte del largo plazo.

Discutamos con base a la información y evidencia examinada en este artículo los argumentos planteados por el INDECOPI el 2005 y que hoy aparecen reciclados en los planteamientos de quienes (incluido INDECOPI) apoyan el Proyecto para establecer un control de concentraciones¹⁷²:

- a) “El control de concentraciones empresariales se justifica por la posible realización de operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de los consumidores”¹⁷³.

Nadie discute que algunas fusiones podrían aumentar el poder de mercado de una empresa o facilitar la formación de cárteles. Pero los matrimonios pueden generar problemas y no por eso los sujetamos a un control ex ante. Hay que sopesar sus costos y beneficios.

Dado que no existe evidencia de que el control de fusiones logre su objetivo y se registran altos costos de implementación tanto para el gobierno como para privados, no es claro que se justifique su implementación.

- b) “Además, por definición, una operación de concentración reduce el número de agentes participantes en el mercado en cuestión, lo que reduce los costos de transacción e incrementa las probabilidades de generación de prácticas anticompetitivas”¹⁷⁴.

Efectivamente la teoría económica indica que al reducirse el número de empresas podría facilitarse la coordinación entre ellas debido a que es más sencillo acordar y monitorear las condiciones del cártel. No obstante, lo anterior sólo es cierto en el caso de empresas simétricas, si una fusión aumenta la asimetría entre las firmas, por ejemplo al hacer más grande una empresa con respecto a sus rivales, entonces la coordinación entre empresas se dificulta¹⁷⁵. Y sin perjuicio de ello el proceso de reducción (y aumento de firmas) es parte del propio proceso de evolución del mercado. El simple hecho que ello ocurra nada dice de las bondades de tener más o menos empresas.

- c) “Es el momento de dejar de lado el discurso especulativo y colocar al país a tono con la legislación mundial. Esta exigencia es, además, una necesidad en el momento en que la política comercial peruana se encamina a la firma de distintos tratados de libre comercio, con los cuales nuestra economía estará expuesta a la acción económica de grandes grupos de inversión que, a su vez, están sometidos en sus países a mecanismos similares al que se pretende implementar en el Perú”¹⁷⁶.

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

¹⁷² Ver: OECD. “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ COMPTE, Oliver; Frederic JENNY y Patrick REY. “Capacity constraints, mergers and collusion”. En: *European Economic Review* 46. 2002. pp. 1-29.

¹⁷⁶ Ver: OECD. “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

Este párrafo, que fue analizado al inicio de este artículo, peca del pecado que condena: es meramente especulativo y no dice nada sobre por qué debe aprobarse por que omite la data necesaria para evaluar la decisión.

Sin perjuicio de ello, la convergencia con la legislación mundial sólo debe darse cuando es conveniente para el país, considerando sus particulares características, sus prioridades y nivel desarrollo. De esta forma, el que varios países del mundo tengan controles de fusión no es un argumento válido para justificar que Perú también instaure uno.

Como se indicó, los estándares regulatorios seguidos en otros tiempos (como los controles de precios, la sustitución de importaciones o las limitaciones al comercio) han quedado demostrados como totalmente equivocados. El error generalizado no es justificación para equivocarse.

- d) “El Perú ha sido testigo del incremento en las concentraciones en muchísimas industrias. Algunos de los mercados en los cuales INDECOPI ha encontrado o está investigando concertación de precios o abuso de posición de dominio se han vuelto significativamente más concentrados por causa de las fusiones y se argumenta que el control de fusiones hubiera evitado estos problemas”¹⁷⁷.

Por una parte, no existe evidencia concluyente que permita afirmar que el control de fusiones logre prevenir conductas anticompetitivas. Por otra parte, también es necesario observar si las fusiones que han ocurrido en el Perú han traído beneficios a los consumidores, los que se habrían perdido si las autoridades hubiesen prohibido estas operaciones. A lo anterior se agrega que muchas empresas peruanas compiten con importaciones

por lo que la concentración local puede que no sea una medida apropiada para determinar el nivel de competencia en un determinado mercado. Lo cierto es que no basta señalar la existencia de concentración para que quede demostrado que su efecto agregado es negativo.

- e) “(...) un organismo tan serio y técnico como la OECD analizó los argumentos en contra y los descartó enfáticamente (...)”¹⁷⁸.

Primero hay que aclarar que la OECD no ha descartado los argumentos en contra del control de fusiones sino que ha reconocido que actualmente existe un activo debate acerca de la necesidad y conveniencia de los controles de fusiones. Así la OECD ha indicado: “Existe un activo debate, primero en la cuestión fundamental si un control de fusiones es necesario o deseable para todos los países y segundo, en la estructura óptima de esta ley, si se decide adoptar una”¹⁷⁹. De esta forma, la OECD ha impulsado instancias de discusión acerca de los pro y contra del control de fusiones pero no ha descartado los argumentos en contra.

Segundo, aun cuando la OECD hubiera efectivamente descartado los argumentos en contra del control de fusiones, esto no significa que Perú deba ciegamente aceptar sus conclusiones. Son los mismos peruanos, tanto del mundo privado como público, los más indicados para determinar la conveniencia de instaurar un sistema de control de fusiones en el país.

- f) “Un viejo argumento era que el control de fusiones podría ser dañino en economías pequeñas y abiertas en las cuales las firmas nacionales pueden necesitar realizar fusiones para lograr economías de escala y competir con

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ OECD. Inter American Development Bank. “Merger Control Law and procedures in Latin America and the Caribbean”.

efectividad contra firmas extranjeras. Este argumento ha sido desacreditado, y en general se reconoce por la experiencia empírica que el control de fusiones no evita tales fusiones¹⁸⁰.

La OCDE ha indicado que efectivamente la evaluación de las fusiones puede ser distinta en economías pequeñas ya que pueden existir empresas que aun no estén operando a un nivel de escala suficiente para poder reducir sus costos. No obstante, indica que este no es un argumento que por sí solo debe descartar totalmente el control de fusiones, cuya conveniencia debe ser evaluada con respecto a los costos que este genera.

De esta forma la OECD indicó: “Los umbrales de concentración de mercado (*safe harbours*) pueden ser mayores en economías pequeñas que en grandes. Las eficiencias pueden tener un rol más importante en el análisis de competencia en economías pequeñas que en una grande. La experiencia en grandes economías hasta la fecha ha mostrado que mientras sus leyes están estructuradas para dar consideración a las ganancias de eficiencia de las fusiones, ese asunto no es usualmente determinante cuando la fusión recibe una revisión profunda. Sin embargo, esto podría ser diferente en economías pequeñas. Muchas firmas pueden que no estén operando a la escala mínima de eficiencia (MES), por lo que las fusiones que las involucran pueden generar ganancias en eficiencia relativamente mayores. Esta visión fue expresada durante el Foro Global de la OECD acerca de políticas de competencia en economías pequeñas. Pero esto no significa que este argumento por sí sólo puede justificar omitir totalmente el control de fusiones. Incluso en mercados pequeños las fusiones podrían ser anticompetitivas

y no justificadas por sus ganancias en eficiencia. Todo lo demás igual, uno querría prevenirlos. Por su puesto, todo lo demás casi nunca es igual. Imponer control de fusiones introduce costos (...)”¹⁸¹.

De la misma forma, Gal (2003) coincide en que el análisis del control de fusiones en economías pequeñas debe ser distinto al de economías grandes ya que “Las fusiones pueden ser la mejor –y algunas veces la única– respuesta de las firmas en economías pequeñas para disminuir las barreras comerciales y de entrada de competidores más eficientes”. De esta forma, el autor indica que: “(...) economías pequeñas no deberían descansar sólo en variables estructurales o en rígidos y limitados supuestos estructurales como los principales o los únicos elementos a ser considerados en el diseño del control de fusiones. En vez de esto, ellos deberían basar sus políticas en consideraciones de contestabilidad. Ellos también deberían acomodarse más a consideraciones de eficiencia y basarse más en el análisis de la regla de la razón que toma en cuenta el hecho de que la concentración puede ser un mal necesario para alcanzar economías de escala y de ámbito”¹⁸².

- g) “Se afirmaba que los sistemas de notificación previa imponen altos costos sobre gobiernos y compañías. De hecho, tales sistemas pueden ser costosos, pero el costo puede ser minimizado fijando umbrales de reporte altos”¹⁸³.

Por una parte, si bien los umbrales ayudan a disminuir los costos del sistema de control de fusiones, este aun sigue generando altos costos los que no necesariamente se compensan con los beneficios. Por ejemplo en el caso de Estados Unidos, que tiene

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

¹⁸⁰ Ver: OECD. “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

¹⁸¹ OECD. Inter American Development Bank, “Merger Control Law and procedures in Latin America and the Caribbean”. p. 3.

¹⁸² GAL, Michal. “Competition Policy for Small Market Economies”, Cambridge: Harvard University Press. 2003. p. 195. En: <http://ssrn.com/abstract=456560>.

¹⁸³ Ver: OECD. “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

umbrales de notificación, sólo cerca del 0,4%¹⁸⁴ de las fusiones revisadas presentaría riesgos a la competencia, asimismo se ha estimado que el costo de un proceso de notificación de fusión que pasa a segunda fase de revisión alcanzaría los cinco millones de dólares en promedio para la empresa¹⁸⁵.

En cuanto a que el control de fusiones es costoso, la OECD ha indicado: “Este argumento claramente tiene algún mérito. El control de fusiones puede ser ineficiente. Una respuesta obvia a esta objeción, sin embargo, es hacer el proceso más eficiente”¹⁸⁶.

- h) “El tercer argumento era que, dado que el análisis de fusiones es particularmente complejo, hay un riesgo excesivo de que las autoridades en materia de competencia tomen decisiones incorrectas. La premisa de este argumento es cuestionable, y en cualquier caso el argumento ha perdido gran parte de validez ahora que el INDECOPI ha estado operando por más de diez años y tiene cierta experiencia en análisis de fusiones”¹⁸⁷.

A nivel mundial existen dudas serias acerca de la validez de la metodología de evaluación de fusiones. En particular, independientemente de la experticia y seriedad de la agencia de competencia, el análisis de fusiones se vuelve complejo y limitado porque se trata de un ejercicio de predicción de lo que sucedería en el futuro con información presente. Agencias de competencia de Estados Unidos y el Reino Unido, con amplia experiencia en control de fusiones, enfrentan dudas acerca de su metodología. En el caso de Perú, su experiencia se reduce al control de fusiones en el sector eléctrico, un sector que ya se encuentra regulado en cuanto a sus tarifas y otros aspectos de su funcionamiento.

- i) “El cuarto y último argumento es que la complejidad del análisis provee discrecionalidad que puede ser utilizada para controlar la economía en formas que no son consistentes con el programa de reformas económicas (...) Sin embargo, debe recordarse que este riesgo existe en todos los países, y la experiencia internacional provee métodos para tratar con él. La interferencia política generalmente se combate dando autoridad para tomar decisiones a agencias cuasi judiciales independientes o al Poder Judicial, implementando procedimientos transparentes y políticas basadas en principios y proveyendo una revisión judicial de casos particulares y supervisión legislativa de las políticas de la agencia”¹⁸⁸. Cabe preguntarse si efectivamente Perú ha logrado controlar la interferencia política y cuenta con un poder judicial independiente y transparente. La evidencia al respecto indica que persisten las dudas al respecto.

En efecto, en el informe de revisión de pares de la OECD se indica que “Debido por lo menos en parte a las preocupaciones sobre la autonomía del INDECOPI la política de competencia es un asunto que genera cierta controversia en Lima hoy en día. Por ejemplo, un gran sector considera que la Sala de Defensa de la Competencia y el INDECOPI están tomando un enfoque de ‘línea más dura’ hacia el antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas, o que el Ministerio de Comercio. Más aún, algunas decisiones recientes de la Sala crearon controversia al revertir su posición original que dio un tratamiento per se a los carteles desnudos, revirtiendo su posición anterior sobre publicidad comparativa subjetiva, y aparentemente implicando (por primera vez) que el precio excesivo viola la ley sobre competencia. Incluso la

¹⁸⁴ KUWOKA, John y Daniel GREENFIELD. Op. cit.

¹⁸⁵ CLARKE, Julie. Op. cit. Cita Número 72.

¹⁸⁶ OECD. Inter American Development Bank, “Merger Control Law and procedures in Latin America and the Caribbean”. p. 4.

¹⁸⁷ Ver: OECD. “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

¹⁸⁸ Ver: OECD. “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

comunidad empresarial y los abogados defensores que eran los evidentes beneficiados de estas resoluciones las consideraban confusas y expresaban su preocupación respecto de la existencia de resoluciones impredecibles que pudieran reflejar la influencia del gobierno tras bambalinas. (...)”¹⁸⁹.

C. *All others bring data*

En el debate público, los autores del proyecto y sus propulsores han señalado que si han presentado data. Veamos, sin embargo, algunos de los razonamientos y datos que han planteado como sustento y como son más especulativos que verdaderos argumentos.

En la Exposición de los Motivos, el Proyecto indica que la Constitución Política del Perú “promueve el sistema económico de libre mercado sostenido en la libertad de competencia y participación de los mercados de los agentes privados, se otorga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico”¹⁹⁰. Dentro de este contexto, el Proyecto señala que “desde los inicios de un sistema de control de concentraciones en el mundo, aparecieron dos fenómenos que justificaron la intervención del Estado: (i) las desigualdades significativas entre el tamaño y poder de las empresas; y, (ii) concentración entre las empresas por el afán de proteger su negocio y obtener mayores ganancias”¹⁹¹.

Ante estas dos afirmaciones, cabe precisar lo siguiente: se debe distinguir la intervención del Estado en pro de una asignación eficiente de los recursos (a través de un mercado competitivo) de la distribución de los recursos, en donde el Estado puede reubicar recursos para favorecer a un determinado grupo (consumidores, empresas, etc). Ambos objetivos, generalmente, no pueden ser alcanzados por un mismo instrumento, con lo que se debe precisar a cuál de ellos va enfocado el control de fusiones propuesto. Lo

anterior por cuanto las razones mencionadas para justificar la intervención del Estado en operaciones de concentración son situaciones comunes en ambientes competitivos. Es así como el que existan diferencias significativas en el tamaño de las empresas puede ser el resultado de que empresas más eficientes hayan logrado captar un número mayor de clientes. Asimismo, el afán de proteger su negocio y obtener mayores ganancias son los objetivos naturales de las empresas y lo que las mueve a competir. Entonces cabe preguntarse si estas son efectivamente razones que permitan justificar la intervención del Estado con fines de eficiencia (óptima asignación de recursos) o más bien se utilizan para favorecer a un determinado grupo de la sociedad (el bienestar del consumidor por ejemplo).

Por otra parte, el Proyecto indica que el control de estructuras “evitaría que algunas empresas adquieran posiciones dominantes que les permita controlar y manejar el mercado considerablemente; no se busca prohibir a una empresa la adquisición de una posición dominante en el mercado, sino que se llegue a conseguir tal posición con algún tipo de conducta anticompetitiva, a través de objetivos naturales y propiamente de la competencia efectiva en el mercado. En este sentido, lo que se busca es determinar si algún acto de concentración puede alterar el mercado al grado de evadir las reglas de la libre competencia”, y añade que “Consideramos, se debe evitar que algunas empresas busquen el aumento significativo del poder de mercado a través de una concentración entre competidores que restrinjan la libertad de competir de las otras empresas en el mercado”¹⁹².

En definitiva, el Proyecto, de una manera bastante confusa, dice no condenar la posición de dominio en sí misma, sino que esta alcance mediante una conducta anticompetitiva. Cabe preguntarse, entonces, cuáles serían estas conductas anticompetitivas. Por una parte, es claro que el crecimiento interno no es catalogado como anticompetitivo y,

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

¹⁸⁹ WINSLOW, Ferry. “Legislación y Política de Competencia en el Perú: A peer Review”. 2004. pp. 22-23. En: www.oecd.org.

¹⁹⁰ Proyecto de Ley 972/2011-CR de abril 2012. p. 1.

¹⁹¹ *Ibid.* p. 3.

¹⁹² *Ibid.* pp. 4-5.

aunque este permita alcanzar una posición de dominio, no debería tildarse de ilegal. No obstante, en el caso de que las empresas busquen crecer mediante operaciones de concentración, el Proyecto pone en duda su legalidad exigiendo que se sometan a control. El porqué los proponentes del proyecto están haciendo esta distinción sólo puede entenderse bajo la creencia de que el crecimiento interno demuestra una eficiencia superior mientras que las operaciones de concentración puede que no generen eficiencias. Pero si esto último es cierto, cabe preguntarse entonces porque no entonces prohibir las fusiones obligando a las firmas al crecimiento interno como la única forma de expansión en determinadas circunstancias.

La respuesta a la pregunta anterior se encuentra en que las fusiones son un mecanismo eficiente de creación de riqueza que muchas veces no puede ser superado por la alternativa de crecimiento interno. Las firmas deciden entre crecimiento interno o fusiones sobre la base de los costos relativos de ambas alternativas y si la autoridad bloquea o limita la posibilidad de fusión siendo esta menos costosa finalmente impondrá mayores costos a la sociedad. Así, tal como lo indica (Bork) "(...) no existe razón para que la ley fuerce a los consumidores a esperar por la creación de eficiencias mediante crecimiento interno cuando las fusiones pueden crearlas más rápido"¹⁹³.

Es claro, entonces, que las fusiones, incluso cuando estas permitan crear una posición de dominio, no deben ser tildadas de anticompetitivas per se. Asimismo, el argumento de que las fusiones deben prohibirse porque aumentan el grado de concentración es absurdo porque todas ellas tienden a ello y por ende serían todas ilegales. En este sentido el Proyecto debe aclarar cuándo considera que una posición de dominio ha sido alcanzada por medio de una conducta anticompetitiva en el caso de operaciones de concentración.

En cuanto evitar que las empresas que se concentren limiten la libertad de competir

del resto de las firmas en el mercado, urge aclarar a qué es lo que se refiere el Proyecto con esto. Lo anterior por cuanto, si lo que se busca es proteger a los competidores de la "amenaza" que implica la empresa fusionada se entrará en contradicción con el objetivo de la protección del bienestar del consumidor. Así, tal como lo explica (Bork): "Toda fusión, más aún, contiene una 'amenaza' para los pequeños negocios. Sea el pequeño negocio absorbido (en este sentido la Corte 'protege' al pequeño negocio de su propio deseo de ser vendido), o la fusión promete incrementar las eficiencias las que, por supuesto, amenazan a todos los rivales, algunos de los cuales probablemente son pequeños"..."Más fundamentalmente, esta preocupación con el control local y la protección de los pequeños negocios va directamente en contra de los intereses del consumidor en cada caso que la fusión crea eficiencias"¹⁹⁴.

Continuando con el texto del Proyecto, este señala: "(...) podemos indicar que los agentes económicos están permitidos de regirse libremente por sus decisiones, pero el Estado podrá intervenir en los casos que existe total certeza de que se está distorsionando las reglas del juego competitivo afectando y restringiendo la competencia efectiva, generando perjuicio a todos los consumidores"¹⁹⁵. Al respecto, se tiene que el análisis de Control de Fusiones nunca podrá entregar total certeza de que la operación de concentración está distorsionando la competencia y generando perjuicios a los consumidores en tanto se trata de predecir conductas futuras en un contexto dinámico. Se debe tener claro entonces que el análisis de fusiones tiene limitaciones y está sujeto a errores. La total certeza es un imposible. De hecho una moderada certeza suele ser difícil de alcanzar.

Relacionado con lo anterior el Proyecto indica que: "...consideramos que se debe constituir un sistema de control de concentraciones que permita asegurar que sólo se van a prohibir aquellos actos que restrinjan la competencia en el mercado, aprobándose sólo las que pueden ser beneficiosas tanto para el mercado como para los consumidores"¹⁹⁶. No

¹⁹³ BORK, Robert. "The Antitrust Paradox". Nueva York: Free Press. Segunda edición. 1993. p. 222.

¹⁹⁴ *Ibid.* pp. 203-204.

¹⁹⁵ Proyecto de Ley 972/2011-CR de abril 2012. p. 5.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 9.

obstante, no existe en el mundo un control de fusiones que permita asegurar lo anterior debido a las limitaciones de predicción del futuro y errores humanos. El párrafo es más retórica que realidad.

A lo anterior se agrega que el Proyecto no incluye ningún mecanismo para el fortalecimiento institucional del INDECOPI y, en general, para dotarlo de las condiciones institucionales mínimas que impidan que se produzcan desviaciones en el uso del mecanismo. Algunos estudios ya han confirmado que INDECOPI presenta debilidades institucionales¹⁹⁷, recomendado el establecimiento de garantías similares a las que actualmente existen para los reguladores de los servicios públicos (renovación periódica y ordena de los miembros, participación de la Sociedad Civil en la designación de algunos de dichos funcionarios, designación por

concurso de méritos, etc.). El estudio de la OECD utilizado en el Proyecto como respaldo de la propuesta (páginas 18 y 19), se refiere también en extenso a este tipo de problemas y formula algunas recomendaciones para superarlos las mismas que no han sido recogidas o mencionadas en el Proyecto¹⁹⁸.

De esta forma, la falta de garantías institucionales mínimas, provocará oportunidades y condiciones para el error y para el abuso. La aplicación de mecanismos para el control de fusiones y concentraciones empresariales por agencias que carecen de capacidad institucional puede derivar en la utilización del instrumento para alcanzar objetivos políticos o personales que nada tienen que ver con objetivos de eficiencia o, lo que resulta más frecuente, pueden conducir a una toma de decisiones equivocadas, lo cual afectaría el crecimiento y eficiencia del sector privado.

¹⁹⁷ “Concentrando el análisis en lo referido al diseño institucional al interior de los organismos, resulta clara por un lado la homogeneidad que rige a los 4 OR (...), y por otro lado las ventajas de dichos diseños por sobre el correspondiente a INDECOPI. En efecto, en materia de diseño institucional, el INDECOPI presenta varias debilidades que ameritan una rápida corrección: a) Su directorio es poco estable (sólo 3 miembros en vez de 5 como los OR, de forma tal que la ausencia de uno de ellos permite que la voluntad del Presidente del Directorio defina decisiones de la institución); b) Los 3 miembros del Directorio del INDECOPI son, explícitamente, representantes de dos ministerios: el Ministerio de Economía y Finanzas tiene un representante, y el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales tiene dos representantes, uno de los cuales es el Presidente del Directorio; así, además de ser representantes del poder político (con lo que ello implica en términos de falta de autonomía), el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, en el cual frecuentemente tienden a concentrarse distintas acciones de lobby sectorial, logra mayoría absoluta automáticamente sobre el funcionamiento de la institución; c) Una situación similar se verifica respecto de otros funcionarios claves en el funcionamiento de esta institución, tales como los vocales de las Comisiones y Oficinas (que resuelven en primera instancia), y los miembros de las 2 Salas que conforman el Tribunal del organismo (que interviene en segunda instancia, agotando la vía administrativa); d) Ninguno de los miembros del Directorio, Oficinas, Comisiones y Salas del INDECOPI son seleccionados de manera transparente sobre la base de un concurso público de antecedentes, ni gozan de estabilidad en sus cargos (se trata de “cargos de confianza”), etc; e) El financiamiento de la institución (aproximadamente un 25% de su presupuesto) se nutre de recursos provenientes de la aplicación de multas; f) Finalmente, no hay legislación básica que regle –de manera similar a lo establecido por la Ley de Transparencia en materia tarifaria aplicable a los OR desde 2002– sobre los requisitos de transparencia que debe respetar el proceso decisorio en las múltiples áreas de intervención de este organismo (más allá de que en esta materia, en la que están involucradas empresas que participan en mercados competitivos y por ende corresponde respetar el carácter privado y reservado de distintas variables estratégicas –máxime en el eventual control previo de concentraciones donde la investigación ni siquiera obedece a la presunción de un delito–, hay problemas de confidencialidad más agudos que en el caso de empresas reguladas bajo contratos de concesión), etc. “ En: URBIZTONDO, Santiago. “La Institucionalidad de los Organismos Reguladores y la Autoridad de Defensa de la Competencia en el Perú: diagnóstico y propuesta de reforma”. 2005. En: www.iadb.org.

¹⁹⁸ La revisión de la Legislación y Política de Competencia en el Perú hecha por la OECD sugería la adopción de las siguientes medidas: “6.1 Proteger la autonomía, credibilidad y competencia técnica reales y percibidas de los órganos cuasi-judiciales del INDECOPI promulgando legislación para revisar el proceso de selección y remoción de los que toman decisiones en primera y segunda instancia.

El proceso para seleccionar a los miembros del Tribunal debe ser transparente e incluir un sistema de verificación y contrapeso. El establecimiento de requerimientos de calificaciones específicas debe también ser seriamente considerado.

El proceso para seleccionar a los que toman decisiones en primera instancia debe también ser revisado, quizá haciendo que sean seleccionados por los miembros del Tribunal.

Todos aquellos que toman decisiones en primera y segunda Instancia deben de ser seleccionados para períodos fijos (y preferiblemente escalonados) y deben ser removibles sólo con causa. Ver: WINSLOW, Ferry. Op. cit. p. 80.

Lo anterior ha sido reconocido por autores como Kovacic (1998): “El desarrollo de nuevos sistemas de políticas de competencia genera dudas acerca de la capacidad de las economías en transición para ejecutar el control de fusiones de manera hábil. Las pre condiciones institucionales para el control de fusiones razonable están presentes en muy pocos países en transición, causando numerosas oportunidades para fallas en la aplicación de las condiciones para las fusiones. Se debería recomendar a las economías en transición invertir más de sus recursos en políticas de competencia para eliminar barreras a la entrada que impiden el surgimiento de nuevas fuentes de rivalidad

que tienden a volver el control de fusiones menos importante”¹⁹⁹.

Otras de las afirmaciones que hace el Proyecto es que “en nuestro país existen algunos mercado con un alto grado de concentración demostrando, y paradójicamente son mercados que afectan directamente la economía de los consumidores (...)”. “(...) Es por ello, que el Estado debe intervenir en beneficio de los consumidores, autorizando actos que no vayan afectar la estructura económica de un mercado relevante”²⁰⁰. Para fundamentar lo anterior, el Proyecto presenta un cuadro de concentraciones elaborados por la consultora Maximice (ver cuadros 4 y 5).

Cuadro 4: mercados altamente concentrados según Proyecto de Ley.

Mercado de:	IHH	Empresa 1	%	Empresa 2	%
Cerveza	9100	UCPBJ	95	Ambev	5
Soda cáustica	7200	Quimpac	85	Pequeños importadores	
Javón de lavar	7100	Alicorp	84	Pequeños importadores	
Gas Natural	5500	Pluspetrol	73	Aguaytis	12
Lácteos	4900	Gloria	68	Nestlé	13
Combustibles	4600	Petroperú	51	Repsol	45
Detergentes	4300	Procter & Gamble	60	Alicorp	26
Gaseosas	4200	Corp. J.R. Lindley	61	Ajeper	21
Aceites comestibles	3800	Alicorp	46	SAO	20
Fideos	3700	Alicorp	46	Molitalia	20
Avícola	3300	San Fernando	54	Chimu Agropecuaria	12
Harina de Trigo	3000	Alicorp	45	Molitalia	19
GLP	3000	Plusperol	50	Repsol	19
Petróleo	2700	Plusperol	37	Repsol	32
Cemento	2600	Cementos Lima	40	Cemento Andino	21
Hierro y Acero	2100	Aceros Arequipa	38	Siderperú	25

Fuente: Proyecto de Ley página 9 y 10.

¹⁹⁹ KOVACIC, William. Op. cit. p. 22

²⁰⁰ Proyecto de Ley 972/2011-CR de abril 2012. p. 10.

Cuadro 5: Mercados medianamente concentrados

Mercado de:	IHH	Empresa 1	%	Empresa 2	%
Azúcar	1700	Paramonga	21	Cartavio	9
Siembras de caña de azucar	1400	Casa Grande	26,5	Pomalca	14,3
Utiles de escritorio	1300	Faber Castell	30	Carvajal	17
Embutidos	1300	Razzeto	20	Supemsa	16

Fuente: Proyecto de Ley página 9 y 10.

Lo primero que se debe aclarar es que las cifras presentadas en el cuadro corresponden al año 2006 por lo que no necesariamente reflejan la realidad actual. Como una segunda precisión, se tiene que las definiciones de mercado no son del todo correctas. Para medir adecuadamente el grado de concentración es necesario determinar el mercado relevante del producto o servicio, esto es, el producto o servicio en cuestión junto con los potenciales sustitutos, incluyendo por su puesto, la competencia de los productos importados²⁰¹. Lo anterior por cuanto, el objetivo final de calcular la concentración de mercado es determinar si existe el riesgo de que las firmas puedan aumentar los precios por sobre el nivel competitivo. De esta forma, las definiciones de mercado que muestra el Proyecto son muy amplias, agrupando productos que no son sustitutos entre sí.

Asimismo, es necesario tener claro que, aunque se observe una alta concentración local, esto no necesariamente significa que las empresas no enfrentan la competencia de otros países a través de importaciones. Una correcta definición de mercado debe considerar este factor, ya que las importaciones pueden poner freno a la habilidad de las firmas nacionales para aumentar sus precios por sobre el nivel competitivo.

En este sentido la realidad actual es distinta de la que existía en Perú en el año 2006. A partir del año 2006, Perú ha firmado

veintiún acuerdos y protocolos²⁰² que fomentan la competencia internacional con diversos países. Además, se observa que las importaciones crecieron un 146%²⁰³ entre los años 2006 y 2011. La mayor apertura económica de Perú propicia la entrada de nuevos competidores y cambia la estructura del mercado. No sólo la data es muy poca, sino que es impertinente e incompleta.

Cabe mencionar también que algunas de las concentraciones de mercado que se observan en el Perú no son el resultado de la interacción de las firmas sino que son el resultado de procesos de privatización o de la intervención del Estado. El mismo Estado que posteriormente pone en duda la conveniencia de las estructuras de mercado que el propició. Así, por ejemplo, en el caso del mercado de Soda Caústica, se tiene que en 1994, la empresa Química del Pacífico S.A, que posteriormente se transformaría en Quimpac S.A²⁰⁴, adquirió el 96,1% de la Empresa de Sal (EMSAL) de propiedad estatal. Con esta adquisición, más la concesión de Estado de los yacimientos salinos en Otuma (Ica) y Huacho (al norte de Lima), la estructura de mercado se volvió concentrada teniendo como principal actor a Quimpac S.A.

Con todo, incluso cuando se observe concentración en un mercado relevante esto no necesariamente implica que será anticompetitivo. Así tal como la indica el estudio de Maximice citado por el Proyecto:

²⁰¹ Para más detalles ver: Competition Commission UK; "Merger references: Competition Commission Guidelines". 2003.

²⁰² Ver anexo I.

²⁰³ Importaciones totales en valor CIF. En: <http://www.mincetur.gob.pe>.

²⁰⁴ En 1996, Química del Pacífico S.A. y Servicios Químicos Óptimos S.A, formándose así la empresa Quimpac S.A.

“La concentración es una condición necesaria pero no suficiente para que se reduzca la competencia”²⁰⁵. En un mercado con pocos actores la competencia puede ser fuerte como por ejemplo en el mercado de las cervezas en Perú, en donde las distintas marcas luchan por captar clientes tanto por precio como en campañas publicitarias que buscan atraer la preferencia de los clientes²⁰⁶.

Otro ejemplo de que la concentración no siempre lleva a precios abusivos es el caso del mercado del cemento que entre los años 2005 y 2009 logró evitar un alza de precios por alza de costos (insumos) a través de la mayor eficiencia de las operaciones de la principal empresa del mercado, Cementos Lima. Así, tal como lo indica el análisis del BBVA: “Uno de los factores que habría permitido que el precio del cemento mantenga una relativa estabilidad en Lima es el hecho de que Cementos Lima, que es la principal abastecedora del producto en dicha zona, logró convertir sus hornos para que usen gas natural en reemplazo de combustibles más caros como el carbón. Adicionalmente, considerando que las principales cementeras peruanas tienen sus propias canteras de caliza, su principal insumo, ello les habría permitido contrarrestar el incremento en el precio internacional de otros materiales primas como la cal y el yeso”²⁰⁷.

Continuando con el Proyecto, se tiene que este indica que: “Actualmente en el mundo, sobretodo en nuestro país, existe una discusión sobre lo que se debe proteger, el bienestar total del mercado o el bienestar de los consumidores. En este caso la respuesta a esa disyuntiva, es que las políticas de competencia deben proteger primordialmente a los consumidores, puesto que a través del INDECOPI se podrá determinar, mediante un estudio especializado del acto de concentración, el beneficio a los consumidores

no sólo en la reducción del precio del producto, sino también por una mejora de la calidad del producto o servicio ofrecido por el proveedor”²⁰⁸. Ante esta tajante respuesta a una común disyuntiva cabe preguntarse cuáles son los argumentos que el Proyecto tiene para sustentar la elección del bienestar del consumidor por sobre el bienestar total y las implicancias de este enfoque.

A nivel internacional, el debate en cuanto a si las políticas de competencia debieran defender el bienestar del consumidor o el bienestar total (consumidores y productores) aun está abierto. Varios argumentos se han presentado apoyando una u otra opción. Así por ejemplo algunos autores han indicado que el objetivo de las políticas de competencia debiera ser maximizar el bienestar total ya que este, a través de la competencia, permite la mejor utilización de los recursos disponibles. El cómo se distribuyen estos recursos será tarea de otros instrumentos de política²⁰⁹. Asimismo, se debe reconocer que los consumidores tienen a su vez el rol de productores (trabajadores, accionistas) por lo que el aumento del bienestar del productor les beneficiará directamente a través de mayores sueldos, dividendos u otras rentas.

En cuanto a los argumentos a favor del objetivo de maximización del bienestar del consumidor, se indica que los consumidores, a diferencia de las firmas, tienen dificultades para defender sus intereses por lo que requieren que la autoridad de competencia los defienda. También se ha indicado que el foco en maximizar el bienestar del consumidor es más sencillo de calcular pues basta (en general) determinar si existirá una baja en los precios, además este enfoque dificultaría a las empresas de sacar ventaja de las asimetrías de información con respecto a supuestas eficiencias de la operación de concentración²¹⁰.

²⁰⁵ CHÁVEZ, Jorge. “Políticas de Competencia en el Perú: balance y Qué Podemos aprender de Estados Unidos y Europa”. Lima: Maximize School of Government, 2006.

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, el artículo de la consultora Apoyo en donde se habla de la “guerra de las cervezas”. En: <http://www.apoyo.com/UserFiles/file/PDF/perumayo08%5B1%5D.pdf>.

²⁰⁷ Informe Profesional del BBVA: “Cementos Lima”. abril 2010.

²⁰⁸ Proyecto de Ley 972/2011-CR de abril 2012. p. 3.

²⁰⁹ “Muchos economistas estarían de acuerdo en que existen otros instrumentos fiscales menos distorsionadores que las políticas de competencia para alcanzar una determinada distribución del ingreso”. Ver: BUCCIROSSI, Paolo. “Expost review of Merger Control decisions”. 2006. Consultado en: ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.

²¹⁰ SCHWALBE, Ulrich “Law and Economist in European merger Control”. En: European Journey of Law and economics 30. 2009. pp. 73-74.

El conflicto entre el foco en el bienestar del consumidor versus el bienestar total afecta directamente las decisiones del control de fusiones. De esta forma, bajo el estándar de bienestar del consumidor, las fusiones que no generen beneficios directos a los consumidores no serán aprobadas aún cuando la operación genere claras eficiencias productivas²¹¹. Ahora, cuando el control de fusiones está enfocado en la maximización del bienestar total, los ahorros de costos serán considerados y pueden balancear los posibles aumentos de precios a los consumidores. De esta forma, se considera que el estándar de bienestar al consumidor es más estricto que el de bienestar total²¹².

Asimismo, el enfoque de bienestar total puede entrar en conflicto con el bienestar del consumidor, así tal como lo indica Rusu (2010): “Una observación vital en este contexto es que el enfoque del bienestar del consumidor puede entrar en conflicto con la meta de aumentar la competitividad internacional de las firmas, ya que aumentar la competitividad de ciertas empresas en muchas ocasiones se realiza a costa de un aumento de los precios de los productos y servicios que los consumidores adquieren.”. Asimismo, el autor indica que “se alega que el estándar de bienestar del consumidor no necesariamente alcanza las metas de distribución. Este enfoque implica que la pérdida de cada consumidor y el bienestar de cada accionista debería ser tratado por igual” “...El enfoque del bienestar total, por otra parte, deja las metas de distribución en manos de otros instrumentos del gobierno como impuestos o seguro social o sistemas de beneficios que están especialmente diseñados con estos propósitos y cuya actividad puede ser fácilmente monitoreada”²¹³.

De manera similar, Motta (2004) indica que la maximización del bienestar del consumidor entra en conflicto con la maximización del bienestar total por que él énfasis en obtener menores precios para los consumidores finalmente llevará a que las empresas no

tengan incentivos a invertir y busquen salir del mercado lo que en definitiva merma el bienestar total e incluso termina perjudicando a los consumidores: “...no sería sabio que las agencias de competencia adopten un objetivo de maximización del consumidor, por distintas razones. Primero, el bienestar del consumidor por definición no toma en cuenta las ganancias hechas por las firmas. Sin embargo, en las economías avanzadas de hoy los consumidores usualmente son dueños de las firmas (parcial o totalmente), directamente o través de pensiones o fondos de inversión. De acuerdo con esto, dividendos son distribuidos a un vasto número de ciudadanos los que sufrirán si las ganancias son reducidas. Si la adopción de un estándar de bienestar del consumidor estaba intentando favorecer a los ‘ciudadanos’ en oposición a las ‘firmas’, no será claro que ese objetivo sea alcanzado. Segundo, si uno toma literalmente el objetivo de maximizar el bienestar del consumidor, esto llevará a los precios al nivel de costo marginal, con firmas saliendo de la industria en el largo plazo o teniendo que ser subsidiadas para que cubran sus costos fijos, lo que no es una idea razonable, dado que el mercado tendría que ser reemplazado por una completa regulación. Tercero, y de gran importancia, bajos precios y utilidades tendrán el efecto de privar a las firmas de los necesarios incentivos a innovar, invertir, y a introducir nuevos productos”²¹⁴.

Bajo cualquiera de los estándares de bienestar mencionados, no debe confundirse la protección de la libre competencia con la protección de los competidores. Así, cuando se prohíbe una fusión con el argumento de que esta pone en riesgo la existencia de los competidores (en particular pequeñas empresas), se cae en el error de proteger empresas ineficientes, desechar las eficiencias que podría generar una fusión e ir directamente en contra de los intereses de los consumidores. Si se quiere fomentar el desarrollo de las pequeñas empresas, el gobierno debe acudir a otros instrumentos de política.

Alfredo Bullard González, Alejandro Falla Jara
Nicole Roldán Barraza

²¹¹ CSERES, Katalin. “Competition Law and Consumer Protection”. Dordrecht: Kluwer Law International. 2005.

²¹² RUSU, Stefan. “European Merger Control: The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience”. Dordrecht: Kluwer Law International. 2010. p. 106.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ MOTTA, Massimo. “Competition Policy, Theory and Practice”. Cambridge: Cambridge University Press. 2004.

Si se observa el enfoque adoptado por algunas agencias en el mundo se tiene que en el caso de la Unión Europea, la agencia de competencia ha optado por un enfoque en el bienestar del consumidor. Así en la guía de la Comisión Europea, en su artículo 81.3 se indica que: "En línea con el objetivo general del artículo 81 de prevenir los acuerdos anti competitivos, el efecto neto del acuerdo debe ser al menos neutral desde el punto de vista de aquellos consumidores directamente o probablemente afectados por el acuerdo"²¹⁵.

En el caso de Estados Unidos, en tanto, también se observa un sesgo pro consumidor. Así, en la guía de fusiones se indica: "Las Agencias no cuestionará una fusión si las eficiencias que le son reconocibles son de tal carácter y magnitud que la fusión probablemente no será anticompetitiva en ningún mercado relevante. Para que este requisito sea cumplido, las Agencias considerarán si las eficiencias que son reconocibles son probablemente suficientes para revertir el potencial daño a los consumidores a causa de la fusión en el mercado relevante, por ejemplo por medio de prevenir un incremento en el precio en ese mercado. En la conducción de este análisis, las Agencias no sólo compararán la magnitud de las eficiencias reconocibles con la magnitud del potencial daño a los consumidores en ausencia de eficiencias. A mayor potencial efecto adverso a la competencia a causa de la fusión, mayor deben ser las eficiencias reconocibles, y mayor debe ser el traspaso a los consumidores (...)"²¹⁶.

En Canadá, en cambio, el enfoque es de bienestar total. En efecto, el Acta de Competencia de Canadá "explícitamente contempla permitir fusiones que incrementen el poder de mercado y dañen a consumidores en los mercados afectados, siempre y cuando las eficiencias resultantes de la fusión son suficientes para justificar este daño"²¹⁷. La justificación de la elección del enfoque en el bienestar total en vez del bienestar del

consumidor se encuentra en la realidad económica de Canadá. Así, tal como lo explica Soloway (2012): "Como país pequeño con una (relativamente) pequeña economía, Canadá no puede darse el lujo de implementar y seguir políticas que tienen el efecto de subordinar la productividad doméstica para limitarse a los intereses de los consumidores"²¹⁸. A lo que añade que "Canadá está rezagado en términos de productividad total de Estados Unidos y varios otros países de la OECD"²¹⁹.

Es muy importante que Perú también evalúe su realidad económica antes de optar por un énfasis en el bienestar del consumidor. Perú es una economía relativamente pequeña, en vías de desarrollo y con grandes deficiencias en productividad. En efecto, Perú se encuentra en el lugar 47 de 142 en el ranking de Competitividad Global 2012²²⁰. No obstante, al ver los ítems que componen dicho índice, se tiene que Perú ocupa el 82 en el ranking de productividad²²¹.

Continuando con el análisis del Proyecto se tiene que este también indica que el control de fusiones no es contrario al crecimiento económico: "Finalmente, no se puede afirmar que un control de estructuras (ex ante) sería contraproducente para nuestro sistema económico y que restringiría el crecimiento económico de nuestro país, puesto que esto es lo que realmente se busca proteger con la implementación de esta ley, por lo que debemos señalar que sólo se prohibirán o condicionaran actos de concentración que generen efectos anticompetitivos que no puedan ser compensados luego por futuras inversiones en ese mismo mercado afectado (...)"²²².

Ante la afirmación anterior, se debe aclarar que aunque control de fusiones tenga como objetivo el proteger la competencia, esto no significa que en la práctica efectivamente lo logre. La práctica suele distar de la teoría y sólo la data real y confiable permite cerrar la brecha entre ambas. El análisis de control

²¹⁵ En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:EN:PDF>. Párrafo 85.

²¹⁶ Federal Trade Commission. "Horizontal Merger Guidelines". 2010. pp. 29-30.

²¹⁷ SOLOWAY, Julie. "An Overview of the Canadian Efficiencies Defense". 2012.

²¹⁸ *Ibid.* p. 5.

²¹⁹ *Ibidem.*

²²⁰ Consultado en: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-2011-2012/#>.

²²¹ Ítem "Pay and productivity".

²²² Proyecto de Ley 972/2011-CR d abril 2012. p. 16.

de fusiones es limitado puesto que trata de predecir conductas futuras con información presente, con lo cual, está sujeto a errores y genera incertidumbre para los inversionistas. A lo anterior se agrega que, lejos de lo ideal, el control de fusiones puede estar expuesto a presiones políticas lo que genera mayores incertidumbres y distorsiona el alcance del objetivo inicial.

En cuanto a los costos y beneficios, el Proyecto presenta una comparación ligera e infundada. Así, por ejemplo, el proyecto indica que “La presente propuesta generará costos de adaptación por parte del Estado para fortalecer el agente de competencia, es decir el INDECOPI, a través del incremento de personal especializado y con experiencia, que se encuentre adecuadamente capacitados, con el fin de cumplir fielmente el objeto del presente proyecto de ley”²²³, no obstante, el Proyecto no entrega ninguna estimación de estos costos ni de dónde se obtendrán los recursos necesarios para obtenerlos. Más aún, es claro que sin el personal adecuado, el INDECOPI no podrá cumplir con el objetivo del Proyecto.

En lo que se refiere a los costos asumidos por las empresas, el Proyecto indica que: “(...) el control de concentraciones supone ligeros costos para las partes notificantes, que se resumen en lo siguiente: (A) tasas de notificación, (B) costos indirectos asociados con la tramitación de la notificación (gastos en asesoría legal y económica) y (C) costos indirectos asociados con el tiempo de evaluación por parte de la autoridad”²²⁴. Nuevamente, el proyecto no entrega ninguna cifra que permita tener un orden de magnitud de los costos, sólo se indica que el costo de notificación será un 0,1% del valor de la operación (sin dejar claro cómo es que han calculado ese porcentaje) pero son precisamente los otros costos (indirectos, tiempo e información) los que representan la mayor carga para las firmas²²⁵.

En cuanto a los beneficios del Control de Fusiones, el Proyecto no entrega ninguna

evidencia o estimación acerca de su existencia y sólo se limita a afirmar que “Los beneficios que genera la incorporación de un control de concentraciones dentro del marco de políticas de competencia en un país están sólidamente fundamentos en la teoría y práctica económica y en la experiencia de más de 90 países, incluyendo países en desarrollados y en vías de desarrollo, que tienen control de concentraciones en paralelo y como complemento de un control de conductas anticompetitivas”²²⁶.

De esta forma, a partir de especulaciones, sin evidencia ni estimaciones que permitan hacer una comparación real de costos y beneficios el Proyecto concluye que: “Los beneficios del control son múltiples y para una ancha base de la población, compuesta por los consumidores de cualquier mercado potencialmente afectado por los actos de concentración empresarial que deriven en el desarrollo de prácticas anticompetitivas. En contraste, los costos del control no sólo no son significativos en relación con el volumen de negocios de las operaciones de concentración que se busca supervisar, sino que además sólo son asumidos por un número reducido de empresas: aquellas cuyas operaciones de concentración pueden conllevar un riesgo significativo del desarrollo de prácticas anticompetitivas”²²⁷. Parafraseando al propio INDECOPI, “Es el momento de dejar de lado el discurso especulativo (...)”²²⁸.

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la literatura, la evidencia empírica y la experiencia de diversos países en el mundo, sólo cabe concluir que no es conveniente para Perú instaurar un control de fusiones obligatorio como el propuesto por el Proyecto de Ley de abril de 2012. Las razones más importantes que lo sustentan son:

- a) Con certeza en los costos y dudas en los beneficios, sólo cabe aplicar el principio de “En la duda, abstente”. Así, no existe evidencia concluyente de que los controles de fusiones

²²³ *Ibíd.* p. 17.

²²⁴ *Ibidem.*

²²⁵ Ver: PRICERWATER COOPERHOUSE. Op. cit.

²²⁶ Proyecto de Ley 972/2011-CR de abril 2012. p. 18.

²²⁷ *Ibíd.* p. 20.

²²⁸ Ver: OECD, “Third Meeting of the Latin America Competition Forum”.

- logren eficazmente el objetivo de proteger y mantener la competencia en los mercados. Mientras que está comprobado que los controles generan altos costos tanto para las empresas como para los gobiernos.
- b) El peligro de la “bola de cristal”. Existen dudas con respecto a la adecuada metodología de análisis de control de fusiones. La experiencia internacional da cuenta de que el análisis del control de fusiones es limitado y complejo debido a que su esencia es la predicción de variables futuras con base a información histórica.
- c) El adivino no está protegido de la “poesía política”. Existe evidencia internacional de que una institucionalidad débil lleva a que el control de fusiones sea distorsionado por presiones políticas y de grupos de poder. Nada en la discusión empuja un reforzamiento institucional de la agencia de competencia.
- d) Ni los más antiguos en el negocio están seguros de los que logran. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, que cuentan con larga experiencia en control de fusiones, no existe consenso acerca de la eficacia y eficiencia de su aplicación.
- e) El foco que se usa puede afectar la productividad de las empresas y con ello afectar el bienestar general. El Proyecto tiene un enfoque en el bienestar del consumidor que no es el apropiado a la realidad económica de Perú. El Perú es una economía relativamente pequeña con amplios rezagos en productividad por lo que no puede darse el lujo de desechar eficiencias productivas. A lo que se agrega que los individuos cumplen tanto el rol de consumidores como de trabajadores e inversionistas por lo que limitar el desarrollo de las empresas también les perjudicará.

- f) Se subestiman los costos del sistema y se sobreestiman los beneficios. El Proyecto no considera ni contabiliza adecuadamente los costos del control tanto para las empresas como para el Estado presentado una ligera e infundada comparación de beneficios y costos sin aportar evidencia, cifras, ni órdenes de magnitud.

VI. COLOFÓN

En la película de ciencia ficción “Sentencia Previa” (Minority Report) de Steven Spielberg, el policía John Anderton (interpretado por Tom Cruise) enfrenta una pesadilla. Anderton pertenece a Precrimen; gracias a una sofisticada tecnología y al apoyo de unos médiums capaces de ver el futuro, Precrimen puede predecir un delito antes de que este se perpetre. Con esa información puede capturar al criminal antes de que cometa un asesinato, encarcelarlo y así sancionarlo (sin crimen) y a la vez evitar el delito. Pero Anderton no cuenta con que un día el sistema predice que él mismo cometerá un asesinato. Se inicia una persecución en la que el policía enfrenta al sistema para demostrar la “inocencia” de una acción que nunca cometió. En su fuga descubre que el sistema ha sido manipulado por funcionarios corruptos, haciendo predicciones falsas para eliminar a sus enemigos.

La propuesta de un control de fusiones no es ni ciencia ni ficción. INDECOPI pretende convertirse en Precrimen, y condenar operaciones sin saber si las mismas han generado un daño. El control de fusiones es convertir en crimen una acción que no se ha cometido. Con economistas que fungirán de médiums y tecnología similar a la que usa una licuadora a manivela, pretende condenar a las empresas por actos que no han cometido. Y además pretende forzarlas a probar su inocencia en hechos que no han ocurrido. La Ley de Control de Fusiones es, en esencia, la misma película, con otro director, otros protagonistas y, lo peor, no es ficción, sino que pretende ser realidad. Ojala que prime la razón y no la fe. Pidamos entonces que nos traigan data y no un conjunto de médiums.

ENTRE EL HUEVO O LA GALLINA Y LA PLANCHADA O LA CAMISA: INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Enrique Cavero Safra*

Uno de los aspectos más cuestionados a la protección de la propiedad intelectual es su aparente ineficiencia económica: se habla de la necesidad de un acceso público a la información con la menor cantidad de trabas posible. Sin embargo, existe también un objetivo económico dentro de la propiedad intelectual: otorgar un incentivo a las personas para que puedan crear e investigar, con la esperanza de obtener una ganancia de ello.

En el presente artículo, el autor explica los puntos de vista a favor y en contra de la propiedad intelectual, describiendo sus argumentos y mostrando el beneficio económico que trae la protección de las ideas. De esta forma se llega a la conclusión que es necesario encontrar un punto medio entre ambos. Sólo de este modo se incentivará la producción intelectual, siempre ponderando este incentivo con la necesidad de un acceso público y global a la información y la cultura.

* Abogado. Especialista en Derecho de la Competencia y Propiedad intelectual. Socio de Hernández & Cia. Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que tiene la propiedad intelectual en la llamada “era de la información” es enorme, puesto que los bienes intelectuales son fundamentalmente información. Desde internet, pasando por las redes sociales, hasta la conectividad móvil; la revolución digital y otros cambios tecnológicos que han cambiado nuestra forma de ver el mundo y de interactuar con él, han puesto a los bienes intelectuales en el foco del interés económico, social y político. Según algunos cálculos, es probable que el valor de la propiedad intelectual sobre bienes, como software, música, patentes, películas, bases de datos y marcas, sea mayor hoy en día que el de la propiedad de bienes físicos como inmuebles y maquinaria¹ y podría representar hasta los dos tercios del valor de las grandes compañías industriales².

El nuevo entorno también ha puesto sobre la mesa nuevas formas de hacer negocios y de crear contenidos; se han generado nuevos incentivos y han desaparecido otros; han cambiado los costos de producir información y de controlar el flujo de la misma. La aparición de nuevas tecnologías y sistemas permite crear y copiar información de maneras novedosas y difundirla en muchas direcciones con gran velocidad o en tiempo real. Asimismo, este nuevo entorno ya no es de ámbito local ni nacional, sino globalizado.

Todo ello ha causado que la capacidad de fiscalizar y hacer cumplir las leyes sobre propiedad intelectual (*enforcement*) sea en muchos aspectos más complicado y costoso, lo cual a su vez ha generado la búsqueda de nuevas tecnologías que permitan facilitar dicha tarea. Ello, con el añadido de que de que ésta vez el problema no se limita a la aparición de una tecnología puntual, como pudo haber sido en su momento la fotocopiadora o el Betamax, sino que atañe al sistema mismo, a la nueva e irreversible manera que tienen las personas de interactuar y de compartir información.

En línea con lo anterior, en la última década se ha producido una importante cantidad de

literatura académica sobre análisis económico de la propiedad intelectual y se han planteado debates sobre ciertos aspectos. En ese contexto, el propósito de este trabajo es hacer una revisión a grandes rasgos del marco conceptual, para identificar los principales argumentos, críticas y problemas. No se busca más que hacer una aproximación introductoria a los temas más importantes y, en ocasiones, formular algunos comentarios puntuales. Para el efecto, hemos dividido el trabajo en cuatro partes: las dos primeras sobre los principales argumentos a favor de la propiedad intelectual y las dos últimas sobre sus principales críticas.

II. LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual ha encontrado sustento teórico de dos tipos: filosófico y económico. El primero de ellos, de carácter deontológico o ético, está basado fundamentalmente en el concepto de que todo hombre tiene derecho a la propiedad de aquello que ha creado o de que toda persona tiene derecho a “cosechar lo que ha sembrado”, postulado por los filósofos del derecho natural, entre quienes destaca John Locke, como explica Macpherson: “Las fases iniciales de su razonamiento son tan conocidas que exigen pocos comentarios. Los hombres una vez nacidos, tienen un derecho a su conservación, y por consiguiente a comer y beber, y a otras cosas semejantes que la naturaleza les ofrece para su subsistencia. La tierra y sus productos fueron entregados a los hombres ‘para su sustento y bienestar’. Y aunque pertenecían a la humanidad en común, al entregarlos para que los hombres se sirvan de ellos necesariamente ha de haber un medio para que un hombre en particular se los apropie o se beneficie de ellos. Antes de que un hombre cualquiera pueda utilizar algo del producto natural de la tierra para alimentarse o mantenerse, ha de apropiárselo; ‘ha de hacerlo suyo, esto es, ha de hacerlo tan parte de sí mismo que ningún otro pueda tener ya un derecho a ello, antes de que puede hacerle algún bien para el mantenimiento de su vida’. Ha de haber, por tanto, algún medio justo de apropiación individual, esto es, un

¹ SALZBERGER, Eli. “The Law and Economics Analysis of Intellectual Property: Paradigmatic Shift from Incentives to Traditional Property”. En: <http://ssrn.com/abstract=1574994>.

² MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. “Intellectual Property. Handbook of Law & Economics”. En: <http://ssrn.com/abstract=741424>.

derecho individual a la apropiación. ¿Cuál es este derecho? El derecho, así como los límites y la medida iniciales del mismo, los deriva Locke del postulado adicional de que ‘todo hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él, tiene derecho alguno sobre ella. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos, podemos decir, son propiamente suyos’. Siempre que un hombre saca algo de su estado natural, ha mezclado en ese algo su propio trabajo. Al mezclar con ello su propio trabajo, lo convierte en propiedad suya, ‘al menos cuando existe la cosa en cantidad suficiente y quede de igual calidad en común para otros’. Para justificar esta clase de apropiación no es necesario el consentimiento de los demás: ‘De haber sido necesario tal consentimiento, el hombre se habría muerto de hambre, en medio de la abundancia que Dios le había dado’. Así, a partir de los dos postulados –que los hombres tienen derecho a conservar su vida, y que el trabajo de un hombre es propiedad suya– justifica Locke, la apropiación individual del producto de la tierra originalmente entregado a la humanidad en común”³.

Desde el punto de vista el derecho natural, no existe mayor diferencia entre la propiedad sobre bienes físicos y bienes intelectuales. En la medida que se derive del trabajo y esfuerzo del hombre, ambos tipos de propiedad tienen el mismo sustento. Es importante notar, además, que desde dicha perspectiva, la propiedad tiene carácter inalienable y, por ende, no puede ser conculcada o comprometida, independientemente de que su asignación pueda disminuir el bienestar o la utilidad social, o causar una distribución económica ineficiente.

Para efectos del presente trabajo, no cabe decir más sobre el sustento deontológico, dado que nuestro propósito es revisar más bien el sustento económico. Ahora bien, desde el punto de vista del análisis económico del derecho hay, a su vez, dos líneas argumentales a favor de los derechos de propiedad intelectual. La primera está basada en el llamado “problema de los bienes

públicos” y la segunda en la llamada “tragedia de los comunes”, que trataremos de resumir a continuación:

A. El paradigma de los incentivos y los bienes públicos

Esta teoría se resume en la idea de que los creadores de bienes intelectuales no tendrán los incentivos para producir en la medida en que no puedan disfrutar de los beneficios económicos de sus creaciones, cuando menos hasta recuperar los costos de su inversión y obtener una ganancia razonable, siendo que, debido a su carácter de bienes públicos, si se permitiese a todos copiarlas libremente, tales costos no podrían ser recuperados.

Una característica de los bienes públicos, entre ellos la información y las creaciones intelectuales, es que no puede excluirse a los demás de su uso, o que los costos de exclusión son sumamente altos. En pocas palabras, producir bienes intelectuales es difícil y caro, mientras que copiarlos es fácil y barato. Así, la imposibilidad o dificultad que tiene el creador de bienes intelectuales para excluir a los demás, es entendida como una externalidad o falla del mercado (vulnerabilidad frente a los *free riders*) que justifica la intervención del estado a través de la creación de derechos de propiedad intelectual legalmente exigibles.

El creador de bienes intelectuales incurre en una serie de costos en el proceso (“costos de creación”). En el caso de las invenciones (protegidas por el derecho de patentes) puede tratarse de estudios e investigaciones que toman muchos años y tienen costos sumamente elevados. En el caso de la literatura, música y otros productos culturales (protegidos por el derecho de autor)⁴ se trata fundamentalmente de un costo de oportunidad, es decir, el costo del tiempo que invierte el creador en lugar de dedicarlo a otra actividad lucrativa. Si se permitiese que otra persona, que no ha incurrido en este costo de creación, pudiera vender copias libremente, ésta únicamente tendría que incurrir en el costo marginal, es decir, el costo adicional de

³ MACPHERSON, Crawford. “La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke”. Barcelona: Fontanella. 1970. p.174

⁴ Para efectos del presente trabajo y por simplicidad, utilizamos el término “derecho de autor” para referirnos de modo general e indistinto al derecho de autor propiamente dicho y a los llamados “derechos conexos”. Lo mismo ocurre con las referencias traducidas del inglés (todas ellas traducciones libres del autor y específicas para el presente trabajo) donde se traduce *copyright* por “derecho de autor”.

producir cada copia, pero que no incluye el costo de creación. La consecuencia económica de ello, por oferta y demanda, es que el precio de venta al público termina siendo igual al costo marginal. Luego, el creador se ve forzado por tal circunstancia a vender su producto también a costo marginal, no pudiendo recuperar los costos de creación⁵.

Al mismo tiempo, el carácter de bienes públicos que ostentan los bienes intelectuales les otorga la característica de no tener "consumo rival", es decir, su uso por parte de algunos no impide o reduce el uso por parte de otros al mismo tiempo. Ello, determina que sea deseable o conveniente que la mayor cantidad de personas tengan acceso a estos bienes, porque así se maximiza el bienestar y la utilidad desde el punto de vista social. Cuando se crean derechos de propiedad intelectual y se prohíbe la libre copia y venta de los bienes intelectuales, se establece un monopolio legal sobre el bien intelectual a favor de su creador, que le permite cobrar por encima del costo marginal y recuperar su inversión o costo de creación. Cabe notar que este "monopolio", en términos de libre competencia, es relativo, pues dependerá de la sustituibilidad del producto y tendrá diferentes consecuencias, por ejemplo, respecto de un medicamento que cura una enfermedad grave o una tecnología de avanzada, que respecto de una música o un libro, y respecto de unos u otros de éstos últimos, dependiendo de su popularidad y aceptación. En general, sin embargo, el precio "monopólico" que cobra el creador de un bien intelectual protegido produce una pérdida social equivalente a la suma de los precios que hubieran pagado todas aquellas personas que valoran el bien por encima del costo marginal pero por debajo del precio que impone el creador. Así, la sociedad deja de beneficiarse de la utilidad que hubiera significado que todas las personas que lo deseen tengan acceso a estos bienes.

De otro lado, gran parte de la innovación, tanto cultural cuanto tecnológica, ocurre a partir de creaciones anteriores. Más aún, el acceso a la cultura y tecnología anteriores es indispensable y fundamental para la creación de más tecnología y cultura, es decir, para

posibilitar el desarrollo ulterior en esos campos. En teoría, el diseño de la propiedad intelectual busca evitar en la medida de lo posible la restricción innecesaria del acceso, no reconociendo derechos sobre ideas abstractas o descubrimientos y reconociendo derechos sobre obras e invenciones derivadas. Por ejemplo, la idea de una historia de amor entre dos jóvenes pertenecientes a familias enemigas no es apropiable, sino la particular "ejecución" o forma de plasmar la idea en una obra de características concretas por un determinado autor, como "Romeo y Julieta" de Shakespeare. Asimismo, los descubrimientos científicos como la electricidad o la ley de gravedad no son patentables, sino la particular aplicación tecnológica de éstos, como por ejemplo, el foco de luz incandescente. Asimismo, un inventor puede innovar y mejorar una invención ya existente y tendrá derecho sobre la mejora, del mismo modo que un autor puede crear una obra derivada, basándose en una obra anterior y tendrá derechos sobre ésta.

Con todo, resulta inevitable un cierto grado de restricción, porque la línea divisoria entre la idea y la ejecución puede a veces ser muy tenue, y porque la utilización de una obra o invención derivada requiere que el autor o inventor de ésta llegue necesariamente a un acuerdo de licencia con el titular de la propiedad intelectual sobre la obra o invento original.

En consecuencia, para el análisis económico del derecho, el establecimiento de reglas de propiedad intelectual es entendido como un "mal menor", necesario para evitar que los desincentivos lleven la producción de bienes intelectuales a niveles demasiado bajos, pero sin ignorar que ello tiene un costo en el beneficio social agregado y posiblemente también en el ritmo del avance cultural y tecnológico. Así, el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual es un "trade off" o intercambio entre dos objetivos que son deseables pero incompatibles, no pudiendo ser obtenidos ambos a la vez. Se asume entonces el costo de sacrificar en parte uno de ellos (en este caso, el acceso universal) a cambio de posibilitar el otro (generar los

⁵ Para una explicación más detallada, ver: MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. Op. cit. También ver: LANDES, William y Richard POSNER. "The Economic Structure of Intellectual Property Law". Cambridge: Harvard University Press. 2003.

incentivos adecuados para la producción). Esta idea es de gran importancia, porque implica que el intercambio debe tender, en la medida de lo posible, a la maximización de ambos beneficios, es decir, su objetivo central debe ser el equilibrio entre la obtención de incentivos para los creadores de bienes intelectuales y el mayor acceso posible del público general a la cultura y tecnología resultantes. Ello implica, fundamentalmente, que los incentivos deben ser adecuados (que permitan al creador recuperar sus costos de creación, incluyendo una ganancia razonable) y no excesivos (que no posibiliten las ganancias oportunistas o especulativas y/o generen un retraso innecesario del desarrollo de la tecnología y la cultura).

B. La “tragedia de los comunes” y la teoría general de la propiedad

Es harto conocido el planteamiento de Hardin, según el cual la ausencia de derechos de propiedad deriva inevitablemente en la sobreexplotación y eventual pérdida de los recursos. Si tenemos un pastizal que puede ser utilizado por todos libremente para alimentar su ganado, ejemplifica Hardin, ocurrirá que todos tendrán incentivos para consumir los pastos e incluso para consumirlos en la mayor cantidad y menor tiempo que sea posible, pero nadie tendrá incentivos para mantener el pastizal, sembrarlo y regarlo, porque ello significaría hacer una inversión no recuperable⁶. Este fenómeno, mediante el cual unos imponen costos a otros a través de su actividad en vez de asumirlos directamente, se denomina en economía una “externalidad negativa”. Así, lo que los derechos de propiedad hacen posible es la “internalización” de externalidades, es decir, posibilita que quienes incurran en determinados costos paguen por ellos y de ese modo se generen los incentivos correctos para invertir en el mantenimiento y utilización eficiente de los recursos. En el ejemplo del pastizal, el propietario podrá cobrar a los demás por el derecho a alimentar su ganado, pero también tendrá los incentivos adecuados para invertir en su mantenimiento. Una buena parte de la justificación económica de los derechos de propiedad está basada en esta idea y en la

necesidad de internalizar externalidades para minimizar las oportunidades de parasitismo o “*free riding*” y asegurar de esa manera la utilización eficiente de los recursos que, de otro modo, serían sobreexplotados hasta consumirse del todo.

Cabe notar que también pueden darse externalidades positivas, cuando la actividad de alguien brinda a terceros beneficios en cuyos costos no han incurrido, como por ejemplo cuando el árbol del vecino me produce sombra (asumiendo que la sombra es algo deseable, pues de lo contrario sería una externalidad negativa) o cuando el vecino siembra un bosque que mejora la calidad del aire que uno respira.

Una parte de la doctrina postula que los derechos de propiedad intelectual sirven no solamente para generar incentivos para la creación de bienes intelectuales, sino también para asegurar su utilización eficiente y la inversión que resulta necesaria para su preservación y mantenimiento luego de que ya han sido creados, siendo la idea fundamental la necesidad de evitar el parasitismo o “*free riding*”. Esta concepción de la propiedad intelectual, en los casos en que resulta aplicable, lleva a la postulación de derechos no necesariamente limitados a lo necesario para incentivar la creación del bien, sino también su utilización y mantenimiento eficientes, es decir, derechos de mayor duración e incluso indefinidos.

Entre quienes más han desarrollado este argumento tenemos a Landes y Posner, que critican el paradigma tradicional del *trade off* entre incentivos y acceso según el cual los derechos de propiedad intelectual deberían existir únicamente por el tiempo estrictamente necesario para generar los incentivos adecuados a la creación, pues sostienen que en determinadas ocasiones resulta necesario evitar la sobreexplotación y el parasitismo, que de otro modo, terminarían destruyendo el valor del bien, de manera análoga a lo que ocurre con el pastizal en el ejemplo de Hardin: “El argumento asume que la única justificación para la protección del copyright es que incentiva la creación de nuevas obras. Ello puede ser un error (...). La

⁶ HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. En: “Science” 162. 1968. pp. 1243-1248. En: http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html.

teoría económica de la propiedad enfatiza no sólo sus efectos por el lado de los incentivos, sino también su efecto en la optimización del uso (...) Un ejemplo más cercano es el de un pastizal natural. La importancia de que sea natural en lugar de cultivado es la abstracción del incentivo como beneficio de reconocer derechos de propiedad sobre el mismo. El pastizal no es creado a partir del esfuerzo humano y por ende no hay valor social en incentivar inversiones para crearlo. Pero, en ausencia de derechos de propiedad el pastizal sería sobre-explotado porque ninguno de los usuarios se haría responsable de los costos que su uso impone a los otros usuarios haciendo a que su ganado tenga que pastar más para obtener la misma cantidad de alimento. Así, los derechos de propiedad generarían un beneficio distinto al de incentivar la creación de nuevas propiedades”⁷.

Según este argumento, existen áreas de la propiedad intelectual donde se aprecian beneficios análogos a los del ejemplo. Un primer caso es el de las marcas. Estas no pueden tener una duración limitada debido a dos factores: (i) se generaría confusión si la misma marca pudiera ser usada por productos de distinto origen empresarial y calidad; y, (ii) aún en situaciones donde no se produce confusión, su utilización indiscriminada o mal-utilización genera la pérdida del valor de la misma, como por ejemplo cuando un vendedor ambulante de comida pretende distinguir su negocio con la misma marca que una famosa línea de joyería, de alta costura o de comida gourmet, razón por la cual se protege a las marcas notorias contra el fenómeno de la “dilución” como explica Fernández Novoa: “Dentro de los Actos del perjuicio y envilecimiento del renombre de la marca cabe contraponer dos hipótesis. La primera es aquella en que un tercero utiliza un signo idéntico o semejante a la marca renombrada en relación con productos o servicios que tienen una calidad y precio inferior o una naturaleza radicalmente distinta de la calidad y precio naturaleza de los productos diferenciados por la marca renombrada. Así por ejemplo, si la marca renombrada distingue productos

de elevado precio y calidad máxima, el riesgo de envilecimiento surgirá en el supuesto de que un tercero aplique una marca idéntica o semejante a productos de consumo masivo y bajo precio que se vendan indistintamente en cualquier establecimiento del ramo. La segunda hipótesis es aquella en que un signo idéntico o semejante a la marca renombrada aparece en un contexto degradante o escandaloso. Así ocurrirá, singularmente, cuando el signo idéntico o semejante a la marca renombrada es empleado para designar productos o servicios relacionados con la pornografía, el consumo de drogas, etcétera. (...) Este riesgo puede describirse de siguiente modo: si el público comprueba que la marca renombrada es usada por un tercero en relación con productos diferentes de aquellos a los que venía aplicándose la marca, no tiene lugar ciertamente un riesgo de confusión ; pero es indudable que en tal hipótesis, el público recordará la marca y al percibir que la misma no es usada únicamente por el titular, ante los ojos del público se desvanecerán el carácter distintivo y el potencial publicitario de la marca renombrada. El perjuicio que amenaza a la marca renombrada estriba, por tanto, en la progresiva destrucción de la fuerza distintiva de la marca que inevitablemente se produciría si proliferasen las empresas que utilizan una marca idéntica o semejante a la marca renombrada”⁸.

Bullard anota una diferencia importante entre las marcas y otros bienes intelectuales como los protegidos por el derecho de autor y las patentes, en el sentido de que aquellas, a diferencia de éstos, sí tienen consumo rival, lo cual sería precisamente el factor que justifica que se les reconozca derechos análogos a la propiedad física. “La excepción sirve justo para confirmar la regla. Las marcas y demás signos distintivos tienen protección perpetua, siempre que uno los use y, en el caso de las marcas, cumpla con registrarlas y renovar el registro. La razón es obvia: las marcas sí tienen consumo rival. Dado que su función económica es distinguir unos productos de otros, si se permitieran el uso simultáneo de las mismas por diversas personas, no cumplirían su rol. Si varios usaran la palabra

⁷ LANDES, William y Richard POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright”. En: University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper 154. p.12. En: <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>.

⁸ FERNANDEZ NOVOA, Carlos. “Tratado sobre derecho de marcas”. Madrid: Marcial Pons. 2001. pp. 330-334.

Coca Cola para distinguir bebidas gaseosas, se produciría una tremenda confusión en el mercado y los incentivos de los productores para mejorar sus productos y prestigiarlos se diluiría, pues una vez conseguido su objetivo, otros podrían copiar la marca sin problema. En realidad, lo que ocurre es que las marcas y signos distintivos en general son una ingeniosa figura legal para conceder una titularidad sobre el prestigio de un producto. Pero, para ser distintiva, el uso del elemento de identificación (la marca misma) debe ser exclusivo, lo que explica el carácter rival de su uso⁹.

Sin embargo, en el esquema de Landes y Posner, el argumento no se limita a las marcas o a los signos distintivos. Otro ejemplo que utilizan es del denominado “*right of publicity*” del derecho anglosajón, que básicamente consiste en el derecho de exclusividad que tiene una persona sobre la utilización de su imagen o representación con fines comerciales. Allí, cabe notar, el argumento del incentivo a la creación del recurso pierde toda importancia ya que los incentivos que tienen las personas para hacerse o mantenerse famosas están relacionados más bien con la expectativa de explotación directa que podrán hacer de su fama o notoriedad, mientras que los beneficios de éste derecho “*right of publicity*” (concernientes a la explotación secundaria hecha por terceros) tiene un valor mucho menor y absolutamente marginal para ellas¹⁰.

El “*right of publicity*” es una forma de propiedad intelectual que tiene una estrecha relación con las marcas y con la competencia desleal, razón por la que obviamente existe también una relación que consecuentemente se puede encontrar en los respectivos fundamentos de dichas instituciones. Igual a lo que ocurre las marcas, el nombre y la imagen de una persona sirven para representar su reputación y su prestigio. Y cuando esta reputación tiene un valor comercial en el mercado, es importante evitar que sea dañada o explotada de manera

parasitaria, para lo cual entra en juego el derecho de la competencia desleal¹¹.

Con relación a cómo el derecho de propiedad determina una utilización eficiente del bien intelectual y evita la pérdida de su valor, señala Posner: “Existe una muy buena razón económica para asignar los derechos de propiedad de una fotografía usada con propósitos publicitarios al individuo fotografiado: ésta asignación asegura que el anunciador para quien la fotografía tiene más valor sea quien la compra. Hacer que la fotografía sea de propiedad común de los anunciadores no conseguiría tal objetivo (...) Más aún, el uso multiplicado de una fotografía idéntica para publicitar diferentes productos reduciría su valor publicitario, posiblemente a cero”¹². Y, en otro trabajo, añade: “Si cualquiera pudiese utilizar la imagen de Humphrey Bogart en publicidad, el valor agregado de tal uso publicitario podría ser mayor, aunque los herederos de Bogart ganarían menos. De hecho, si el costo marginal de hacer copias adicionales de su imagen fuese cero, la utilidad marginal sería también cero, aunque la utilidad total podría ser enorme. Pero la utilidad total podría caer si la imposibilidad de exclusión y la resultante proliferación de la imagen de Bogart llevasen a confusión, al deterioro de la imagen, o simple aburrimiento por parte del público consumidor. Finalmente, la imagen podría perder todo valor”¹³.

Así, igual que en el derecho de marcas, una parte importante de la razón de ser del “*right of publicity*” es la necesidad de impedir que un bien que tiene determinado valor adquirido —en este caso la imagen y reputación de una persona— sea dañado por terceros mediante una utilización que afecte el posicionamiento que le proporciona tal valor, o que lo denigre, o que diluya sus atributos característicos. Esa posible pérdida de valor de la imagen y reputación de una persona (que es una forma de propiedad intelectual en tanto bien intangible, pasible de transacción comercial) puede provenir de su sobre-utilización o de la utilización lesiva.

⁹ BULLARD, Alfredo. “Reivindicando a los Piratas: ¿Es la Piratería un Robo?”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Lima: Palestra. 2005. p. 334.

¹⁰ VOLOKH, Eugene. “Freedom of Speech and the Right of Publicity”. Houston Law Review. pp. 910-911. En: <http://www2.law.ucla.edu/volokh/publicity.pdf>

¹¹ CAVERO, Enrique. “El *right of publicity* y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento”. En: *Ius et Veritas* 44. Julio de 2012.

¹² POSNER, Richard. “The Right of Privacy”. *Georgia Law Review* 12. 1978. Traducción libre del autor.

¹³ LANDES, William y Richard POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright”. p. 13.

Landes y Posner sostienen que, si bien es cierto que los bienes intelectuales son bienes públicos en el sentido de que no tienen consumo rival, este argumento no puede ser tomado de forma absoluta para llevar a decir, por ejemplo, que no es posible su sobre-explotación. Del mismo modo que la explotación ilimitada de un yacimiento petrolero o gasífero lo extinguiría prematuramente, la explotación indiscriminada de una obra, como un libro, o una canción o una película, pueden determinar que su valor comercial se diluya rápidamente. Ello ocurre en especial con respecto a ciertos componentes de las obras que son objeto de protección individual, como son los personajes (nótese cómo algunos personajes de ficción tienen un interés análogo a la reputación de las personas). Por ejemplo, si todo el mundo pudiese utilizar el personaje de Mickey Mouse en libros, películas y artículos de mercadeo, el valor del personaje se diluiría rápidamente, no sólo porque el público se cansaría de él, sino porque su imagen podría ser dañada y diluida por representaciones distorsionantes que hicieran algunos autores del mismo, presentándolo como Casanova, como comida de gatos, como defensor de los derechos de los animales o como el sumiso esposo de Minnie¹⁴.

Nótese que el argumento de Landes y Posner, se enfoca, además de las marcas, en ciertos tipos de bienes que, de alguna manera también incorporan reputación o *goodwill*. Es precisamente el daño de ese *goodwill* lo que se busca evitar o minimizar con los derechos exclusivos. Y ello introduce el elemento del consumo rival. Así, en la medida que un bien intelectual incorpora *goodwill*, su consumo en cierta forma deja de ser no rival, porque el uso del bien implica también el uso de la reputación ajena.

III. LAS PRINCIPALES CRÍTICAS

A. Críticas al argumento de los incentivos

Un sector de la doctrina es escéptico respecto a que exista una real necesidad de proveer incentivos “artificiales” a la creación intelectual

mediante derechos de propiedad. Se sostiene, por ejemplo, que la ausencia de derechos de propiedad intelectual no impidió la creación de obras de arte como las de Cervantes o Shakespeare en la literatura; Beethoven o Mozart en la música; Van Gogh o Miguel Angel en la pintura, o las invenciones de Da Vinci y Gutemberg, por citar sólo unos pocos ejemplos. Salzberger cita estudios empíricos realizados por Martin (1998) y Benkler (2006) que indican que la mayoría de científicos e inventores están motivados por la satisfacción intrínseca de investigar y descubrir, o por la búsqueda de reconocimiento, y que la creatividad brinda recompensas socio-psicológicas, que son una función del significado cultural de la creación respectiva, tales como el reconocimiento, la reputación, las amistades y el sentido de pertenencia¹⁵.

Bullard sostiene que, incluso para quienes desean ganar dinero con sus obras, existen otros mecanismos que permiten conseguir tal fin: “Obras clásicas como “Los Tres Mosqueteros” o “Los Miserables” no fueron escritos propiamente como libros, sino como entregas por fascículos en periódicos, de manera similar a lo que ocurre hoy con una serial o una telenovela. Los lectores compraban el periódico para enterarse la continuación de la historia, y de las mayores ventas se pagaba al autor. Es la primicia y no la exclusividad la fuente del ingreso. Shakespeare escribía teatro por lo que las representaciones continuas de la obra le permitían cobrar a los asistentes, siendo altos los costos de reproducir y difundir la obra. Si no hubiera derechos de autor sobre la música, posiblemente los autores todavía seguirían escribiendo para conseguir que vaya gente a ver sus conciertos o recitales pagados”¹⁶.

Diversos autores como Plant¹⁷ o Cole¹⁸, en una línea parecida, sostienen que no existe necesidad real para la protección que brindan los derechos de autor. Landes y Posner discrepan, pues consideran que el argumento histórico puede llevar a error, por la simple razón de que las circunstancias han cambiado.

¹⁴ Ibid. p. 15

¹⁵ SALZBERGER, Eli. Op. cit. p. 10.

¹⁶ BULLARD, Alfredo. Op. cit. p. 349.

¹⁷ PLANT, Arnold. “The Economic Aspects of Copyright in Books”. Economics New Series 2. 1934. pp. 167-195.

¹⁸ COLE, Julio. “Controversy: Would the Absence of Copyright Laws Significantly Affect the Quality and Quantity of Literary Output?”. Journal of Markets & Morality 1. 2001. pp. 112-119.

Asimismo, en cuanto a las modalidades de producción alternativas, como la publicación en partes, las consideran distorsiones del mercado, en función de las cuales los autores se ven obligados a producir para tratar de aprovechar sus escasas oportunidades competitivas, pero no como formas óptimas o eficientes: “Después de todo, la primera ley de derecho de autor en Inglaterra data de 1710 (y otorgaba mucha menor protección que la ley moderna), sin embargo el negocio editorial había ya florecido por cientos de años en Inglaterra, a pesar de la censura y el extendido analfabetismo. El punto, no obstante, puede ser algo engañoso. En los viejos tiempos el costo de hacer copias significaba una fracción mayor de lo que es hoy en día, por lo que el problema de la apropiación era menos grave. Asimismo, existían medios alternativos para internalizar los beneficios de la expresión. Y antes de que la libertad de expresión se hiciera generalmente aplaudida, publicar era considerado una fuente de externalidades negativas, por lo que había menor –a veces ningún– interés en fomentarlo. Finalmente, aunque puede ser difícil determinar si, en el balance, las leyes sobre derecho de autor son beneficiosas, es fácil notar ciertas distorsiones que éstas corrigen. Sin la protección del derecho de autor, los autores, editores y copistas tendrían incentivos ineficientes con relación al momento de distintas decisiones. Los editores, para alargar su ventaja de inicio, estarían desincentivados de incurrir en publicidad previa e incluso de anunciar las fechas de publicación anticipadamente, y los copistas tendrían incentivos para instalar líneas de producción excesivamente rápidas. Habría más incentivos para crear obras pasajeras, efímeras y por lo demás transitorias porque la ganancia de ser primero en el mercado para tales obras probablemente excedería la pérdida de no tener protección legal contra las copias. Habría un giro hacia la producción de obras que son difíciles de copiar; los autores estarían más inclinados a circular sus trabajos privadamente que de forma masiva, para reducir el riesgo de copia; y se multiplicarían las restricciones contractuales a las copias”¹⁹.

Salzberger, de otro lado, llama la atención sobre la forma en que la tecnología de la información

ha puesto de manifiesto nuevas formas de producción y difusión de bienes intelectuales, como las que se observan en páginas web como Wikipedia o YouTube, o en la creación colectiva del software Linux, a través del aporte gratuito de contenido por parte de individuos que no tienen expectativa alguna de retribución económica. Citando a Benkler, explica cómo las redes digitales y la economía de la información han abierto oportunidades para nuevas formas de producción y distribución de la información, en particular aquella que se caracteriza ser radicalmente descentralizada y estar basada en la acción colectiva de individuos no jerarquizados (“peers”), frecuentemente anónimos, que desarrollan contenidos de dominio público: “Estos fenómenos sociales y económicos reflejan un régimen ausente de propiedad, donde el contenido se desarrolla a través de esfuerzos colaborativos ausentes de todo reclamo de derechos exclusivos. La producción de información, conocimiento y cultura, sostiene Benkler, no requiere más del gerenciamiento por parte de las jerarquías corporativas o de las señales de precios del mercado. Cuando los proyectos son modulares, en el sentido de que pueden ser divididos en pequeños componentes producidos independientemente, pueden depender de las motivaciones no monetarias de los individuos. Colaboraciones de gran escala serán posibles en tanto diversas motivaciones puedan ser reunidas y combinadas en un solo esfuerzo. El bajo costo de comunicar y procesar la información hace que tal coordinación e integración sea costo-efectiva de manera que no estaba disponible anteriormente. El desarrollo de productos informacionales de tal poder, de uso no rival y no excluyente, sin ninguna compensación monetaria aparente ni garantía alguna de retorno para la inversión financiera, pone en entredicho el paradigma de los incentivos y su premisa básica –la necesidad de incentivos monetarios para la creación informacional, tecnológica e intelectual”²⁰.

Como hace notar el propio Benkler, sin embargo, este fenómeno ocurre fundamentalmente tratándose de creaciones colectivas, en las cuales cada participación individual es relativamente pequeña. En la medida que cada contribución individual

¹⁹ LANDES, William y Richard POSNER. “An Economic Analysis of Copyright Law”. Journal of Legal Studies 18. 1989. pp. 325, 325-33, 344-53. En: <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>.

²⁰ SALZBERGER, Eli. Op. cit. p. 14.

demanda relativamente poco tiempo y esfuerzo, costo de creación también relativamente pequeño, lo que hace más fácil para los creadores entregar su contribución sin esperar una compensación monetaria. Así, parecería que lo que ha traído la tecnología, posibilitando con ello estos nuevos modos de producción, no es realmente una solución al problema de los incentivos y del costo de oportunidad, sino más bien una solución al problema de los costos de transacción. Sin la nueva tecnología, incluso estas contribuciones pequeñas significaban un costo de oportunidad importante para los creadores, debido a costos transaccionales como el costo de desplazarse, reunirse y de incorporar las contribuciones en soportes físicos para poder interactuar. El hecho de que no se hayan dado este tipo de creaciones colaborativas en el pasado, al menos en la medida que se dan hoy en día, es justamente una comprobación de que los costos eran demasiado altos y de que no existían los incentivos económicos adecuados. Hoy en día, al haberse prácticamente eliminado los costos de transacción, que eran una parte importante del costo total, es más sencillo para quienes tienen otro tipo de motivación el poder colaborar y asumir el costo de oportunidad, porque éste es mucho menor. Pero ello no significa que los incentivos hayan cambiado, sino los costos. Probablemente estas personas tuvieron siempre motivaciones no monetarias y, sin embargo, no podían colaborar como lo hacen ahora porque el costo de hacerlo era mayor.

Ahora bien, la nueva tecnología también determina un escenario absolutamente novedoso y revolucionario con relación a las creaciones individuales, en la medida en que potencialmente permite una mucha mayor difusión para quienes están interesados en difundir su obra antes que en obtener una compensación económica. Hoy en día cualquiera que desee publicar su obra puede hacerlo a muy bajo costo a través de internet y la prueba de ello son los videos, música, fotos y otro tipo de obras que comparten los propios creadores a través de páginas como YouTube, Flickr o millones de blogs de diversos tipos. Sin embargo, incluso en el caso de creadores que buscan difusión y no ganancia material, la ventaja es relativa. De hecho, el escenario ha cambiado tanto que quizás el problema actual sea más bien el opuesto a la falta de difusión, es decir, el exceso o saturación de

información, pues si bien ahora es mucho más fácil y barato publicar, la publicación ha dejado de ser significativo lo que antes, en términos de llegada efectiva al público. Esto último, nos regresa al punto de inicio de la discusión, en el sentido de que la difusión real de información a nivel masivo requiere, incluso hoy en día, una inversión significativa (por ejemplo en publicidad y marketing) y ésta requiere de incentivos económicos como los que provee la propiedad intelectual.

Así, aunque no puede negarse ni soslayarse la existencia de otro tipo de motivaciones y de otras formas de producir ganancias económicas (en especial para cierto tipo de creadores, como los artistas plásticos, o los literatos o los músicos) y que, en cierta medida, ello explica que se hayan dado éste tipo de creaciones incluso cuando no existían derechos de propiedad intelectual, es bastante discutible que sin los derechos de propiedad intelectual algunas industrias (por ejemplo la industria cinematográfica) se hubieran desarrollado en los niveles en que lo han hecho, o que los niveles de difusión de la información hubieran sido los mismos, debido a la magnitud de la inversión que se requiere para la difusión masiva. En otras palabras, podían existir grandes artistas, pero su obra no era conocida, porque sólo unos pocos favorecidos tenían acceso al capital que se requería para la publicación u otras formas de difusión. Teniendo en cuenta que la ecuación que se busca desde el punto de vista económico es aquella que ofrece el mejor balance posible entre incentivos y acceso o difusión, debe notarse que los derechos de propiedad intelectual no solamente generan incentivos para la creación propiamente dicha, sino también para la difusión a gran escala de las creaciones.

Un tema que es fundamental y que a veces no se considera en su real dimensión, es el de las diferencias que existen entre los distintos tipos de bienes intelectuales. Para no hablar de las diferencias fundamentales con las marcas, incluso al interior de los derechos de autor o patentes, cada creación protegida tiene particularidades. No es lo mismo componer una canción o pintar un cuadro que producir una película, o escribir un libro. No es igual diseñar un software que inventar una nueva trampa para ratones o que descubrir la cura del cáncer. Las motivaciones creativas no son las mismas y tampoco los costos. Así,

aunque puede sostenerse que algunos, o muchos, científicos hacen sus investigaciones por motivaciones no económicas, el nivel de inversión que se requiere para la investigación científica (en equipos, materiales y largos periodos de tiempo) es inmensamente mayor que el simple costo de oportunidad que tiene para un artista el dedicarse exclusivamente a su arte. Del mismo modo, incluso al interior de una misma categoría de bienes intelectuales se dan importantes diferencias económicas y prácticas que, idealmente, deberían ser tomadas en cuenta para el diseño de un sistema de incentivos basado en derechos de propiedad intelectual.

Así por ejemplo, la copia puede ser de inferior calidad que el original y, por lo tanto, un sustituto imperfecto. La copia de un libro o de un DVD no tiene la misma calidad que el original y frecuentemente contiene errores, pero al mismo tiempo la tecnología permite cada vez más hacer mejores copias. En el caso de una pintura de una artista famoso, la mejor copia posible siempre será de infinitamente menor valor que el original. Entonces, es correcto decir que “cuando el costo de hacer copias equivalentes en valor es más alto para otros que para el creador original, o cuando la copia no tiene valor equivalente, el creador no necesita el incentivo de la protección legal, porque podrá vender su producto a un precio mayor al costo marginal”. Pero ese supuesto es poco frecuente.

Asimismo, hacer copias a veces requiere tiempo, por lo que el creador original goza de un periodo de ventaja, durante el cual no enfrenta competencia. Para cierto tipo de creaciones, cuya demanda inicial es alta pero cae significativamente luego de un tiempo, puede no haber necesidad de protección legal. Pero, nuevamente, la tecnología permite cada vez más hacer mejores copias en menos tiempo, lo cual hace que este tipo de supuestos sea cada vez más excepcional.

De otro lado, en la medida que para hacer copias se requiere acceso a otras copias, el creador podría cobrar por la primera copia un precio lo suficientemente elevado para recuperar sus costos. O podría licenciar el original con la condición de que el

licenciatarario no haga copias o divulgue la obra a terceros de modos que puedan hacer copias. Sin embargo, ello solo será posible si la explotación puede hacerse sin la necesidad de distribución masiva, o cuando no es posible hacer múltiples copias de otras copias. De lo contrario, el primer comprador o el licenciatarario no estarán dispuestos a pagar al creador un precio que le permita a éste recuperar sus costos, porque, entonces, serían ellos los que no podrían recuperar su inversión.

Finalmente, es posible para los autores o inventores obtener beneficios de fuentes distintas a las regalías por venta de copias. El inventor de un software puede venderlo junto con el equipo que lo utiliza. Un músico puede sostenerse con presentaciones en público, y un académico con actividades de enseñanza o de consultoría. Desde ese punto de vista, la publicación e incluso la copia no autorizada pueden ser positivas y rentables en términos de auto promoción y generación de prestigio o para las ventas de bienes o servicios relacionados. Pero ello no es aplicable a todas los tipos de trabajos creativos, como por ejemplo las películas, los videojuegos y la literatura de ficción²¹.

El problema, como apuntan Menell y Scotchmer, es que resulta sumamente complicado obtener información estadística o histórica detallada, relevante y suficiente para poder medir los efectos reales que tiene la propiedad intelectual en los niveles de innovación. “Hoy en día se reconoce ampliamente que el avance tecnológico y el capital humano mejorado son los principales motores del crecimiento económico en los Estados Unidos y otros países industrializados. El rol de la propiedad intelectual en contribuir a la innovación, sin embargo, ha sido más difícil de establecer. Como veremos, la existencia de propiedad intelectual para las innovaciones genera incentivos para la inversión, así como potenciales impedimentos para la difusión y la innovación acumulativa. Los efectos netos son bastante complejos de discernir, desde las perspectivas tanto teórica cuanto empírica”²².

En consecuencia, mucho de lo que se argumenta, tanto a favor cuanto en contra de

²¹ LANDES, William y Richard POSNER. “An Economic Analysis of Copyright Law”.

²² MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. Op. cit. p. 2.

la propiedad intelectual, tiene muchas veces un gran componente intuitivo. Bullard pone un ilustrativo ejemplo relativo a las patentes de invención, sobre las que importantes autores como Ashton y North tienen opiniones divididas: “El análisis histórico genera, en el mejor de los casos, tremendas dudas. Ashton decía que ‘Es muy posible que, sin el aparato de la protección (de patentes), las invenciones se hubieran desarrollado con la misma rapidez con que lo hicieron’ y Mokyr que ‘El sistema de patentes podría haber sido un estímulo a la invención, pero obviamente no fue un factor necesario’. (...) El premio Nobel de Economía, Douglas North, por el contrario, afirma que las patentes sí fueron muy importantes. Argumenta que las patentes tuvieron un impacto significativo, pero reconoce que es solo uno de los factores relevantes, pues ‘Sería erróneo poner demasiado énfasis en una sola ley. Más importante que la ley de patentes per se es el desarrollo y aplicación de un corpus de derecho impersonal que protege y garantiza contratos que especifican derechos de propiedad’ pues, refiriéndose por ejemplo al transporte marítimo ‘(...) menores costos de transacción –resultado de reducciones en la piratería, naves más grandes, mayor comercio, y menor tiempo en puerto– resultaron en significativos incrementos en productividad, empezando (por lo menos) 150 años antes de la Revolución Industrial; y esos factores, más que el cambio tecnológico, explican los incrementos en la productividad”²³.

Asimismo, Bullard, citando a Menell, describe cómo los estudios empíricos arrojan grandes diferencias, dependiendo de la industria que se trate: “Por otra parte, diversos estudios empíricos citados por Menell, muestran la ambigua o débil relación entre innovación y Propiedad intelectual. (Mansfield, 1986; Schwartzman, 1976; Taylor and Silbertson, 1973). Estos estudios, determinaron que las patentes rara vez eran el medio principal de apropiarse de ingresos en la mayoría de industrias, con la excepción de las industrias farmacéutica y química. En muchas

industrias, ser el primero en introducir un producto, el progreso rápido bajo la curva de aprendizaje y otros factores, han demostrado ser tanto o más importantes que la Propiedad intelectual, la que jugó un rol relativamente modesto. Y en uno de los estudios de Mansfield se investigaron treinta y un patentes contestando la pregunta ¿Qué proporción de estas innovaciones se hubieran introducido con atraso (o nunca) si no se hubieran podido patentar? Las respuestas de las empresas arrojaron que cerca de la mitad de los inventos no se hubieran producido sin propiedad intelectual. Pero, la mayor cantidad de estos casos se produjeron en la industria farmacéutica. Si se excluía la industria farmacéutica, sólo se hubiera afectado la generación del 25% de las invenciones de no haber protección de la patente”²⁴.

Lemley sostiene que la teoría de los incentivos tiene dos limitaciones básicas. Por un lado, el hecho de que la innovación no desaparecería si desaparece la propiedad intelectual y, por otro lado, que la propiedad intelectual puede desincentivar la innovación porque limita la capacidad de los otros inventores de mejorar un invento patentado²⁵. Con relación al primer punto cabe notar, sin embargo, que la doctrina no sostiene tal cosa. La teoría de los incentivos no propugna la idea que en ausencia de derechos de propiedad intelectual la innovación desaparecería. De hecho, existe evidencia histórica en contrario. Lo que dice la teoría es que una parte importante de la innovación no se produciría o se produciría a un ritmo o nivel debajo del óptimo si no hubiera derechos de propiedad intelectual. Con relación al segundo punto, se trata también de una desventaja prevista por la teoría como parte del *trade off* entre incentivos y acceso. Como hemos visto, de hecho, mecanismos como las patentes derivadas y los derechos de autor derivados apuntan precisamente a minimizar este problema.

Un aspecto crítico en el cual muchos autores parecen estar de acuerdo es que resulta

²³ BULLARD, Alfredo. Op. cit. p. 346.

²⁴ BULLARD, Alfredo. Op.cit. p. 347.

²⁵ LEMLEY, Mark. “Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property”. University of California Berkeley. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Paper 144. pp. 24-25. En: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.494424>.

discutible, incluso aceptando la necesidad de generar incentivos para la creación intelectual, que ello justifique algunos de los niveles de protección que actualmente otorgan los derechos de propiedad intelectual, tanto en lo que se refiere a los plazos, cuanto en lo relativo al ámbito mismo de la protección, para no hablar de las distorsiones en la aplicación. En tal sentido, se sostiene que el problema con el argumento de los incentivos es que frecuentemente se utiliza para justificar políticas que, en la práctica tienen un efecto mucho mayor al de simplemente generar los incentivos deseados y que terminan otorgando una sobreprotección de efectos anticompetitivos y perjudiciales. En principio, los derechos de propiedad intelectual deberían simplemente permitir al innovador intelectual tener un control sobre el uso de su creación que le permita vender por encima del costo marginal, recuperar sus costos fijos y obtener una utilidad razonable. Y, en principio, ello sólo debería darse en los casos en que las condiciones particulares de la industria y del bien intelectual no ofrezcan de manera natural ventajas al innovador que hagan innecesario el incentivo adicional. Sin embargo, ocurre a menudo que los derechos de propiedad intelectual establecen privilegios que no sólo incentivan sino que sobreprotegen.

Por ejemplo, Salzberger, citando a Lessig (1999) sostiene que la exclusividad sobre ciertos tipos de bienes intelectuales, que no se limita a la facultad de impedir las copias no autorizadas, sino que se da en la forma de un control completo, abarcando incluso algunas formas de uso, otorga a sus titulares una ventaja estratégica sobre sus competidores permitiéndoles expandir su poder de mercado, reducir la competencia y concentrar el control sobre la producción y distribución de bienes intelectuales y sus derivados, expandiéndose a otros mercados relacionados: "En la propiedad real, la protección legal es necesaria para crear incentivos para producir y proteger el derecho de posesión. En el derecho de la propiedad intelectual, en contraste, sólo hay necesidad de generar incentivos suficientes para crear. Así, en lo que respecta a la propiedad intelectual únicamente hay necesidad de

un control imperfecto, mientras que en propiedad real la ley debe otorgar control perfecto al propietario. La ley de propiedad intelectual, por lo tanto, debería incluir límites endógenos al poder de los titulares para controlar el uso de sus obras"²⁶.

Al respecto, Bullard anota: "Destaquemos que no estamos diciendo que la Propiedad intelectual no pueda incentivar una mayor creación en ciertas personas. De hecho, estamos convencidos que es así. Pero, no se puede afirmar que sin propiedad intelectual no habría creación. Por otro lado, la propiedad intelectual genera distintos costos para la sociedad, incluyendo a los consumidores, y puede estar retrasando otros esfuerzos creativos. La pregunta no es, por tanto, si la Propiedad intelectual incentiva o no la innovación y la creatividad. La pregunta es si los volúmenes de innovación que incentiva, es decir aquella parte de la innovación que no se produciría si no hubiera Propiedad Intelectual, justifica los costos sociales que la exclusividad está generando"²⁷.

Posner también expresa su preocupación en el sentido de que la protección que brindan las patentes y los derechos de autor pueda ser excesiva, pero incide en la necesidad de discriminar las aproximaciones con base en las diferencias sustanciales que hay entre los distintos tipos de creaciones. Para el caso de las patentes de invención, cuando menos, Posner propone incluso cuantificar dichas diferencias, sosteniendo que el nivel óptimo de protección que debe recibir una creación a través de la propiedad intelectual debería estar en línea con el ratio que existe entre el costo de crear y el costo de copiar. Cuanto mayor el ratio (es decir, la brecha) mayor la necesidad de protección. El ejemplo de la industria farmacéutica para el caso de las patentes no es prototípico por casualidad. La necesidad de proteger una industria y generar incentivos a través de la propiedad intelectual será más grande en la medida que el ratio sea mayor. "El ratio es muy alto para las drogas farmacéuticas. El costo de inventar una nueva droga, costo que incluye las extensas pruebas que requiere su aprobación para la venta, es de cientos de millones de dólares, sin embargo para la mayoría el costo de

²⁶ SALZBERGER, Eli. Op. cit. pp. 24-25.

²⁷ BULLARD, Alfredo. Op.cit. p. 339.

copiarlas —o producir un sustituto idéntico— es muy bajo. Así, el ratio del primer costo respecto del segundo es muy alto, haciendo que sea muy difícil para el inventor recuperar sus costos sin la protección de la patente (y por la razón adicional que el valor presente de los ingresos provenientes de las ventas de la droga está deprimido debido al tiempo que toma obtener aprobación, y que la duración efectiva de la patente se trunca porque la patente se concede, y el periodo de protección comienza, cuando la patente se concede en lugar de, años después, cuando la droga se puede comercializar)”²⁸.

De otro lado, muchas patentes pueden tener costos de invención bastante más bajos y consecuentemente un ratio de desventaja también mucho menor. Asimismo, muchas invenciones pueden beneficiarse significativamente de ser los primeros en el mercado con un producto novedoso. No sólo por el tiempo que tardan los imitadores en salir al mercado, que ofrece al innovador una ventana de tiempo sin competencia, sino por la curva de aprendizaje que frecuentemente permite al innovador lanzar versiones mejoradas a costos menores. Asimismo, el hecho de ser el creador original y el de proveer mejoras en el producto mismo o en el precio antes que los demás, generan un prestigio o *goodwill* que se deposita en su marca y le permite cobrar un precio mayor incluso después de que aparece la competencia.

Cuando se protege al inventor frente a la competencia en mayor medida de la que se necesita para proveer el incentivo necesario a la innovación, el resultado es negativo y se traduce en precios monopólicos, ineficiente asignación de recursos, “carreras” de patentes donde los agentes compiten duplicando esfuerzos innecesariamente, la tramitación de patentes defensivas o especulativas, los “*patent trolls*” (agentes que adquieren patentes al por mayor con el único propósito de licenciarlas o especular con la posibilidad de una demanda legal y cuya actividad no contribuye a la innovación).

Con los derechos de autor el tema puede ser bastante más complejo. Para comenzar, el ratio

costo de producción —costo de copia no es un indicador tan claro como lo es con las patentes. Ya hemos visto como el costo de creación de obras protegidas es fundamentalmente un costo de oportunidad. También hemos visto como algunas obras son muy fácilmente copiables, por ejemplo una película en formato digital, y con otras simplemente no es posible obtener una copia equivalente al original, como ocurre con las pinturas o esculturas. Posner menciona los ejemplos de las películas cinematográficas y de los artículos académicos como los extremos del abanico y postula una protección diferenciada, acorde con las respectivas naturalezas de las creaciones protegidas, precisando que, en cualquier caso, la extensión de la vida del autor más 70 años le resulta excesiva: “(...) la protección de los derechos de autor parece en su conjunto demasiado extensa. Convenido, con películas de acción modernas cuyo costo de producción a menudo es de cientos de millones de dólares, y que sin embargo se pueden copiar y distribuir casi instantáneamente y casi sin costo alguno, la necesidad de protección legal es comparable a la que existe en la industria farmacéutica. En el otro extremo están los libros y artículos académicos (salvo de los libros de texto) que se producen como un subproducto de la investigación académica que el autor debe conducir para preservar su reputación profesional y que continuaría produciéndose sin derecho de autor alguno. Es dudoso que exista beneficio social alguno en otorgar derechos de autor a trabajos académicos, salvo los libros de texto que demandan mucho trabajo y generalmente no contribuyen a la reputación académica del autor, pudiendo incluso dañarla. El problema más serio con el derecho de autor es la duración de la protección, que para la mayoría de obras es desde la creación hasta 70 años después de la vida del autor. Aparte del hecho que el valor presente de ingresos a ser recibidos tan lejos en el futuro es insignificante, obtener licencias sobre trabajos muy antiguos resulta difícil porque no sólo es probable que el autor haya muerto, sino que identificar y encontrar a los herederos u otros titulares de los derechos puede ser difícil o incluso imposible. El plazo de protección del derecho de autor debería ser menor”²⁹.

²⁸ POSNER, Richard. “Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?” En: The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2012/09/do-patent-and-copyright-law-restrict-competition-and-creativity-excessively-posner.html>.

²⁹ *Ibidem*.

Cabe notar que el mismo Posner (en otro trabajo, junto a Landes) propone un sistema de derecho de autor con plazo indefinido, aunque éste se basa en un sistema de registro obligatorio y renovable, similar al que funciona para las marcas. En un sistema de ese tipo, sostienen, además de la ventaja de la transparencia que otorga el registro, debido a las diferencias entre las obras protegidas y las condiciones de mercado que enfrentan, un número importante de obras terminarían en el dominio público más temprano que tarde por falta de renovación del registro³⁰.

Lemley, también reconoce la necesidad del establecimiento de derechos de propiedad intelectual, pero postula que éstos sean adecuados y calibrados de acuerdo a las circunstancias. Ello, sin dejar de reconocer la enorme complejidad que puede tener esa tarea. En su caso, el énfasis del argumento no es la distorsión innecesaria del mercado y las rentas monopólicas que obtienen los innovadores por la sobreprotección, (que igualmente observa) sino la disminución de la tasa de innovación que, a su entender, se produce luego de que se sobrepasa el nivel de protección óptimo. “Tal vez no sepamos exactamente como calibrar el nivel correcto de protección a la propiedad intelectual, pero podemos razonablemente saber de que ni “no protección” ni “control absoluto de las externalidades” son la respuesta correcta. Siendo lo complicado que es obtener el balance adecuado, nunca lo haremos si simplemente dejamos de intentarlo. Podemos guiarnos como mínimo de la probabilidad de que la relación entre protección a la propiedad intelectual e innovación no es monotónica. Debido a los costos identificados en la sección precedente, añadir más y más protección a la propiedad intelectual no sólo tiene beneficios marginales decrecientes, sino que en cierto momento tiene un impacto neto negativo en la innovación, porque el reforzamiento de derechos existentes sofoca más a las posibles nuevas creaciones a partir de tales derechos de lo que una posible mayor expansión incentiva. Así, la relación entre ambos se parece a una ‘U’ invertida. Como mínimo, los incrementos en propiedad intelectual que restringen

más innovación de la que incentivan, no se justifican económicamente”³¹.

Rescatamos, entonces, que no parece discutible que con los bienes intelectuales se da, en efecto, un problema de bienes públicos que acarrea un desincentivo estructural a la innovación y que este desincentivo se contrarresta con la propiedad intelectual (dejando a salvo las soluciones alternativas al problema que vemos brevemente más adelante, cada cual con sus propios problemas). Pero, al mismo tiempo, debido a los costos que tiene la propiedad intelectual y al *trade off* que hay entre incentivos y acceso, nos enfrentamos al problema adicional de la necesidad de evitar que los costos excedan los beneficios.

B. Críticas a la analogía con la propiedad física y al argumento de la utilización eficiente

El argumento de defensa de la propiedad intelectual relacionado con la necesidad de asegurar la utilización eficiente de los bienes intelectuales y evitar su pérdida de valor, se ha criticado mucho, sosteniéndose, básicamente, que el paralelismo o analogía con la “tragedia de los comunes” es forzado e inexacto, debido a las diferentes características que tienen los bienes físicos y los bienes intelectuales. Así, se sostiene, por ejemplo, que los bienes públicos (aquellos que tienen consumo no rival y altos costos de exclusión) son precisamente “públicos” porque no es posible asignar sobre ellos derechos de propiedad de forma eficiente, de lo cual se sigue que asignarles propiedad es un contrasentido. En efecto, tratándose de este tipo de bienes, la imposibilidad de excluir a otros de su uso hace que exista un fuerte desincentivo para su producción privada, lo que lleva frecuentemente a que se busque producirlos de forma pública, financiándolos a través de los impuestos. Así, se entiende que este tipo de bienes (como por ejemplo la seguridad o la infraestructura) se producen para todos o no se producen para ninguno.

Pero la solución a la que normalmente se recurre (producción estatal) precisamente

³⁰ LANDES, William y Richard POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright”. p. 13.

³¹ LEMLEY, Mark. “Property, Intellectual Property, and Free Riding”. Stanford Law School: John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper 291. 2004. pp. 46-47.

pone de manifiesto la existencia de un problema (denominado “problema de los bienes públicos”) consistente en la falta de incentivos para la producción privada y la necesidad de intervención estatal. En tal sentido, la propiedad intelectual no es sino una solución alternativa a exactamente el mismo problema, también a través de la intervención estatal, pero de una forma distinta. Evidentemente, existen soluciones alternativas de intervención estatal, como la producción estatal centralizada de bienes intelectuales o los sistemas de subvenciones estatales a la innovación. Discutir las ventajas y desventajas de estas soluciones alternativas excede el propósito de este trabajo, pero cabe mencionar sucintamente que la ventaja de la propiedad intelectual frente a ellas está dada fundamentalmente por la posibilidad de, descentralizar la toma de decisiones sobre dónde innovar (qué investigar, producir o crear) y a qué costo, decisiones que siguen siendo tomadas por mecanismos de mercado³². En otras palabras, entre las posibles formas de intervención estatal para enfrentar el problema de bienes públicos en los bienes intelectuales, la propiedad intelectual es la menos intervencionista de todas. Lo que queda claro, en cualquier caso, es que el problema de fondo (la falta de incentivos adecuados para la producción privada) no es menos real por el hecho de que los bienes no sean físicos.

Otra crítica que suele hacerse es que los bienes intelectuales, al consistir básicamente en información, y precisamente por tener consumo no rival, no pueden ser objeto de sobreexplotación. En la medida de que el uso por parte de unos no interfiere con el uso de otros, se sostiene, estaríamos más ante una “comedia de los comunes” que frente a una tragedia³³. El argumento es correcto en el sentido estricto de que los bienes intelectuales no se consumen hasta desaparecer como puede ocurrir con los bienes físicos. Pero ello no significa que no pueda darse una sobreexplotación que reduzca su valor hasta desaparecerlo, lo cual tiene un efecto económico similar. Bien entendido, el argumento a favor de la propiedad intelectual no es una analogía ciega con la tragedia de

los comunes que ignora la no rivalidad en el consumo de los bienes intelectuales, sino una defensa de la optimización de valor que se obtiene a través de la internalización de externalidades.

Lemley hace una crítica más sofisticada, reconociendo primero la verdadera naturaleza del argumento, pero sosteniendo luego que la referida pérdida de valor no debería ser considerada como un efecto negativo. Así, Lemley considera que, una vez resuelto el problema del bien público (el incentivo para su creación) no se justifica continuar restringiendo su uso y distribución con la intención de mantener u optimizar el valor del bien, ya que la reducción de valor es un efecto más bien deseable. “Las cortes y académicos que han aplicado la tragedia de los comunes (...) han construido un argumento ligeramente distinto, no de que el recurso mismo se vaya a extinguir por ‘sobre-utilizarse’ sino de que el valor del recurso para su propietario se reducirá por tal motivo. De hecho advierten que si no se otorga a un único propietario el derecho a controlar y limitar el uso, distintas personas usarán una idea hasta que el valor marginal de un uso adicional se reduce a cero. Ello es suficientemente cierto. La verdadera intriga es por qué alguien pensaría que esto es malo para la sociedad. Los economistas tienen un nombre para los mercados en los cuales diferentes proveedores continúan vendiendo bienes con menos y menos valor hasta llegar al punto en que cuesta más producir el bien de lo que el público está dispuesto a pagar por él. Lo llamamos mercado ‘de competencia perfecta’ y hemos pensado por al menos tres siglos (desde Adam Smith) que es algo positivo”³⁴.

El asunto, sin embargo, parece discutible. En el mercado de competencia perfecta al que Lemley hace referencia, la reducción del valor del bien se produce porque existe una gran oferta, que en determinado momento supera la demanda. La reducción de valor es consecuencia de la cantidad, no de la calidad. En los casos de propiedad intelectual a los que Landes y Posner aluden y que hemos resumido en la segunda parte de este trabajo (básicamente el *right of publicity* y

³² MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. Op. cit. pp. 3-4.

³³ LEMLEY, Mark. Op. cit. p. 15

³⁴ *Ibid.* p. 16.

los derechos de autor sobre personajes y otros elementos protegidos que pueden ser usados separadamente de la obra original) la reducción de valor no se da por causa de una sobreoferta del bien (o de bienes sustitutos), sino por la forma de utilización, que ocurre de modo tal que le causa un daño intrínseco a su reputación o imagen y que le impide seguir cumpliendo su función utilitaria o cultural.

Un argumento que a veces se utiliza contra la propiedad intelectual, es que se trataría de una institución tan diferente de la propiedad física, básicamente debido a la naturaleza intangible de los bienes protegidos, que toda analogía con el sistema de propiedad física y la teoría que la sustenta, comenzando por la terminología de “propiedad” intelectual, resulta forzada, artificial y engañosa. Podemos distinguir dos matices o niveles. Uno primero, objeta que la simple terminología de “propiedad intelectual” ha llevado a que algunos estudiosos y cortes automáticamente pretendan aplicar las mismas reglas y razones que aplican para la teoría general de la propiedad física, haciéndolo de manera ciega e ignorando las importantes diferencias que existen entre bienes intangibles y bienes físicos. Por ejemplo, Lemley dice: “A medida que el término ‘propiedad intelectual’ se consolida sobre las disciplinas tradicionales del derecho de patentes, derecho de autor y marcas, e invade asimismo instituciones legales vecinas como los secretos industriales, el ‘right of publicity’ y la competencia desleal, las cortes y académicos crecientemente se tornan hacia la literatura económica y jurídica de la propiedad tangible para justificar, –o para modificar– las reglas de la propiedad intelectual. En el ámbito académico, más y más autores han argumentado expresamente (o peor, asumido) que la información es propiedad en el sentido tradicional, y que las reglas que aplican para una categoría de propiedad deberían presumiblemente aplicar también para la otra”³⁵.

El argumento es válido, pero necesita ser tomado en su debida dimensión. Existirán determinados supuestos en que las reglas de la propiedad física, o los fundamentos económicos de éstas, no apliquen para la propiedad intelectual debido a las diferencias objetivas que existen entre los bienes objeto

del derecho. Pero existirán supuestos en que la aplicación uniforme sí resulte posible, en la medida que no exista una razón objetiva para la diferenciación. Ello dependerá de la regla en cuestión en cada caso concreto. Pero si es arbitrario aplicar a rajatabla las reglas de la propiedad física a la propiedad intelectual, es igual de arbitrario excluir, a *priori*, toda posibilidad de aplicarlas.

Un segundo matiz en este tipo de argumento cuestiona la propiedad intelectual en un nivel más fundamental, en el sentido de que la propiedad intelectual no sería en realidad una forma de propiedad, ni debiera ser llamada de tal manera. Así, en la medida en que no se aplican las razones económicas que justifican la propiedad física, el establecimiento de derechos exclusivos sobre bienes intelectuales sería una restricción injustificada en la propiedad de las demás personas. Bullard, quien aclara luego que no necesariamente asume tal posición, la resume en los siguientes términos: “Sabemos que la propiedad es una institución central para el desarrollo de mercados y para el funcionamiento de cualquier economía razonablemente estructurada. Un simple traslado de esta idea hacia el concepto de Propiedad intelectual nos lleva a formular otra aparente verdad de Perogrullo: la propiedad intelectual es tan buena para el funcionamiento del sistema económico, como lo es la propiedad sobre bienes tangibles. El razonamiento parece bastante simple. Si es bueno tener propiedad sobre bienes tangibles o materiales, generando los incentivos adecuados para su provisión suficiente y su uso adecuado, es bueno tener propiedad sobre bienes intangibles o inmateriales por la misma razón. En pocas palabras, si es falsa la interpretación marxista de que la propiedad sobre bienes materiales sea un robo, también lo es que sea robo la propiedad sobre bienes inmateriales. Sin embargo, como veremos en este artículo, la conclusión no es tan sencilla como parece. La base conceptual para justificar la existencia de titularidades exclusivas sobre bienes que podemos tocar no es trasladable a la existencia de titularidades exclusivas sobre ideas. Ni los incentivos económicos, ni la estructura legal es la misma. De hecho, es muy cuestionable que la propiedad intelectual merezca ser llamada propiedad. Sus fundamentos son,

³⁵ LEMLEY, Mark. “Property...”. Op. cit. p. 6.

en el mejor de los casos, bastante dudosos y cuestionables, y su existencia, en todo caso, justifica una limitación seria a los alcances que actualmente se le concede. En ese sentido quizás Marx hubiera tenido una frase más feliz y con mayor vigencia, si se hubiera limitado a decir que la propiedad intelectual era robo³⁶.

El argumento parecería ser que, en la medida que la justificación económica para la asignación de derechos exclusivos sobre bienes físicos no es trasladable a los bienes intangibles, no debería establecerse tales derechos exclusivos a éstos últimos, ya que ello significa una restricción no deseable a la libertad de las demás personas (en este caso, del acceso a la información). Sin embargo, no queda claro por qué no sería posible hacerlo con base en una justificación económica distinta a la que existe para los bienes físicos. Como explica Epstein, cuando se establecen derechos de propiedad sobre bienes físicos también se restringe la libertad de las demás personas. “He tratado el tema de la controversia entre libertad y propiedad a fin de poner el tema de la propiedad intelectual en materia de patentes y derechos de autor en una perspectiva correcta. Es usual que la línea dura de los libertarios considere que la propiedad intelectual no tiene los sólidos fundamentos que avalan la propiedad de los tangibles. La debilidad fatal de este argumento es que consideran que se trata de una verdad evidente, cuando lo opuesto es lo correcto: se necesita una justificación social explícita. Si esta crítica es correcta, no corresponde entonces exigir a los defensores de la propiedad intelectual que demuestren que esta satisface los estándares ineluctables que tampoco explican el origen de la propiedad sobre los bienes físicos. Más bien, los términos del debate cambian. Los defensores de la propiedad intelectual solo deben demostrar que satisface los mismos estándares que son apropiados para la defensa de la propiedad sobre los tangibles. Demás está decir que la demostración no podrá ser cierta (del mismo modo que tampoco lo es para la propiedad física). Sin embargo, las mismas justificaciones funcionales que explican por qué es permisible la limitación a la libertad (la

que igualmente debe ser defendida) para la existencia de la propiedad (física) son útiles para explicar por qué es permisible limitar otras formas de libertad por la creación de la propiedad intelectual³⁷.

Así, mi derecho de propiedad sobre un predio significa una restricción a la libertad de todas las demás personas de entrar en éste y de explotarlo. Establecemos derechos de propiedad porque consideramos que es la mejor forma de garantizar su producción, uso y explotación eficiente, pero no porque exista una especie de “derecho natural” que lo justifique de mejor modo de lo que ocurre con los bienes intelectuales. De hecho, como vimos al comienzo, la justificación del derecho natural ampararía a ambas instituciones indistintamente. Las razones económicas que justifican el establecimiento de derechos de propiedad en uno y otro caso son ciertamente distintas y se puede discutir sus ventajas y desventajas. Por ejemplo, en el caso de la información, como apunta Bullard, un problema importante es el de los altos costos de exclusión y la consiguiente gran dificultad para el *enforcement* o cumplimiento forzoso. Y las dificultades de aplicación del modelo incidirán sobre su conveniencia o inconveniencia, las que podrá discutirse. Pero no encontramos que exista una imposibilidad de principio para el establecimiento de derechos de propiedad sobre bienes intelectuales por el sólo hecho de tratarse de información.

IV. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

La principal justificación económica que existe para el establecimiento de derechos de propiedad sobre bienes intelectuales, consistentes básicamente en información, es el llamado “problema de los bienes públicos”. Una de las dos características de los bienes públicos, y en particular de la información, es que no se puede excluir a los demás de su uso, o que los costos de exclusión son muy altos. Ello determina que producir bienes intelectuales sea caro y copiarlos barato, circunstancia que empuja el precio de mercado hacia el costo marginal e impide a los creadores recuperar el costo de la creación o innovación, eliminando

³⁶ BULLARD, Alfredo. Op.cit. p. 328.

³⁷ EPSTEIN, Richard. “¿Por qué los libertarios no deberían ser (muy) escépticos sobre la propiedad intelectual?”. En: Derechos Intelectuales 13. ASIPI. Buenos Aires: Astrea. 2007. p. 21.

o reduciendo los incentivos para que ésta se produzca. Los derechos de propiedad intelectual están destinados a generar esos incentivos. Esto aplica a bienes intelectuales que significan innovación y que se protegen, básicamente, por el derecho de patentes y el derecho de autor.

Al mismo tiempo, la segunda característica de los bienes intelectuales, es que pueden ser utilizados por distintas personas al mismo tiempo sin que ello interfiera con el uso de los demás o reduzca su valor (consumo no rival), aunque esta característica no es general. Ello determina que sea deseable o conveniente el acceso universal a los mismos. La falta de acceso universal tiene un costo: produce una pérdida social y retrasa el avance de la tecnología y de la cultura, ya que éstas se originan a partir de la información que está en el dominio público.

De esta manera, se produce un conflicto entre la necesidad de generar incentivos a la innovación y la conveniencia del acceso universal a la información. La información existente no se utiliza en todo su potencial debido a los derechos exclusivos que tienen los creadores sobre ésta, pero no existiendo los incentivos adecuados, tal información (o una parte importante de ella) no se produciría en primer lugar. El problema del huevo o la gallina.

Una segunda justificación para la existencia de derechos de propiedad intelectual, es proteger la integridad del mercado, permitiendo la acumulación de reputación (*goodwill*), reduciendo costos de transacción, el riesgo de confusión de los consumidores y las conductas parasitarias, generando transparencia e incentivos a la calidad y la innovación. Esto aplica a bienes intelectuales que tienen *goodwill*, y se protegen, básicamente, por el derecho de marcas, al derecho de la competencia desleal, el *right of publicity* y ciertos aspectos del derecho de autor.

El establecimiento de reglas eficientes de propiedad intelectual es un reto que implica no sólo adecuarse al nuevo entorno digital globalizado de la era de la información, sino también internalizar las muchas diferencias existentes entre las diversas formas de bienes intelectuales y sus formas de explotación. A partir de ello y de necesidades puntuales debidamente establecidas, el diseño regulatorio deberá buscar la consecución de sus fines, es decir, la transparencia en el mercado y la generación de incentivos para la innovación que sean adecuados pero no excesivos. La propiedad intelectual no debería generar más costos que beneficios, para que no salga más cara la planchada que la camisa.



themis.pe



Visítanos en:

LUZ VERDE PARA EL ESTADO, LUZ ROJA PARA LA COMPETENCIA: CRÍTICA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL *PUBLIC CHOICE* A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI*

Andrés Calderón López**

La regulación de la competencia viene a ser una de las formas en la que más afecta el Derecho al devenir económico de un país. Un régimen de libre competencia asegura la eficiencia del mercado, al presionar a los productores a que ofrezcan un buen producto a precios bajos. Desde el Análisis Económico del Derecho, la legislación relativa a la competencia debe buscar llegar a esta eficiencia, evitando conductas anticompetitivas que acaben afectando los intereses de los consumidores al favorecer a un determinado productor.

La promulgación del Decreto Legislativo 1034, la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, motiva al autor a analizar sus disposiciones, resaltando la tendencia a proteger de manera más eficiente la libre competencia, evitando el otorgamiento de “inmunidades antitrust”. Sin embargo, y a pesar de lo positivo de la nueva legislación, el INDECOPI no ha sido eficiente al momento de sancionar las conductas anticompetitivas, por el contrario se ha “rendido” en la pelea contra este tipo de conductas.

* Dedico el presente trabajo a Alfredo Bullard, profesor y amigo que, con sus enseñanzas, me ayudó a entender que el Derecho puede ser simple, y cuanto más simple, más útil.

** Abogado. Candidato a la Maestría en Derecho por la Universidad de Yale. Becario de la Comisión Fullbright. Profesor de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, el Derecho de la Competencia es una de las áreas donde el Análisis Económico del Derecho ha tenido mayor impacto. La utilización de herramientas económicas es el “pan de todos los días” en las agencias de competencia y tribunales encargados de resolver las denuncias de prácticas anticompetitivas. Estas herramientas permiten comprender la dinámica en la que funciona un mercado, delimitar las zonas geográficas y los productos relevantes dentro de dicho mercado, analizar el comportamiento de sus actores, las condiciones que permiten o impiden que alguno de ellos ostente poder de mercado, la racionalidad económica detrás de las prácticas comerciales, los incentivos anticompetitivos o de eficiencia que subyacen a una determinada conducta, así como los previsible efectos que estos producirán en uno o más mercados.

Pero las herramientas del análisis económico, tales como la comprensión de la racionalidad e incentivos económicos de los actores en un mercado, no sólo son útiles para resolver casos concretos. Desde el ámbito normativo o de política pública, estos instrumentos son valiosos para definir algunos aspectos de lo que se incluye en una ley de defensa de la competencia –aunque normalmente una ley de esta naturaleza no será muy extensa en detalles.

En los últimos años, agencias de competencia y estudiosos a nivel mundial han puesto de relevancia la preocupación por la participación del Estado como un posible actor negativo en el proceso competitivo. Ello sucede cuando esta intervención sirve no para promover la competencia, y con ello el bienestar de los consumidores y la sociedad, sino para afectarla, restringirla innecesariamente, generando un considerable impacto negativo en los consumidores, en algunos competidores, y en general la pérdida de eficiencia social.

Valiéndose de herramientas del Análisis Económico del Derecho (AED), incluyendo

los estudios teóricos de *public choice* y varias apreciaciones empíricas, el Derecho de la Competencia a nivel internacional viene preocupándose por las restricciones públicas a la competencia (*public restraints*), y dentro de ellas, especialmente por aquellas que afectan directamente la aplicación de la ley de libre competencia. El término “inmunidades *antitrust*” puede englobar diversas manifestaciones de estas restricciones públicas, y con la finalidad de simplificar su significado, vamos a conceptualizarlas como todas aquellas intervenciones estatales que tienen por efecto que una conducta que normalmente podría ser analizada bajo la ley de libre competencia y eventualmente sancionada por sus efectos anticompetitivos, quede libre de análisis, sanción o compensación (indemnización). Es decir, una inmunidad *antitrust* es una “carta blanca” o un “pase libre” por la acera de la norma de libre competencia.

Las inmunidades *antitrust* son evidentemente perjudiciales para los consumidores puesto que al no aplicarse la norma, se corre el riesgo de que no haya competencia en el mercado, de que los precios de los productos o servicios suban, la calidad y variedad disminuyan, y que ello no se vea suficientemente compensado. Si bien en algún supuesto la competencia podría pasar a un segundo plano por la necesidad de proteger otros intereses para la sociedad, ello no siempre sucede, y de hecho con poca frecuencia –si tomamos en consideración muchos de los estudios comparados–, las inmunidades *antitrust* van a lograr un resultado global positivo¹.

En el Perú, este tema ha tenido relativamente poca importancia tanto en la agencia de competencia cuanto en las investigaciones de estudiosos del Derecho de la Competencia. Efectivamente, en la jurisprudencia local del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se pueden encontrar escasísimas referencias que revelen una preocupación por los impactos negativos de restricciones públicas a la competencia y son prácticamente inexistentes a nivel judicial. A nivel académico, también son

¹ Ver: COOPER, James y William E. KOVACIC. “U.S Convergence with International Competition Norms: Antitrust Law and Public Restraints on Competition”. En: Boston University Law Review 90. 2010. También ver: SOKOL, Daniel. “Limiting Anticompetitive Government Interventions that Benefit Special Interests”. En: Mason Law Review 17. 2009-2010.

pocos los estudios sobre este tema que, además, normalmente no ha sido el centro de atención de artículos o textos publicados².

Sin embargo, en el año 2008, de manera previa a la promulgación del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (la nueva ley de defensa de la competencia)–, la preocupación por las restricciones públicas sí capturó cierta atención de la agencia de la competencia y de algunas de las personas involucradas en la elaboración del anteproyecto normativo, un grupo de personas que tuvimos el privilegio de integrar y que trabajó en la confección del proyecto de la ley hoy vigente.

Como explicaremos más adelante, algunas de las novedades normativas que trajo el Decreto Legislativo 1034 fue la inclusión de ciertas limitaciones a las restricciones públicas a la competencia, entendiendo el especial efecto perjudicial que estas pueden tener. Nos referimos concretamente a los artículos 2 y 3 de la nueva ley referidos a su ámbito de aplicación, que se ven complementados por el criterio de la primacía de la realidad recogido en el artículo 5 de la nueva ley. De hecho, consideramos que los mencionados representan los principales cambios sustantivos que trajo la nueva normatividad de libre competencia en el Perú. No obstante esta situación, la aplicación práctica de la nueva ley por parte del INDECOPI ha ido en sentido opuesto a los objetivos que perseguía y a la tendencia internacional en el Derecho de la Competencia.

La curiosa pero lamentable situación que vamos a describir es que, a diferencia de lo que ha sucedido en muchos países, en el Perú no hay un conflicto entre entidades estatales que adoptan decisiones en contra de la libre competencia y la propia agencia de defensa de la competencia (INDECOPI). Mientras que en otros países estas agencias empujan hacia una menor intervención estatal en contra de la ley de libre competencia y propugnan la menor cantidad de inmunidades, en el Perú la agencia de libre competencia, en los últimos años, viene aceptando tranquilamente la intervención estatal que impide la aplicación de la ley. Es decir, la agencia no privilegia la aplicación de la ley, retrocede en su labor de defensa de la competencia.

En la primera parte del presente, trabajo revisaremos algunas de las razones conceptuales y prácticas por las que la intervención estatal puede ser preocupante para la defensa de la competencia, y que han motivado una creciente atención en el Derecho de la Competencia a nivel comparado. En la segunda parte, resumiremos los cambios normativos introducidos por el Decreto Legislativo 1034 en lo que respecta a las restricciones públicas a la competencia, resaltando su importancia y haciendo una breve referencia a tendencias similares en el Derecho comparado. En el siguiente capítulo, evaluaremos la aplicación práctica que ha venido realizando la agencia de competencia peruana en una serie de casos que demuestran una dirección contraria a la que propugnaba la ley y la experiencia

² De manera adicional a los trabajos de nuestra autoría citados también en este artículo, podemos destacar los siguientes a nivel local: (i) Sobre la necesidad de controlar las restricciones públicas a la competencia, ver: BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. "Matrimonio con hijos: sobre el Proyecto de Ley de Competencia". En: Revista de Economía y Derecho. Invierno. Lima. 2006. También: BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. "El abogado del diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva". En: *Ius et Veritas* 30. 2005. (ii) En relación con la comisión de conductas anticompetitivas por parte del Estado, ver: GAGLIUFFI, Ivo. "¿Por qué el largo brazo de la ley de libre competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?". En: Cuadernos Jurisprudenciales. Libre Competencia 32. Lima. 2004. (iii) Sobre los incentivos perversos de las empresas públicas, ver: FALLA, Alejandro. "Zapatero a tus zapatos". en: *Perú Económico* 3. 2003. También: PATRÓN, Carlos. "El perro del hortelano. Definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica". En: THÉMIS-Revista de Derecho 52. 2006. Además: RUIZ, Gonzalo, MARTÍNEZ, Martha y Eduardo QUINTANA. "El Carácter Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado desde una perspectiva de Políticas de Competencia". En: *Boletín Latinoamericano de Competencia* 22. 2006. (iv) En relación con el ámbito de aplicación de la ley de libre competencia, ver: CÁCERES, Fernando; CALDERÓN, Andrés y Luis DIEZ CANSECO. "Agencias de Competencia y Organismos Reguladores: Propuestas para una Interacción más Eficiente y Predecible". Programa de Investigación sobre la Competencia para el Desarrollo Económico Internacional. Canadá: Sociedad de Economía y Derecho. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2009; y una versión más resumida en: Cáceres, Fernando. "La Agencia de Competencia frente a las Regulaciones Sectoriales". En: *Revista de Derecho Administrativo* 10. 2011. También ver: GÓMEZ, Hugo. "El ámbito de aplicación objetivo de la reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas". En: *Actualidad Jurídica* 176. 2008. Por último: QUINTANA, Eduardo. "Normas de Competencia en Industrias Reguladas". En: *Revista de Economía y Derecho*. Invierno. 2008.

internacional. Finalmente, concluiremos nuestro estudio con una reflexión sobre los nuevos avances que se debería seguir a nivel internacional para limitar las restricciones públicas a la competencia y los pasos que se deben dar en el ámbito nacional para no retrasarnos (más) en este aspecto.

II. ¿POR QUÉ EL ESTADO QUERRÍA AFECTAR LA COMPETENCIA?

El Estado tiene buenas y malas intenciones para afectar la competencia. Es consciente y muchas veces inconsciente cuando lo hace. Para tratar de explicar mejor los diferentes contextos, nos referiremos sucintamente a cuatro principales razones, la primera de ellas se presenta normalmente cuando el Estado es un agente económico más del mercado, las otras tres normalmente cuando el Estado realiza algún tipo de función regulatoria o ejecutiva.

A. Porque tiene incentivos anticompetitivos para crecer en el mercado

En este caso nos referimos al Estado como un participante más del mercado, esto es, cuando realiza una actividad económica. Normalmente, el Estado se presentará como una empresa pública, pero también habrán otros casos en los que el Estado será el consumidor, el demandante de bienes o servicios, y también habrán supuestos en los que el Estado realizará una actividad económica sin adoptar necesariamente la forma de una empresa pública; esto último se da cuando de facto alguna entidad estatal se dedica a la realización de actividades económicas, como por ejemplo sucedería si un ministerio se dedicara a la confección de uniformes o si una agencia regulatoria se dedicara a la elaboración de materiales didácticos como si fuera una casa editorial.

En todos estos supuestos el Estado se comporta como un agente económico y cuenta también con los incentivos para, eventualmente, implementar alguna práctica anticompetitiva que le garantice una mayor cuota de mercado y la obtención de beneficios.

Ahora bien, estos beneficios no necesariamente serán los mismos de un monopolista privado que busca la obtención de mayores ingresos a menores costos (rentabilidad). En el caso de las empresas estatales (término general que utilizaremos para agrupar a todas las manifestaciones antes expuestas), es verdad que no tienen como única ni principal finalidad la obtención de ganancias como sucede con las empresas privadas.

Muchas veces tienen objetivos de diversa índole (generación de empleo, mayor cobertura en la prestación de bienes y servicios, obligaciones de servicio universal, entre otros), que ocasionan que estos agentes económicos estatales tengan fuertes incentivos para aumentar su producción y su presencia en un mercado aun cuando ello implique una reducción en sus márgenes de ganancias o la pérdida de rentas³. Es decir, tienen incentivos para expandirse y tener más demanda aun cuando eso signifique perder rentabilidad.

Del mismo modo, dado que el éxito de los directores y gerentes de una empresa depende de la consecución de los resultados deseados por los accionistas (empresa), se advierte que la mayor o menor apreciación y recompensa que tendrán los *managers* de una empresa pública, dependerá precisamente del cumplimiento de los objetivos de escala y alcance (expansión) de la empresa, antes que de las utilidades que obtengan⁴.

Considerando que las empresas públicas no responden a una motivación de maximización de rentas, sino principalmente al aumento de su producción y a tener una mayor presencia en el mercado, estos agentes económicos tienen los incentivos para adoptar prácticas anticompetitivas (en su mayoría, de naturaleza predatoria) que perjudicarían a sus competidores privados. En efecto, las empresas públicas podrán soportar pérdidas o reducciones en sus márgenes de ganancia, con la finalidad de lograr una mayor presencia en el mercado. Es decir, las empresas públicas tienen suficientes motivaciones para adoptar estrategias comerciales que busquen desplazar del mercado a sus competidores

³ SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. "Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities". En: GEDDES, Richard. "Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises". Stanford: Hoover Press. 2004. pp. 1, 5-7.

⁴ *Ibid.* p. 2.

privados. En este contexto, pueden tener un propósito tanto o más anticompetitivo que el de un agente económico privado.

Así, por ejemplo, las empresas públicas pueden vender sus productos o servicios a un precio inferior a su costo marginal debido a que su intención será la de tener una mayor presencia en el mercado antes que obtener una ganancia más atractiva. Este designio será perseguido aun cuando implique expandir ineficientemente su producción o utilizar tecnología desfasada y muy costosa, por ejemplo. Del mismo modo, pueden actuar agresivamente en el mercado con el objeto de incrementar los costos de sus competidores (*raise rivals cost*) o crear barreras de ingreso al mercado⁵. En otras ocasiones, la empresa estatal rehusará negociar con un competidor en el mercado aguas abajo (*downstream*), por temor a perder participación en el mercado conexo o en el propio mercado donde tiene posición dominante. Ello ocurrirá en aquellos mercados donde las empresas estatales enfrentan competencia. Así, por ejemplo, si una empresa estatal obtiene rentas en una actividad donde cuenta con un monopolio, estas ganancias servirán para soportar pérdidas o rentas menores en un mercado competitivo (subsidio cruzado)⁶.

Las motivaciones anticompetitivas que pueden tener las empresas públicas se ven respaldadas por una serie de beneficios que les permite estar en mejor situación que competidores privados y, eventualmente, adoptar las mencionadas estrategias anticompetitivas. Estas ventajas no tienen su origen en eficiencias económicas como la reducción de costos, mejor manejo empresarial, uso de mejor tecnología, sino que nacen a partir de la decisión gubernamental⁷. No hicieron nada para merecerlas o conservarlas, el propio Estado se las otorgó.

Dentro de las ventajas encontramos: la obtención de créditos garantizados (que

reducen los costos de financiamiento), la posesión de capital cautivo (los accionistas son los contribuyentes, quienes no pueden decidir retirar su “inversión” ante un mal manejo empresarial de la empresa pública), exenciones de quiebra o bancarrota (una empresa pública puede soportar pérdidas por muchos años sin el riesgo de quebrar, o con la seguridad de ser “salvadas”), exenciones del pago de tributos, exenciones del cumplimiento de regulaciones específicas, subsidios directos, entre otros⁸.

Todos estos beneficios de los que gozan las empresas públicas no sólo permiten adoptar prácticas anticompetitivas sino que también generan desincentivos para el desarrollo o el ingreso de competidores privados. Es por ello que, al reconocerse los incentivos anticompetitivos que tienen las empresas públicas, sumados a las ventajas que ostenta en el mercado, se señala con acierto que: “[una] vigilancia particular en el monitoreo de las actividades de mercado de empresas estatales se justifica. También sería apropiado sujetar a las empresas estatales a leyes de competencia más estrictas y a penalidades más severas por su violación”⁹. En el mismo sentido, puede ser recomendable restringir los alcances de los monopolios designados o limitar la posibilidad de que una empresa estatal pueda expandir sus actividades más allá del mercado para el que fue expresamente habilitada¹⁰.

Más allá de algunas obligaciones particulares que puedan tener las empresas estatales, hay un consenso generalizado para requerir que se sometan a la aplicación de las leyes de defensa de la competencia.

B. Porque es un atractivo objeto de captura

“[E]n la medida que un sistema de competencia logre éxito atacando restricciones privadas, se incrementan los esfuerzos que las empresas

⁵ *Ibíd.* p. 14.

⁶ GEDDES, Richard. “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”. En: GEDDES, Richard. “Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises”. Stanford: Hoover Press. 2004. p. 30.

⁷ *Ibíd.* p. 28.

⁸ *Ibíd.* pp. 30-34.

⁹ Traducción libre de: “(...) particular vigilance in monitoring the market activities of SOEs is warranted. It may also be appropriate to subject an SOE to more stringent competition laws and harsher penalties for violating them”. SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. *Op. cit.* p. 14.

¹⁰ *Ibíd.* p. 18.

destinarán a obtener restricciones públicas”¹¹. Esta cita pertenece a Timothy Muris, ex jefe de la *Federal Trade Commission* (FTC), agencia de competencia de los Estados Unidos y probablemente la agencia de competencia de mayor actividad e importancia en el mundo.

A lo que se refiere Muris es a un estadio regular de evolución de la defensa de la competencia, un estadio por el que pasan todas las agencias de competencia en el mundo. Cualquier empresa en el mercado busca conseguir capturar la mayor parte de la demanda en el mercado. Toda empresa que actúe con racionalidad económica sueña con llegar a ser monopolista y obtener la mayor rentabilidad posible. Y la competencia es el principal obstáculo en el camino a ese objetivo. La presión que plantean los competidores reduce las posibilidades de que una empresa pueda subir sus precios y obtener más ganancias. “La disciplina de la competencia” es una frase que refleja correctamente el efecto de la competencia sobre los agentes económicos.

Por ello, es lógico que cualquier agente económico tenga incentivos para restringir la competencia. El sistema tradicional de defensa de la competencia propugna que ésta se mantenga y que las afectaciones que puedan sufrir unos competidores se deriven de la eficiencia de otros. Al mismo tiempo, busca evitar y desincentivar aquellas afectaciones que no respondan a esta eficiencia sino a decisiones privadas (normalmente comerciales) que no compensen el daño competitivo generado; estas decisiones son las habitualmente conocidas como conductas o prácticas anticompetitivas (abuso de posición de dominio o monopolización, prácticas colusorias y operaciones de concentración empresarial).

El escenario que justifica la cita de Muris no es ninguno de los anteriores descritos en el párrafo precedente, sino uno en el

que los agentes económicos, para librarse de los competidores acuden al Estado y ya no a su propia eficiencia o sus prácticas anticompetitivas. La restricción la genera el Estado, y en comparación con las otras dos alternativas, esta última es la más efectiva para dicho fin.

La intervención estatal es más efectiva en eliminar la competencia que las conductas privadas, pues a diferencia de estas últimas, las restricciones públicas son acatadas por todos, tienen mayor permanencia, no existe el riesgo de cambio inmediato (a diferencia de un cártel privado de precios, por ejemplo, no hay la desconfianza en que uno de los miembros de la práctica colusoria vaya a traicionar al resto) y, finalmente, no hay temor a la detección y sanción por las autoridades de defensa de la competencia. La restricción a la competencia es lícita.

De esta forma, si la eficiencia no es el camino elegido por un competidor, y si hay una agencia de competencia fuerte que genera suficientes desincentivos para la comisión de conductas anticompetitivas, los agentes económicos podrán virar hacia el Estado, con el objetivo de tratar de conseguir la venia de los funcionarios públicos para limitar la competencia¹².

En este contexto, la experiencia demuestra que distintas instancias de un complejo aparato estatal pueden sucumbir ante las presiones de operadores privados, y adoptar algún tipo de decisión pública –adjudicatoria, normativa o fáctica (actuación material) – que limite injustificadamente la competencia¹³. Con acierto, el *public choice* y la teoría económica de la regulación (*Economic Theory of Regulation* o “ETR”) enseñan que los funcionarios públicos, al igual que cualquier persona, son agentes racionales, y no es que simplemente abandonen sus intereses y motivaciones en la puerta de sus oficinas¹⁴.

¹¹ Traducción libre de: “(...) as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints”. En: MURIS, Timothy. “State Intervention/State Action - A US Perspective”. En: George Mason Law & Economics Research Paper 04-18. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. Nueva York. October 24, 2003. p. 2.

¹² WILEY JR, John. “A Capture Theory of Antitrust Federalism”. En: Harvard Law Review 99. 1985-1986. SOKOL, Daniel. Op. cit. p. 133.

¹³ DOGAN, Stacey y Mark LEMLEY. “Antitrust Law and Regulatory Gaming”. Texas Law Review 87. 2009.

¹⁴ COOPER, James y William KOVACIC. Op. Cit. p. 1597. Ver también en general: BECKER, Gary. “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”. En: Quarterly Journal of Economics 98 (1983); PELTZMAN, Sam. “Toward a More General Theory of Regulation” en: Journal of Law and Economics 19.

Las motivaciones que tendrá el Estado para aceptar estas peticiones anticompetitivas pueden ser de distinta índole. Se pueden presentar casos claros y abiertos de corrupción, las restricciones públicas también pueden ser una “compensación” por el apoyo político recibido por empresas privadas en tiempos de dificultad o financistas en campañas electorales¹⁵, o también pueden tratarse de legítimas decisiones que, no obstante, se vieron influenciadas por la asimetría de información, o por una equivocada evaluación de los costos y beneficios, circunstancias que discutiremos por separado y a continuación.

C. Porque se encuentra en una situación de asimetría informativa

El Estado puede ser capturado aún sin saberlo. En la decisión acerca de si conviene adoptar una determinada medida, el Estado cuenta con limitada información, la misma que puede ser inferior a la cantidad que maneja los operadores privados involucrados en el mercado sobre el que recae la medida pública. Esto es así porque en el caso de las empresas privadas, conocer las complejidades y detalles de la dinámica del mercado es parte de su negocio. Si no manejan suficiente información, pueden tomar decisiones equivocadas y perjudicar su posición en el mercado y, en última medida, salir del mercado. Es decir, tienen incentivos para acumular mayor conocimiento y para equivocarse lo menos posible.

El Estado no tiene los mismos incentivos. Los funcionarios públicos encargados de adoptar las decisiones regulatorias o administrativas sobre un mercado no experimentarán los beneficios ni los perjuicios directos de aquellas disposiciones. Adicionalmente, el Estado maneja un determinado número de recursos, y no tienen tanta libertad para adaptar su presupuesto, su estructura ni su personal a las variantes que el mercado desarrolla. Esto agranda la asimetría de información en la que se encuentra frente a las empresas privadas.

Los efectos de esta situación suelen ser variados. En primer lugar, esta asimetría informativa puede llevar al Estado a confiar excesivamente en la información que maneja uno o un grupo de operadores privados y adoptar una decisión que pueda perjudicar a otros competidores o al proceso competitivo en general¹⁶.

Es importante considerar que a medida que un mercado se encuentre más concentrado existirán más incentivos para intervenir en el proceso decisorio del Estado. En efecto, un número reducido de competidores enfrentan menores costos de transacción y menores problemas de externalidades para tratar de influenciar en el Estado. Al tratarse de unos cuantos agentes, no será tan costoso que ellos se pongan de acuerdo en la propuesta regulatoria o adjudicatoria que desean proponer al Estado y en la manera de presentarla. Asimismo, al ser pocos los beneficiarios de esta propuesta, se reducen los riesgos de que alguno de ellos se beneficie sin incurrir en los costos que tienen que asumir para lograr la aprobación de su propuesta (costos de *lobbying*).

En oposición, si la propuesta afecta a un gran número de competidores atomizados, o más aún, si la intervención estatal solicitada afecta únicamente a los consumidores, estos agentes enfrentarán todos los costos y desincentivos que fueron evitados en la situación descrita en el párrafo anterior. Los costos de ponerse de acuerdo entre un gran número de actores serán más elevados. Hacer un *lobbying* en su favor o en oposición a la propuesta de operadores en un mercado concentrado demandará más recursos¹⁷. Asimismo, al tratarse de un gran universo de agentes involucrados, los beneficios del *lobbying* serán esparcidos y tal vez de poca consideración para cada uno de los sujetos individualmente considerados. Por ello, aun cuando el beneficio global sea mayor, hay estímulos para evitar incurrir en estos costos y aun así tratar de aprovechar los efectos positivos de la medida. Es decir, hay incentivos para ser un *free rider*.

1976; STIGLER, George. “The Theory of Economic Regulation”. En: Bell Journal of Regular Economics & Management Science 2. 1971.

¹⁵ COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. p. 1559. También ver en general: VISCUSI, Kip, John VERNON y HARRINGTON JR, Josep. “Economics of regulation and antitrust”. Cambridge: MIT Press. 2000.

¹⁶ COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. pp. 1562-1563.

¹⁷ WILEY JR, John. Op. cit. pp. 724-725.

Sin perjuicio de lo señalado, la asimetría informativa no necesariamente puede ocasionar que el Estado adopte una decisión anticompetitiva. Una alternativa es que el Estado busque dar una solución a esta asimetría y confíe en alguien más la elección de la mejor política pública. Así, normalmente se presentan dos alternativas —no siempre excluyentes—: (i) confiar la decisión a un organismo regulador especializado, o (ii) confiar la decisión a la autorregulación de los privados.

Como podrá apreciar el lector, ninguna de las dos opciones soluciona de manera definitiva el problema de la asimetría informativa ni de la captura regulatoria. Un organismo regulador estatal aún puede estar en desventaja en conocimientos frente a las empresas privadas reguladas¹⁸ y la interacción frecuente con dichos operadores también acrecienta las opciones de captura¹⁹. Por su parte, un cuerpo de autorregulación mantiene los incentivos privados para afectar la competencia y, aunque su diseño y supervisión por parte de una entidad estatal puede generar contrapesos para evitar decisiones anticompetitivas, hay un riesgo latente y la asimetría informativa puede mantenerse constante.

Lo expuesto en este acápite no tiene por objeto rechazar de plano las opciones de organismos reguladores especializados²⁰, ni los cuerpos de autorregulación, ni tampoco sustentar que en estos casos siempre habrá restricciones públicas a la competencia. Simplemente, buscamos explicar una de las razones por las cuales se pueden manifestar estas restricciones. De hecho, consideramos

que la posibilidad de aparición de restricciones públicas a la competencia, al igual que las privadas, son innegables. Lo importante es atajarlas adecuadamente.

D. Porque el Estado también se equivoca

Errar es humano, y creer que el Estado no es humano es ingenuo. El Estado está compuesto de personas y éstas como cualesquiera otras pueden cometer errores. Entonces, antes que divinizar al Estado, más bien podríamos verlo como un “súper-humano”, por la cantidad de personas que agrupa a su interior, y con ello las posibilidades de errar también se multiplican.

Entonces, aun en el supuesto de que el Estado se encuentre en igualdad de condiciones que los operadores privados, y aun cuando haya podido evitar las tentaciones de la captura regulatoria, los funcionarios públicos también pueden equivocarse al momento de evaluar los costos y beneficios de sus decisiones. En tal sentido, una incorrecta evaluación generará perjuicios anticompetitivos sin que haya una suficiente compensación en la persecución de intereses públicos.

Por ejemplo, un grupo de transportistas podría pedir al Estado que los buses que transitan por carreteras cuenten con determinadas condiciones técnicas como frenos ABS y una capacidad de 50 pasajeros como mínimo, ello con la finalidad de evitar accidentes en los que las víctimas fueron personas que viajaban paradas. Aun cuando el objetivo sea loable y las medidas sean idóneas, en un caso concreto podrían tener

¹⁸ DOGAN, Stacey y Mark LEMLEY. Op. cit. p. 699.

¹⁹ “Este juego repetido de actores dentro de un estrecho rango de intereses hace que los reguladores sectoriales sean más fáciles de capturar que las autoridades de competencia, ya que la vigilancia de estos últimos los expone a muchas industrias e intereses de grupos, mientras que los primeros deben lidiar con la atención focalizada de los mismos grupos de interés una y otra vez. Particularmente en los países en vía de desarrollo, la baja remuneración a los reguladores sectoriales incrementa la probabilidad de captura. En adición a la presión directa de grupos empresariales, los reguladores sectoriales pueden estar propensos a la presión específica de legisladores interesados en ese sector, exacerbando aún más el problema de captura”. Traducción libre de: “This repeat play of actors within a narrow band of interests may make sector regulators easier to capture than antitrust enforcers, since the latter’s oversight exposes them to many industries and interest groups, while the former must deal with the focused attentions of the same interest groups over and over. Particularly in the developing world, the low pay of sector regulators increases the likelihood of capture. In addition to direct pressure from industry groups, sector regulators may be prone to specific pressure from legislators interested in that sector, further exacerbating the problem of capture.” SOKOL, Daniel. Op. cit. p. 134.

²⁰ En relación conl problema de escoger esquemas regulatorios sectoriales por encima de la aplicación general de las leyes de competencia, Dogan y Lemley comentan: “(...) virtualmente todos los economistas estarían de acuerdo en que la vigilancia antitrust de la competencia en los mercados es superior a la regulación de la industria”. Traducción libre de: “(...) virtually all economists would agree that antitrust-overseen market competition is superior to industry regulation.” DOGAN, Stacey y Mark LELMLEY. Op. cit. p. 696.

graves efectos perjudiciales, si es que, por ejemplo, otros competidores tienen otras medidas efectivas de seguridad alternativas a los frenos ABS o sus vehículos tienen una capacidad menor a los 50 pasajeros pero prohíbe que alguno de ellos viaje parado. Una inadecuada evaluación de los costos y beneficios de la medida regulatoria puede causar perjuicios a la competencia y a los consumidores, favoreciendo solo a un grupo de agentes.

Es por esta razón que a nivel nacional e internacional las cortes requieren hacer un análisis de razonabilidad de las medidas públicas que puedan afectar a las personas (consumidores o competidores), que incluya una evaluación de la idoneidad de la medida, que los beneficios superen los costos y que no exista una medida menos onerosa para conseguir el fin público perseguido²¹.

III. LUZ ROJA: ¿QUÉ LÍMITES INCORPORA LA LEY DE LIBRE COMPETENCIA A LA ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA ESTATAL?

Habiendo revisado las motivaciones y causas por las que el Estado puede restringir la competencia, corresponde analizar ahora qué respuestas da el Derecho de la Competencia frente a estas restricciones públicas, específicamente cuándo las restricciones se convierten en inmunidades, en un escape al escrutinio que requiere la aplicación de la ley de defensa de la competencia.

A continuación revisaremos los artículos relevantes que fueron incluidos en el Decreto Legislativo 1034 relacionados con esta intervención estatal que podría limitar la aplicación de la ley de libre competencia.

A. Artículo 2 y artículo 5: Estado infractor y primacía de la realidad

El artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece lo que tradicionalmente se ha conocido como el ámbito subjetivo de aplicación²², es decir, los sujetos que pueden ser considerados como infractores de la ley de libre competencia: “Artículo 2. Ámbito de aplicación subjetivo: La presente ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa”.

Este artículo no presenta mayores cambios con relación al predecesor artículo 2 del Decreto Legislativo 701²³. Mientras el Decreto Legislativo 1034 hace referencia a las personas que “en el mercado oferten o demanden bienes o servicios”, el Decreto Legislativo 701 incluía a las personas que “realicen actividades económicas”. Es decir, el factor clave sigue siendo la participación en el mercado, sea como ofertante o como consumidor, sin importar si se trata de una persona de derecho público o privado. Empresas privadas y empresas estatales están incluidas.

Tal vez lo más relevante en lo que respecta al ámbito subjetivo sea la inclusión del artículo 5: “Artículo 5. Primacía de la realidad:

²¹ Sobre el test de razonabilidad del Tribunal Constitucional peruano, ver Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003 (Exp. 0008-2003-AI/TC). Para el análisis de legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas del mercado, ver Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997. También ver en general: PASQUEL, Enrique. “Ruleta Regulatoria. La importancia del análisis de la razonabilidad de las regulaciones”. En: Revista Advocatus 24. 2011.

²² En otro lugar, hemos argumentado en contra de la definición del ámbito de aplicación de la ley de libre competencia en atención al sujeto infractor (ámbito subjetivo), y propuesto que un enfoque material o funcional supondría una definición en torno a la conducta: actividad económica o con fines económicos o comerciales (ámbito objetivo). CALDERÓN, Andrés. “Estado versus competencia: cuando el Estado provoca el incumplimiento de las leyes de defensa de la competencia”. Tesis para optar por el título de Abogado. 2010. pp. 233-237.

²³ Decreto Legislativo 701: “Artículo 2. Ámbito de aplicación. La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley”.

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.

Esto responde a una resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (Sala) en el 2005, en la que revocó una decisión de la Comisión de Libre Competencia (CLC), y declaró que el COES (un órgano de autorregulación compuesto por diversas empresas dedicadas a la generación eléctrica) sí podía ser sujeto de evaluación ante la ley de libre competencia, frente a la acusación de uno de los operadores de un boicot en su contra, gestado al interior del COES. La Sala adoptó el criterio de la “primacía de la realidad”, por el que se debía atender a la naturaleza de las cosas y no a la formalidad de la presunta conducta anticompetitiva. Así, la Sala consideró que el COES, al estar conformado por agentes privados que participaban en distintos niveles de la actividad eléctrica, incluyendo la generación, podía realizar conductas con fines anticompetitivos aun cuando fueran llevadas a cabo en el ejercicio de una potestad administrativa confiada por el Estado²⁴.

Así, el mandato conjunto del artículo 2 (actividad económica) y artículo 5 (primacía de la realidad) implica considerar aquellas conductas anticompetitivas realizadas por cualquier entidad estatal o cuerpo autorregulatorio dotado de potestades públicas, en la medida que se pueda apreciar una conducta materialmente económica. Entonces, corresponderá analizar si la práctica realizada es materialmente económica, es

decir, si la entidad u órgano involucrado, se comporta como un proveedor o un comprador de bienes o servicios, más allá de las formalidades que pueden recubrir estas conductas o decisiones.

Este enfoque funcional ha sido adoptado ampliamente en la experiencia comparada. Así, podemos apreciar que en España se han perseguido y sancionado a empresas públicas, entidades públicas²⁵, colegios profesionales²⁶ y organismos de certificación y normalización industrial²⁷, aun cuando hayan sido dotados de algún tipo de potestad pública, en la medida que materialmente realizaban una conducta económica²⁸. La jurisprudencia comunitaria europea muestra el mismo enfoque funcional, incluyendo como infractores a empresas públicas, colegios profesionales²⁹ y en general a entidades cuasi-gubernamentales que desarrollan actividades económicas³⁰.

En Estados Unidos, por su parte, se puede encontrar una especial preocupación por los cuerpos autorregulatorios y asociaciones de profesionales o comerciales con capacidad para imponer estándares en el mercado. Como veremos en el siguiente apartado, la práctica *antitrust* norteamericana no solamente enjuicia las conductas de estos agentes, sino que también limita la posibilidad de que los Estados les otorguen inmunidades respecto de la aplicación de la ley federal de libre competencia (*Sherman Act*).

Los cambios introducidos en el Decreto Legislativo 1034 demuestran pues una preocupación similar a la corriente del Derecho de la Competencia internacional: es importante analizar y eventualmente sancionar las conductas de cualquier persona o grupo de personas que realice actividades económicas con efectos anticompetitivos, aun cuando se trate del Estado o de algún organismo mixto que cuente con potestades públicas.

²⁴ Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI del 8 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por Termoselva contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros.

²⁵ Resolución del TDC del 20 de marzo de 1998. Asunto “Cruz Roja de Fuengirola”. Expediente 419/97 (Conductas).

²⁶ Resolución del TDC del 18 de enero de 2000. Asunto “Abogacía Española”. Expediente: 455/99 (Conductas).

²⁷ Resolución del TDC del 25 de noviembre de 1997. Asunto “AENOR”. Expediente: R 260/97 (Recursos).

²⁸ Ver: BERENGUER, Luis. “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”. En: “Anuario de la Competencia”. Madrid: Marcial Pons. 1997. pp. 168 y siguientes.

²⁹ Ver, entre otros: Sentencia del TJCE del 30 de abril de 1985. Asunto “BNIC c. Clair”; y Sentencia del TJCE del 19 de febrero de 2002, Asunto “Wouters”.

³⁰ WHISH, Richard. “Competition Law”. Quinta edición. Londres: LexisNexis. Reino Unido. 2003. p. 82.

B. Artículo 3: Exenciones legales

El artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) dispone expresamente lo siguiente: “Artículo 3. Ámbito de aplicación objetivo: Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

Originalmente, el artículo 3 del anteproyecto de la LRCA contenía una provisión que buscaba dar solución al recurrente problema entre regulación y competencia. La versión inicial recogía un discutible criterio aplicado por la Sala en un caso del 2008 en el que se señalaban las condiciones que debían cumplirse para decidir que una regulación sectorial primaba sobre la ley de competencia³¹. Esta versión recibió diversos comentarios en contra, por lo que se sustituyó por la versión que se encuentra en el primer párrafo del Decreto Legislativo 1034. El segundo párrafo fue añadido por la Presidencia del Consejo de Ministros antes de su promulgación y publicación³².

El objetivo del artículo 3 está expreso en la Exposición de Motivos de la LRCA³³ y evidencia que la intención de su incorporación en la LRCA era la de esclarecer que solo una norma con

rango de ley puede desplazar la aplicación de la ley de libre competencia. Solo otra norma del mismo rango o superior puede establecer una excepción a la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas: “El artículo 3 del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia (...) Por ejemplo, se podría imaginar una situación en la que una ley obligue a las empresas de determinado mercado a concertar los precios de sus productos. Dado que los precios vigentes en el mercado son resultado de una colusión que se da en ejecución de una obligación legal, los agentes económicos involucrados no serían sujetos de sanción por parte de la autoridad de competencia en virtud de la ley de competencia, considerando que su conducta es resultado de lo dispuesto en otra norma legal.

En consecuencia, todos los dispositivos normativos o ejercicio de potestades públicas que no encajen dentro del concepto de “norma legal”, como lo destaca la Exposición de Motivos de la LRCA, no podrán exonerar la aplicación de la ley de defensa de la competencia. Una empresa no podrá considerarse exenta del cumplimiento de la LRCA porque un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato de concesión se lo permiten, debiendo respetar lo dispuesto en la norma *antitrust*, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa.

En virtud de esta ley, entonces, también se deja de lado el principio de supletoriedad tal cual venía siendo aplicado por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en el sentido de que cualquier regulación sectorial, normalmente contenida en un reglamento (norma de rango terciario), podía desplazar

³¹ Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú.

³² Para un mayor detalle de los orígenes y la interpretación del artículo 3 del Decreto Legislativo 1034, y su efecto sobre las exenciones legales a la aplicación de la ley de libre competencia ver: CALDERÓN, Andrés. “Estado versus Estado: las exenciones a la aplicación de la Ley de Libre Competencia”. En: Revista de Derecho Administrativo 10. 2011. pp. 153-168.

³³ Dicho documento fue preparado por funcionarios del INDECOPI que integraron el Grupo Especial encargado de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; sin embargo, no fue publicado junto con el Decreto Legislativo 1034. La Exposición de Motivos fue remitida por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio 650-2008-DP/SCM del 24 de noviembre de 2008. El texto puede ser revisado en el Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.

y de manera general a la ley de libre competencia³⁴. Con el cambio normativo, solo una ley puede ordenar esta supletoriedad.

Esta disposición sigue el ejemplo de la ley española de defensa de la competencia que tiene una provisión similar³⁵. La jurisprudencia española ha interpretado correctamente que los reglamentos o actos administrativos no pueden establecer exenciones, sino únicamente desarrollar aquellas que han sido establecidas por una norma con rango de ley.

Con ello, se limitan las posibilidades de generar inmunidades a la ley de libre competencia, y al mismo tiempo, se restringen las oportunidades para la captura de las entidades públicas. Un operador privado que quiera eximirse del “deber de competir” solo podrá acudir al Congreso o al Ejecutivo en el caso de legislación delegada (decretos legislativos) o de urgencia (decretos de urgencia). Y aun así, la mayor publicidad y escrutinio que tiene ese proceso legislativo –en particular, del Congreso– favorece la detección y desincentiva eventuales capturas.

La modificación normativa es coherente también con la preocupación internacional por las exenciones legales.

A nivel europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha adoptado la doctrina de la “eliminación del efecto útil de las normas de defensa de la competencia”. Esta doctrina jurisprudencial, originada en los asuntos “Wilhelm”³⁶ y posteriormente “Inno”³⁷, consiste en la obligación que tienen los Estados Miembros de la Unión Europea de no eliminar el efecto útil de las provisiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea, en particular las normas de libre competencia (artículos 101 y 102 del TFUE). Así, se considerará que los Estados infringen tanto el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea (que recoge el deber de los Estados Miembros de abstenerse de adoptar medidas que pongan en peligro la consecución de los objetivos de la Unión) cuanto los artículos 101 ó 102, cuando adopten medidas que impongan, promuevan o faciliten la comisión de las conductas anticompetitivas prohibidas por los referidos artículos del TUE. En puridad, se trata de una obligación general –sí admite limitadas excepciones de interés público– de no crear exenciones o inmunidades al ordenamiento europeo de defensa de la competencia.

Es especialmente resaltante en la jurisprudencia europea que se considere que un Estado Miembro falsea el régimen de libre competencia si es que delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica, en el entendido que las posteriores decisiones de los privados restrinjan la competencia³⁸. Esto refleja una preocupación especial por los casos de captura, por aquellos supuestos en los que una regulación anticompetitiva responde al interés de determinados competidores y no a un interés público.

Similar inquietud se aprecia en la jurisprudencia norteamericana que aborda el tema de las exenciones o inmunidades *antitrust*. Cuando se trata de una inmunidad generada a nivel estatal o de gobiernos locales, la doctrina de la *State Action*, originada en el caso *Parker v. Brown*³⁹, dispone que la ley federal de libre competencia (*Sherman Act*) no

³⁴ Ver: Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo del 2002, en el procedimiento seguido por Paneles Napsa contra Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte - Edelnor; Resolución 015-2002-CLC/ INDECOPI del 28 de agosto de 2002, en el procedimiento seguido por Practimar Ilo contra la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU; y, Resolución 021-2007/CLC del 21 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú.

³⁵ Artículo 4 de la Ley 15/2007, del 3 de julio de 2007, Ley de Defensa de la Competencia.

³⁶ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969. Asunto 14/68: “Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt”.

³⁷ Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto 13/77: “Inna v. IBM”.

³⁸ Sentencia del TJCE del 21 de setiembre de 1988. Asunto 267/86: “Van Eycke”. “Por tanto, según el TJCE, para aplicar al caso concreto esta doctrina es necesario comprobar si la disposición impone o favorece la conclusión de acuerdos; en segundo lugar, si refuerza una coordinación preexistente; o, por último, si la disposición delega en operadores privados funciones de carácter público”. VICIANO, Javier. Op. cit. p. 393. Sobre los supuestos comprendidos en “Van Eycke”, puede verse: CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Reglamentaciones públicas anticompetitivas”. En: BEYNETO, José María y Jerónimo MAILLO. “Tratado de Derecho de la Competencia”. Volumen II. Barcelona: Bosch. 2005. p. 1315.

³⁹ “Parker v. Brown”. 317 U.S. 341 (1943).

será aplicable en la medida que se presenten dos condiciones: (i) una política estatal claramente articulada, y (ii) una supervisión activa por parte del propio Estado.

La racionalidad de estos requisitos establecidos por la Corte Suprema en el "Asunto Midcal"⁴⁰ es la de comprobar que la norma estatal que desplaza la aplicación de las normas *antitrust* federales responda realmente a una política conscientemente adoptada y no sea, en realidad, un mero mecanismo para otorgar inmunidad a favor de los particulares. Dado que la doctrina busca garantizar la soberanía estatal de regulación del comercio, debe cuidarse que esta norma estatal responda realmente a intereses públicos y no a intereses privados particulares que tengan por objeto eximirse del deber de competir en el mercado. De hecho, algunos estudiosos⁴¹ y la propia FTC⁴² abogan por negar la inmunidad cuando la medida adoptada se haya generado por agentes privados que detenten una potestad pública por un mandato estatal, es decir, cuerpos de autorregulación.

Por otro lado, tratándose de regulaciones sectoriales de nivel federal, las cortes norteamericanas han decidido atender a la voluntad del legislador para definir qué norma prima (la federal sectorial o la federal *antitrust*), o si es que estas conviven con distintos ámbitos de aplicación. Cuando no hay una voluntad legislativa expresa, la Corte Suprema ha aceptado que en algunos casos puede operar una inmunidad implícita o prioridad (*preemption*) implícita si es que la regulación sectorial cumple con ciertas condiciones. Aunque la Corte Suprema estadounidense ha rehusado establecer un criterio único aplicable a todo tipo de conflicto

regulatorio con la norma *antitrust*, sí se puede tomar como referencia el expuesto en el caso Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing⁴³ resuelto en el 2007 y referido a la regulación de mercado de valores. En este caso, el Tribunal concluyó que deben concurrir cuatro requisitos a efectos de determinar la existencia de una inmunidad implícita frente a las leyes de competencia: (i) que exista una autoridad regulatoria que supervise la conducta en cuestión; (ii) que exista evidencia de que dicha entidad regulatoria ejerce su autoridad; (iii) que haya riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia; y, (iv) que el mercado regulado pueda verse afectado por esta contradicción⁴⁴.

Estas condiciones reflejan nuevamente la preocupación de la Corte por no dejar inmunes prácticas anticompetitivas y de la necesidad de que haya una regulación específica y ejercida correctamente por la autoridad correspondiente para que pueda dejarse de aplicar la ley *antitrust*, evitándose de este modo inmunidades originadas por simple captura regulatoria. Aun así, el Tribunal Supremo norteamericano se ha mostrado reacio a aceptar la inmunidad implícita cuando no se pueda inferir claramente que esa ha sido la voluntad del legislador (Congreso Federal). Para la Corte, el desplazamiento excepcional de las leyes de competencia por estatutos regulatorios solo puede admitirse en casos de "clara repugnancia entre los preceptos *antitrust* y regulatorios"⁴⁵. En este sentido, frente al silencio legislativo, como regla general, se deberá optar por admitir la compatibilidad y aplicación de ambos cuerpos normativos, en sus respectivos ámbitos.

⁴⁰ "California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc". 445 U.S. 97 (1980).

⁴¹ SULLIVAN, Thomas y Herbert HOVENKAMP. "The law of antitrust: an integrated handbook". 2000. pp. 1035-1036; DOGAN, Stacy y Mark LEMLEY. Op. cit. p. 708.

⁴² FEDERAL TRADE COMMISSION (Office of Policy Planning). "Report of the State Action Task Force". Septiembre 2003. disponible en <http://ftc.gov/os/2003/09/stateactionreport.pdf> (página web visitada el 27 de agosto de 2011).

⁴³ "Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al". Número 05-1157.

⁴⁴ "Moreover, Gordon and NASD, in finding sufficient incompatibility to warrant an implication of preclusion, have treated the following factors as critical: (i) the existence of regulatory authority under the securities law to supervise the activities in question; (ii) evidence that the responsible regulatory entities exercise that authority; and (iii) a resulting risk that the securities and antitrust laws, if both applicable, would produce conflicting guidance, requirements, duties, privileges, or standards of conduct. We also note (iv) that in Gordon and NASD the possible conflict affected practices that lies squarely within an area of financial". En: "Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al". Número 05-1157.

⁴⁵ "United States v. Philadelphia National Bank". 374, U.S. 321 (1963).

En resumen, con distintos criterios, hay una tendencia en el Derecho de la Competencia a nivel internacional hacia limitar el otorgamiento de inmunidades, con especial inquietud en los casos de captura regulatoria. El artículo 3 del Decreto Legislativo 1034 representa el esfuerzo nacional por atender a este problema, y confinar los supuestos de exenciones estatales a la ley de defensa de la competencia.

IV. LUZ VERDE: ¿CÓMO HA VENIDO APLICANDO EL INDECOPI ESTOS LÍMITES?

Los cambios normativos reseñados en el capítulo precedente parecen indicar claramente una tendencia hacia restringir el número de inmunidades o exenciones a la aplicación de la ley de libre competencia. Sin embargo, como veremos a continuación la aplicación de estas normas por parte de la autoridad de competencia en el Perú ha ido en el sentido opuesto, revelando un distanciamiento entre la aplicación de la ley y los verdaderos objetivos detrás de ella.

A. Caso INCOSA

Uno de los primeros casos en los que el INDECOPI tuvo oportunidad de aplicar la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es el de INCOSA. Este caso fue resuelto por la Secretaría Técnica (ST) de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC), que declaró improcedente la denuncia aplicando el antiguo criterio de supletoriedad, que ya había sido modificado en el 2008 por la Sala, y que fue finalmente dejado de lado con el artículo 3 del Decreto Legislativo 1034.

La denuncia de Gromul daba cuenta de un presunto boicot por parte de INCOSA, un competidor en el segmento de gran distribución de lejía en Pucallpa⁴⁶. De acuerdo a lo señalado por Gromul, INCOSA había retenido indebidamente y manipulado las Actas de Verificación y Libros de Registro Especial de un conjunto de vendedores mayoristas autorizados a comercializar lejía. Tales documentos eran indispensables para esta comercialización, en la medida que las leyes contra el tráfico ilícito de drogas los requerían para supervisar y fiscalizar la venta de productos químicos que también podrían ser utilizados para la fabricación de drogas como la pasta de cocaína. En dicho contexto, la retención de INCOSA de tales documentos generaba que los mayoristas únicamente pudieran negociar y adquirir los productos de dicha empresa, en perjuicio de otros distribuidores como Gromul.

A pesar del potencial efecto anticompetitivo de la conducta y de los indicios presentados por la denunciante, la Secretaría Técnica decidió no iniciar un procedimiento sancionador⁴⁷, puesto que consideró que la legislación antidrogas ya contemplaba eventuales responsabilidades administrativas o penales por esta indebida apropiación de documentos. Adicionalmente, consideró que la evolución del mercado, en el que INCOSA había perdido participación en favor de un tercer competidor, Clorox, demostraba el poco impacto competitivo que habría tenido la práctica denunciada⁴⁸.

Si bien un impacto mínimo o poco relevante en el mercado podría justificar que no se sancione una conducta denunciada como anticompetitiva, la primera parte del

⁴⁶ Provincia dentro del departamento de Ucayali, Perú.

⁴⁷ Resolución 012-2009/ST-CLC-INDECOPI del 26 de junio de 2009.

⁴⁸ Resolución 012-2009/ST-CLC-INDECOPI: "26. Considerando el análisis efectuado del marco regulatorio aplicable a los productos e insumos químicos fiscalizados, es posible concluir lo siguiente: (...) c. Si se hubiera producido la supuesta retención de las "Actas de Verificación" y los "Libros de Registro Especial", los Mayoristas Autorizados disponían de distintos mecanismos de defensa en sede administrativa y penal. Sin embargo, no se ha acreditado en el presente procedimiento la existencia de ningún tipo de denuncia administrativa o penal interpuesta contra INCOSA. d. Si los Mayoristas Autorizados hubieran preferido no denunciar la presunta retención por temor a posibles represalias, de cualquier manera, podrían haber solicitado nuevas "Actas de Verificación" o nuevos "Libros de Registro Especial". De acuerdo a lo anterior, no existen indicios razonables de que la presunta retención de las "Actas de Verificación" o "Libros de Registro Especial" haya tenido la capacidad de producir un efecto negativo para el proceso competitivo ni, en consecuencia, para el bienestar de los consumidores, razón por la cual, no existen indicios razonables de que INCOSA haya incurrido en una conducta anticompetitiva. En todo caso, de haberse producido, se trataría de una conducta que podría constituir una infracción de naturaleza administrativa o penal que no es de competencia de la Comisión. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador."

razonamiento de la ST incurre en el error de considerar de manera general que la ley de libre competencia debe retroceder ante cualquier otra norma que contemple como supuesto de hecho aquella conducta que es denunciada como anticompetitiva.

Aun cuando la supuesta retención fuera ilícita por vulnerar la legislación antidrogas, es claro que dicho cuerpo normativo no tiene por finalidad reprimir esta práctica por su potencial anticompetitivo. Es decir, la ley antidrogas y la ley de libre competencia atienden a problemas e intereses distintos, cuya aplicación conjunta (y paralela) no genera conflicto. De hecho, en el razonamiento de la ST en ningún momento se encuentra alguna alusión a la voluntad del legislador, que justifique una interpretación en el sentido de que implícitamente se hubiera producido un desplazamiento de la ley de libre competencia en favor de la aplicación exclusiva de la norma contra el tráfico ilícito de drogas.

Incluso a pesar de que las leyes contra el tráfico de drogas establecieran una sanción a la conducta específicamente denunciada, dicha sanción, previsiblemente, no incorporaría en su análisis la necesidad de desincentivar prácticas anticompetitivas. Sería inusual que el legislador en materia de tráfico ilícito de drogas haya previsto los incentivos económicos anticompetitivos que podría tener un gran distribuidor en la cadena de comercialización de un producto como la lejía para retener los documentos mencionados, y que haya diseñado la ley pensando en atacar tal finalidad anticompetitiva.

De este modo, la resolución de la Secretaría Técnica en este caso otorga injustificadamente una inmunidad en materia de libre competencia a conductas de esta naturaleza, y se atenta contra el mandato del artículo 3 del Decreto Legislativo 1034 que otorga dicha exención únicamente cuando existe una norma legal que así lo disponga –al menos implícitamente–, condición que no se cumple en el presente caso.

B. Caso APROFIP

En este caso, la Secretaría Técnica de la CLC aplicó nuevamente la antigua regla de la supletoriedad.

La denuncia había sido interpuesta por APROFIP, una asociación de productores fonográficos, en contra de una asociación similar de mayor envergadura a la que se encontraba afiliada, UNIMPRO. Según los términos de la denuncia, esta última había adoptado una estrategia para favorecer a algunos asociados en perjuicio de otros asociados que también integraban APROFIP, en el marco de la distribución de los ingresos recaudados por concepto de derechos conexos a los derechos de autor. Esta estrategia involucraría no solo un reparto no proporcional sino también un bloqueo a la posibilidad de que asociados de APROFIP tuvieran un rol más relevante en los órganos políticos de UNIMPRO.

La ST declaró improcedente la denuncia al considerar que la legislación de derechos de autor primaba sobre la de libre competencia al dar una solución específica a los hechos denunciados⁴⁹.

Aun cuando esta argumentación por sí sola reflejaría una nueva aplicación del amplio y descartado principio de supletoriedad, se presentan un par de condiciones que distinguen este caso del anterior y en especial del resto que comentaremos más adelante.

En este caso sí había una ley en sentido estricto, es decir, una norma del mismo rango que sí podría desplazar a la norma de libre competencia, en virtud del principio de especialidad o “supletoriedad”, la Ley de Derechos de Autor. En segundo lugar, la ST hace referencia a un artículo de la Ley de Derechos de Autor que establece la competencia exclusiva y de manera general de la Oficina de Derechos de Autor para investigar y sancionar conductas como la denunciada⁵⁰. En tal sentido, aunque el razonamiento de la

⁴⁹ Resolución 021-2009/ST-CLC-INDECOPI del 26 de noviembre de 2009.

⁵⁰ Resolución 021-2009/ST-CLC-INDECOPI: “26. De acuerdo a lo anterior, la aplicación de lo dispuesto en la norma citada constituiría la solución específica para resolver la negativa y la obstaculización denunciadas por APROFIP, siendo la autoridad competente para realizar esta aplicación la Comisión de Derecho de Autor (...): “Finalmente, en lo que se refiere a la competencia para conocer las infracciones a la Ley sobre Derechos de Autor y los hechos que afecten los intereses de los representados de una sociedad de gestión colectiva, el artículo 165 de la Ley sobre Derechos de Autor establece lo siguiente: Artículo 165: La Oficina de

Secretaría Técnica utiliza el antiguo criterio de supletoriedad, en realidad, este caso sí podría ser uno de desplazamiento implícito de la ley de libre competencia, que respetaría el estándar del artículo 3 de la nueva ley. Aunque este razonamiento está ausente en la resolución bajo comentario.

C. Caso PEB

PEB, una empresa dedicada a la publicidad exterior, denunció a su competidor OJMA y a la Municipalidad Provincial de Trujillo⁵¹, por haber adoptado un conjunto de prácticas para excluirlo del mercado y favorecer a OJMA. En particular, se trataba de la emisión de una Ordenanza que disponía el retiro de los elementos publicitarios de PEB de la vía pública y de un posterior convenio que otorgaba a OJMA la exclusividad para instalar elementos publicitarios en 200 paraderos urbanos.

La Secretaría Técnica declaró improcedente la denuncia interpuesta⁵². En primer lugar, la ST consideró que la Municipalidad de Trujillo actuaba como una autoridad pública al administrar un bien de dominio público (la vía pública) y regular una actividad económica (oferta de espacios publicitarios). De ese modo, al no tratarse de un agente económico –según el razonamiento de la autoridad investigadora del INDECOPI– la conducta de la Municipalidad quedaba fuera del ámbito de aplicación de la ley⁵³.

En este caso, la autoridad de competencia ignoró por completo los incentivos económicos que podrían estar detrás de un posible desvío de la función pública dirigido a favorecer a un competidor en particular. La Municipalidad, más que una entidad pública, se estaba comportando como un agente económico en el mercado, un agente que ofrecía un bien (espacio público) a un competidor en el mercado que deseaba utilizar dicho bien para colocar publicidad exterior. Así, según los términos de la denuncia, la Municipalidad comportándose como un comprador en dicho mercado –o si se quiere ver desde el ángulo inverso, un vendedor del espacio público– había discriminado a un ofertante (PEB) en beneficio de otro competidor (OJMA).

El hecho de que después se haya celebrado un convenio otorgando exclusividad a este último exhibe más indicios de este posible interés anticompetitivo ulterior, un factor en el que la ST decidió no hurgar. Precisamente, la ST utilizó nuevamente el argumento de la supletoriedad para no investigar y analizar el convenio entre la Municipalidad de Trujillo y OJMA, una tarea que fue derivada al Organismo Supervisor de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado (OSCE), pese a que, como veremos con más detalle en los siguientes casos, no había una ley que estableciera explícita o implícitamente un desplazamiento de la legislación de libre competencia en favor de la de contrataciones y adquisiciones del Estado en esta materia⁵⁴.

Derechos de Autor es la única autoridad competente que podrá imponer sanciones a las sociedades de gestión que infrinjan sus propios estatutos o reglamentos, o la legislación de la materia, o que incurran en hechos que afecten los intereses de sus representados, sin perjuicio de las sanciones penales o las acciones civiles que correspondan. En atención a lo expuesto, considerando que la Ley sobre Derechos de Autor contiene normas que resultan directamente aplicables a la actuación de las sociedades de gestión colectiva y que establecen una solución específica a los hechos denunciados por APROFIP, corresponde declarar improcedente la denuncia y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley 2744413, remitir copia de los actuados a la Comisión de Derecho de Autor para que este órgano evalúe los hechos denunciados por APROPIF.”

⁵¹ Dentro del departamento de La Libertad, Perú.

⁵² Resolución 007-2010/ST-CLC-INDECOPI del 22 de junio de 2010.

⁵³ Resolución 007-2010/ST-CLC-INDECOPI: “16. Sin embargo, esta Secretaría Técnica considera que la emisión y aplicación de la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT constituyen el ejercicio de una potestad pública otorgada por ley, y no la oferta o demanda de un bien o servicio. En efecto, dicha actuación tendría por finalidad administrar un bien de dominio público (la vía pública) y regular una actividad económica (oferta de espacios publicitarios) (...) 18. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que la Municipalidad, al emitir y aplicar la Ordenanza Municipal 033-2008-MPT, actuó en ejercicio de sus potestades públicas, sin ofertar ni demandar un bien o servicio y, por lo tanto, dicha conducta se encuentra fuera del ámbito de aplicación del [Decreto Legislativo] 1034. 19. Cabe señalar que, si bien estas potestades públicas le permiten a la Municipalidad influir en las condiciones de la oferta de espacios publicitarios en la vía pública en el distrito de Trujillo, no constituyen la oferta o demanda de bienes o servicios, de conformidad con lo dispuesto por el [Decreto Legislativo] 1034.”

⁵⁴ Resolución 007-2010/ST-CLC-INDECOPI: “25. En lo que se refiere a la contratación directa entre la Municipalidad y OJMA (punto i), esta Secretaría Técnica considera que, si bien dicha actuación constituye la demanda de un servicio, se encuentra fuera del ámbito de aplicación del DL 1034 debido a que, como

Con ello, cualquier propósito anticompetitivo –si existiese– quedaría nuevamente impune.

D. Caso lobitridol

La denuncia en este caso provenía de Bagó, un laboratorio farmacéutico que había denunciado una serie de hechos que involucraban a tres entidades públicas: EsSalud, como entidad convocante para la compra de medicamentos para uso propio y para el Ejército; la DIGEMID, la autoridad administrativa encargada del registro y supervisión de medicamentos a nivel nacional; y el OSCE, el organismo encargado de supervisar los procesos de contratación y adquisición del Estado; así como a un operador privado: Cardio, un laboratorio competidor, fabricante de lobitridol, una sustancia de contraste radiológico⁵⁵.

Por una parte, Bagó denunciaba que la DIGEMID y el OSCE permitieron la indebida inscripción de lobitridol dentro del “listado de bienes comunes” de compras del Estado, razón por la cual este producto podría ser adquirido por cualquier entidad estatal mediante procesos de selección de subasta inversa, pese a que dicho producto sólo era comercializado por Cardio, un factor que le otorgaba posición de dominio en el mercado.

La Secretaría Técnica de la CLC declaró improcedente el primer extremo de la denuncia, pues estimó que al incluir un producto en la lista de bienes comunes, tanto la DIGEMID cuanto el OSCE actuaban como autoridades públicas y no como agentes económicos en el mercado⁵⁶.

Sin embargo, como ya hemos visto, esta forma de análisis ignora nuevamente la posibilidad de que una entidad pública, en este caso la DIGEMID o el OSCE, se comporte en la práctica como un agente privado, que busca su propio beneficio, que podría consistir en alguna prebenda o favor otorgado por un agente económico a cambio de mejorar su situación en un mercado importante como el de las compras públicas, en detrimento de sus competidores y consumidores, en este caso el propio Estado.

Por otra parte, Bagó también denunció que la posición dominante de Cardio fue conseguida gracias a la exoneración que EsSalud aprobó para adquirir de manera directa –sin concurso– lobitridol, excluyendo a productos sustitutos del mercado.

En relación con este extremo que daba cuenta de un supuesto favoritismo de EsSalud hacia Cardio, la ST también declaró improcedente la denuncia pero bajo otro razonamiento. Para la ST, el hecho de que se haya producido una aparente discriminación ilegal en favor de Cardio, podía configurar una infracción a la legislación de contrataciones y adquisiciones, razón por la cual, sería dicha normativa y no la ley de libre competencia la que resultaría aplicable al caso concreto. Es decir, la legislación especial primaría sobre la de libre competencia, en virtud del ya mencionado principio de supletoriedad⁵⁷.

Al respecto, en primer lugar, llama la atención que la ST no haya descartado la denuncia bajo el mismo argumento de la “función pública”. Es posible que la ST haya considerado que

explicaremos a continuación, existe regulación específica sobre el particular (...) 28. En tal sentido, si bien la conducta denunciada por PEB constituye la demanda de un servicio (específicamente, el servicio de instalación de 200 paraderos urbanos), lo cierto es que la autoridad competente para pronunciarse con respecto a la licitud o ilicitud de una conducta consistente en la contratación de un servicio por parte de una entidad pública, sin haber realizado el proceso de selección correspondiente, es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante la aplicación de lo dispuesto por el [Decreto Legislativo] 1017.”

⁵⁵ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI del 19 de diciembre de 2011.

⁵⁶ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI: “50. Sin embargo, en el presente caso, al incluir el IOBITRIDOL en el Listado de Bienes Comunes del SEACE, DIGEMID y OSCE no actuaron como sujetos que ofrecen o demandan bienes o servicios en el mercado y, en consecuencia, no pueden calificar como agentes económicos. Por el contrario, como se explica a continuación, DIGEMID y OSCE habrían actuado como autoridades administrativas que ejercen facultades públicas atribuidas por el ordenamiento jurídico”.

⁵⁷ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI: “58. Sin embargo, como se explica a continuación, la conducta consistente en la aprobación de la Exoneración contaba con regulación específica, razón por la cual, atendiendo al principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 no le resultaría aplicable (...) 62. De acuerdo a lo anterior, considerando que sí existirían sustitutos del IOBITRIDOL, la aprobación de la Exoneración habría violado el literal e) del artículo 20 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 131 del Decreto Supremo 184-2008-EF. De ser así, Bagó podría haber denunciado esta violación ante OSCE y, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 71 del Decreto Supremo 006-2009-EF, Reglamento

EsSalud sí es un agente económico al comprar bienes –razonamiento que en este extremo sí compartiríamos– pese a que lo hace para cumplir con el ejercicio de su función pública. No obstante, el argumento que utiliza la Secretaría Técnica para declarar improcedente la denuncia es también erróneo.

La ST realiza una interpretación sumamente amplia del principio de supletoriedad, al considerar que cualquier regulación que cubra un supuesto denunciado como anticompetitivo prima sobre la ley de libre competencia. Como ya hemos señalado, ello no solo vulnera el espíritu del artículo 3 de la Ley de Libre Competencia, sino que atenta contra los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Así, como ya hemos expuesto, el principio de especialidad solo opera entre normas del mismo rango, razón por la cual, para que la Ley de Libre Competencia retroceda en favor de otra norma, ésta debe ser del mismo rango o uno superior. Un reglamento no puede primar sobre una ley, aunque fue precisamente lo que sucedió en este caso, en el que la ST dio prioridad al reglamento de la ley de contrataciones por encima de la ley de libre competencia. Ello resulta más grave aún si se toma en cuenta que dicho reglamento no contiene ninguna previsión que haga suponer el desplazamiento de la norma de libre competencia, como sí lo hacen otros

reglamentos sectoriales que la CLC utiliza – aunque erróneamente, puesto que aún se tratan de normas de menor jerarquía– para dar más sustento a su razonamiento⁵⁸.

No es nuestra intención sostener que las prácticas aquí denunciadas eran ilícitas ni que alguna de las entidades involucradas tenía un interés anticompetitivo ulterior. Simplemente, advertimos que el razonamiento del órgano del INDECOPI obvia del todo esta posibilidad y como regla general, da luz verde a la posible comisión de conductas anticompetitivas de este tipo.

De hecho, la Secretaría Técnica de la CLC reconoce en este último caso un importante problema, pues se habrían presentado 317 procesos de selección en los que se habría restringido indebidamente la competencia en favor de un producto en particular, lobitridol. Sin embargo, la ST se limita a recomendar de manera vaga que se exhorte al OSCE a tomar medidas para que se fomente la competencia en este mercado, sin proponer ninguna alternativa⁵⁹. En suma, se trata de un caso en el que hay un evidente problema de competencia, que no es corregido ni por la investigación y aplicación de la ley, ni por una adecuada labor de abogacía de la competencia. Por el contrario, la señal que se da al mercado nuevamente es que este tipo de prácticas pasarán inadvertidas por la autoridad de competencia.

de Organización y Funciones del OSCE, y el literal l) del artículo 58 del Decreto Legislativo 1017, esta entidad podría haber evaluado la posibilidad de suspender el proceso de contratación correspondiente (...) 71. En ese sentido, considerando que el direccionamiento de la Licitación Pública contaba con regulación específica, atendiendo al principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 no le resultaría aplicable. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que corresponde declarar improcedente la denuncia de Bagó en este extremo.”

⁵⁸ Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG: “Artículo 12: Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG”. También: Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL: “Artículo 12: Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL”. Además: Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN: “Artículo 11: Principio de Supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o reguladoras que dicte el OSITRAN en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN”.

⁵⁹ Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI: “89. En el presente caso, esta Secretaría Técnica ha verificado la existencia de trescientos diecisiete (317) procesos de selección en los que la entidad convocante correspondiente habría requerido una sustancia de contraste radiológico en particular (IOBITRIDOL, IOPAMIDOL, IOHEXOL o IOVERSOL) en lugar de requerir sustancias de contraste radiológico en general, circunstancia que podría haber configurado una infracción a los literales c) y k) del artículo 4 y al literal a) del artículo 26 del Decreto Legislativo 1017 y que, en ese sentido, podría haber restringido la concurrencia y la participación de postores, afectando el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. 90. Ante ello, esta Secretaría Técnica somete a consideración de la Comisión que sugiera a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI que exhorte a OSCE a adoptar medidas que garanticen

E. Caso Los Chinos

En el caso más reciente, la autoridad peruana de competencia nuevamente pecó de tener una visión formalista y poco funcional⁶⁰, como lo requiere la creciente tendencia del Derecho de la Competencia a nivel internacional.

Se trata de la denuncia de una empresa de transporte de pasajeros, San Felipe, contra una empresa competidora, Los Chinos, y la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), por una supuesta colusión vertical para excluir a la primera del mercado. Según denunció San Felipe, la MML rechazó su solicitud para ampliar su flota vehicular en la ruta Villa el Salvador-Carabaylo, sustentando que se trataba de una ruta saturada, aun cuando la denunciante alegaba un aumento en la demanda del servicio. Además, la denunciante sostenía que, anteriormente, la MML sí había accedido a una solicitud similar de Los Chinos, una empresa competidora en la misma ruta.

Con una fundamentación muy escueta, la Secretaría Técnica prestó poca importancia al argumento de discriminación presentado por la denunciante, y declaró improcedente la denuncia esencialmente porque la MML no calificaba como un agente económico, sino como una autoridad en ejercicio de una potestad pública, y por lo tanto no le resultaba aplicable la ley de libre competencia⁶¹.

El problema con esta visión excesivamente formalista es que deja de lado un posible caso en el que se afecta la competencia en el mercado y en el que podrían concurrir todos los elementos típicos de una conducta anticompetitiva. Es cierto que, en principio, la MML como autoridad pública no se desempeña como un agente privado y no

tendría un interés anticompetitivo, es decir, no se beneficiaría de una restricción en el mercado afectado, el de transporte de pasajeros. Sin embargo, esto sí podría suceder en la práctica si es que la MML recibe algún beneficio de parte de quienes se ven favorecidos directamente por la práctica anticompetitiva. Así, siguiendo la teoría del denunciante, podría ser que uno de los competidores de San Felipe, como por ejemplo, Los Chinos, se haya coludido con la MML para realizar este trato discriminatorio, limitando el crecimiento de uno de los agentes privados en beneficio de otro competidor.

Lo dicho anteriormente no quiere decir que eso es lo que haya sucedido en este caso. Es posible que no haya ningún interés anticompetitivo o beneficio ulterior en los funcionarios de la MML involucrados en el aparente trato discriminatorio. Es incluso posible que lo que aparenta ser discriminatorio, en realidad no lo sea y exista una justificación adecuada⁶². Sin embargo, al parecer, la ST no se preocupó por hacer ese análisis, por profundizar en la investigación o, por lo menos, en requerir más evidencia de parte de la denunciante acerca del presunto interés anticompetitivo. Con la improcedencia resuelta por la ST, basándose en una lectura formal y no funcional del ámbito de aplicación de la norma de libre competencia, se deja escapar este tipo de casos y se da una mala señal al mercado: “si quieren lograr un efecto anticompetitivo, acudan a una autoridad pública, en ese caso no investigaremos”.

Muy por el contrario, una actitud más receptiva de parte de la autoridad de competencia permitiría que los agentes económicos se encuentren incentivados a denunciar este tipo de prácticas, e intenten conseguir evidencia directa o indirecta de

que las entidades convocantes cumplan con fomentar la concurrencia y la participación de postores en los procesos de selección para la adquisición de sustancias de contraste radiológico, promoviendo de esta manera el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.”

⁶⁰ Resolución 005-2012/ST-CLC-INDECOPI del 23 de abril de 2012.

⁶¹ Resolución 005-2012/ST-CLC-INDECOPI: “40. Sin embargo, en el presente caso, al pronunciarse sobre las solicitudes de incremento de flota vehicular de San Felipe y Los Chinos, la Municipalidad se limitó a ejercer las facultades atribuidas a ella en los artículos 81 y 161 de la Ley Orgánica de Municipalidades¹⁹ y en los artículos 4 y 41 de la Ordenanza Municipal 1338, referidos a las competencias de esta autoridad en materia de transporte público. 41. De acuerdo a lo anterior, la Municipalidad no actuó como agente económico, es decir, como un sujeto que ofrece o demanda bienes o servicios en el mercado, sino en ejercicio de una facultad pública atribuida por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la Municipalidad no podría haber participado en una práctica colusoria vertical bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034.”

⁶² Por ejemplo, puede ser que la saturación de la vía se haya manifestado entre el momento en que Los Chinos amplió su flota y el momento en que lo solicitó San Felipe.

una indebida desviación de la función pública en favor de intereses anticompetitivos. Normalmente una persona o empresa no denunciaría un caso de ejercicio ilegal de función pública si no los afecta. En estos casos, en cambio, el competidor afectado sí tendrá ese incentivo para denunciar, si percibe que puede encontrar un remedio. La promoción de estas denuncias facilita la tarea de la ST y de la CLC en la defensa del proceso competitivo, al mismo tiempo que ayuda a combatir casos de corrupción y otras prácticas que afectan al tesoro público y a la función pública en general.

V. CONCLUSIÓN

“Una política de competencia que solo se preocupe por las restricciones privadas motivará a las compañías a alejarse de las medidas privadas e invertir más esfuerzos en obtener restricciones impuestas por el Estado. Sin los medios efectivos para anticipar y desincentivar a los Gobiernos de consentir las restricciones públicas, la aplicación del Derecho de la Competencia únicamente altera la forma de la actividad colusoria y no disminuye su nocividad”⁶³.

Hoy en día competidores, consumidores y autoridades de defensa de la competencia deben luchar en dos frentes: contra las empresas privadas que actúan de manera anticompetitiva y contra las entidades estatales que, capturadas o no, también tienen incentivos para afectar el proceso competitivo.

Si la autoridad de competencia peruana ya enfrentaba dificultades para hacer frente a las restricciones privadas, sus últimos pronunciamientos parecen reflejar una renuncia a luchar contra las restricciones públicas. En consecuencia, nos encontramos en un escenario en el que la defensa de la competencia es una batalla que simplemente no se pelea.

A los casos comentados podríamos añadir uno más, el del abuso de procesos legales que enfrentó a APOFER contra Fetrans, PeruRail y otros. Bajo el abuso de procesos legales se sancionan las peticiones ilegítimas de empresas privadas, que abusan y manipulan el aparato estatal para restringir la competencia. La tipificación expresa del abuso de procesos legales fue otra de las herramientas incorporadas en el Decreto Legislativo 1034 para confinar la participación estatal que pudiera restringir la competencia. Sin embargo, como hemos comentado en otra parte⁶⁴, este supuesto de conducta anticompetitiva ha quedado prácticamente vaciado de contenido con el último pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI⁶⁵, y ahora son muy escasas las posibilidades de que alguna vez se sancione esta práctica, pese a su gran nocividad.

El resultado práctico de esta tendencia jurisprudencial es que las peticiones de los privados dirigidas a afectar la competencia quedarán siempre (o casi siempre) libres de castigo, al igual que la respuesta estatal que genere inmunidades a la aplicación de la libre competencia. Quien captura y quien es capturado quedarán libres. Y “capturados” o victimizados en este círculo vicioso son los consumidores y el proceso competitivo en general.

Mientras que en otros países las agencias de competencia luchan por atacar las restricciones públicas de la competencia y por establecer nuevas prohibiciones al otorgamiento de inmunidades gubernamentales⁶⁶, en el Perú, las restricciones públicas vienen recibiendo la luz verde de parte de la autoridad de competencia.

Al iniciar este artículo nos disponíamos a presentar nuevas propuestas que, en la dirección de la actual corriente internacional

⁶³ Traducción libre de: “A competition policy that only addresses private restraints will motivate firms to turn away from private measures and to invest more effort in obtaining state-imposed restrictions. Without effective means to anticipate, and to discourage governments from acquiescing in, demands for public restraints, competition law enforcement merely alters the form of collusive activity and does not diminish its harmfulness.” COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. p. 1562.

⁶⁴ CALDERÓN, Andrés y Humberto ORTIZ. “Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivo en el Perú: Análisis del caso Apofer versus Fetrans, Perurail y otros”. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte 8. 2012.

⁶⁵ Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011.

⁶⁶ Ver, entre otros: COOPER, James y William KOVACIC. Op. cit. pp. 1585-1610.

del Derecho de la Competencia, buscan desincentivar a organismos y funcionarios públicos de adoptar restricciones anticompetitivas injustificadas. En particular, nuestra propuesta –que será desarrollada en una próxima oportunidad– consiste en la posibilidad de incorporar a cualquier funcionario o entidad estatal como un infractor de la legislación de competencia en el caso que imponga o ampare conductas anticompetitivas (inmunidades antitrust) sin que se cumpla con las condiciones requeridas por ley, así como reconocer expresamente que el Estado infringe la ley de libre competencia si es que, en cualquier rol que adopte (competidor, regulador o adjudicador), restringe la competencia y obtiene un beneficio directo o indirecto de esta restricción (lo que incluiría los casos de corrupción u otorgamiento de prebendas).

Hace ya varios años, cuando aún era alumno de la facultad de Derecho, escuché a un profesor decir con mucho asidero que en la gran mayoría de los casos de libre competencia siempre había un problema con el Estado, alguna regulación mal diseñada tal vez. Y también escuché que manifestaba que el Derecho de la Competencia no era la mejor herramienta para solucionar este problema. Hoy, varios años después, concuerdo con la premisa, mas no con la

conclusión de ese perspicaz profesor. ¿Por qué el Derecho de la Competencia no puede dar respuesta a este problema? Es cierto que tradicionalmente las leyes *antitrust* se han aplicado sólo a los operadores privados, pero ¿por qué no se puede incluir ahora a los “públicos”? Después de todo, son las restricciones públicas las que generan más daño. Y si el Estado adopta regulaciones o decisiones que afectan la competencia y si tiene un interés anticompetitivo probado, ¿por qué no investigar y sancionar al Estado y a la empresa que propiciaron la restricción anticompetitiva? ¿Qué es más perjudicial, una colusión vertical entre dos empresas privadas o una discriminación de una entidad estatal que controla el ingreso al mercado y excluye a una empresa y beneficia a otra, solo porque esta última le traslada parte de las ganancias anticompetitivas que percibirá?

Estas últimas ideas solamente tienen por objeto mostrar lo mucho que nos falta por abarcar en el área del Derecho de la Competencia, y lo poco que se ha trabajado en materia de restricciones públicas. Pero estas propuestas pasan a un segundo plano de relevancia si es que la autoridad de competencia no aplica adecuadamente la ley ya existente. De nada sirve cambiar una norma que no tiene efecto.

DESARROLLO SOCIAL

La Comisión de Desarrollo Social busca difundir la cultura jurídica a personas que viven en situación de pobreza, mediante la realización de talleres de derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales.

Este ciclo en THEMIS, hemos logrado capacitar a más de 300 personas.



Talleres con Aprendo Contigo.

Mediante una alianza con la institución Aprendo Contigo hemos dictado talleres de derecho en el Hogar Clínica San Juan de Dios.

Talleres con la Municipalidad de Miraflores.

Buscando que los estudios de abogados mirafloresinos se comprometan con la comunidad en la que se encuentran, THEMIS y la Municipalidad de Miraflores han realizado un convenio con el fin de que diversos estudios dicten talleres de derecho.



Feria Vocacional.

Con el auspicio del Payet, Rey & Cauvi y el apoyo de la institución Logros Perú, THEMIS realizó la primera Feria Vocacional en Pamplona Alta, en el Colegio Fe y Alegría N°65.

Para más información de la Comisión de Desarrollo Social, pueden escribir a: desarrollosocial@themis.pe

LADIES NIGHTS, CORTES DE CABELLO Y DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS: ¿PUEDE LA DISPOSICIÓN AL PAGO JUSTIFICAR UN ESQUEMA DE PRECIOS DIFERENCIADOS?

Christian Chávez Verástegui**

“¿Qué es la discriminación de precios? Pregúntales a un abogado y a un economista, y puede que encuentres respuestas muy diferentes. Los abogados asociarán la discriminación de precios con injusticia, mientras que los economistas simplemente verán la individualización de precios como respuesta a la constatación de demandas disímiles”.

*Viera Peres, Catarina****

En el presente artículo, el autor nos da una visión económico-legal de la discriminación de precios, entendiéndola como un sistema de diferenciación de acuerdo a las necesidades y disponibilidad del consumidor. Así, los precios diferenciados tendrían un sustento en el ordenamiento jurídico.

* Abogado. LL.M. por la Universidad de Chicago. Profesor de Contratos y del Seminario en Temas de Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** El autor agradece la colaboración de Ricardo Rizo Patrón, alumno de octavo ciclo de la PUCP y ex miembro de THEMIS, en la investigación efectuada para la preparación del presente artículo.

*** Traducción libre del siguiente texto: “Price discrimination, what is it? Ask a lawyer and an economist and you might get very different answers. Lawyers will associate discriminatory with unfairness, while for economists price discrimination simply refers to the individualization of prices paid by different customers”. En: VIERAS PERES, Catarina. “Price Discrimination - The Airports case”. p. 280.

I. INTRODUCCIÓN

Imagine que ingresa a un local para adquirir un determinado producto y se percató que a la persona que se encontraba delante de usted le cobraron un precio 15% menor al que le pretenden cobrar. Se percató también que el bien que ambos adquieren es el mismo y no existe ninguna diferencia aparente entre una compra y otra (ambos pagan al contado, adquiere iguales cantidades del producto, etcétera.). Ante esta situación usted le pregunta a la persona del mostrador por qué de la diferencia en el precio y, ante su asombro, ésta le responde: lo que sucede es que usted tiene una mayor disposición a pagar por nuestro producto, por lo que le cobramos más.

Probablemente, la reacción de cualquier persona ante esta situación sería muy similar: indignación. En efecto, es probable que el común de las personas considere que es sujeto de un burdo acto de discriminación. Que lo que el proveedor de este bien pretende es aprovecharse de los consumidores a fin de obtener mayores ganancias. En última instancia, que la conducta es ilegal y debe de ser sancionada.

El problema es que, aunque nos pueda parecer contra intuitivo, una conducta de este tipo no necesariamente debería ser considerada como abusiva y, menos aún, ilegal. De hecho, situaciones como estas suelen presentarse comúnmente en diferentes sectores del mercado, sin que despierten mayor cuestionamiento o sospecha.

Por ejemplo, ¿ha pensado alguna vez por qué los jubilados y niños pagan menos por una entrada al cine? ¿O por qué un estudiante paga menos por utilizar el transporte público? ¿O por qué los hombres suelen pagar menos que las mujeres por un corte de cabello? La respuesta, por extraño que parezca, es exactamente la misma que la señalada en nuestro primer ejemplo: porque nos encontramos ante segmentos de mercado que cuentan con diferente disposición a pagar por un determinado bien o servicio.

En efecto, pese a que en todos estos casos nos encontramos ante prestaciones virtualmente iguales, los grupos identificados cuentan, por diversos motivos¹, con diferentes disposiciones de pago. Por ejemplo, un estudiante, posiblemente debido a sus restricciones presupuestarias, puede tener una menor disposición a pagar por el transporte público. Al igual que un jubilado o un niño respecto de una entrada al cine. Ello quiere decir que, en caso los proveedores tuvieran que cobrarles el mismo precio a todos sus consumidores, existiría un segmento que no podría acceder al bien o servicio en cuestión. Ello resultaría negativo tanto para el proveedor (quien vería reducido su base de compradores), como para cierto de grupo de consumidores (quienes no podrían acceder al bien o servicio en cuestión).

En un interesante estudio realizado en Gran Bretaña, Liston-Heyes y Neokleous² demostraron lo anterior en un mercado muy particular: el de corte de cabello. En efecto, en el referido estudio se determinó que las diferencias en los precios cobrados a hombres y mujeres por un corte de cabello no dependerían de diferencias en los costos del servicio, como comúnmente se piensa. Por el contrario, dependerían simplemente de la mayor disposición de pago de las mujeres en comparación con los hombres. De hecho, en el mencionado estudio, las autoras señalan que muchos proveedores del servicio afirman que los costos de brindar el servicio a caballeros pueden incluso ser más elevados (en términos de mano de obra), pero que sin embargo éstos tienen una menor disposición a pagar por el servicio y es por eso que se les cobra precios menores.

Es precisamente esta lógica la que llevó a Hewlett-Packard a que, durante muchos años, estableciera precios diferenciados para sus impresoras dependiendo del tipo de comprador. En su página web, Hewlett-Packard solía preguntar si el uso que se daría a la impresora sería personal o comercial, a efectos de establecer el precio del producto. ¿Por qué? Simplemente porque una empresa estará dispuesta a pagar más por una

¹ Estos motivos pueden ser desde limitaciones presupuestarias (como puede ser caso de los estudiantes y jubilados) hasta diferentes valorizaciones (como puede ser el caso de los niños respecto del cine).

² LISTON-HEYES, Caterine y Elena NEOKLEOUS. "Gender-Based Pricing in the Hairdressing Industry". En: *Journal of Consumer Policy* 23.

impresora, en la medida que éstas no sería más que un costo adicional en su proceso productivo. Ello, sin embargo, no es igual para un estudiante que necesita comprar la impresora para imprimir sus trabajos del colegio.

Tal como la doctrina económica ha demostrado, el establecimiento de precios diferenciados en función a la mayor o menor disposición de pago de los consumidores puede, bajo ciertas circunstancias, ser eficiente y beneficioso para los propios consumidores. Si bien los proveedores establecerán esquemas de precios diferenciados con el objetivo de maximizar sus ingresos (lo cual, por cierto, no tiene nada de ilegal o siquiera reprochable), con ello se puede generar un efecto beneficioso para los consumidores: se garantizaría el acceso de mayores consumidores a un determinado bien o servicio.

En efecto, el problema con la existencia de precios únicos es que necesariamente conlleva a que un grupo de consumidores no puedan acceder al bien o servicio en cuestión. Dicho grupo será aquel que no esté dispuesto a pagar este precio único (precio que será aquel mediante el cual el proveedor pueda maximizar sus ingresos). Por el contrario, un esquema de precios diferenciados que considere las diferentes disposiciones al pago permite que un mayor número de consumidores puedan adquirir el bien o servicio. En otras palabras, los esquemas de precios diferenciados permiten abrir el acceso de los consumidores a bienes y servicios que de otra manera no podrían adquirir.

El problema con los esquemas de precios diferenciados no es en realidad un problema económico, sino de percepción. Este tipo de esquemas conllevan una carga negativa que hace que los consumidores (y las autoridades) los suelen ver con recelo. El establecimiento de diferencias a nivel de precios suele ser considerado como un

tratamiento injusto o inequitativo, aunque, tal como veremos, puedan contrariamente ser útiles para precisamente garantizar un acceso más equitativo de los consumidores a determinados bienes y servicios.

II. MARCO CONCEPTUAL

A. ¿Qué implica la discriminación?

Uno de los principales límites que establece la regulación en materia de protección al consumidor al desarrollo de cualquier actividad comercial lo constituye el denominado **principio de no discriminación**³. Sobre el particular, los artículos 1 y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴ (en adelante, el Código de Consumo) establecen:

“Artículo 1.- Derecho de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (...).”

“Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren éstos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Esta prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

³ Es importante señalar que no sólo las normas en materia de protección al consumidor establecen el principio de no discriminación. Otras regulaciones, como por ejemplo la regulación en materia de libre competencia, establecen también este principio, aunque con requisitos particulares.

Si bien el tratamiento que se da a la discriminación en las diferentes regulaciones suele presentar características comunes, a efectos del presente artículo nuestra evaluación se limitará a evaluar la discriminación de precios en el marco de la regulación en materia de protección al consumidor. Ello sin perjuicio que, bajo ciertos parámetros, nuestras conclusiones puedan ser trasladadas a otros ámbitos.

⁴ Aprobado por Ley 29571.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.”

Como se desprende de las normas citadas, nuestro ordenamiento obliga a los proveedores de bienes y servicios a tratar de manera equitativa a todos sus consumidores, sin establecer tratamientos discriminatorios de cualquier índole entre ellos. Sin embargo, es importante notar que si bien las referidas normas establecen la prohibición de la discriminación, **no prohíben el trato diferenciado de consumidores**, tal como lo establece la primera parte del artículo 38.3 antes citado. Expliquemos esto.

La discriminación puede definirse, en términos generales, como una situación en la cual unidades de un mismo bien o servicio son comercializadas bajo condiciones distintas a diferentes personas que se encuentran en una situación similar, sin que exista una razón objetiva para ello. Así, si un proveedor de un determinado bien o servicio lo comercializa a distintos clientes, la discriminación se producirá cuando encontrándose éstos frente a iguales situaciones comerciales –volumen comprado, condiciones de crédito, plazo de pago, lugar de entrega, etcétera– se brindan condiciones diferentes para cada uno de ellos –precio, beneficios, condiciones de la prestación, etcétera–.

Siendo ello así, a fin de determinar la existencia de un supuesto de discriminación no bastará con demostrar que se brinden condiciones diferentes a dos consumidores; deberá demostrarse que existen igualdad de

condiciones entre los consumidores y que no existe una justificación razonable para la diferenciación.

Así, si por ejemplo a un cliente se le venden 100 unidades de un determinado producto y a otro sólo 10, es lógico que se conceda un descuento por volumen a uno y no al otro. La discriminación se dará sólo si ante dos circunstancias iguales se da un tratamiento diferente sin que medie una razón objetiva. De mediar una razón objetiva y razonable estaremos ante un tratamiento diferenciado y, por tanto, legal.

Es importante resaltar que lo anterior ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en diferentes oportunidades. En ese sentido, el máximo intérprete en materia constitucional de nuestro país ha señalado⁵:

“En principio, debe precisarse que **la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables**. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” [El énfasis es nuestro].

Lo anterior ha sido también reconocido por el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), precisamente en el marco de la regulación en materia de protección al consumidor. Así, por ejemplo, en la Resolución 0517-2001/TDC-INDECOPI⁶, recaída en el caso Reynoso v. Ripley, el Tribunal del INDECOPI señaló⁷:

⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Resolución 00034-2004-AI del 15 de Febrero del 2005.

⁶ Expediente 0307-1999/CPC, seguido por Cecilia Reynoso v. Tiendas por Departamento Ripley S.A y Colocadora S.A.

⁷ Si bien esta decisión fue emitida en base a la regulación anterior al Código (la Ley de Protección al Consumidor, aprobada mediante Decreto Supremo 006-2009-PCM), los criterios establecidos en ésta resultan aplicables en la medida que la regulación actual contiene básicamente las mismas previsiones. En efecto, los artículos 5 y 7-B de la Ley de Protección al Consumidor establecían:

“Artículo 5°.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios (...).”

“(…) debe distinguirse entre dos maneras distintas que se utilizan en el mercado para restringir el acceso del público a los productos o servicios que se ofrecen. **Uno de dichos mecanismos es el trato diferenciado que constituye un método lícito al existir una razón objetiva que justifica dicha diferenciación;** y en el otro es el trato discriminatorio (…)” [El énfasis es nuestro].

Como se puede apreciar, un trato diferenciado cualquiera no puede ser considerado *per se* ilegal. Para ello, debe acreditarse primero que no existe un motivo razonable que justifique la diferenciación de dos o más sujetos que se encuentran en una misma situación. Así, para determinar si nos encontramos ante un tratamiento diferenciado (lícito) o ante un supuesto de discriminación (ilícito), **resultará necesario evaluar la situación concreta en la cual se realiza la diferenciación a fin de determinar si ésta resulta razonable o no.**

Cabe señalar que el no considerar *per se* ilegal un tratamiento diferenciado responde a una consideración de suma importancia. Contrariamente a lo que suele pensarse, el tratamiento diferenciado no necesariamente resulta perjudicial para los intereses de los consumidores; por el contrario, en diversas ocasiones puede ser inclusive beneficioso.

En efecto, tal y como veremos en el siguiente apartado, las consecuencias derivadas de un tratamiento diferenciado no son necesariamente negativas. Es por ello que toda evaluación que se efectúe de un supuesto de diferenciación debe de partir por considerar los posibles beneficios derivados de la conducta, los cuales pueden justificar plenamente su desarrollo.

B. Discriminar: ¿bueno o malo?

Usualmente el establecimiento de esquemas de precios diferenciados⁸ suele generar una percepción negativa de la conducta. En efecto, la reacción natural ante un tratamiento diferenciado de este tipo es la de la existencia de una actuación “abusiva” por parte de quien realiza la conducta. Se suele pensar que ante una situación de este tipo lo que el proveedor busca es, en última instancia, aprovecharse de los consumidores.

Pese a ello, lo cierto es que el establecimiento de esquemas de este tipo no necesariamente generará un perjuicio para el mercado en su conjunto ni, de manera particular, para los consumidores. Por el contrario, pueden incluso llegar a ser beneficioso para los consumidores: **Con ello se puede generar el acceso a un bien o servicio a segmentos de consumidores que antes no podían acceder a él por el nivel de precios uniformes existentes**⁹. Veamos.

Económicamente el concepto de discriminación de precios hace alusión a la capacidad de una empresa de poder cobrar precios diferenciados de acuerdo con las valoraciones subjetivas de cada consumidor. Ello quiere decir que a aquellos consumidores que valoran más un bien o servicios se les aplica precios más elevados que aquellos que los valoran menos. En otras palabras, se cobra más a quien está dispuesto a pagar más y menos a quien está dispuesto a pagar menos.

La literatura económica sugiere que no es posible saber *a priori* si es que un esquema de diferenciación de precios genera efectos positivos o negativos sobre el bienestar social. Para ello resulta necesario efectuar un análisis

“Artículo 7°-B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios”.

⁸ Si bien el tratamiento diferenciado puede darse respecto de cualquier elemento de la relación de consumo, a efectos del presente artículo nos referiremos de manera particular a la discriminación de precios.

⁹ LAYSON, Stephen. “Market opening under Third-Degree Price Discrimination”. En: The Journal of Industrial Economics 42. Número 3. 1994.

caso por caso respecto de los beneficios o perjuicios derivados de la conducta.

Diversos estudios han llegado a la conclusión de que **los resultados sobre el bienestar son positivos cuando se incluye a un grupo cuya demanda con un precio uniforme (no diferenciado) no era satisfecha. Es decir, cuando a través de la diferenciación se permite el acceso al bien o servicio en cuestión a aquellos consumidores que sólo lo adquirirían a un precio menor que el precio uniforme.**

Es precisamente en este sentido que Gerard¹⁰ señala:

“Price discrimination has ambiguous welfare implications. **It can be beneficial if it allows monopolists to expand output beyond the level set at a uniform price, by allowing more consumers to access the goods or services in question.** It can, likewise, encourage price competition; if a dominant supplier cannot discriminate, a buyer would, in theory, not gain competitive edge through price negotiation and the supplier will have greater incentive to resist price reductions” [El énfasis es nuestro].

En efecto, investigaciones realizadas por Varian¹¹ demuestran que la discriminación de precios lleva a un mayor bienestar que un precio uniforme **bajo el supuesto de que la cantidad total vendida con discriminación de precios sea superior a la cantidad vendida con precio uniforme (mayor eficiencia a nivel productivo).**

Si consideramos que ante el esquema de un precio uniforme existirá un segmento de consumidores que inevitablemente no será atendido por el proveedor (aquel cuya disposición presupuestaria no le permite pagar dicho precio), el establecimiento de un esquema de diferenciación de precios podría incrementar el bienestar social al permitir el acceso de dicho grupo al bien o servicio en cuestión. Lo que un esquema de diferenciación de precios permite es que aquel grupo con necesidades desatendidas por la oferta pueda acceder a ésta al existir

diversos precios que se ajusten a sus diversas disposiciones de pago.

Siendo ello así, y contrariamente a lo que se podría pensar, el diferenciar precios podría garantizar una mayor equidad en el mercado. Expliquemos esto con un ejemplo.

Imaginemos el caso de un médico que puede atender a cien pacientes mensuales y tiene costos de S/. 1000 mensuales. En este escenario cada paciente tendría que pagar S/. 10 por consulta. Sin embargo, imaginemos que existe un 50% cuya máxima disponibilidad de pago es de S/. 5. Ante esta situación el médico tendría dos opciones.

La primera de ellas sería el cobrar un precio de S/. 20 por consulta, con lo que atendería sólo al 50% de la población dispuesta a pagar dicho monto y, a su vez, cubriría sus costos. Sin embargo, el 50% con menor capacidad de pago quedaría sin que su demanda sea satisfecha. La segunda opción sería la de aplicar un esquema de diferenciación de precios a partir de la mayor o menor disposición de pago de sus clientes: al grupo con mayor disponibilidad a pagar le cobraría S/. 15, mientras que al grupo con menor disposición de pago le cobraría S/. 5. Como puede apreciarse, **con este esquema se genera una situación de mayor eficiencia, pues todas las personas tendrían acceso a los servicios y cada uno realizaría el pago de acuerdo con su disponibilidad presupuestaria.**

De lo anterior se deriva que un beneficio directo de un esquema de diferenciación es la posibilidad de ampliar la base de consumidores de determinado bien o servicio. En otras palabras, se permite que aquellos consumidores con menores ingresos puedan acceder a bienes o servicios a los que no podrían acceder en un esquema de un precio uniforme (el cual probablemente sería mayor al precio máximo que estarían dispuestos a pagar). Como contrapartida de ello, el proveedor puede también aumentar su nivel de ingresos al ampliar su base de consumidores.

En esquemas de este tipo el proveedor sustenta el tratamiento diferenciado en la

¹⁰ GERARD, Damien. “Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities”. p. 4.

¹¹ VARIAN, Hal. “Intermediate Microeconomics, a modern approach”. Octava edición. Nueva York: Norton & Company. 1987.

existencia de distintas valorizaciones del bien o servicio que ofrece entre diferentes grupos de consumidores. Al establecer precios diferentes en base a estas distintas valorizaciones, lo que logra es colocar el bien o servicio en un mayor número de consumidores (que de otra manera no accederían a éste).

Es importante, sin embargo, efectuar una precisión sobre este aspecto. A efectos que un esquema de discriminación generen los beneficios antes señalados, es importante que la base de consumidores se efectivamente se amplíe en comparación a aquella existente con el esquema de precios uniformes. Tal como señalan Liston-Heyes y Neokleous¹², siguiendo a Varian, “permitir la discriminación de precios incrementa el bienestar, **si la dimensión de un mercado aumenta consistentemente, una vez que la estructura discriminatoria de precios es implementada**” [El énfasis es nuestro].

En ese mismo sentido, González de Cossío¹³ señala lo siguiente respecto de si un esquema de diferenciación de precios resulta beneficioso o no:

“Una primera respuesta parece ser: ‘depende’. Si la cantidad de consumidores desfavorecidos por la discriminación es superior a los favorecidos, sería negativa. Y viceversa.

Para determinar qué consumidores son favorecidos y quienes no, será necesario comparar la curva de demanda con el precio uniforme en ausencia de la discriminación de precios. **De ser el precio uniforme alto, el esquema sería positivo, pues implicaría que más consumidores adquieran el producto gracias a la discriminación –y a un precio inferior–**. De ser el precio uniforme bajo, el esquema sería negativo: Serán más consumidores los que adquieran el producto a un precio igual a su valor total (y residual), que en la hipótesis es más alto que el precio uniforme.” [El énfasis es nuestro].

De lo anterior podemos derivar que un esquema de diferenciación de precios **será**

en principio beneficioso siempre que el precio uniforme se mantenga como el precio máximo aplicado y, producto de la diferenciación, únicamente se generen precios menores que permitan el acceso de más consumidores al bien o servicio en cuestión.

Con ello se conseguirá que más consumidores accedan al bien o servicio a un menor precio, sin que con ello los consumidores que deben pagar el precio uniforme se vean perjudicados (en última instancia, seguirán pagando el mismo precio que venían pagando en un esquema uniforme).

Por el contrario, si en el esquema de diferenciación se establecieran precios mayores al precio uniforme, el efecto no necesariamente será positivo. Ello debido a que no se generará que nuevos consumidores puedan acceder al bien o servicio (incentivados por los precios menores) y, por el contrario, se podría estar elevando el costo que deben de asumir aquellos consumidores que probablemente ya requerían el bien o servicio en cuestión.

Nótese que, bajo esta perspectiva, no se cuestiona el aumento del precio para un segmento de consumidores. En efecto, un aumento en el precio no puede ni debe ser considerado en sí mismo como una conducta ilegal. Lo único que se señala es que, en un escenario de este tipo, los beneficios derivados del esquema de discriminación (y por tanto, su posible justificación). Ello en la medida que ya no se estaría ampliando la base de consumidores que pueden acceder al bien o servicio en cuestión.

De lo hasta aquí señalado puede apreciarse que un esquema de diferenciación de precios no es *per se* negativo ni positivo. Ello dependerá en gran medida del caso concreto y de la forma como se estructure el esquema de diferenciación. En la medida que el esquema permita el desarrollo de un segmento de mercado antes desatendido y, por tanto, el acceso de más consumidores a un determinado bien o servicio, el esquema en términos generales podrá de ser considerado como positivo.

¹² LISTON-HEYES, Caterine y Elena NEOKLEOUS. Op. cit.

¹³ GONZÁLEZ DE COSSÍO. Francisco. “Discriminación de Precios”. p. 26.

III. ¿PUEDE DIFERENCIARSE EN BASE A LA DISPOSICIÓN AL PAGO?

Como hemos señalado, el Código de Consumo establece con claridad que a fin de considerar a un tratamiento diferenciado como lícito, éste “debe obedecer a causas objetivas y razonables”. Siendo ello así, cabe preguntarse si bajo la regulación en materia de protección al consumidor es posible justificar un tratamiento diferenciado en base a determinadas características de la demanda, tal como la mayor o menor disposición de pago de los consumidores (elasticidad de demanda).

Tal como indicamos en el apartado anterior, desde una perspectiva económica las diferenciaciones de precios se sustentan precisamente en las diferentes valorizaciones de los consumidores y, por ende, en sus diferentes disposiciones de pago. En tal sentido, veamos si tal justificación puede ser considerada como objetiva y razonable.

Respecto de la posibilidad de efectuar una diferenciación por motivos de demanda, existen algunos antecedentes que muestran que éstos podrían ser alegados como un fundamento razonable para un esquema de diferenciación de precios. Así, por ejemplo, parece razonable que una misma cadena de cines establezca precios diferenciados para las entradas en sus locales ubicados en La Molina y en el del Cono Norte. Dicha diferenciación podría sustentarse precisamente en las diferentes condiciones presupuestarias del segmento de consumidores al cual se dirige y a su diferente disposición a pagar por determinado bien o servicio. Ello pese a que el servicio a ser brindado sería virtualmente el mismo.

Como hemos visto en el apartado anterior, el razonamiento detrás de esta justificación es que con ello se permite que un segmento que antes no podía acceder al bien o servicio en cuestión (no estaban dispuestos a pagar el precio uniforme), ahora sí pueda hacerlo. En otras palabras, porque permite el desarrollo de un segmento del mercado que quizá cuenta con mayores límites presupuestarios. En efecto, el utilizar la diferente disposición de pago de cada grupo de consumidores (elasticidad de demanda) permite generar diferentes esquemas tarifarios, permitiendo así que un número mayor de consumidores

accedan al bien o servicio en cuestión, generando una mayor eficiencia a nivel productivo y de acceso de los individuos.

Es importante señalar que esta justificación ha sido recogida anteriormente por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en el caso “El Comercio v. Aerocontinente”. En efecto, en la Resolución 007-1999/TDC-INDECOPI el Tribunal del INDECOPI señaló lo siguiente:

“Al darse una situación de restricción en la oferta del servicio, las condiciones del mercado antes descritas determinan que aquellas empresas que requieren contratar servicios de transporte de carga aérea de naturaleza inmediata **estén dispuestas a pagar un mayor precio por este tipo de servicio**. Este mayor precio refleja el costo de excluir a todos los demás tipos de carga que compiten por acceder al servicio de transporte aéreo. Ello ocurre en el caso del servicio de distribución de diarios y revistas. **Las empresas que distribuyen este tipo de productos están dispuestas a pagar más por el transporte en los vuelos de la mañana que el precio que están dispuestas a pagar aquellas empresas que envían otro tipo de carga (incluso en el caso de bienes perecibles como los mariscos)**. Esto explica por qué el alza de precios afecta más al transporte de carga de diarios y revistas.

En consecuencia, la Sala considera que la diferenciación de tarifas cuestionada por El Comercio se explica en que Aero Continente ha identificado una demanda de servicios de naturaleza especial, constituida por el transporte aéreo de carga de diarios y revistas. Dicha demanda requiere de un despacho de mercancías diario y de carácter inmediato, en los primeros vuelos de la mañana. Así, **dadas las condiciones particulares del servicio requerido, la denunciada ha establecido una tarifa especial para el transporte de diarios y revistas que la Sala considera que es justificada**” [El énfasis es nuestro].

Como puede verse, el Tribunal señaló que resultaba válido que Aerocontinente estableciera un esquema de precios diferenciados en función a las necesidades de cada segmento de demanda. A aquellos que están dispuestos a pagar más por el servicio (debido a que necesitan un despacho rápido e inmediato), resulta razonable que se les cobré un monto mayor.

Lo anterior también ha sido recogido por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI (en adelante, la Comisión) en un reciente pronunciamiento. En el año 2009 la Comisión inició una investigación en contra de la empresa Lan Perú S.A. (en adelante, Lan) por la aplicación de tarifas diferenciadas entre pasajeros residentes y no residentes en el territorio nacional, para la adquisición de pasajes con destino al interior del país¹⁴. Lo interesante de la decisión de la Comisión es que precisamente recoge la lógica antes expuesta de manera clara.

En efecto, en la Resolución Final 1078-2010/CPC la Comisión reconoce algunos aspectos importantes. En primer lugar, reconoce que la distinta disponibilidad de pago de los consumidores puede ser considerado como un elemento que determine que nos encontremos ante “distintas situaciones de hecho” y, por tanto, no exista discriminación alguna. Sobre el particular, la Comisión señaló:

“44. Respecto del primer requisito, **es factible considerar que los consumidores que reciben distinto trato se encuentran en situaciones de hecho distintas, las mismas que pueden admitir un trato diferente.** Decimos esto en la medida que, un gran porcentaje de aquellos que son beneficiados con la promoción “El Perú es tuyo, conócelo”, esto es, **el grupo formado por residentes nacionales, cuentan con menor capacidad de gasto para efectuar viajes al interior del país en fechas específicas.**

45. En efecto, los montos que el sector de residentes nacionales destina para traslados en rutas nacionales resultan en proporción, menores a los invertidos por los residentes extranjeros, para quienes la variable “precio” no siempre se va a constituir en determinante al momento de decidir el medio de transporte a utilizar. En efecto, **en la medida que en su mayoría los residentes extranjeros arriban a nuestro país con la finalidad de realizar actividades de turismo, se entiende que su capacidad de gasto es mucho mayor de la que tienen los residentes nacionales.**

46. En ese orden de ideas, al otorgar un precio menor a quienes destinan montos menores para el tipo de servicio brindado por

Lan y, considerando además el nivel de gasto regular que mantienen los no residentes nacionales, en tanto suelen encontrarse en el territorio nacional por periodos reducidos y con actividades netamente turísticas, es factible considerar que éstos últimos se encuentran en posición de asumir el costo que significa acceder a un servicio de traslado más rápido, en muchos casos con la finalidad de aprovechar de mejor forma su estancia en el país, pese a que el monto requerido sea mayor, lo cual definitivamente no ocurre en el caso de los residentes nacionales, quienes no siempre contarán con una amplia capacidad de gasto para actividades de turismo interno” [El énfasis es nuestro].

En segundo lugar, la Comisión reconoce que el hecho que un esquema de precios diferenciados tenga como finalidad el permitir el acceso de un mayor número de consumidores a un determinado bien o servicio, constituye una justificación válida para descartar un supuesto de discriminación. Sobre el particular la Comisión señaló:

“48. Como ha indicado Lan a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, **la promoción “El Perú es tuyo, conócelo” tenía dos finalidades: la primera, consistente en que un mayor número de residentes en el Perú pueda acceder al servicio de transporte aéreo; y, la segunda, no por ello menos importante que la primera, generar un crecimiento del turismo interno en nuestro país, ello al permitir que los consumidores puedan acceder al transporte aéreo.**

49. Es conveniente señalar que ninguna de estas dos finalidades puede considerarse como ilegítima constitucionalmente. En efecto, **el hecho de pretender que más personas tengan acceso a un servicio que solo alcanzaba a algunos y el impulso del turismo interno en nuestro país, no pueden constituirse de modo alguno en finalidades constitucionalmente ilegítimas, ello en la medida que no se contraponen a la norma constitucional ni implican una transgresión directa o indirecta de la misma.**

50. A ello, debemos agregar que de acuerdo a la información brindada por Lan, resulta

¹⁴ Expedientes 3087-2009/CPC y 2348-2010/CPC (acumulados), seguidos de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Central y la señora Graciela Aida Arévalo Cruz, respectivamente.

evidente que antes de la presencia de promociones como la indicada, el número de consumidores residentes nacionales que podían acceder al servicio de transporte aéreo en rutas nacionales era bajo, ello debido a que los precios de los pasajes influían en la decisión de consumo de éstos en relación con sus necesidades y su poder adquisitivo.

51. En ese sentido, **el ofrecer el servicio a un precio menor para quienes cumplen con la condición antes descrita (ser residentes nacionales), logra brindar a este sector mayor posibilidad de elegir libremente entre las distintas opciones para realizar viajes al interior del país, incorporando dentro de sus alternativas no sólo la de transporte terrestre sino también el traslado por vía aérea** [El énfasis es nuestro].

Finalmente, la Comisión concluye que un esquema de precios diferenciados, establecido sobre la base de la disposición al pago de los consumidores, podrá ser considerado legal en la medida que éste efectivamente genere un efecto positivo en el mercado, en los términos que antes hemos indicado. Sobre el particular, la Comisión señaló:

“58. Respecto del cuarto requisito, de acuerdo a la información presentada por la denunciada y que obra en el expediente, **el precio ofrecido a los residentes nacionales no se encuentra subsidiado por un aumento del valor del pasaje para los no residentes, siendo que implica únicamente una reducción en la contraprestación a pagar por los primeros**, siempre y cuando acrediten ser residentes nacionales.

59. Así, el precio de los pasajes para el sector beneficiado corresponde a la menor tarifa que podría aplicar Lan, llegando a ser, de acuerdo a lo informado por ésta, igual o menor al costo marginal. En ese sentido, **no existe evidencia que demuestre que el descuento aplicado sea cargado al grupo de no residentes, quienes efectúan el pago que regularmente deberían asumir por este tipo de servicio, por lo que de por sí la medida implica un beneficio para un determinado segmento de consumidores con relación a otro segmento que no se ve perjudicado con el otorgamiento del mismo** [El énfasis es nuestro].

Si bien la Resolución antes citada reconoce que disposición al pago (elasticidad de

demanda) constituye una justificación para un tratamiento diferenciado (e incluso puede ser considerada como un aspecto que determine una diferente situación de hecho), es importante precisar que ello no implica necesariamente que una justificación de este tipo pueda ser siempre aceptada bajo la luz de las normas de protección al consumidor. Explicemos esto.

La disposición al pago, como justificación para un tratamiento diferenciado, usualmente se encontrará vinculada a un elemento que permita identificar a un grupo o segmento particular del mercado. En efecto, determinar la particular disposición de pago de cada individuo resultaría imposible a efectos de establecer un esquema de precios diferenciados. Es por ello que los proveedores suelen identificar elementos que les permitan identificar las preferencias de ciertos grupos. Así, por ejemplo, en el caso de Lan antes mencionado, la empresa determinó que el lugar de residencia constituye un elemento que permite establecer a dos grupos con diferentes disposiciones de pago: los no residentes se encuentran dispuestos a pagar más por un boleto aéreo que los residentes. Sin embargo, ¿qué hubiera sucedido si la empresa hubiera determinado que el elemento que permite establecer la diferencia es la raza? Por ejemplo, ¿qué hubiera sucedido si la empresa hubiera identificado que las personas de raza negra tienen una mayor disposición a pagar por boletos aéreos? ¿Hubiera podido establecer un esquema de precios diferenciados?

Desde una perspectiva económica, la respuesta debería ser afirmativa. Ello debido a que la diferenciación se originaría como consecuencia de la diferente disposición al pago, y no como consecuencia de la raza de los consumidores. En este caso, la raza es únicamente el elemento que permite identificar las diferencias entre los grupos, y no el motivo de la diferenciación. Sin embargo, lo cierto es que por las particulares características que a veces presentan las relaciones de consumo, muchas veces las decisiones de las autoridades pueden verse expuestas a aspectos sensibles que hacen más complejo el análisis. Ello hace que criterios de diferenciación como la raza o el sexo sean percibidos como *per se* ilegales, dada la connotación negativa que usualmente damos como sociedad a este elemento de diferenciación.

Este elemento puede generar una distorsión en el análisis y determinar que una conducta que no sólo tiene una racionalidad económica, sino que además puede generar beneficios para los consumidores y el mercado en su conjunto, se considerada como ilegal.

Lamentablemente, en el Perú no existen antecedentes en los que se hayan evaluado casos donde el elemento que permite identificar a un determinado grupo es un aspecto sensible, como la raza o el sexo. Sin embargo, existe un caso en el cual se evaluó la posibilidad de establecer diferencias en función al lugar de procedencia del consumidor, el cual nos muestra precisamente la dificultad de determinar la legalidad de la conducta por las razones antes señaladas.

En efecto, este aspecto fue analizado por el INDECOPI en la Resolución 0517-2001/TDC-INDECOPI¹⁵, recaída en el caso Reynoso v. Ripley. En dicho caso la señora Reynoso denunció a Ripley debido a que supuestamente le había denegado una tarjeta de crédito Ripley por vivir en el distrito de La Victoria. Ello, a su criterio, constituía un acto de discriminación.

La defensa de Ripley se centró en el hecho que ellos contaban con un sistema de evaluación en el cual se analizaba la procedencia geográfica del consumidor (distrito donde viven), ya que contaban con un estudio actualizado de índices de morosidad por distritos de Lima. En dicho estudio el distrito de La Victoria era precisamente señalado como el distrito con el más alto índice de morosidad.

Es importante señalar que en dicho caso el Tribunal del INDECOPI, si bien sancionó a Ripley, no considero *per se* ilegal una diferenciación por la procedencia geográfica del consumidor. Ello debido a que considero que tal diferencia podía ser considerada razonable en la medida que objetivamente podía servir para medir el nivel de morosidad de los consumidores (como lo demostraba el estudio de Ripley).

Cabe señala que en este caso la sanción impuesta a Ripley se debió no al criterio de diferenciación establecido, sino a que

no cumplió con acreditar haber seguido su procedimiento de evaluación en el caso específico de la señora Reynoso.

Respecto de la razonabilidad del criterio de diferenciación, el Tribunal señaló en la Resolución 0517-2001/TDC-INDECOPI:

“Esta Sala no considera que la política adoptada por las empresas denunciadas para otorgar el sistema de crédito Ripley, es decir ese trato diferenciado porque en la zona de domicilio exista un alto índice promedio de morosidad y una peligrosidad que va en aumento, constituya un trato discriminatorio. Por el contrario, para la Sala esas razones constituyen causas objetivas y justificadas que permiten realizar un trato diferenciado y, en ese sentido, restringir el acceso al servicio brindado”.

Como puede apreciarse, si bien a primera vista el lugar de residencia puede parecer un motivo que no podría ser sustento legal de una diferenciación en una relación de consumo, lo cierto es que el análisis de razonabilidad, como lo demuestra el Tribunal del INDECOPI, debe de efectuarse en el contexto preciso en que se desarrolla la actividad. En este caso el INDECOPI determinó la legalidad de la conducta precisamente por entender que la diferencia se sustenta no en el lugar de residencia del consumidor, sino en el mayor riesgo de morosidad que presentaba. En este caso la residencia no era el motivo de la diferenciación, sino únicamente el elemento que permitía distinguir determinados grupos (aquellos con un riesgo de morosidad más elevado).

Sin embargo, es interesante desatacar que este criterio no fue compartido de manera unánime. En efecto, sobre la base de una interpretación más restrictiva de las normas de protección al consumidor, uno de los vocales del Tribunal emitió un voto singular en el cual señaló que, a su criterio, una diferenciación como la efectuada por Ripley (lugar de residencia del consumidor) no puede ser considerada legal:

“(…) la discriminación se concreta en el rechazo liminar del pedido de afiliación por

¹⁵ Expediente 0307-1999/CPC, seguido por Cecilia Reynoso v. Tiendas por Departamento Ripley S.A y Colocadora S.A.

el sólo hecho de domiciliar en el distrito de La Victoria lo que, en principio, no tiene ninguna relación con la capacidad económica de la persona que es objeto de la evaluación. **Esta práctica desmerece a las personas domiciliadas en el distrito por el sólo hecho de residir en el mismo y constituye una trasgresión al mandato constitucional (...)** [El énfasis es nuestro].

Como puede apreciarse, la apreciación respecto de la razonabilidad de una diferenciación puede muchas veces ser difícil de predecir, más aún si consideramos que en estos casos se puede generar un análisis subjetivo por parte de la autoridad. Ello resulta aun más complicado cuando nos encontramos ante supuestos en los que el criterio de identificación de un determinado grupo es considerado como sensible.

Si bien hemos señalado que en el Perú no existen antecedentes que nos permitan obtener una línea clara de análisis respecto de este tipo de casos, a nivel comparado podemos encontrar casos en los cuales se ha determinado la legalidad de este tipo de esquemas, incluso cuando el elemento que permite diferenciar a determinados grupos es un elemento sensible como el sexo del consumidor.

Así, por ejemplo, en el caso *MacLean v. First Northwest Industries of America*¹⁶ se cuestionó la legalidad de la promoción establecida por un equipo de basketball profesional (Seattle Supersonics), según el cual se estableció un esquema de “*Ladies Night*” a efectos que las entradas a los partidos pudieran ser adquiridas a mitad de precio sólo por mujeres. Sobre el particular, la Corte Suprema de Washington estableció la legalidad de la promoción por considerar que se ajustaba a criterios razonables. Ello básicamente por dos motivos: (i) las mujeres “do not manifest the same interest in basketball as men do”; y, (ii) porque “the purpose of the cost-difference was not to exclude anyone but to encourage attendance”.

Como pueda apreciarse, el razonamiento de la Corte Suprema de Washington resulta consistente con lo señalado anteriormente: (i)

la conducta es legal porque con ella se busca cubrir un segmento de demanda que posee menos interés en el basketball y, por tanto, está dispuesto a pagar menos por las entradas a los juegos (el segmento femenino); y, (ii) con la medida no se afecta realmente al segmento masculino que sigue pagando el mismo precio que venía pagando hasta la fecha; lo único que se hace es aumentar el número de espectadores diferenciando los precios aplicables según sus distintas preferencias (eficiencia productiva).

Nótese que si bien en este caso el elemento que permite identificar a los dos grupos es el sexo del consumidor, la justificación para el tratamiento diferenciado es en realidad otra: la mayor o menor disposición al pago. En efecto, en este caso el “sexo” es solo la característica que permite diferenciar a los dos grupos con diferentes disposiciones de pago. Si en este caso se otorgaba un precio diferente a las mujeres ello no se daba por su condición de mujeres, sino porque este elemento particular permitía identificarlas como grupo con una disposición menor al pago.

Similar decisión fue establecida por la Corte de Apelaciones de Illinois en el caso *The Dock Club, Inc. v. Illinois Liquor Control Commission*¹⁷. En este caso se cuestionó también la aplicación de un esquema de “*Ladies Night*” aplicado por un bar, el cual ofrecía en determinados días precios reducidos para las bebidas únicamente a las mujeres. En dicho caso la Corte de Apelaciones descartó el cuestionamiento por considerar que la diferenciación se encontraba debidamente justificada: se buscaba fomentar el desarrollo de un segmento del mercado con diferentes preferencias (el segmento femenino). En efecto, en dicho caso se señaló que “sex-based pricing was intended to encourage female patronage, not to discourage male patronage”.

Como puede apreciarse, en este caso el “sexo” funcionaba también sólo como un elemento que permitía identificar a un grupo con una determinada disposición al pago. Así, esta característica no es la que determinaba en sí misma el tratamiento diferenciado, sino que

¹⁶ 635 P.2d. 683, 686 (Wash 1981).

¹⁷ 128 N.E. 2d 735 (Ill. App. Ct. 1981).

funcionaba únicamente como un elemento que permitía identificar a un grupo con una determinada elasticidad de demanda.

Finalmente, es importante señalar que, bajo esta misma lógica, existen también pronunciamientos a nivel nacional y extranjero validando tratamientos diferenciados que buscan “privilegiar” a determinados grupos menos favorecidos que presentan mayores límites presupuestarios (y por ende, menor disposición al pago de precios más altos).

En estos casos la lógica es exactamente la misma a la explicada anteriormente: se generan diferenciaciones a efectos de permitir que determinados grupos considerados como “menos favorecidos” puedan acceder a determinados bienes y servicios que, de otra manera, sus restricciones presupuestarias no les permitirían. Con ello lo que se busca es el desarrollar un determinado segmento de la demanda, permitiéndoles un acceso que de otra forma no tendrían.

Un ejemplo de esto es el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad seguido en contra de diversos artículos de la Ley 26271, ley que norma el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros. Dicha norma establecía, fundamentalmente, el derecho de los estudiantes a pagar la mitad del precio por el servicio de transporte urbano, así como el derecho de “pase libre” para los policías y bomberos.

En dicho caso el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma y la legalidad del tratamiento diferenciado que establecía. En ese sentido, se señaló lo siguiente¹⁸:

“(…) cuando la ley otorga a los policías y bomberos pases libres y a los estudiantes universitarios de institutos superiores y escolares el medio pasaje en el transporte urbano e interurbano de pasajeros, **lo hace para favorecer, como dice el artículo 59 de la Constitución a ciertos sectores que se**

encuentran en condiciones de desigualdad y que demandan del Estado un trato especial por la naturaleza especial de su condición (…)” [El énfasis es nuestro].

Asimismo, el Tribunal Constitucional indicó:

“La Constitución reconoce un resguardo especial a aquellos casos que presumiblemente generan mayores causas de trato discriminatorio; en nuestro ordenamiento jurídico (...) **existe un tradicional reconocimiento a determinados sectores de la población (estudiantes, bomberos y policías), que por circunstancias económicas y sociales, necesitan mayores facilidades por parte del Estado para acceder al servicio**” [El énfasis es nuestro].

Decisiones similares se han presentado también en los Estados Unidos respecto de beneficios brindados a favor de personas de edad avanzada. Así, por ejemplo, en los casos *Khan v. Thompson*¹⁹ y *Sargoy v. Resolution Trust Corp.*²⁰ se cuestionó el establecimiento de sistemas de descuentos aplicables únicamente a personas de edad avanzada. En ambos casos las demandas fueron desestimadas por considerarse que resultaba razonable brindar descuentos a un grupo tradicionalmente considerado como objeto de particular interés del Estado.

En ese sentido, en el primer caso la Corte de Apelaciones de Arizona señaló:

“The plaintiff alleged that an age-based discount favoring senior citizens violated the local civil rights ordinance, which prohibited the refusal of services or facilities based on sex or age. The court rejected a literal construction of the statute and instead held that, based on public policy and traditions of providing benefits to older citizens, the age-based price differentials had a sufficiently rational basis to withstand complainant’s challenge”.

Como puede apreciarse la lógica detrás de los casos antes señalados es la de permitir el acceso a determinados servicios a grupos considerados como menos favorecidos o que

¹⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Resolución 00034-2004-AI del 15 de Febrero del 2005.

¹⁹ 916 P. 2d 1124 (Ariz. Ct. App. 1995).

²⁰ 8 Cal. App. 4th 1039 (19929).

requieren de un especial interés del Estado. Este argumento, en el fondo, no hace más que reflejar lo que hemos señalado anteriormente: Permitir el acceso a determinados bienes y servicios a grupos que poseen una menor disponibilidad de pago de determinadas tarifas.

Si bien en estos casos muchas veces no se señala expresamente que el considerar la “elasticidad de demanda” (disposición al pago de los consumidores) pueda justificar un tratamiento diferenciado, la lógica detrás de estas decisiones es finalmente ésta.

IV. CONCLUSIONES

Las relaciones de consumo muchas veces presentan características particulares y aspectos sensibles que pueden distorsionar nuestro análisis y hacer que consideremos determinadas estrategias empresariales como ilegales, aún cuando tengan una clara lógica económica.

¿Por qué el establecer esquemas en el que las mujeres pagan menos por acceder a un local nocturno (“*Ladies Night*”) puede ser considerado legal y, sin embargo, otro tipo de esquemas de precios diferenciados

parece tener una percepción negativa? Si es posible acreditar la existencia de grupos con claras diferencias en cuanto a su disposición a pagar por determinados bienes y servicios, no debería existir un cuestionamiento a la posibilidad de establecer esquemas de precios diferenciados.

Debe tenerse en cuenta que estos esquemas no sólo tienen una lógica económica, sino que además terminan siendo beneficios para los consumidores, en la medida que permiten el acceso a bienes y servicios de grupos que de otra manera se verían privados de éstos. El que con ello los proveedores puedan maximizar sus ingresos no debería de generar cuestionamiento alguno, siempre que sea posible identificar en el mercado el beneficio antes anotado.

Evaluar este tipo de esquemas comerciales bajo criterios de “justicia” y “equidad” pueden llevarnos a conclusiones equivocadas y a limitar conductas que resultan pro competitivas. Una aplicación restrictiva de las normas de protección al consumidor puede llevarnos, en última instancia, a condenar a los caballeros a cortes de cabello más caros o a que las señoritas paguen más por sus bebidas en las discotecas.

TASA DE CRIMINALIDAD Y CASTIGO: UN EJERCICIO DE DERECHO Y ECONOMÍA

Gustavo Rodríguez García*

La delincuencia es uno de los problemas más alarmantes en nuestro país. Debido a ello, las autoridades están en constante búsqueda de políticas que ayuden a reducir los altos niveles de delincuencia. Una de las tantas políticas públicas consiste en aumentar las sanciones, sin embargo, ¿cuál es la racionalidad detrás de esta opción?

En el presente artículo el autor analiza la delincuencia desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. De esta manera, explica los incentivos que tienen las personas para delinquir, los beneficios que el crimen conlleva y las formas que las políticas públicas pueden adoptar para que la opción de delinquir no resulte ser la más beneficiosa. Además, aclara el razonamiento detrás de las sanciones penales como las multas y la pena privativa de libertad.

* Abogado. Magíster (LL.M.) en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina). Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de Economía y Derecho en la carrera de Economía de la Universidad del Pacífico, y de Análisis Económico del Derecho Penal en la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de San Martín de Porres.

Un castigo mayor se orienta a obtener una menor tasa de delitos asociados a ese castigo. Esa lógica, sin embargo, implica considerar una gama de factores que pueden dar luces importantes sobre el diseño de una adecuada política pública para reprimir el crimen. Como cuestión previa, sin embargo, debemos señalar que la asunción que hacemos aquí importa considerar que los criminales pretenden la maximización racional de los beneficios que el delito les reporta, de la misma forma que otros sujetos tienen esa misma pretensión general: maximizar el beneficio y reducir los costos asociados a determinada conducta¹.

Dado que, bajo esta premisa, el delincuente no es visto como una persona atípica – como una suerte de ser extraño ajeno a la presunción de racionalidad– sino como un sujeto que, como el resto de nosotros, adopta un curso de acción porque éste le reporta mayores beneficios que las alternativas que se le presentan, es posible analizar el impacto de ciertas variaciones, tanto en probabilidad de aprehensión cuanto en severidad del castigo, en la tasa de criminalidad². Discutir algunas posibles relaciones entre el nivel de criminalidad y el castigo es el objetivo de este trabajo.

I. SANCIÓN PENAL Y EL EFECTO SUSTITUCIÓN

Uno de los fundamentos económicos de un sistema de responsabilidad civil extracontractual es desincentivar la generación de accidentes (disminución de los daños). Las conductas de los individuos generan externalidades (efectos externos que benefician o perjudican a terceros que no estuvieron involucrados en la producción de tales externalidades) y éstas pueden, por cierto, consistir en daños de muy diversa naturaleza (externalidades negativas).

Dado que el costo privado de una conducta no es igual al costo social de la misma, es previsible que un sujeto que maximiza sus beneficios decida realizar una actividad no

sobre la base del costo social que genera sino tomando en consideración el costo privado que el sujeto percibe. En otras palabras, si no existe una forma de hacer que el sujeto perciba el efecto negativo que otros sienten, esta persona tendrá un nivel de actividad inadecuado. Al exigírsele al sujeto que dañe, la compensación a las víctimas, se obliga a quien realiza la conducta que genera el daño a considerar no solamente el costo privado sino también el costo social. Dado que el costo de la actividad se ve incrementado, se espera que el sujeto reduzca la conducta potencialmente dañosa hasta el punto en que el beneficio de ésta no se vea superado por el costo total de la actividad.

Existen ciertas conductas que generan daños a otros y que no merecen, sin embargo, la respuesta tradicional del sistema de responsabilidad civil extracontractual. En ciertos supuestos, el sistema legal establece un castigo de otra naturaleza (sanción penal) que, de ordinario, importa la incapacitación del sujeto, esto es, su encarcelamiento. ¿Por qué el sistema legal recurre al empleo de penas privativas de la libertad en determinados casos? ¿No es posible desincentivar el delito ordenando al delincuente a indemnizar a la víctima?

La explicación económica para el empleo de penas privativas de la libertad parte de una constatación elemental: la respuesta legal debe ser proporcional a las circunstancias del caso. A medida que la probabilidad de desincentivar al sujeto que genera el daño aumenta, se hace necesario elevar las sanciones que el sistema legal establece. La lógica detrás de esto es simple pero poderosa. Si una persona realiza una conducta que le reporta un beneficio de 80 pero genera un daño de 100, es deseable que se disuada esa conducta. De forma evidente, una sanción que imponga un costo adicional de 100 al sujeto desincentivará la conducta asumiéndose que, en todos los casos en los que se realiza esta práctica, se aplicará esa respuesta legal.

¹ Friedman afirma que "(...) un ladrón roba por la misma razón por la que enseño economía –porque encuentra que es una profesión más atractiva que otra. La conclusión obvia es que una forma de reducir el robo –ya sea como legislador o como propietario de una casa– es elevar los costos de la profesión del ladrón o reducir sus beneficios". Al respecto: FRIEDMAN, David. "Hidden Order, The Economics of Everyday Life". Harper Business. 1996. p. 299.

² EIDE, Erling. "Economics of Criminal Behavior". En: Encyclopedia of Law and Economics, Edward Elgar / University of Ghent. 1999. p. 345.

Sin embargo, la efectividad de la respuesta legal depende de la probabilidad de que la misma pueda ser aplicada. Si, en el ejemplo empleado, únicamente existe un 50% de probabilidades de aplicar una sanción de 100, la sanción esperada será únicamente de 50. De esta manera, cuando no existe una perfecta capacidad de aplicación efectiva de sanciones, se incrementa la posibilidad de que el beneficio para el sujeto dañador siga siendo superior que el costo (esperado) de la conducta dañosa. En otros términos, el sujeto seguirá realizando la conducta que queremos que deje de hacer.

La lógica detrás de esto es que un sujeto toma en consideración el costo esperado de su conducta, esto es, el resultado de multiplicar la magnitud de la respuesta legal por la probabilidad de que esa respuesta lo afecte. Se sigue, obviamente, que a medida que cae esa probabilidad, el sistema legal debe ajustar la magnitud de la respuesta para preservar el desincentivo. En el ejemplo, existiendo 50% de probabilidad de aplicación efectiva de una multa de 100, el sistema legal debería establecer una multa de 200³.

Los sujetos –y los delincuentes no son la excepción– nos vemos constreñidos por una determinada restricción presupuestaria. Cuando la sanción prevista por el sistema legal es razonablemente asumida por el sujeto dañador, el desincentivo funciona adecuadamente. Sin embargo, existen supuestos en los que las multas que podría imponer el sistema legal serían tan exorbitantes, que sería extraño que alguien pudiera asumirlas naturalmente. Existen varios factores que determinan que, en ciertos casos, la magnitud de la respuesta legal deba incrementarse.

Shavell⁴ expone los siguientes factores aplicados al área del crimen: (i) los

delincuentes suelen pertenecer a un grupo de poca riqueza; (ii) la probabilidad de escape; (iii) la cantidad de beneficios privados derivados de la conducta; (iv) la magnitud del daño causado⁵; y, (v) la probabilidad de causar daño. Las conductas que, de ordinario, merecen reproche penal, suelen realizarse con intención. Es razonable suponer que si un sujeto tiene la intención de perpetrar un asalto, el planeamiento de éste haya importado considerar, entre otros factores, vías de escape para reducir la probabilidad de castigo. Como el lector ya sabe, una reducción en la probabilidad de castigo justifica sanciones mayores.

Entonces, en el área del delito, tenemos sujetos que, de forma general, no suelen tener recursos considerables. Adicionalmente a ello, tales sujetos suelen actuar con intención reduciendo la probabilidad de aprehensión (no es lo mismo que un accidente vehicular). Finalmente, los beneficios que el delito reporta suelen ser considerables y los daños causados suelen lesionar bienes jurídicos particularmente valiosos. De esta manera, es razonable suponer que la respuesta legal frente a este tipo de conductas debería fijarse en un nivel que, previsiblemente, no podría ser asumida por sujetos de escasos recursos.

En estos casos, el sistema legal sustituye una sanción monetaria (una multa) por el empleo de una sanción no monetaria (encarcelamiento). Dado que la multa que debiera fijarse ante un delito de violación sería exorbitante, el sistema legal sustituye esa medida gravosa e irreal (multa que jamás sería pagada) por una medida gravosa realista (pena privativa de la libertad del sujeto). Esto es lo que nosotros denominamos aquí “efecto sustitución”. La sanción penal, típicamente en la forma de penas privativas de la libertad,

³ El ejemplo que hemos seguido ha sido planteado en: GAROUPA, Nuno. “An Economic Analysis of Criminal Law”. En: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Garoupa_criminalaw01.pdf.

⁴ SHAVELL, Steven. “Criminal Law and the optimal use of Nonmonetary sanctions as deterrent”. En: *Columbia Law Review* 85. 1985.

⁵ Un aspecto que debe ser considerado es que, en buena cantidad de casos, existe un daño derivado de la evasión de una operación de mercado. El sistema legal quiere fomentar transacciones consensuales. El quiebre de la regla de intercambios voluntarios es una afectación grave. Esta lógica se aplica tanto en los casos de hurto tradicional (despojo de un vehículo, por ejemplo) como de violación sexual (que es una suerte de hurto de sexo). En todos esos casos, existe una titularidad protegida por una regla de propiedad lo cual presupone que, para afectar la titularidad, se requiere el consentimiento del titular; es decir, se requiere un intercambio de mercado. Permitir el quiebre de las relaciones de mercado genera desperdicio, porque incentiva a algunos a invertir en forzar transferencias de titularidades e incentiva a otros a invertir en protegerse de tales posibles transferencias forzadas. Ver: POSNER, Richard. “An economic theory of criminal law”. En: *Columbia Law Review* 85. Número 6. 1985. p. 1195.

pretende sustituir sanciones monetarias que no servirían para desincentivar la realización de ciertas conductas. Ahora bien, es importante tener cuidado en hacer la sustitución únicamente como último recurso, en otras palabras, la sanción penal debe ser usada únicamente cuando no quede otra alternativa⁶.

Esto que en el derecho penal suele conocerse como principio de *ultima ratio*, tiene una explicación económica. Las sanciones no monetarias suelen ser mucho más costosas en términos sociales que las sanciones puramente monetarias que se expresan en la forma de transferencia de riqueza. El encarcelamiento del individuo en países en los que el sistema penitenciario es fundamentalmente operado por el Estado nos cuesta a todos los individuos⁷. Incrementar la tasa de encarcelamiento implica aumentar el costo que los contribuyentes debemos pagar por represión del crimen. Sorprende, en consecuencia, que las estrategias usualmente empleadas para aumentar el nivel de desincentivo a una determinada conducta en nuestro país suelen implicar o un aumento de la pena privativa de la libertad (más años en prisión) o una reducción de beneficios penitenciarios. Ambas estrategias implican una elevación del costo social de la represión del crimen.

Otra explicación del porqué en ciertos casos se hace necesario apelar al efecto sustitución tiene que ver con la dificultad de determinar una eventual compensación para ciertos daños. En algunos casos, no existe un mercado explícito para determinados bienes, lo cual encarece el proceso de determinación de un equivalente pecuniario para, por ejemplo, un brazo o una pierna. Esto no necesariamente significa que la

compensación es imposible sino que ésta puede ser costosa dado el costo de fijar el nivel de respuesta legal o ante los problemas que pueden derivarse de una inadecuada revelación de preferencias⁸.

En todo caso, es altamente probable, como ya adelantáramos, que los delincuentes racionales pretendan reducir las probabilidades de que los atrapen y eso, entre otros factores, explica el porqué sea necesario apelar a sanciones no monetarias para desincentivar el crimen. A continuación, analizaremos algunas interrelaciones entre el castigo y la tasa de criminalidad a la luz del planteamiento que los delincuentes toman en consideración para calcular el costo esperado del delito.

II. JUGANDO CON LAS VARIABLES: LUCES SOBRE LA TASA DE CRIMINALIDAD

Como hemos indicado previamente, los delincuentes toman en consideración los beneficios esperados de incurrir en el crimen y los comparan con los costos esperados de esa conducta. Tales costos esperados comprenden dos variables: (i) el costo del delito; y, (ii) la probabilidad de que ese costo sea percibido efectivamente por el delincuente. El costo del delito puede ser diversas naturalezas. El costo puede ser el directamente asumido por el delincuente para perpetrar su crimen (adquirir un arma), puede ser el costo derivado de la respuesta legal (la magnitud de la sanción que el sistema legal prevé ante la comisión de determinado delito) o puede ser un costo psicológico (la pérdida de reputación adherida a la comisión de un delito). Este último aspecto puede apoyar fuertemente el empleo de *shaming penalties*, esto es, de sanciones que apelan

⁶ Shavell y Polinsky sostienen que "cuando las multas y el encarcelamiento se usan en conjunto, el único punto adicional es que, sin perjuicio de si los individuos son idénticos, es deseable emplear multas hasta el máximo posible antes de complementarlas con un término de encarcelamiento. Esto es así simplemente porque las multas no importan costos sociales, mientras que el encarcelamiento es socialmente costoso". Ver: SHAVELL, Steven y A. Mitchell POLINSKY. "The optimal use of fines and imprisonment". En: NBER Working Paper Series. Working Paper 932. 1982. p. 3.

⁷ Debería alentarse seriamente el empleo de estrategias de privatización de prisiones a fin de reducir, precisamente, el costo que la sociedad paga como consecuencia del encarcelamiento a los criminales. Abordar este asunto, sin embargo, ameritaría un trabajo especial al respecto. Recomendamos, para el lector interesado, que revise el interesante libro editado por Alexander Tabarrok en el que se advierten importantes contribuciones sobre esta cuestión. Ver: TABARROK, Alexander. "Changing the guard, private prisons and the control of crime". The Independent Institute. 2003.

⁸ Al respecto: COOTER, Robert y Thomas ULLEN. "Derecho y economía". Fondo de cultura económica. México. 1998. p. 551.

a efectos como la vergüenza o el ostracismo para disuadir el crimen⁹.

Asimismo, esta consideración nos permite sostener que el costo esperado del delito no es el mismo para todos los delincuentes que cometen el mismo crimen aunque la respuesta legal estipulada sea la misma¹⁰. Así, el sistema legal puede establecer una pena privativa de libertad entre uno y tres años para el funcionario o servidor público que incurre en delito de allanamiento ilegal de domicilio; sin embargo, no todos los que cometen ese delito perciben el mismo costo esperado aunque la sanción legal (el costo legal, por decirlo de alguna forma) sea la misma.

Atendiendo a este marco conceptual, pueden extraerse varias hipótesis con respecto a la relación entre las sanciones penales y la tasa de criminalidad. A continuación, planteamos cuatro relaciones probables siguiendo el aporte de Bar-Gill y Harel sobre el tema¹¹.

- a) Supuesto 1: a medida que incrementa la tasa de criminalidad, se reduce el costo esperado del delito (primera explicación).

Este supuesto plantea la tesis de que “el delito atrae más delito”. El razonamiento es el siguiente: combatir el delito tiene un costo. Friedman, refiriéndose al homicidio, señala que “la razón por la que no incrementamos el castigo para el homicidio puede ser, y probablemente es que, a pesar que nos gustaría evitar más homicidios que los que evitamos (de hecho, nos gustaría evitar todos los homicidios), el costo de hacerlo es mayor que lo que estaríamos dispuestos a pagar”¹². El razonamiento no tiene nada de exótico. Podríamos incrementar nuestra inversión en represión del crimen, pero ello importaría desatender otras cuestiones importantes. El costo de oportunidad podría ser considerable. De forma

gráfica, podemos decir que la razón por la que no emprendemos la tarea de eliminar todo el crimen es porque no queremos hacerlo. Empezar semejante tarea tendría un costo mayor que el beneficio que podríamos obtener y, por eso, es eficiente trazar una línea definiendo cuál es el nivel eficiente de represión del crimen (o, si se prefiere, cuál es el nivel eficiente de delitos).

Cada delito cometido impone un costo de detección y castigo para el Estado. A medida que la tasa de criminalidad se eleva, resulta más difícil costear la lucha contra el crimen. De esta forma, a medida que se incrementa el delito, la probabilidad de aprehensión cae. Dado que la probabilidad de aprehensión es considerada como parte del costo esperado del delito para el criminal, una reducción de esta probabilidad de aprehensión será percibida como una reducción del costo esperado del delito de modo que el crimen será más rentable para el delincuente. De esta forma, cuando la tasa de criminalidad se eleva, el crimen es más atractivo dado que la probabilidad de ser atrapado se reduce. Como dijimos previamente, el delito atrae más delito.

- b) Supuesto 1: a medida que incrementa la tasa de criminalidad, se reduce el costo esperado del delito (segunda explicación).

En la medida que el crimen se torna más frecuente, el estigma asociado al delito decae. Piense en el homicidio. Una persona que mata por primera vez posiblemente padezca algún tipo de remordimiento por lo ocurrido. Ese remordimiento es parte del costo psicológico que debe asumir el delincuente. Sin embargo, cuando uno mata por segunda vez, posiblemente el remordimiento sea menor. Un asesino en serie posiblemente no padezca

⁹ POSNER, Eric A. “Law and social norms”. Harvard University Press. 2000. pp. 88-111.

¹⁰ Easterbrook se refiere a igualdad ex ante versus inequidad ex post. Al respecto, EASTERBROOK, Frank H. “Criminal procedure as a market system”. The Journal of Legal Studies. Volumen 12. Número 2. 1983. p. 304.

¹¹ BAR-GILL, Oren y Alon HAREL. “Crime Rates and Expected Sanctions: The Economics of Deterrence Revisited”. The Journal of Legal Studies. 2001.

¹² FRIEDMAN, David. “Law’s Order, What economics has to do with law and why it matters”. En: Princeton University Press. 2000. p. 226.

remordimiento de naturaleza alguna. Esto puede plantearse también en términos reputacionales y es aplicable a una variedad de supuestos. La primera vez que usted dice algo inapropiado en una reunión usted ve afectada su imagen, sin embargo, cuando su reputación está por los suelos, usted tiene menos que perder (ya no tiene reputación que salvaguardar).

Dado que el costo psicológico es parte del costo que el delincuente asume, una reducción de, por ejemplo, la vergüenza o el remordimiento hace que el delito sea más rentable. El costo esperado del delito cae dada la disminución del costo psicológico. De esta manera, a medida que se cometen más delitos, el delito es más atractivo. Nótese que esta es una buena explicación del por qué se incrementa la pena en supuestos de reincidencia. A fin de ajustar la reducción del costo psicológico, el sistema legal eleva el costo derivado de la aplicación de la ley (la pena privativa de la libertad).

- c) Supuesto 2: a medida que incrementa la tasa de criminalidad, aumenta el costo esperado del delito (primera explicación)

Estamos, en este caso, frente al efecto opuesto a los que hemos discutido antes. En la medida que la tasa de criminalidad aumenta, el costo esperado del delito también aumenta haciendo que éste parezca menos rentable para el delincuente. La primera explicación tiene que ver con el hecho que, a medida que existen mayores delincuentes, aumenta la posibilidad de que éstos se asocien para perpetrar delitos. La comisión de delitos en banda, por ejemplo, permite que la aprehensión de uno de los integrantes del colectivo pueda llevar a la detención de todos los implicados.

A fin de facilitar este proceso, los sistemas legales pueden incluir mecanismos de colaboración eficaz orientados a introducir un factor adicional de riesgo para los delincuentes. Un sistema de colaboración eficaz que eventualmente permite la exoneración de sanción para

el “soplón” (y con mayor efectividad cuando se establecen recompensas), introduce un factor adicional de riesgo. Los integrantes de la banda ya no deben cuidarse solamente de la policía sino, incluso, de sus propios “compinches”, que podrían delatarlos. El incremento del riesgo representa un incremento del costo esperado del delito para los delincuentes.

- d) Supuesto 2: a medida que incrementa la tasa de criminalidad, aumenta el costo esperado del delito (segunda explicación)

Los políticos, como los criminales y como todos los demás, pretenden maximizar sus beneficios. Este supuesto implica asumir que, a medida que incrementa la criminalidad en una determinada localidad, los habitantes de la misma tienen incentivos para presionar a sus autoridades a hacer algo al respecto. Dado que los habitantes suelen ser electores, los políticos perciben la presión por seguridad como una oportunidad para maximizar, por ejemplo, su posibilidad de ser reelectos. De esta manera, a medida que la presión por seguridad se eleva como consecuencia del aumento de la criminalidad, es altamente probable que las autoridades tengan incentivos para responder a la presión desplegada a fin de maximizar sus propios beneficios.

En otras palabras, dado que el incremento de la tasa de criminalidad puede generar incentivos para la adopción de regulación/políticas públicas contra el crimen, la criminalidad puede hacer germinar el principio de su propia destrucción. Ciertamente, el éxito de ello depende de la efectividad de las medidas adoptadas. Si la presión es respondida con regulación ineficiente, es altamente probable que los costos derivados de la respuesta surgida sean tan elevados como los que se desprenden del propio delito.

III. CONCLUSIONES Y ALGUNOS SUPUESTOS ADICIONALES

Una objeción obvia al razonamiento planteado es que no todos los delincuentes

son racionales. Otra objeción obvia es que no es posible determinar con certeza qué mueve exactamente a un delincuente a cometer su crimen. Ambas objeciones parecen lógicas pero ambas son intrascendentes. Como señala Winter, “para que el análisis del crimen racional tenga mérito, lo único que importa es que algunos criminales tomen en cuenta el castigo esperado que se les plantea. Si esto es cierto, al perseguir una política social para disuadir el crimen, las autoridades pueden afectar el índice de criminalidad manipulando los componentes que integran el castigo esperado. Nótese que el análisis del crimen racional no requiere que determinemos por qué los criminales cometen los crímenes (...) la fuerza que moviliza la política de disuasión del crimen es que éste puede ser reducido mediante el incremento del castigo esperado sin importar el por qué los criminales hacen lo que hacen”¹³.

Las motivaciones exactas de los delincuentes quizás nunca podrán ser plenamente comprendidas. Lo que es claro es que, en la medida que al menos algunos criminales sean racionales (y es altamente probable que lo sean), la reducción del crimen dependerá de que perciban que el delito es menos rentable. Reducir la rentabilidad del delito no es otra cosa que elevar el costo esperado del delito, ya sea elevando el costo del delito (directo, legal o psicológico) o la probabilidad de aprehensión y aplicación del castigo.

Existen dos consideraciones que, a la luz de lo ya señalado, deben destacarse. En primer término, dado que el delincuente considera el costo de oportunidad del delito, una política pública orientada a hacer que la vida legal sea más atractiva reduce el crimen. La mejora en las condiciones salariales o en las posibilidades de obtener un empleo formal, por ejemplo, son obvias herramientas para reducir la criminalidad dado que elevan la eventual pérdida del delincuente por optar por un estilo de vida alternativo (e ilegal).

En segundo término, la dilación en la obtención de pronunciamientos en las causas

penales reduce el costo esperado del delito. La carga procesal congestiona al sistema de administración de justicia y, aunque no reduzca necesariamente la probabilidad de detección, reduce la probabilidad de castigo efectivo. En consecuencia, las demoras en la administración de justicia generan delincuencia dado que reducen el valor presente de las sanciones para los criminales. De esta forma, una política pública orientada a dotar de celeridad en el conocimiento de las causas es positiva porque se esperaría que reduzca la tasa de criminalidad.

La idea que subyace a esta exposición es bastante sencilla: los criminales responden a incentivos. Si el sistema legal permite que el crimen se presente como una opción rentable para los delincuentes, se producirán más delitos. No hemos abordado aquí, sin embargo, otros efectos que deben ser ponderados al momento de determinar el nivel adecuado de la respuesta legal, por ejemplo, el efecto marginal del castigo. Desde esa perspectiva, hace sentido, por ejemplo, establecer sanciones distintas para casos de tentativas y para casos de delitos consumados. Un ejemplo ilustrativo de este punto es planteado por Wittman cuando sostiene que la Iglesia Católica también debe tener en cuenta la disuasión marginal¹⁴. Así, si una persona va a ir al infierno por robar, es probable que ir al infierno no desincentive a ese individuo a cometer otros delitos (¿podría irse dos veces al infierno?).

Cuanto más gastemos en policía y personal en el poder judicial, será más sencillo reducir la criminalidad¹⁵. Pero es evidente que nuestra posibilidad de gasto es limitada. De esta forma, parece sensato explorar diversas alternativas para reducir la tasa de delincuencia. Eventualmente, emplear sanciones psicológicas puede ser un paso importante para reducir en algo el costo de combatir el crimen. Otra estrategia, aunque debe merecer un análisis más prudente y detenido, puede ser alentar estrategias de autoprotección que “reducen” el delito (una alarma dentro de su casa que se activa si

¹³ WINTER, Harold. “The economics of crime, an introduction to rational crime analysis”. Routledge. 2008. p. 8.

¹⁴ WITTMAN, Donald. “Economic foundations of law and organization”. En: Cambridge University Press. 2006. p. 156.

¹⁵ BECKER, Gary. “Crime and punishment: an economic approach”. En: Journal of Political Economy 76. Número 3. 1968.

ingresa un ladrón) en contraste con estrategias de autoprotección que “distribuyen” el delito (dejar la luz prendida de su casa para que el ladrón, al ver la luz, opte por no ingresar).

La economía aporta mucho al analizar implicancias generales para la política pública y al emplear el análisis costo-beneficio para evaluarla. A decir de Levitt y Miles, “la década pasada ha visto un renacimiento en la aplicación de enfoques económicos empíricos a asuntos del crimen. Se ha hecho un progreso

sustancial en la comprensión del impacto de elementos del sistema de justicia criminal tales como la policía, prisiones y la pena de muerte. Adicionalmente, nuevas hipótesis relacionadas a la evaluación por perfiles raciales, tenencia de armas y la legalización del aborto han emergido en debates polémicos y ampliamente publicitados”¹⁶. En tal sentido, consideramos que, a estas alturas, debe ser evidente para el lector que el análisis económico del derecho tiene mucho que decir con respecto al crimen y al derecho penal.

¹⁶ LEVITT, Steven y Thomas J. MILES. “Economic contributions to the understanding of crime”. En: Annual Review of Law and Social Science. Número 2. 2006.

APROXIMACIÓN Y OBSERVACIÓN CRÍTICA DESDE LA ÓPTICA PENAL DE LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO - ESPECIAL REFERENCIA AL DELINCUENTE ECONÓMICO

Róger Yon Ruesta*

Armando Sánchez-Málaga Carrillo**

*¿Conoce y entiende el delincuente potencial (...) las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle? Si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones? Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?****

En el presente artículo, los autores discuten acerca de la viabilidad de aplicar el Análisis Económico en el campo del Derecho Penal. Tras un análisis completo de los fundamentos de la norma jurídico-penal, del Estado social y democrático de Derecho, de la racionalidad del delincuente al momento de cometer delitos; los autores señalan que el Análisis Económico del Derecho no puede tener como objeto el sistema global de Derecho Penal y, menos aún, la norma jurídico-penal o la función que cumple la pena. En ese sentido, proponen aplicar el mencionado método analítico para evaluar las acciones no penales de prevención del delito.

* Abogado. Estudios de postgrado en la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consorcio Roger Yon & SMB Abogados.

** Abogado. Estudios de postgrado en la Universidad de Barcelona y en la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consorcio Roger Yon & SMB Abogados.

*** ROBINSON, Paul. "Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida". Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons. 2012. p. 54.

I. INTRODUCCIÓN

Como su título lo indica, el presente artículo efectúa, desde la óptica penal, una aproximación a la problemática de aplicación del Análisis Económico del Derecho. Es objeto de este trabajo definir la viabilidad y forma de aplicar esta metodología de análisis al campo del Derecho Penal. Luego de esta breve introducción, como resulta necesario tener en cuenta cuál es el estado de la cuestión antes de preguntarnos si es posible aplicar una metodología de análisis como la propuesta, en el segundo apartado de este artículo se describe el marco jurídico (normativo y judicial) en el que se plantea la pregunta acerca de la aplicación del análisis económico. En el tercero apartado, se detallan los planteamientos centrales del análisis económico del Derecho y, en específico, se abordan las propuestas de aplicación del mismo al Derecho Penal. En el siguiente apartado, se sostiene la necesidad de que una eventual aplicación del Análisis Económico al Derecho Penal pase por el tamiz del modelo de Estado en el que se inscribe el ordenamiento jurídico penal, esto es, el Estado social y democrático de Derecho. A continuación, en el quinto apartado, se destaca la importancia de la valoración en la labor de la dogmática penal, lo que pone en evidencia la insuficiencia del Análisis Económico del Derecho como único (o principal) método de análisis y, por consiguiente, de interpretación de las normas jurídico penales. Se acude entonces a un ejemplo extraído de la dogmática penal: el caso de la interrupción de cursos causales salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización. En el sexto apartado, se establece que no todo delincuente toma una decisión racional al delinquir, por lo que la aplicación del análisis económico deberá limitarse a aquellos delitos en los que sí se produzca una decisión de ese tipo. Finalmente, ante las limitaciones expuestas, se esboza una propuesta centrada en el que análisis económico sea utilizado como una herramienta subsidiaria de valoración de las medidas de prevención no penales en los delitos económicos, que son aquellos en los que nos encontramos frente a un delincuente racional que toma decisiones basadas en el análisis costo-beneficio.

II. MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE PLANTEA LA PREGUNTA ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO AL DERECHO PENAL

La pregunta acerca de si resulta posible aplicar el análisis económico al Derecho Penal nos obliga a revisar el contexto normativo y judicial sobre el cual pretende ser aplicado. La lucha contra la delincuencia en nuestro país ha adoptado múltiples caminos que no han respondido a criterios de razonabilidad y coherencia ni a un diseño de sistema penal contra la criminalidad. Inicialmente, el Código Penal de 1991 generó múltiples expectativas a partir de una parte general que recogía la teoría finalista del delito y postulaba que la pena debía ser aplicada teniendo en consideración la resocialización del condenado¹, haciendo referencia a la exigencia constitucional recogida en el artículo 324 de la Constitución Política del Perú de 1979². Se trataba de una regulación que surgía en una época en la que la pena privativa de la libertad máxima alcanzaba los veinticinco años, no existía la cadena perpetua y aludir a la reincidencia o la habitualidad para fundamentar la pena de un delito posterior era blasfemia pura.

En el plano judicial, las insuficiencias de la teoría final de la acción han denotado serias dificultades para la probanza en la sentencia condenatoria de la correlación entre intención y resultado criminal, con la consiguiente restricción del derecho de defensa del imputado. Ejemplo de lo anterior lo constituye la imputación subjetiva asentada en el elemento "intención" con el que la Corte Suprema pretende diferenciar el delito de homicidio agravado ("para ocultar o facilitar otro delito") del delito de robo con consecuencia muerte previsto en el artículo 189 numeral 4 párrafo in fine del Código Penal. Al respecto, el Acuerdo Plenario 03-2009/CJ-116, emitido por la Corte Suprema de la República, establece: "8. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior (...) En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la

¹ Una visión crítica de la teoría de la rehabilitación en: ROBINSON, Paul H. Op. cit. pp.125-134.

² De acuerdo al Código de Ejecución Penal, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor”³.

Debe tenerse en cuenta que, ya en los años noventa, la teoría final de la acción había sido seriamente cuestionada por la doctrina, demostrándose que era poco plausible para ser postulada como ciencia que explicara solventemente los delitos, tanto los comisivos dolosos como los omisivos e imprudentes. Se plantea así la insuficiencia de las estructuras lógico-objetivas asentadas en lo óntico-ontológico⁴. Al respecto, el profesor Hurtado Pozo enumera las críticas y sostiene que “la idea básica del finalismo es criticada afirmándose que la finalidad del comportamiento humano depende del sistema normativo. Este condiciona la manera de cómo se caracteriza la finalidad de la acción. La noción de acción de la teoría finalista no sería, entonces, en contra de sus afirmaciones, una noción ontológica y pre-jurídica, sino más bien normativa. De modo que no es necesario recurrir a la noción de estructuras lógico-objetivas para justificar el análisis de la infracción”⁵. Agrega el mismo autor lo siguiente: “Se trata de explicar que algunos actos inconscientes puedan ser dirigidos hacia un fin y que, solo en la medida que lo sean, deberían

entonces ser comprendidos como objeto posible de la valoración jurídico penal. Esta explicación supone, en realidad, el abandono de la premisa fundamental del finalismo (...). En buena cuenta, hay que admitir que la “historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos de explicar los delitos culposos”. Si bien es cierto que la acción, en un comportamiento culposos, también es un comportamiento final; sin embargo su finalidad es irrelevante en el ámbito penal”⁶.

Finalmente, añade Hurtado Pozo que la teoría finalista “también es criticada, por un lado, por concebir el dolo como algo natural (considerándolo sólo como fenómeno psicológico, intención) y, por otro, porque la manera como comprende la finalidad no permite explicar el denominado dolo eventual, en el que el agente no persigue alcanzar el resultado, sino sólo lo asume”⁷.

Ante el incremento de los delitos tradicionales, y al verse superado por la criminalidad económica, el legislador nacional recurrió rápidamente al aumento de las penas para los delitos existentes, desarticulándose la proporcionalidad de la pena abstracta con la que se había diseñado inicialmente el sistema de protección de bienes jurídicos, según la importancia de los intereses afectados.

³ En el Acuerdo Plenario 03-2009/CJ-116 se recurre a dos elementos para efectuar la discriminación entre los delitos de homicidio para facilitar u ocultar otro delito y de robo agravado previsto en el párrafo in fine del artículo 189°. Por un lado, la finalidad o intención, y, por otro lado, el resultado. En esa línea, se analiza también el tipo penal de robo agravado y se señala que “el artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o vis in corpore– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar”.

⁴ Desde el punto de vista de la metodología de la norma, desde la perspectiva sintáctica y en relación al contenido semántico del requisito “capacidad de la acción final”, se formula la crítica a la omisión final en: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. “Crítica formal del concepto de la omisión”. España. 1993. p. 987. Se resalta como alternativa al modelo clásico la teoría normativa de los derechos del profesor Habermas en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”. En: ARROYO, Luis y Martín NIETO. “Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo”. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha. 2003. p. 99. Se establece una relación entre ontologismo y normativismo en: SCHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio”. Lima: Editorial IDEMSA. 2006. pp. 154-169. Desde la óptica de la imputación objetiva y la adecuación social, y para rescatar la defensa del bien jurídico, ver: ROXIN, Claus. “El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual”. En: REYNA, Luis Miguel. “Derecho Penal y modernidad”. Lima: Ara Editores. 2010. pp. 126-134.

⁵ HURTADO POZO, José. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Cuarta edición. Tomo I. Lima: Editorial IDEMSA. 2011. p. 379.

⁶ HURTADO POZO, José. Op. cit. p. 380.

⁷ *Ibidem*.

Se llegó entonces a un escenario en el que, por ejemplo, el tipo básico de secuestro cuyo objeto jurídico es la libertad tiene una pena mínima no menor de veinte años y una máxima de treinta años (artículo 152 del Código Penal), mientras que la lesión a la vida está protegida con pena privativa de la libertad de seis a veinte años (artículo 106 del Código Penal). Esta distorsión podría hacer pensar válidamente que en nuestro país la libertad guarda un nivel de importancia mayor que la vida humana.

Pero no sólo es el caso de haber adoptado una teoría del delito en su ocaso, a lo que se le suman factores endémicos como el de la pobre formación académica y los altos niveles de corrupción en cierto sector de los operadores de justicia, sino que el legislador ha adoptado la política de promulgar leyes según la conmoción que ciertos casos paradigmáticos ocasionan en la sociedad. De ahí que haya surgido, por ejemplo, la figura del “feminicidio” (que ya no es sólo un concepto, sino que constituye una figura agravante autónoma del parricidio en el artículo 107 del Código Penal) o que se proponga la creación del delito de “negacionismo” como figura penal de lucha contra el terrorismo cuando se está ad portas del cumplimiento de la pena de los principales cabecillas de la organización terrorista Sendero Luminoso. Un proceso similar ha acontecido con los delitos contra la libertad sexual, criminalizándose al cliente de la prostitución de menores de entre 14 y 18 años de edad (artículo 179-A del Código Penal) con la expectativa –a nuestro criterio cándida– de que eliminándose la clientela se eliminará la demanda para ese sector juvenil y con ello la prostitución del mismo. Sin embargo, no se ha tomado en cuenta la existencia de diversas condiciones sociales y familiares que ocasionan dicha clase de prostitución: desarraigo, pobreza extrema, estructuras familiares resquebradas, criminalidad organizada, niveles de frustración particular no atendidos, discriminación, arribismo, etcétera.

El profesor Villavicencio apunta, entonces, a que uno de los factores que propician la disfuncionalidad normativa es la propia dación de leyes como factor de criminalización

primaria: “Es evidente que quien crea las normas penales es el Poder Ejecutivo, quien frecuentemente asume la función de legislar sobre materia penal (...). Estas leyes penales son elaboradas sin suficiente atención a recomendaciones y conclusiones de las investigaciones penales y criminológicas y normalmente son producto sólo de los conocimientos y aportes de los miembros de las comisiones (que designa el Ejecutivo a tal efecto)”⁸.

Por otro lado, somos testigos de que las normas jurídico-penales no pueden alcanzar el mensaje conmutativo (por el delito cometido, aplicación de determinados años de pena privativa de la libertad), ya que en la práctica se ha perdido toda confianza respecto de la resocialización penitenciaria. Ello no solo porque en el ámbito internacional no existan datos estadísticos de resultados positivos importantes que la sustenten, sino porque en el ámbito nacional no existen datos empíricos de que su finalidad haya sido alcanzada a través de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Por el contrario, el postulado constitucional de la resocialización rápidamente ha sido manipulado para constituirse en un elemento de negociación indebida, de tal forma que los beneficios penitenciarios hoy en día no demuestran tal objetivo constitucional, sino que en muchos casos son materia de comercio ilegal. El efecto inmediato que genera este proceso en la población es el descrédito de los beneficios penitenciarios. Pero lo más grave es que se genera desconcierto en la población y una sensación de impunidad, ya que quien comete un delito purga ciertos años de pena privativa de la libertad que no se corresponden con el *quantum* de lo que debiera purgar por el delito que perpetró. De allí que veinte o veinticinco años de pena privativa de la libertad se traduzcan realmente en la ejecución de un tercio de la pena privativa de la libertad impuesta y esto, muchas veces, como consecuencia de actos de corrupción.

El aumento desmesurado de la pena y su real aplicación generan inseguridad y la pérdida del mensaje de justicia conmutativa y justicia distributiva. Se produce la sensación de que no existe sanción del delito perpetrado y

⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Introducción a la Criminología”. Lima: Editorial Grijley. 1997. pp. 165-166.

no se explica la necesidad de la supuesta disminución de pena. En realidad, tal “disminución de pena” puede responder al temor que generaría el perder el control total en razón a factores como la explosión demográfica en las cárceles, el colapso de las mismas con la inseguridad correspondiente y que la cárcel, en lugar de constituirse en un lugar donde se controla la delincuencia, se configure en un generador de la misma, a partir de la concepción que desde las cárceles se programan y digitan los delitos.

Se suma a lo anterior una temática, que no puede ser ampliada en el presente artículo, relativa a los problemas que surgen en la interpretación y aplicación de la norma jurídico penal. Se trata de la interpretación conforme a la Constitución y la orientada a la Constitución que han llevado al profesor Kuhlen a afirmar drásticamente lo siguiente: “Que la cuestión controvertida descrita también constituye un problema importante desde la perspectiva práctica lo demuestra la crítica manifestada frecuentemente y basada en muchos ejemplos, conforme a la cual los tribunales y, a la cabeza de todos ellos, el Tribunal Constitucional Federal rebasan con frecuencia los límites de la admisible interpretación conforme a la Constitución, manejan la interpretación conforme a la Constitución de una “manera” a menudo “acrobática” y “casi siempre” favorecen “la interpretación más remota”, frecuentemente alambicada y muy alejada de las representaciones de todos los intervinientes”⁹.

Ahora bien, frente a las múltiples metodologías para enfrentar el delito (represión absoluta, estado policial, prevención general negativa, compensación punitiva absoluta del delito, motivación a través de la intimidación, etcétera.) surge desde el Análisis Económico del Derecho un planteamiento metodológico centrado en la decisión racional del delincuente. Así, se propone enfrentar la criminalidad atendiendo a que la norma jurídico-penal va a ser analizada por el delincuente y tomada en cuenta previamente a la realización del delito, al efectuar un análisis de los costos y beneficios de su ejecución y sus probables efectos¹⁰. Esta propuesta nos obliga a separar dos aspectos distintos. Por un lado, la legitimidad de utilizar el análisis económico en sede penal. Por otro lado, la aplicabilidad de esta metodología de análisis como herramienta de la política criminal. Así, antes de decidir cuál es el sentido utilitario de la aplicación de una determinada norma jurídico penal, debe verificarse si esta encuentra fundamentación en un Estado social y democrático de derecho, que es el modelo propuesto por nuestra Constitución.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO Y DERECHO PENAL

El Análisis Económico del Derecho¹¹ es descrito por el profesor Mery Nieto como “la aplicación de la teoría económica, y específicamente la teoría microeconómica neoclásica y economía del bienestar,

⁹ El profesor Kuhlen afirma que una interpretación conforme a la Constitución surge cuando, existiendo varias posibilidades interpretativas, por lo menos una es conforme a la Constitución y por lo menos otra podría ser calificada válidamente como inconstitucional. La idea entonces es escoger una de las posibilidades interpretativas conforme a la Constitución. Por su parte, una interpretación orientada a la Constitución exige que necesariamente se tenga en cuenta las previsiones jurídico-constitucionales al momento de elegir entre las diversas variantes interpretativas conforme a la Constitución. La interpretación orientada a la Constitución funge de principio a aplicarse en la ponderación entre varias posibilidades interpretativas. En: KUHLEN, Lothar. “La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales”. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Editorial Marcial Pons. 2012. pp. 24-25 y 38.

¹⁰ Sin perjuicio de lo que se señalará más adelante, pueden plantearse algunos ejemplos en los que el delincuente tradicional efectuaría cierto análisis económico de su delito. Así, en los delitos patrimoniales tradicionales, puede ser que el delincuente tenga en cuenta que, del beneficio patrimonial obtenido indebidamente, deberá restar los gastos de corrupción en operadores judiciales y funcionarios penitenciarios, a fin de obtener beneficios penitenciarios indebidos y reducción de la pena privativa de la libertad impuesta. El delincuente también puede efectuar cierto análisis económico de las consecuencias delictivas de su hecho. Es el caso del delincuente sexual a quien le resulta más conveniente matar a la víctima, logrando que no exista quien lo delate y recibiendo la pena del homicidio, delito que le permitirá acceder a beneficios penitenciarios que reduzcan su pena, cosa que no ocurrirá de imputársele el delito sexual tipificado en el artículo 173 del Código Penal.

¹¹ Para un completo desarrollo de la problemática del análisis económico del Derecho, ver: BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Segunda edición. Lima: Editorial Palestra. 2006. Una visión crítica en: HERNANDO NIETO, Eduardo. “Deconstruyendo la legalidad. Ensayos de teoría legal y teoría política”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 43 y siguientes.

al análisis y explicación del sistema jurídico¹². Agrega dicho autor que “la idea de racionalidad humana que está detrás del análisis económico neoclásico y, en general, del Análisis Económico del Derecho, supone que los individuos son capaces de comportarse estratégicamente en un entorno de incentivos, esto es, la capacidad de mantener un cierto orden de preferencias individuales, buscando su maximización¹³. En esa línea, se sostiene que “lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho¹⁴”.

Se construye el Análisis Económico del Derecho a partir de tres supuestos claves: el paradigma del *homo economicus*, el sistema de mercado como modelo de decisión óptima y la eficiencia económica como el principal valor social. Según el profesor Mery Nieto, “a partir de estos supuestos, los analistas económicos del Derecho coinciden en que la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas, señalando que el Derecho afecta la conducta humana de dos formas distintas: fijando precios para determinadas conductas y, a través del derecho de propiedad, influyendo en la asignación de los recursos en una sociedad¹⁵”. La finalidad de esta metodología de análisis es, por consiguiente, lograr “un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines¹⁶”.

Se sostiene que el criterio de eficiencia que ha reunido mayor consenso entre los especialistas es el de Pareto. Al respecto, “un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él

en términos de Pareto, es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace mejor a por lo menos un individuo sin empeorar a nadie¹⁷. A esta formulación, se añade la propuesta de Kaldor y Hicks quienes desarrollan una idea de compensación para hacer frente a la carencia que al respecto plantea el óptimo de Pareto. Dichos autores acuden a la idea de eficiencia como criterio de bienestar social y sostienen que “un estado de cosas P es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado de cosas Q, si después de moverse de Q a P, los ganadores pueden compensar a los perdedores¹⁸”.

Para completar el escenario, es Richard A. Posner quien postula un principio de maximización de la riqueza, el cual implica “una distribución inicial de los derechos individuales (vida, libertad y trabajo) entre sus propietarios naturales, mercados libres para permitir que esos derechos sean reasignados periódicamente a otros usos, disposiciones legales que simulen las operaciones del mercado, un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de los derechos, y un sistema de moralidad personal para reducir los costos de transacción en el mercado¹⁹”.

Habiendo fijado la propuesta central del Análisis Económico del Derecho como metodología, debemos concentrarnos ahora en recoger aquellas propuestas de aplicación de dicho método al Derecho Penal y sus instituciones. Al respecto, debe destacarse el escrito de Gary Becker²⁰. Un claro resumen de sus postulados es presentado por el profesor Mery Nieto: “La conducta criminal está basada en criterios racionales de elección; al maximizar su bienestar las personas no necesariamente ven como excluyentes las conductas ilegales de las

¹² MERY NIETO, Rafael. “Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina”. En: Revista Derecho y Humanidades. Número 10. 2004. p. 123.

¹³ Ibidem

¹⁴ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Op. cit. p. 41.

¹⁵ MERY NIETO, Rafael. Op. cit. p. 126.

¹⁶ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Op. cit. p. 43.

¹⁷ MERY NIETO, Rafael. Op. cit. p. 124.

¹⁸ Ibid. p. 125.

¹⁹ Ibid. p. 126.

²⁰ Para un completo desarrollo del tratamiento del Derecho Penal por parte del análisis económico del Derecho. Ver: BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. En: Journal of Political Economy. Volumen 76. 1968.

restantes actividades legales; los individuos incurrir en conductas ilegales en la medida que los beneficios que esperan recibir de ellas excedan los que obtendría de usar su tiempo y otros recursos en otras actividades ya sea productivas en el mercado legal o no productivas (descanso, estudio, tiempo familiar, etcétera.); y el uso del tiempo y otros recursos tiene un costo alternativo, el cual es evaluado por los individuos, de forma tal que, comparando costos y beneficios, toman la decisión de actuar o no conforme a los parámetros establecidos por la ley. Luego, el problema para todas las personas consiste en decidir cómo harán uso de su tiempo de forma tal de alcanzar el mayor nivel de satisfacción de acuerdo a sus objetivos y medios que poseen. Por tanto, las motivaciones de quienes tienen comportamientos ilegales, en lo esencial no difieren de aquellos que no lo hacen²¹.

En resumen, la elección por la comisión de un delito estaría relacionada a la probabilidad de ser descubierto, procesado, condenado y, finalmente, a que se ejecute la condena correspondiente. Se plantea entonces que “la cantidad de recursos dedicados a la prevención del crimen está en relación inversa con la cantidad de crímenes”²². Al respecto, se indica que en la distribución de los recursos de prevención del delito, deben tomarse en cuenta diversos factores: la probabilidad de descubrimiento del crimen y de arresto de los sospechosos; los costos del juicio y de la condena; los costos económicos de manutención y de personal en las prisiones; entre otros²³.

Respecto de la fase de descubrimiento y aprehensión de criminales, se señala que la cantidad de recursos dedicados a tal fin están en relación directa con la reducción del crimen. Se sostiene que “la combinación ideal es aquella en que un dólar adicional

gastado ya sea en insumos de trabajo o de capital, proporciona una cantidad adicional igual de obediencia a la ley”²⁴. Respecto de la fase de judicialización del hecho criminal, el Análisis Económico del Derecho propone que “la probabilidad de una condena es un factor altamente importante (quizás el principal), en la prevención del crimen”²⁵. Finalmente, con relación a la fase de ejecución de la condena, se señala que “las duras sentencias de cárcel sí reducen en realidad ciertos tipos de actividad criminal, pero no tienen efectos sobre otros. Períodos más prolongados de encarcelamiento han demostrado ser efectivos en la disminución de los crímenes contra la propiedad (lo cual sugiere un cálculo beneficio-costo por parte de los posibles ladrones). Pero la duración de las sentencias pareció menos significativa en la prevención de crímenes contra personas”²⁶.

En la misma línea, se propone que “una teoría del delito debe ofrecer predicciones acerca del efecto que distintas políticas penales tendrían sobre las tasas de los delitos y otros valores políticos”²⁷. Se propone entonces que “el castigo de los delincuentes es probabilístico. Es posible que el delincuente no sea descubierto o aprehendido, o que sea aprehendido pero no condenado. Una persona que toma decisiones racionales toma en cuenta la probabilidad del castigo cuando considera cometer cualquier delito, incluido el abuso de confianza. Podemos decir que el abusador racional calcula un valor esperado del delito, que es igual a la ganancia menos el castigo multiplicado por la probabilidad de ser aprehendido y condenado”²⁸.

IV. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El profesor Günther Jakobs apunta que “la producción científica no se agota en la elaboración de un sistema clasificatorio

²¹ MERY NIETO, Rafael. Op. cit. p. 130.

²² NORTH, Douglas y Roger LE ROY MILLER. “Los aspectos económicos de la prevención del crimen”. En: Aspectos económicos del Derecho. p. 136.

²³ Se señala entonces que “el crimen cuesta. También cuesta la prevención del crimen. Pero ésta también proporciona beneficios a la sociedad, los cuales se pueden sopesar al tomar decisiones acerca de los métodos y de los costos de aplicación de la ley”. En: *Ibid.* Op. cit. p. 143.

²⁴ *Ibid.* p. 137.

²⁵ *Ibid.* p. 139.

²⁶ *Ibid.* p. 140.

²⁷ COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y Economía”. Segunda edición. México: FCA. 2008. p. 648.

²⁸ *Ibid.* p. 663.

–dicho gráficamente: en ordenar un maletín de herramientas situando en compartimientos diversos los tornillos y los clavos–, ni tampoco en la elaboración de un sistema teleológico, es decir, en la colocación de los tornillos y los clavos en la secuencia en que han de utilizarse, y por lo tanto tampoco, o al menos no en un primer término, en la distinción entre derecho e injusto según criterios predeterminados, sino que la actividad científica se ocupa principalmente de la legitimación del Derecho Penal: la ciencia del Derecho Penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho Penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es²⁹. A partir de ello, sostiene el mismo autor: “Corresponde a la ciencia elaborar la auto comprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad (...). En cambio, la obra que depura el concepto del Derecho hasta llegar al fundamento de su legitimación, es resistente al *dictum* de von Kirchmann (1847) y no se convierte en papel de desecho en virtud de “tres palabras rectificadoras del legislador”, ya que el fundamento no se encuentra a disposición del legislador: es éste el que, si no acierta al verdadero fundamento, no produce más que ‘leyes de desecho’³⁰.

Como ya se señaló en el primer apartado de este artículo, plantear la aplicación del análisis económico al Derecho Penal implica pasar por el tamiz del modelo de Estado en el que se inscribe el ordenamiento jurídico penal. Se trata de un Estado social y democrático de Derecho, en el que rige como principio sustancial la dignidad humana. Al respecto, es importante conocer el contexto en el cual el profesor Mir Puig plantea la necesidad de estudiar el Derecho Penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Al respecto, señala que cuando escribió su “Memoria” en 1975: “(...) Franco todavía vivía, y en su último septiembre, el de

aquel año, hizo ejecutar cinco penas de muerte. (...) Desde esta perspectiva, el modelo del Estado social y democrático de Derecho que se había proclamado en la Constitución alemana, como superación del Estado nacionalsocialista, apareció ante mis ojos como un modelo político válido también para superar el Estado franquista³¹.

Respecto del planteamiento, sostiene el profesor Mir Puig que, “en cuanto Derecho Penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal³². A partir de dicho modelo Estado se inclina por “decidir la alternativa básica de retribución o prevención a favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores³³. En otro texto, el mismo autor sostiene que el Derecho Penal ha de conciliar dos principios contrapuestos: “la necesidad de limitar la potestad punitiva estatal frente al ciudadano, sometiénola al imperio de la ley y al respeto de los derechos fundamentales, y la de protección eficaz frente al delito, entendido como ataque a derechos e intereses personales o colectivos de los ciudadanos³⁴. Afirma en el mismo sentido que “en un Estado democrático el Derecho no es un fin en sí mismo, sino que ha de estar al servicio de necesidades reales de los seres humanos³⁵.

²⁹ JAKOBS, Günther. “El Derecho Penal como disciplina científica.” Pamplona: Editorial Aranzadi. 2008. pp. 21-22.

³⁰ *Ibid.* pp. 22-23.

³¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig”. Madrid: La Ley. 2010. pp. 52-53.

³² MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal Parte General”. Novena edición. Barcelona: Editorial Reppertor. 2011. p. 95.

³³ *Ibidem.*

³⁴ MIR PUIG, Santiago. “Bases constitucionales del Derecho Penal”. Madrid: Editorial Iustel. 2011. p. 59.

³⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Op. cit.* p.55.

Por su parte, el profesor García Rivas nos recuerda que el Derecho Penal se apoya “en esa referencia valorativa que la norma fundamental ofrece, de manera que bien puede hablarse, con Arroyo, de un “Programa penal de la Constitución”, es decir, de un conjunto de postulados político-criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”³⁶. En dicho marco, la dignidad humana se propone como postulado central. Así, debe entenderse que “la dignidad humana como principio fundamental implica establecer como criterio de justicia que las instituciones políticas y el Estado son para los hombres, no al contrario, los hombres para el Estado”³⁷.

Se entiende entonces la importancia de entender que la sanción penal no puede justificarse únicamente en consideraciones de orden utilitarista. Al respecto, el profesor Nino recuerda lo siguiente: “Las críticas más corrientes a una justificación utilitarista de la pena –como la que hasta ahora hemos ofrecido–, como se sabe, son: que puede justificar la punición de inocentes, o la punición de quien actúa en forma excusable, o una punición desproporcionada a la gravedad del crimen. Sin embargo, hay una crítica mucho más fundamental que hacer a esta concepción, de la cual las anteriores son sólo manifestaciones superficiales: si el hecho de que el agente cometió cierto delito no es moralmente relevante para penarlo (o sólo lo es en forma derivativa relacionada con la efectividad de la pena), aun el agente que cometió consciente y voluntariamente un delito de gravedad proporcionada a la de la

pena, podría alegar que al aplicarle esa pena lo estamos usando como un mero medio en beneficio del resto de la sociedad”³⁸.

En consecuencia, consideramos que la aplicación del Análisis Económico como herramienta de la política criminal, debe estar sometida a la limitación expuesta y enmarcada en el modelo de Estado correspondiente. En consecuencia, resulta viable buscar, desde una óptica utilitarista, en qué medida puede ser aplicado el Análisis Económico como una herramienta más³⁹, pero no como factor determinante, ya que esto último colisionaría con la legitimación del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho, al utilizar al individuo como “mero medio” en beneficio del resto de la sociedad.

V. INSUFICIENCIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO; EJEMPLO DE LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES AJENOS A LA PROPIA ESFERA DE ORGANIZACIÓN

El Leviatán, a través de normas jurídico penales, le señala al ciudadano, bajo un diseño específico del modelo de sociedad a seguir, qué comportamientos debe omitir o realizar. Por su parte, el ciudadano, actuando con autorresponsabilidad, desempeña con libertad un rol determinado. El principio de dignidad, como punto de partida de valores expresados en la Constitución, delimita la intervención penal. En ese marco, el profesor Gallego⁴⁰ sostiene que “los derechos se corresponden con obligaciones de actuar u omitir, esto es, con prescripciones, que pueden ser tanto generales o bien pueden ir dirigidas a sujetos determinados, por medio de las cuales el Derecho pretende

³⁶ GARCÍA RIVAS, Nicolás. “El Poder Punitivo en el Estado democrático”. Cuenca: Editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha. 1996. p. 45.

³⁷ GALLEGO, Gloria María. “Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana”. En: VELÁSQUEZ, Fernando. “Derecho Penal liberal y dignidad humana”. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez. Bogotá: Temis. 2005. p. 267.

³⁸ NINO, Carlos. “Fundamentos de Derecho Penal”. Buenos Aires: Gedisa. 2008. p. 37.

³⁹ Así, por ejemplo, puede plantearse en materia económica el caso de los dispositivos penales planteados por el legislador contra la minería ilegal bajo el discurso de que, con la lucha en contra de la actividad informal, se agota la criminalidad ambiental en el sector minero. Sin embargo, cabe anotar que la minería ilegal responde a actores económicos de mayor envergadura, ya que todo el acopio del mineral extraído –a costa de la merma ambiental– pareciera tener como único posible destinatario al gran delincuente económico, que, al igual que el empresario honesto, desarrolla su actividad empresarial en la minería formal. En un caso así, queda claro que el análisis económico puede ser una útil herramienta en el planteamiento de las políticas de prevención, más no un factor determinante en la elaboración de la norma jurídico penal.

⁴⁰ GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002. pp. 35-36.

garantizar de cada ciudadano un mínimo de solidaridad con otros que se encuentran en una determinada situación de necesidad”.

La necesidad de valoración en la labor de la dogmática penal pone en evidencia la insuficiencia del Análisis Económico del Derecho como único (o principal) método de análisis y, por consiguiente, de interpretación de las normas jurídico penales. Debe tenerse en cuenta que la norma jurídico penal cumple una doble función comunicativa. Por un lado, comunica una prohibición (conducta típica de cuya realización deberá abstenerse el destinatario de la norma) o una prescripción (mandato de realizar una conducta determinada ante situaciones típicas descritas por la norma). Por otro lado, la norma jurídico penal también deberá comunicar la reafirmación de un valor social y, en esa medida, obtener legitimidad. Así responderá a la interrogante de porqué se establece determinada sanción.

En esa línea, el profesor Silva señala que el Derecho Penal pertenece a los medios de prevención comunicativa. Al respecto, distingue la racionalidad instrumental, como aquella que infunde miedo a las consecuencias que el delito tendrá para el que decida cometerlo, de la racionalidad valorativa, que pretende transmitir el valor social de los bienes que pueden ser afectados por el posible delincuente y el valor de la propia decisión social en tal sentido. Concluye así lo siguiente: “En el Derecho Penal como medio de prevención comunicativa ambos aspectos son muy relevantes. El primero, porque en toda decisión delictiva existe, en cierta medida, un cálculo de costes y beneficios. El segundo, porque pone de relieve que las normas penales no son condicionadas (como una norma técnica, por ejemplo), sino incondicionadas. Su mensaje no es, por tanto: “Si no quieres ir a la cárcel no mates”, sino que es “no debes matar”; esto es, no se trata sólo de que el comportamiento delictivo puede salir caro, sino de que no debe realizarse en absoluto”⁴¹.

Se pone en evidencia que la racionalidad instrumental no resulta suficiente y, en

consecuencia, un análisis económico no puede explicar de manera completa y profunda la función del Derecho Penal. La norma jurídico-penal, entonces, no sólo debe de comunicar una forma de comportamiento no deseado o la exigencia de un comportamiento que al Derecho Penal le interesa que uno realice; sino que debe poseer un sentido de reafirmación de determinados valores. Así podrá lograr legitimidad en un Estado social y democrático de Derecho como el configurado por nuestra Constitución. De lo contrario, se trataría de normas que –a partir del merecimiento de pena– abran las puertas al Estado a fin de que realice una punición indiscriminada. En cambio, en un sistema como el descrito, la norma jurídico penal debe traer consigo una justificación de porqué el Estado deberá aplicar una determinada pena a quiénes sea necesario aplicarla. Ese es un examen valorativo y no meramente aplicativo de la sanción penal. En ese marco, la norma jurídico-penal tiene un sentido de justicia y da sentido a un modelo liberal igualitario.

Ahondando en lo expuesto, desde una perspectiva distinta, el profesor Robles precisa que “afirmada la culpabilidad del sujeto por la erosión al Derecho (culpabilidad por el daño normativo-ideal), surge la necesidad de contemplar los efectos reales del delito. Tales efectos reales, constituyen otra dimensión del daño que también deberá compensarse a costa del culpable. Aquí el daño ya no es normativo-ideal, sino cognitivo o fáctico: el delito produce inseguridad (daño intelectual del delito). Cuando para contrarrestar tales efectos fuera necesario el recurso a la pena concretamente prevista por la proposición legal (...), el hecho sería sancionable. Cuando no lo fuera (...), entonces tendrá sentido contentarse con la declaración de culpabilidad y negar la imposición de la pena concreta en el sujeto infractor. Ciertamente, aquí la compensación no tiene lugar con arreglo a la lógica del “pago de lo mismo” (justicia conmutativa), sino con la del deber de tener que soportar el sufrimiento necesario para demostrar que el delito es, según una medida general, un “proyecto desafortunado”: justicia distributiva”⁴². Al

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Una primera lección de Derecho Penal”. En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit. p. 83.

⁴² ROBLES PLANAS, Ricardo y Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ. “La crisis del Derecho Penal contemporáneo”. Barcelona: Atelier. 2010. pp. 59-60.

respecto, el profesor Henkel sostiene que “la imposición del castigo es un acto de justicia distributiva de la Sociedad, que impone al autor, conforme a su mérito una carga o deber con el fin de la reparación social (no de una reparación moral) (...) La pena representa, más bien, una prestación que el culpable ha de aportar a la sociedad y mediante la cual el infractor puede volver a recobrar el estatus de dignidad social, menoscabado por la comisión del delito”⁴³. Es decir que cabe la posibilidad de que, de manera excepcional, la pena concreta no sea impuesta al sujeto infractor. Ello implica reconocer que la justicia conmutativa no resulta suficiente en la aplicación de la normativa jurídico penal. Un simple “pago de lo adeudado” no es aún suficiente, sino que debe atenderse además a criterios de justicia distributiva, en la que los parámetros de equidad y justicia deben ser considerados.

Por lo expuesto, puede concluirse que las normas jurídico-penales no solo tienen un sentido de costo-beneficio (que efectivamente es tomado en cuenta en las exposiciones de motivos de las diferentes normas), sino un sentido valorativo, en la medida que transmiten un valor social a cada ciudadano, quien mediante su autonomía podrá determinar si realiza libremente la conducta antijurídica previamente conocida. En resumen, al ciudadano la norma jurídico-penal no le puede exigir lo que no puede dar. En esa medida, la formulación y posterior aplicación de una norma jurídico-penal (que se traduce en la pena) conlleva una decisión de orden valorativo y no meramente utilitarista.

Quizás el problema mayor de efectuar una aplicación exclusiva y total de la metodología del Análisis Económico al Derecho Penal esté en la generalización o mecanización del examen; cuando justamente la decisión

valorativa del Derecho Penal implica un examen distinto y diferenciado caso por caso, en el que debe responderse a la pregunta de porqué debe o no sancionarse una determinada conducta.

Un caso que evidencia que, detrás del tema dogmático penal, siempre debe existir una valoración es el del tratamiento de la interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización. El problema es planteado por el profesor Silva en los siguientes términos: “¿la interrupción de cursos salvadores ajenos es atípica salvo que quede tipificada en virtud de la regulación legal del delito de omisión del deber de socorro? Quedan fuera de esta cuestión los casos de “interrupciones de cursos causales salvadores ajenos de garante” y los “casos de interrupción de cursos salvadores ajenos por garante”⁴⁴. A fin de responder dichas interrogantes, debe evaluarse y valorarse porqué debieran o no sancionarse penalmente (imputando una mera omisión propia o imputando el resultado lesivo finalmente acaecido) aquellas conductas en las que un particular interrumpe el curso de otro particular⁴⁵.

Al respecto, el profesor Silva plantea que “en los casos de interrupción de cursos salvadores ajenos, el sujeto interruptor infringe un deber negativo (o de abstención) que forma parte de la vinculación originaria entre los ciudadanos incluso en un modelo político estrictamente liberal”⁴⁶. A partir de ello, sostiene que “la permisión (no prohibición) de una conducta sí genera en el sujeto un derecho (ejercitable frente al Estado) a realizarla; de dicho derecho se deriva un deber de tolerancia jurídico-público (deber de abstención)”⁴⁷. Agrega el autor que “la conclusión de que la interrupción de cursos causales salvadores ajenos es, en general,

⁴³ HENKEL, Heinrich. “Introducción a la filosofía del Derecho”. Traducción de Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus. 1968. p. 518.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”. En: Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dia. Volumen 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 983.

⁴⁵ Un ejemplo de interrupción de curso causal salvador ajeno dentro de la propia esfera de organización sería el siguiente: Una mujer es perseguida por la calle por su marido quien manifiesta la intención de golpearla. Un vecino se encuentra en la puerta de su casa observando lo que sucede. Cuando la mujer intenta ingresar al domicilio del vecino a fin de resguardarse del ataque del marido, el vecino se lo impide y cierra la puerta de su inmueble.

⁴⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. cit. Loc. cit.

⁴⁷ *Ibid.* p. 998.

típica, resulta de difícil fundamentación. En nuestra opinión, quienes afirman que debe reconducirse –salvo deberes positivos especiales– al ámbito general del deber de socorro, han perdido de vista, por un lado, que hay cursos salvadores que están destinados a proteger bienes respecto de los cuales no cabe afirmar la existencia de un deber de socorro (solidaridad interpersonal general). Bienes que, sin embargo, tienen entidad y que, además, pueden efectivamente ser protegidos en estado de necesidad justificante. La interrupción de estos cursos sería, de seguir el criterio doctrinal criticado, atípica. Pero es que, además, resulta bastante claro que quien impide que otro socorra hace algo más que el que se limita a no socorrer. Éste no mejora la situación del bien jurídico; aquél neutraliza una posibilidad existente de mejora, ya incorporada al statu quo del bien jurídico: esto es, empeora la situación del bien jurídico⁴⁸. A partir de ello, concluye que, “si el curso salvador ajeno está justificado, su interrupción no podrá, a su vez, justificarse⁴⁹ y podrá entonces imputarse el delito de resultado, por ejemplo muerte a título de homicidio.

Aquí nos distanciamos de la posición del profesor Silva pues consideramos que no existe deber que alcance al particular que interrumpe el curso salvador que otro particular pretenda realizar. Ello, porque –a nuestro criterio– el particular que interrumpe el curso salvador no infringió un deber, que se tradujese en una posición de garante y que justificara atribuirle el resultado producido. En todo caso, podrá atribuírsele únicamente un delito de omisión propia, que es el caso del artículo 127 del Código Penal peruano. Con todo, lo que se ha pretendido hacer al exponer los postulados del profesor Silva en un caso de clara relevancia para la temática penal actual, es poner en evidencia la necesidad de valoración, en este caso los alcances jurídicos del principio de solidaridad mínima –más allá de lo económico– en el tratamiento de los conflictos jurídico penales.

VI. EVALUACIÓN DE LA RACIONALIDAD DEL DELINCUENTE

Observadas las limitaciones de la metodología del Análisis Económico con relación a la valoración de las normas jurídico-penales, tanto desde la óptica de su legitimidad como herramienta principal de análisis como desde la necesidad de valoración del contenido de la norma jurídico-penal (problemática apuntada en los apartados anteriores), corresponde ahora analizar si es que el destinatario de dicha norma es realmente un delincuente racional que toma decisiones basadas en el análisis costo-beneficio.

La teoría del delito como elección racional interpreta la acción delictiva “no como una reacción frente a la frustración, como un producto de las influencias sociales o del aprendizaje de hábitos delictivos, sino principalmente como el resultado de una elección racional. (...) Consideran que la clave explicativa de la conducta delictiva reside en que ciertos sujetos poseen una mentalidad criminal que radica en que consideran que pueden beneficiarse de situaciones ilegales, aunque asuman un cierto riesgo de ser detenidos⁵⁰. En suma, “explica la conducta delictiva a partir del concepto económico de utilidad esperada⁵¹.

En ese sentido, Clark y Cornish proponen un modelo de inicio de la conducta delictiva, según el cual existen ocho constructos que pueden influir sobre la elección de la conducta delictiva: “(i) los datos antecedentes, tanto psicológicos y de crianza de los sujetos como sociales; (ii) las experiencias previas y el aprendizaje del sujeto; (iii) sus necesidades generales (dinero, sexo, estatus, etcétera.); (iv) la valoración de opciones; (v) las soluciones consideradas, tanto legales como ilegales; (vi) la reacción del individuo ante la oportunidad de la conducta delictiva; (vii) su disponibilidad para cometer el delito; y, finalmente, (viii) la decisión de llevarlo a cabo⁵².

⁴⁸ Ibid. p. 1001.

⁴⁹ Ibid. p. 1003.

⁵⁰ GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per y Santiago REDONDO. “Principios de Criminología”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001. p. 183.

⁵¹ Ibid. p. 185.

⁵² Ibid. p. 184.

A la teoría del “delito como elección racional” se le han realizado una serie de críticas “especialmente dirigidas contra la absoluta racionalidad que plantea como explicación de la conducta delictiva. Se ha cuestionado que la mayoría de los delincuentes calculen, con antelación a la comisión de un delito, cuáles son los beneficios que obtendrán y los riesgos que asumirán por ello. Prueba de ello es que muchos delincuentes pasan largas temporadas en la cárcel, lo que quiere decir que “sus cálculos” yerran con frecuencia”⁵³. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la propia configuración de determinados delitos (pasionales, de fuerte carga ideológica) impiden considerar la presencia de racionalidad en la decisión de ejecución.

Ahora bien, de lo expuesto queda claro que el presupuesto para la aplicación del Análisis Económico al Derecho Penal es que la norma jurídico-penal tenga como objeto la disuasión del potencial delincuente, cumpliendo la pena una función de prevención general negativa. Resulta, entonces, necesario someter a prueba lo siguiente: ¿realmente el Derecho Penal, a través de sus normas y de la aplicación de la pena, disuade al potencial delincuente?

Al respecto, los profesores Cancio Meliá y Ortiz de Urbina sostienen que “un cada vez mayor cuerpo de investigaciones ha venido demostrando en los últimos años que el motivo principal por el que los ciudadanos obedecen al Derecho no es el miedo a la eventual sanción por su incumplimiento (aunque éste también sea un factor relevante), sino su percepción sobre la legitimidad del sistema jurídico, que parece depender sobre todo de su grado de justicia procedimental”⁵⁴. De modo contrario a como se entiende comúnmente y preconizan ciertos enfoques, entre los que actualmente destaca el Análisis Económico del Derecho Penal, las personas no reaccionamos de modo idéntico y ni siquiera similar a las variaciones en la probabilidad de ser sancionado y a los cambios en la magnitud de la pena imponible en caso de sanción.

Por el contrario, reaccionamos de modo mucho más pronunciado a los cambios en la probabilidad⁵⁵.

Debemos prestar entonces atención a la investigación elaborada por el profesor Robinson, quien señala que “para que el Derecho Penal tenga efectos sobre las elecciones conductuales del sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: (i) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle? (ii) Si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones? (iii) Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones, ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?”⁵⁶.

Luego de un minucioso análisis para el cual acude a diversos estudios de criminología, el profesor Robinson llega a la conclusión de que “existen diversas razones por las que diferentes grupos de potenciales delincuentes pueden no ser disuadidos por la posibilidad de resultar sancionados. Algunos pueden estar demasiado intoxicados, mentalmente enfermos, enfadados o asustados como para tener en cuenta las consecuencias de sus acciones. Otro grupo puede desconocer una norma concreta adoptada con fines disuasorios para influir su conducta, etcétera”⁵⁷. Sustenta su posición en tres ideas.

En primer lugar, comprueba que “la gente pocas veces conoce las normas del Derecho vigente (...). Aparentemente la gente asume que el Derecho es como ellos piensan que debe ser, de modo que asumen la existencia de normas de Derecho Penal que

⁵³ *Ibíd.* p. 187.

⁵⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO. “Introducción”. En: ROBINSON, Paul. *Op. cit.* p. 17.

⁵⁵ *Ibíd.* p. 20.

⁵⁶ ROBINSON, Paul. *Op. cit.* p. 54.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 78.

se corresponden con sus propias intuiciones de justicia⁵⁸. A lo que agrega que si bien “los delincuentes tienen más incentivos que otras personas para conocer los detalles del Derecho vigente y su implementación, pero de hecho su conocimiento es también relativamente pobre”⁵⁹. En segundo lugar, sostiene que “es probable que los sujetos que cometen delitos presenten ciertos patrones individuales de pensamiento caracterizados por la impulsividad y el comportamiento que busca el riesgo y que estén bajo los efectos del alcohol o de las drogas en el momento en el que deciden cometer delitos. Es probable que sus patologías individuales se amplíen y magnifiquen debido a que la decisión de cometer un delito a menudo no es una decisión individual, sino colectiva, y las dinámicas de grupo llevan a sus integrantes hacia la toma de decisiones más arriesgadas y los “desindividualiza”, facilitando la realización de conductas destructivas. Esto es difícil de compaginar con la imagen de una persona guiada por complejos cálculos disuasorios de carácter racional”⁶⁰. Una razón más para no optar por el análisis económico del Derecho como la única, directa y preponderante herramienta de evaluación del funcionamiento de las normas jurídico penales. Debe tenerse en cuenta que estas se dirigen a la ciudadanía y, en específico, a los potenciales delincuentes, quienes –como se ve– no siempre toman una decisión absolutamente racional.

Finalmente, haciendo alusión a los postulados de Jeremy Bentham, quien propuso que para calcular el peso de la pena debían considerarse la probabilidad de ser sancionado, la cantidad total de pena con la que se amenaza y la dilación con la que la pena seguirá o podría seguir a la comisión del delito⁶¹, Robinson efectúa una serie de explicaciones.

Respecto de la probabilidad del castigo, sobre la base de los estudios de Lande concluye

que “a medida que las tasas se mueven hacia una menor probabilidad de castigo, resultan menos efectivas a la hora de suprimir la respuesta”⁶². Ahora bien, agrega que “hay datos que muestran que muchos delincuentes tienden a sobreestimar su propia habilidad a la hora de evitar el tipo de errores que han llevado a otros a ser capturados (...). El efecto neto es que la mayoría de los delincuentes no piensan que vayan a ser capturados y sancionados (...). Lo que quizás explique por qué el incremento de las penas tienen efectos limitados sobre la disuasión”⁶³. Respecto de la magnitud del castigo, señala que “según se incrementa el castigo, la presión resulta cada vez menos eficiente. Cada unidad adicional de castigo tendrá un coste prácticamente constante, pero la dureza de cada unidad será cada vez menor”⁶⁴. Por último, respecto de la dilación del castigo, “los efectos disuasorios del castigo decrecen rápidamente conforme aumenta la dilación entre la transgresión y el castigo”⁶⁵, lo cual se hace aun más notorio en ordenamientos jurídicos en los que el proceso penal, y la eventual sanción penal, tardan muchos años.

Ahora bien, acoger las detalladas explicaciones del profesor Robinson no implica negar que la norma jurídico penal no conlleve ningún efecto de disuasión. Por el contrario, implica tener conciencia de que la disuasión es un efecto más, que podrá estar presente, pero que dependerá del análisis criminológico previo que indique los niveles de racionalidad del delincuente en la toma de la decisión de ejecución del delito. Así, el propio Robinson señala que “no se niega que la existencia de un sistema de justicia penal que administre sanciones pueda tener un efecto disuasorio. Puede que sea incluso posible que los cambios en el desarrollo de la labor policial o en la asignación de los recursos policiales puedan tener efectos sobre las tasas delictivas. Pero hay razones para ser escépticos respecto de la idea de que la formulación de las

⁵⁸ Ibid. p. 55.

⁵⁹ Ibid. p. 56.

⁶⁰ Ibid. p. 61.

⁶¹ Ibid. pp. 61-62.

⁶² Ibid. p. 63.

⁶³ Ibid. p. 65.

⁶⁴ Ibid. p. 70.

⁶⁵ Ibid. p. 75.

normas penales o las decisiones sobre la individualización de las penas puedan tener los efectos disuasorios que la opinión mayoritaria asume que tienen⁶⁶. A ello agrega que “los estudios de efectos agregados no demuestran que la disuasión tenga una capacidad preventiva que justifique la orientación hacia ella que domina la elaboración de las reglas penales. En la mayoría de los estudios que muestran un “efecto disuasorio” éste se consigue mediante cambios en las prácticas policiales y la correspondiente publicidad que incrementa la percepción de la certeza de la detención, y no por la formulación de las normas penales⁶⁷.”

VII. PROPUESTA: ADSCRIPCIÓN A LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN ACTOS DE PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Teniendo en cuenta los elementos expuestos, la propuesta del presente artículo es que el Análisis Económico no puede tener como objeto el sistema global de Derecho Penal y, menos aún, la norma jurídico-penal o la función que cumple efectivamente la pena, sino que debe ser utilizado como una de las herramientas de evaluación de las acciones no penales de prevención del delito. Podría plantearse entonces un plan piloto de aplicación de la metodología del Análisis Económico a las acciones de prevención no penales que se enmarcan en la lucha contra la delincuencia económica. Consideramos que esta propuesta sería viable, toda vez que el Análisis Económico sirve para desincentivar al delincuente racional, que es el caso del

delincuente económico.

El delincuente económico suele tomar una decisión racional en virtud a dos factores sustanciales. En primer lugar, se trata de un delincuente informado, con la posibilidad de efectuar una elección racional (se trata generalmente de una “persona de negocios” que dispone de asesoría técnica y legal inmediata). En segundo lugar, se trata de delitos dependientes del sistema económico⁶⁸ en los que se actúa utilizando una organización. Se plantea al respecto que los delitos de criminalidad organizada “encuentran un incuestionable campo de aplicación en el ámbito del Derecho Penal económico y empresarial⁶⁹.”

El resultado empírico recogido por el profesor Robinson no tiene por qué condenar a los modelos económicos del delito, que pueden acomodarlo fácilmente. Así, sostiene que “eso es precisamente lo que ha hecho el más prestigioso analista económico del Derecho Penal, John Donohue, quien insta a los analistas económicos del Derecho a moverse desde una perspectiva “beckeriana” (la dureza de la sanción y su probabilidad de imposición son magnitudes intercambiables) a una “beccariana” (la probabilidad importa más, de hecho mucho más)”⁷⁰. Robinson recuerda que “los eventuales delincuentes pueden provenir de grupos sociales en los cuales la amenaza del estigma por ser condenado como delincuente puede no ser tan alta como para otras personas⁷¹, siendo un corolario de aquello que “para la gente preocupada por la aprobación de personas con valores tradicionales, incluso una baja

⁶⁶ *Ibíd.* p. 79.

⁶⁷ *Ibíd.* p. 87.

⁶⁸ Al respecto, el profesor Klaus Tiedemann sostiene que “la mayoría de estos delitos y contravenciones son dependientes del sistema, esto es, están condicionados por la configuración del sistema económico: sólo una economía de mercado (economía de libre competencia) conoce de delitos contra la libre competencia, y sólo un sistema económico capitalista, con la instalación de una Bolsa de valores, conoce de delitos bursátiles (...). Desde un punto de vista criminológico y de política económica se discute si las excepciones a las regulaciones de una economía de mercado, como, por ejemplo, la introducción de fijaciones estatales de precios (...) tienen efectos criminógenos, incentivando de modo especial la comisión de delitos económicos. (...) Pero también hay instrumentos económicos neutrales, independientes de la configuración del sistema económico, que pueden ser utilizados para la comisión de delitos (...)”. En: TIEDEMANN, Klaus. “Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Especial”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 38.

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho Penal económico y de la empresa”. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. pp. 551 y siguientes.

⁷⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel e Íñigo, ORTIZ DE URBINA GIMENO. “Introducción”. En: ROBINSON, Paul. Op. cit. pp. 20-21.

⁷¹ ROBINSON, Paul H. Op. cit. p. 74.

probabilidad de condena producirá efectos disuasorios, dado que su coste se percibe como muy alto”⁷².

Para aplicar el modelo piloto, deberá tenerse en cuenta que, a diferencia del delincuente común, el delincuente económico utiliza variables racionales en la toma de decisión de delinquir. Asimismo, debe tenerse en consideración el contexto en el cual surge el delito económico. Edwin H. Sutherland sostuvo ya hace muchos años lo siguiente: “Las personas de la clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente y escapan al arresto y a la condena mucho más que quienes carecen de ese poder. Así, las personas ricas pueden recurrir a abogados hábiles e influir en la administración de justicia para su propio beneficio, con mayor eficacia que las personas de la clase socioeconómica baja. Aun los delincuentes profesionales, que tienen poder financiero y político, sortean el arresto y la condena con más facilidad que los delincuentes aficionados y ocasionales, que carecen de tal poder. Aunque esta parcialidad es indudable, no es de gran relevancia desde el punto de vista teórico”⁷³.

A ello agregaba que “mucho más importante es la parcialidad involucrada en la administración de justicia penal, a través de leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden sólo a la clase socioeconómica alta. Las personas que violan leyes de lealtad comercial, publicidad, alimentos, drogas y otras actividades comerciales similares no son arrestadas por policías uniformados, ni juzgadas en tribunales penales, ni alojadas en cárceles; su conducta ilícita recibe la atención de comisiones administrativas o de tribunales que funcionan bajo jurisdicciones civiles o de equidad. Por este motivo, tales violaciones a la ley no se incluyen en las estadísticas criminales ni son casos individuales que llamen la atención de los especialistas que elaboran las teorías sobre la conducta delictiva”⁷⁴.

Debe agregarse a ello que la decisión racional del delincuente económico viene rodeada de una serie de recursos adicionales. Así, se trata

de un sujeto que cuenta, previo a la decisión criminal, con información especializada, pudiendo asesorarse y contratar a diversos especialistas legales y técnicos que enmarquen los límites de legalidad de su accionar y las probables consecuencias de la decisión que está tomando.

En conclusión, en virtud de las variables expuestas, el modelo a proponer –y que merece un mayor desarrollo que no es posible efectuar en estas líneas– comprendería los siguientes lineamientos:

- a) El Análisis Económico del Derecho, en ningún caso, puede estar avocado a medir la capacidad de disuasión de las normas jurídico penales.
- b) El Análisis Económico del Derecho deberá limitarse a medir la eficacia de las medidas preventivas de orden no penal, como es el control policial o el funcionamiento de los medios de comunicación en la transmisión de información acerca de las medidas penales de prevención del delito (por ejemplo, las campañas de prevención de conducción en estado de ebriedad o de cuidado del medio ambiente). Como límite adicional, este análisis económico sólo podrá ser aplicado en los casos de conductas que tengan como presupuesto un mínimo de racionalidad en la toma de decisión, como es el caso de la delincuencia económica. Para ello deberá acudirse al análisis experimental y a su revisión permanente.
- c) En el campo del Derecho Penal económico, podría plantearse un modelo más restrictivo, en el que se tengan en cuenta los lineamientos planteados por Jeremy Bentham como base de la decisión de delinquir del hombre racional. Al tratarse de un potencial delincuente que efectivamente tomará su decisión criminal efectuando un análisis de los costos y beneficios de la misma,

⁷² Ibidem.

⁷³ SUTHERLAND, Edwin H. “El delito de cuello blanco”. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. pp. 8-9.

⁷⁴ Ibidem.

sería necesario diseñar un sistema de reacción con altas probabilidades de una rápida y efectiva sanción, en conjunto con amenazas de pena significativas, que puedan implicar la amenaza de pena privativa de la libertad efectiva (y no suspendida). Para ello podría plantearse la supresión de beneficios penitenciarios y del cumplimiento condicionado de la pena. Ahora bien, resulta claro que mucho influirá en el éxito de la propuesta que la Policía y el Ministerio Público estén a la altura de la investigación. De lo contrario, cualquier modificación podría traer efectos perniciosos para el sistema.

Finalmente, creemos conveniente apostar por lo que se tiene. Las condiciones descritas al inicio de este artículo dan cuenta de que no estamos para dejar de lado el Análisis Económico del Derecho si este puede tener algún aporte significativo de rendimiento, en la lucha contra la criminalidad económica que también es la lucha contra la criminalidad organizada. Vista desde una perspectiva positiva, la propuesta versa sobre la lucha por alcanzar la institucionalización de nuestro país, es decir, por contar con un Estado social y democrático de derecho⁷⁵ que le permita a todo ciudadano tener la posibilidad real y concreta de alcanzar su realización personal como proyecto de vida.

⁷⁵ Al respecto, el profesor Martínez-Buján sostiene que “el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones”. En: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit. p. 551.

THEMIS
desde 1965

SEMINARIOS

Nuevos Alcances de la Libre
Competencia y Propiedad Intelectual



1er ENCUENTRO DE ESTUDIANTES
DE DERECHO LABORAL SPTSS



DERECHOS HUMANOS HOY:
NUEVAS PERSPECTIVAS Y RETOS



LEY GENERAL DEL TRABAJO:
EN BÚSQUEDA DE UNA
REGULACIÓN LABORAL UNIFORME



CONSULTA PREVIA:
DE LA NORMA A LA REALIDAD



Acceso a la
Información Pública
para luchar contra la
Corrupción



CÓDIGO CIVIL 1984:

Perspectivas y propuestas de reforma

EL PERVERSO EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL CASO DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES QUE COTIZAN EN BOLSA

Freddy Escobar Rozas^{***}

*“Las leyes más estrictas son las que causan los males más graves”^{***}.*

No es fácil tomar una postura respecto de la responsabilidad que deben asumir los directores. Al respecto se pueden plantear diversas interrogantes ¿Debería exigirse una responsabilidad objetiva o subjetiva? ¿Cuáles son las consecuencias de acogernos a uno u otro tipo de responsabilidad?

Los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva generan diferentes incentivos para los actores involucrados en la actividad que genera el daño. En ese sentido, el autor sostiene que la decisión de optar por un régimen de responsabilidad subjetiva o por un régimen de responsabilidad objetiva debería ser tomada por los accionistas, no por el legislador, en la medida en que son aquéllos y no éstos los que pueden determinar de mejor manera cuáles son los costos y beneficios comparativos de cada régimen.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Socio del Estudio Ferrero Abogados. Profesor de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico.

** A Matías, el niño valiente, esforzado y tierno que ilumina nuestros días.

*** Marco Tulio Cicerón (106 AC – 48 AC).

I. INTRODUCCIÓN

La Ley General de Sociedades (LGS) establece que los directores responden por los daños que ocasionen tanto a la sociedad como a los accionistas en la medida en que actúen con dolo, abuso de facultades o negligencia. En otras palabras, la LGS sujeta a los directores a un régimen de responsabilidad subjetiva.

La Ley 29720 (Ley) –Ley que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales– contempla un régimen de responsabilidad especial, aplicable a los directores de las sociedades que cotizan en bolsa (directores). Este régimen establece que los directores responden por los daños que ocasionen tanto a la sociedad cuanto a los accionistas. No es necesario, para tal efecto, que aquéllos actúen con dolo, abuso de facultades o negligencia. En consecuencia, la Ley sujeta a los directores a un régimen de responsabilidad objetiva¹.

La Ley es única en el mundo. Si bien existen jurisdicciones que contemplan regímenes de responsabilidad objetiva para algunos pocos supuestos estrictamente definidos (por ejemplo, reparto de dividendos ilegales), ningún Estado se ha atrevido a imponer a los directores un régimen general de responsabilidad objetiva².

¿Por qué la Ley se aparta de la LGS y en general de la legislación comparada? No existe una exposición de motivos que sustente el cambio de régimen. Especulando, uno razonablemente puede pensar que el legislador quiso otorgar una mayor protección a los accionistas e inversionistas en la medida en que un régimen de responsabilidad objetiva no los obliga a probar el dolo o la

culpa de los directores a fin de obtener una indemnización por los daños causados por las decisiones tomadas por estos últimos. Si esa fue la intención del legislador, el efecto no será el deseado. La responsabilidad objetiva de los directores no beneficiará a los accionistas e inversionistas.

En este artículo pretendo demostrar que la Ley genera más costos que beneficios. Estos costos operan tanto a nivel de las sociedades que cotizan en bolsa como a nivel del mercado de capitales. A nivel de las sociedades que cotizan en bolsa los costos más evidentes son los siguientes: pérdida (por renuncia) de directores prudentes, incremento de remuneraciones para compensar el mayor riesgo asumido por los directorios, incremento de primas de seguro de responsabilidad para compensar el mayor riesgo asumido por los directorios, inacción de los directorios, empleo constante de asesores externos para la toma de decisiones. A nivel de mercado de capitales el costo más evidente es el que genera la negativa de ingreso de nuevas empresas.

II. TRASLADO DE PÉRDIDAS

La responsabilidad civil traslada una pérdida que sufre el sujeto B al sujeto A. El sujeto A puede o no ser el causante de tal pérdida. Existen diversas razones que explican por qué el sujeto A debe asumir la pérdida sufrida por el sujeto B.

Desde una perspectiva económica, la responsabilidad civil es empleada fundamentalmente para impedir que se realicen actividades ineficientes, esto es, actividades que generan más costos que beneficios³. Si el sujeto A realiza la actividad

¹ La Ley no solo modifica el régimen de responsabilidad de los directores sino que además los hace responsables por las pérdidas patrimoniales y no patrimoniales. El problema del resarcimiento de los daños no patrimoniales es más complejo aun que el de la responsabilidad objetiva, por tal razón lo abordaré en otro trabajo.

² Algunas jurisdicciones establecen responsabilidad objetiva de los directores para determinados supuestos, establecidos con toda precisión (por ejemplo, información falsa incluida en prospectos de emisión de instrumentos de deuda). En ningún caso, sin embargo, la responsabilidad objetiva constituye la regla general. Para una descripción de los supuestos específicos en los que la legislación comparada aplica un régimen objetivo de responsabilidad: ANDERSON, Helen. "Directors' Liability for Corporate Faults and Defaults: An International Comparison". Pacific Rim Law & Policy Journal Association 18. 2009. pp. 8 y siguientes.

³ "Our objective is not to eliminate the risks entirely –we could do that by banning cars, rifles, and dynamite. Our objective is to get the efficient level of precautions, and thus the efficient level of risk. We want a world where I get my brakes checked one more time if, and only if, doing so reduces expected accident costs by at least as much as it costs. We want a world where I break up rock with dynamite instead of a sledge hammer if and only if the savings in cost to me at least make up for the increased risk to my neighbors. What we want

X y obtiene beneficios por 100, el sujeto A tendrá incentivos para continuar realizando la actividad X en la medida en que no tenga que asumir costos por encima de 99. Si el sujeto A, al realizar la actividad X, impone al sujeto B costos por 110, el sujeto A no debería realizar dicha actividad, ya que, desde una perspectiva social, produce más pérdidas que ganancias. Si el sistema legal no obliga al sujeto A a indemnizar al sujeto B, entonces el sujeto A tendrá incentivos para seguir generando pérdidas sociales y, por tanto, reduciendo el bienestar general. En cambio, si el sistema legal obliga al sujeto A a indemnizar al sujeto B, entonces el sujeto A tendrá incentivos para dejar de realizar la actividad X ya que ésta solo le producirá pérdidas (100 - 110 = -10).

Desde una perspectiva moral, la responsabilidad civil es empleada fundamentalmente para restaurar una situación injustamente alterada⁴. Consideramos que existe tal situación cuando el sujeto altera el orden previo actuando de forma incorrecta, inaceptable. Si el sujeto A voluntariamente toma un bien que le pertenece al sujeto B, consideramos que el sujeto B debe

ser protegido, en la medida en que no es correcto, no es aceptable que sea privado de uno de sus bienes de esa forma. Por tal razón, compelimos al sistema legal a establecer una regla que permita al sujeto A demandar y recuperar el bien sustraído o, en el peor de los casos, su valor de mercado.

La explicación de porqué consideramos que cierta conducta es incorrecta o inaceptable varía dependiendo de la forma en la que uno se aproxime al fenómeno moral. Algunos piensan que la moral se nutre de juicios de valor que, mediante operaciones lógicas, se deducen de ciertos axiomas considerados universalmente aceptados (imperativos categóricos)⁵. Otros piensan que la moral se nutre de emociones y reacciones que la evolución ha ido definiendo. Estas emociones y reacciones quedan grabadas en nuestros genes y se transmiten de generación en generación⁶. Sea cual sea la explicación correcta, lo cierto es que somos seres racionales y emocionales al mismo tiempo, y como tales consideramos que existen comportamientos incorrectos, inaceptables⁷. Cuando tales comportamientos son extremos, requerimos la intervención

is not a world of no accidents –that costs more than it is worth– but a world with only efficient accidents (...) We want the world we would have if everyone took all and only cost-justified precautions". Ver: FRIEDMAN, David. "Law's Order". Princeton: Princeton University Press. 2000. pp. 197-198.

- 4 "Presenting corrective justice as a quantitative equality captures the basic feature of private law: a particular plaintiff sues a particular defendant. Unjust gain and loss are not mutually independent changes in the parties' holdings; if they were, the loss and the gain could be restores by two independent operations. But because the plaintiff has lost what the defendant has gained, a single liability links the particular person who gained to the particular person who lost." Ver: WEINRIB, Ernest. "The Idea of Private Law". Cambridge: Harvard University Press. 1995. p. 63.
- 5 "We can't base the moral law on any particular interests, purposes, or ends, because then it would be only relative to the persons whose ends they were (...) The moral law consists of a categorical imperative, a principle that requires us to treat persons with respect, as ends in themselves". Ver: SANDEL, Michael. "Justice. What is the Right Thing to Do?". Nueva York: Farrar, Straus and Giroux. 2009. pp. 121 y 124.
- 6 "Where does our sense of right and wrong come from? Most people think it is a gift from God, who revealed His laws and elevates us with His love. A smaller number think that we figure the rules out for ourselves, using our capacity to reason and choosing a philosophical system to live by. Moral naturalists, on the other hand, believe that we have moral sentiments that have emerged from a long history of relationships. To learn about morality, you don't rely upon revelation or metaphysics; you observe people as they live (...) By the time humans came around, evolution had forged a pretty firm foundation for a moral sense (...) this moral sense is like our sense of taste. We have natural receptors that help us pick up sweetness and saltiness. In the same way, we have natural receptors that help us recognize fairness and cruelty. Just as a few universal tastes can grow into many different cuisines, a few moral senses can grow into many different moral cultures (...) We come equipped to learn fairness and other virtues. These moral faculties structure the way we perceive and respond to the world". Ver: BROOKS, David. "The Moral Naturalists". En: The New York Times. 22 de julio de 2010.
- 7 "(...) somos seres tan emocionales como racionales, si no más. Nuestras necesidades y deseos son mucho más complejos y variados que el simple hecho de obtener el máximo placer y beneficio. Hasta hace poco estas conclusiones habían sido en buena parte ignoradas fuera del ámbito de la psicología. Pero, finalmente, estas motivaciones emocionales –nuestra preocupación por hacer lo correcto y justo, nuestro deseo de causar una buena impresión a nuestros iguales y así pertenecer al grupo– están por fin empezando a ocupar el lugar que les corresponde en otras disciplinas. Incluso los economistas, habituados desde hace mucho tiempo a considerar el comportamiento humano como una serie de curvas de oferta y demanda o una sucesión de letras "x" e "y", están reconociendo (...) el poder de las motivaciones emocionales, sociales y morales (...)" Ver: BENKLER, Yochai. "El Pingüino y el Leviatán". Traducción de Jorge Paredes. Barcelona: Ediciones Deusto. 2011. p. 27.

del sistema legal a través del sistema de responsabilidad civil o penal, según la nocividad de los mismos.

Existen otras explicaciones económicas y morales que fundamentan la responsabilidad civil. La responsabilidad vicaria, por ejemplo, está sustentada en la idea de generar incentivos para que el principal vigile de manera más eficiente el comportamiento de sus agentes⁸. La responsabilidad punitiva, por otro lado, está sustentada en la idea de castigar al agresor que actúa de manera maliciosa (justicia retributiva)⁹.

Desde tiempos ancestrales los sistemas legales han aplicado regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva por distintas razones y con diferentes propósitos. El Código de Hamurabbi constituye un magnífico ejemplo de ello¹⁰.

Tradicionalmente la responsabilidad objetiva ha estado reservada para daños ocasionados por actividades especialmente peligrosas, por animales y por productos defectuosos¹¹, mientras que la responsabilidad subjetiva ha estado reservada para las actividades profesionales especialmente complejas y valiosas.

La elección de un régimen de responsabilidad no es socialmente irrelevante en la medida que genera una serie de consecuencias económicas diferenciadas.

III. GENERACIÓN DE INCENTIVOS

Los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva generan diferentes incentivos para

los actores involucrados en la actividad que genera el daño. Tales incentivos varían en función del escenario en el que se desarrolle la referida actividad. Quizás el escenario de los accidentes es el más apropiado para notar cómo los referidos regímenes impactan en los incentivos.

Desde la perspectiva de las precauciones, los accidentes pueden clasificarse en dos: unilaterales y bilaterales. Accidentes unilaterales son aquellos en los que solamente el causante puede tomar precauciones para evitarlos. Pensemos en el caso del avión que se estrella contra un edificio. En ese caso los propietarios del edificio no pueden tomar precauciones para evitar el accidente, por lo que se trata de un accidente unilateral. Accidentes bilaterales, por su parte, son aquellos en los que tanto el causante como la víctima pueden tomar precauciones para evitarlos. Pensemos en el caso de la colisión de autos. En ese caso ambos conductores pueden tomar precauciones para evitar el accidente, por lo que se trata de un accidente bilateral.

Veamos cómo los distintos regímenes de responsabilidad generan diversos incentivos dependiendo del tipo de accidente del que se trate.

Supongamos que, de ocurrir, el accidente causará daños por 100. Supongamos también que el causante puede no tomar precauciones o puede tomar precauciones moderadas o altas a los costos indicados en

⁸ "Vicarious liability rests on the idea that firms can control the conduct of their agents. Assigning liability to firms promises to reduce legal violations by encouraging firms (really managers) to influence agent behavior". Ver: BUELL, Samuel. "Potentially Perverse Effects of Corporate Civil Liability". En: Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct. Anthony S. Barkow y Rachel E. Barkow Editores. Nueva York: New York University Press. 2011. p. 87.

⁹ "Retributive damages fulfill the punishment objective of extracompensatory damages. These instructions apply only to defendants who have committed misconduct that you have found to be malicious or reckless in nature. If you do not think, based on clear and convincing evidence, that the conduct in question was malicious or reckless in nature, do not award retributive damages. Malicious conduct is that conduct which was done with a purpose or knowledge of causing harm, and no other legally recognized excuse or justification for the conduct is available as a defense". Ver: MARKEL, Dan. "Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction". Cornell Law Review 94. 2009. p. 336.

¹⁰ La Regla 263 del Código establece lo siguiente: "Si un hombre pierde las ovejas confiadas a su cuidado, entonces será condenado a restituir oveja por oveja al dueño". Por su parte, la Regla 265 del Código establece lo siguiente: "Si un pastor al que se ha confiado ganado para pastar, roba el ganado, lo vende y miente al dueño, entonces será condenado a restituir el ganado robado multiplicado por diez". Como se notará, la primera regla se centra en el incumplimiento del encargo per se, mientras que la segunda regla se centra en el incumplimiento doloso del encargo. El remedio aplicable en el primer supuesto es compensatorio, mientras que el remedio aplicable en el segundo supuesto es súper-compensatorio. Es evidente que cada una de las reglas en persigue objetivos diferentes en el terreno de los incentivos.

¹¹ SMITH, Len; ROBERSON, Gale; MANN, Richard y Barry ROBERTS. "Business Law". Nueva York: West Publishing Company. 1982. p. 135.

el cuadro siguiente. Supongamos finalmente que las referidas precauciones impactan en la probabilidad del accidente en los porcentajes indicados en el cuadro siguiente¹²:

Nivel de Precaución	Costo de Precaución	Probabilidad de Accidente	Pérdida Esperada	Costo Social Total
Bajo	0	15%	15	15
Moderado	3	10%	10	13
Alto	6	8%	8	14

Si el sistema legal establece *ex ante* que no existe responsabilidad por el accidente, el potencial causante no tomará precauciones, pues de hacerlo incurrirá en costos sin obtener beneficios (reducción de la probabilidad de causar accidente y, por ende, de la probabilidad de tener que pagar una indemnización). La inexistencia de responsabilidad, por tanto, genera resultados ineficientes en la medida en que no induce a tomar el nivel de precaución que genera el menor costo social.

Si el sistema legal establece *ex ante* que el accidente está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva, el causante será responsable por el daño al margen del nivel de precaución que tome. En este contexto, como quiera que el causante tendrá que asumir la totalidad del costo social, el potencial causante tendrá incentivos para tomar el nivel de precaución que minimice tal costo (en este caso, el nivel moderado). Esto significa que la regla de responsabilidad objetiva induce a tomar el nivel óptimo de precaución.

Si el sistema legal establece *ex ante* que el accidente está sujeto a un régimen de responsabilidad subjetiva, el causante solo indemnizará si es que no toma el nivel

óptimo de precaución, esto es, si es que no actúa diligentemente. Si los jueces tienen información perfecta y determinan que el nivel óptimo de precaución es el que minimiza el costo social total (en este caso, el nivel moderado), el potencial causante tendrá incentivos para tomar dicho nivel de precaución. Esto significa que, bajo las premisas indicadas, la regla de responsabilidad subjetiva tiene el mismo efecto que la regla de responsabilidad objetiva.

Si bien en teoría la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva pueden generar los mismos incentivos de eficiencia, existen diferencias importantes entre ellas. En primer lugar, no es seguro que los jueces tengan información perfecta y determinen que el nivel óptimo de precaución es aquel que efectivamente minimiza el costo total social. Si erróneamente los jueces consideran que el nivel óptimo de precaución es el nivel alto, el resultado será ineficiente. En segundo lugar, bajo la responsabilidad objetiva los jueces solo necesitan determinar la magnitud de la pérdida, mientras que bajo la responsabilidad subjetiva los jueces necesitan determinar, además de la magnitud de la pérdida, el nivel óptimo de precaución. Esto implica que los costos de los procesos son diferentes.

Supongamos ahora que, de ocurrir, el accidente causará daños por 100. Supongamos también que causante y víctima pueden no tomar precauciones o pueden tomar algunas precauciones a los costos indicados en el cuadro siguiente. Supongamos finalmente que las referidas precauciones impactan en la probabilidad del accidente en los porcentajes indicados en el cuadro líneas abajo¹³:

Si el sistema legal establece *ex ante* que no existe responsabilidad por el accidente, la víctima tendrá que asumir sus propios costos.

Nivel de Precaución (Causante)	Nivel de Precaución (Víctima)	Costo de Precaución	Costo de Precaución	Probabilidad de Accidente	Pérdida Esperada	Costo Social Total
Ninguno	Ninguno	0	0	15%	15	15
Ninguno	Alguno	0	2	12%	12	14
Alguno	Ninguno	3	0	10%	10	13
Alguno	Alguno	3	2	6%	6	11

¹² Tomado de: SHAVELL, Steven. "Foundations of Economic Analysis of Law". Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. p. 179.

¹³ Tomado de: SHAVELL, Steven. Op. cit. p. 183.

En este escenario, los potenciales causantes no tomarán precauciones, pues de hacerlo incurrirán en costos sin obtener beneficios (disminución de la probabilidad del accidente y, por tanto, de la probabilidad de tener que pagar una indemnización). Las potenciales víctimas, por el contrario, sí tomarán precauciones ya que las mismas generarán cierto beneficio (disminución de la probabilidad de sufrir el accidente y, por tanto, de la probabilidad de tener que asumir una pérdida no deseada). Tales precauciones, sin embargo, no serán las óptimas en la medida en que, unilateralmente adoptadas, no conducen al escenario en el cual el costo total social queda reducido a su más mínima expresión¹⁴.

Si el sistema legal establece ex ante que el accidente está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva, el causante será responsable por el daño al margen del nivel de precaución que tome. En este escenario, cada potencial causante tomará las precauciones que sean más eficientes desde su propia perspectiva. Sin embargo, como las víctimas tendrán derecho a exigir una indemnización al margen de cómo actúen, las potenciales víctimas no tendrán incentivos para tomar precauciones, pues de hacerlo incurrirán en costos sin obtener beneficios. En consecuencia, bajo la regla de responsabilidad objetiva los potenciales causantes tomarán precauciones eficientes para ellos, pero ineficientes para el sistema, ya que ninguna de ellas conducirá al escenario en el que el costo total social queda reducido a su más mínima expresión¹⁵.

Si el sistema legal establece ex ante que el accidente está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva, pero permite al causante oponer la defensa de la negligencia de la víctima, el causante será responsable por el daño solo en la medida en que la víctima no haya actuado negligentemente. Si los jueces establecen que la víctima actúa negligentemente en caso que no tome la precaución óptima que le corresponde, entonces las potenciales víctimas tendrán incentivos para tomar tal precaución: si no lo hacen el causante

podrá liberarse de responsabilidad. En este escenario, cada parte tendrá incentivos para tomar la precaución óptima que le corresponda. Por lo tanto, esta regla induce a tomar el nivel óptimo de precaución¹⁶.

Si el sistema legal establece ex ante que el accidente está sujeto a un régimen de responsabilidad subjetiva, el causante será responsable por el daño solo en la medida en que no haya actuado negligentemente. Si los jueces establecen que el causante actúa negligentemente en caso que no tome la precaución óptima que le corresponde, entonces los potenciales causantes tendrán incentivos para tomar tal precaución: si lo hacen podrán liberarse de responsabilidad. Por su parte, las potenciales víctimas tendrán incentivos para tomar la precaución óptima que les corresponde, pues ellas tendrán que internalizar la totalidad del daño en caso que los causantes hayan actuado diligentemente. Por lo tanto, esta regla también induce a tomar el nivel óptimo de precaución.

En el caso de los accidentes unilaterales tanto el régimen de responsabilidad objetiva como el régimen de responsabilidad subjetiva (bajo ciertas condiciones) conducen al mismo resultado eficiente. Sin embargo, en el caso de los accidentes bilaterales el régimen de responsabilidad objetiva no conduce a un resultado eficiente. Esto significa que lo que es válido para un escenario no necesariamente es válido para otros escenarios.

La elección de un régimen de responsabilidad debe considerar de forma explícita y cuidadosa los efectos que dicho régimen produce en el campo de los incentivos, esto es, en el campo de los factores que determinan el curso de la conducta humana. Si el legislador ignora esto, su decisión puede empeorar significativamente el estado de cosas, a pesar de sus nobles intenciones¹⁷.

IV. ENTORNO COMPLEJO

Todos los negocios se desarrollan en entornos de riesgo e incertidumbre. No existe negocio

¹⁴ SHAVELL, Steven. Op. cit. p. 184.

¹⁵ SHAVELL, Steven. Op. cit. p. 187; FRIEDMAN, David. Op. cit. p. 198.

¹⁶ SHAVELL, Steven. Op. cit.

¹⁷ "We know that people seek to make themselves better off, however they may define that. Our best hope for improving the human condition is to understand why we act the way we do and then plan accordingly. Programs, organizations, and systems work better when they get the incentives right. It is like rowing

que se sustraiga a la posibilidad de fracasar. Existen riesgos a un nivel macroeconómico y riesgos a un nivel microeconómico. Dentro del primer nivel se encuentran, entre otros, el riesgo político del país, el riesgo monetario y el riesgo inflacionario. Dentro del segundo nivel se encuentran, entre otros, el riesgo de cambio de patrones de consumo, el riesgo de mayor competencia y el riesgo de cambio de tecnología.

Los mercados cambian constantemente, más si están globalmente interconectados. Debido al constante desarrollo de la tecnología y a la constante integración de las diferentes industrias, el estado de cosas es permanentemente alterado. El cambio ha pasado a constituir el elemento central de los entornos. Las decisiones de negocio no pueden sustraerse de este factor.

Los directores están encargados de dirigir los negocios y las operaciones de las empresas. Por tal razón, les corresponde adoptar una serie de decisiones particularmente relevantes: elección de los gerentes, definición de las estrategias organizativas, definición de las políticas comerciales, definición de las políticas de gestión de riesgo, definición de las políticas remunerativas, y definición de las políticas y los mecanismos de control y auditoría. Asimismo, les corresponde ejercer la labor de supervisión de los encargados de implementar o ejecutar las diferentes políticas establecidas por el directorio¹⁸.

Como consecuencia del activismo político de diversos movimientos sociales, los sistemas legales han impuesto a los directores la obligación de supervisar aspectos que exceden el ámbito tradicional de la gestión de los negocios. Así, los directores, además de velar por la rentabilidad de los accionistas, ahora deben velar por los derechos de los

trabajadores de la empresa, por los derechos de los consumidores de los productos de la empresa, por los derechos de los acreedores de la empresa, por los derechos de las poblaciones afectadas por las operaciones de la empresa, etcétera. También deben velar por el pago de impuestos, por el respeto a la libre competencia, etcétera¹⁹.

A pesar de la dirección seguida por los sistemas legales, la tarea fundamental de los directores sigue siendo la de dirigir los negocios de la empresa. Debido a que el mundo de los negocios está marcado por el riesgo y la incertidumbre, usualmente las decisiones de los directores producen resultados buenos y resultados malos²⁰. Es imposible que los directores acierten siempre; es imposible que solo tomen decisiones que generen ganancias²¹. Por esta razón, salvo casos excepcionales, la performance de los directores no se analiza en función de cada decisión que adoptan sino en función del resultado del conjunto de decisiones que adoptan en un ejercicio determinado. Los accionistas no exigen rendimientos por día o por mes, sino rendimientos por ejercicio.

V. NECESIDADES EN TENSIÓN

Si los directores no fuesen responsables por las consecuencias de sus decisiones, entonces aquéllos adoptarían decisiones sin tomar precauciones. Por el contrario, si los directores fuesen responsables por las consecuencias de sus decisiones al margen de las precauciones tomadas, entonces aquéllos se inhibirían de adoptar decisiones o, en el mejor de los casos, adoptarían decisiones después de tomar precauciones excesivas. Evidentemente, ninguna de estas situaciones extremas es deseable para los accionistas. Es claro que los directores deben responder, pero no en cualquier caso.

downstream". Ver: WHEELAN, Charles. "Naked Economics. Undressing the Dismal Science". Nueva York: W. W. Norton & Company. 2002. p. 42.

¹⁸ HANSMANN, Henry y Reinier KRAAKMAN. "What is Corporate Law? The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach (Reinier Kraakman et al)". Oxford: Oxford University Press. 2005. p. 12.

¹⁹ GRIFFITH, James. "Director Oversight Liability: Twenty-First Century Standards and Legislative Controls on Liability". Delaware Journal of Corporate Law 20. 1995. pp. 675 y 676.

²⁰ Directors, like everyone else, have limited cognitive abilities and live in a world of imperfect information where errors of judgment can be made". Ver: SHARFMAN, Bernard. "The Enduring Legacy of Smith v. Van Gorkom". Delaware Journal of Corporate Law 33. 2008. p. 294.

²¹ Las fallas no sólo son inevitables sino además deseables, ya que incentivan la innovación constante. Como señaló Schumpeter, el capitalismo es un proceso de destrucción creativa.

La tensión entre la necesidad de que los directores respondan por sus decisiones y la necesidad de no lo hagan por cualquier decisión que genere pérdidas ha sido resuelta por el Civil Law mediante la regla de la responsabilidad subjetiva y por el Common Law mediante la Business Judgment Rule ("BJR").

La regla de la responsabilidad subjetiva generalmente determina que los directores tienen que internalizar las pérdidas que ocasionan si es que han actuado con dolo o con culpa grave. Esto significa que los directores han de indemnizar (i) si es que han actuado de manera oportunista, prefiriendo sus intereses o los intereses de terceros sobre los intereses de los accionistas o los de la sociedad; o, (ii) si es que han actuado sin tomar las precauciones mínimas que el caso exige, demostrando falta de profesionalismo.

La BJR determina que los directores están exentos de la revisión judicial de sus decisiones en la medida en que las hayan tomado cumpliendo ciertos requisitos procedimentales²². En primer lugar, los directores deben haber tomado las decisiones con información previa. No es necesario que aquéllos tengan toda la información disponible sino solo aquella que sea razonablemente necesaria dadas las circunstancias del caso. En segundo lugar los directores deben haber actuado con buena fe, esto es, con la

convicción de que las decisiones tomadas constituían las mejores opciones para la empresa. En tercer lugar los directores deben haber actuado sin tener conflicto de interés alguno²³. Si es que los directores cumplen estos requisitos procedimentales, sus decisiones no pueden ser revisadas por las cortes. Esto significa que están exentos del riesgo de tener que indemnizar por las pérdidas que ocasionen sus decisiones.

VI. FALLAS DEL MODELO

Los sistemas legales generalmente imponen a los directores la obligación de indemnizar los daños que ocasionen en la medida en que hayan actuado con dolo o con culpa (grave). La amenaza de tener que internalizar los referidos daños debe generar incentivos apropiados. En efecto, en su deseo de evitar la pérdida que supone asumir los daños ocasionados con negligencia, los directores serán más cuidadosos y prolijos. Esto reducirá la probabilidad de que el directorio tome malas decisiones²⁴. Los que sientan que no tienen las habilidades necesarias o el tiempo necesario para actuar con los niveles de cuidado y prolijidad requeridos, no aceptarán ser directores o dejarán de serlo. Esto mejorará los niveles de eficiencia del directorio²⁵.

Idealmente la responsabilidad subjetiva induce a ser cuidadosos y prolijos; a informarse

²² "The standard formulation of the Business Judgment Rule usually includes the following components: courts will not review the substantive reasonableness of a business decision that is reasonably well informed, made in good faith, and without conflicts of interest, fraud, or illegality." Ver: WEINBERGER, L. Daniel. "The Business Judgment Rule and the Sphere of Sovereignty". *Thomas M. Cooley Law Review* 27. 2010. p. 284.

²³ "The rule is only applied to an affirmative business decision to act or not act. The rule does not apply where the directors have either abdicated their functions, or absent a conscious decision, failed to act. This, seemingly, is recognition that the rule protects the affirmative exercise of the power of corporate governance (...) The decision must be made on a reasonably sufficient amount of information. This is sometimes called a duty of reasonable diligence, but it does not refer to a reasonable substantive decision. It refers to a reasonable decision-making process (...) The business decision is only protected when it is made with the good-faith belief that the action taken was in the best interests of the company (...) To receive protection from the Business Judgment Rule, a decision must be made by corporate directors who are disinterested and independent. Independence means that a director's decision is based on the corporate merits of the subject before the board rather than extraneous considerations or influences' that would convert an otherwise valid business decision into a faithless act. Conflicts of interest occur when, for example, the director would get a personal financial benefit from a particular decision not shared by stockholders or where the decision would have an adverse effect on the director that is different from the effect on stockholders (...) Not surprisingly, the Business Judgment Rule is not applied to protect fraudulent or illegal conduct. Nor are ultra vires conduct or waste of corporate assets protected". Ver: WEINBERGER, Daniel. *Op. cit.* pp. 285-287.

²⁴ "In their eagerness to avoid impoverishment through compliance with the rules of liability, directors would exercise enhanced skill and diligence in the discharge of their duties. Consequently, corporations would become more efficient, and in turn consumers and investors would receive further benefits". Ver: CONRAD, Alfred. "A Behavioral Analysis of Directors' Liability for Negligence". *Duke Law Journal*. 1972. p. 897.

²⁵ "While some directors would continue to exercise their duties with intensified care, others would perceive their own unwillingness or ineptitude to reach standards required and, therefore, decide not to be directors. This

adecuadamente y a tomar decisiones razonables. En el mundo real, empero, no es fácil saber si uno está siendo cuidadoso y prolijo, si uno tiene información adecuada, si uno está tomando una decisión razonable. En otras palabras, en el mundo real es difícil tener la certeza, en el momento de la toma de la decisión, de estar actuando diligentemente.

Cuando se cuestiona judicialmente la decisión de los directores, la responsabilidad subjetiva puede convertirse en objetiva si es que el estándar de conducta bajo el cual los directores son juzgados resulta inapropiadamente alto²⁶. En otras palabras, si es que los jueces imponen niveles de precaución altos, la responsabilidad subjetiva, en los hechos, deja de ser tal y pasa a convertirse en una responsabilidad objetiva²⁷.

Debido a que el juicio de responsabilidad por negligencia es en parte empírico y en parte normativo²⁸, los directores no

pueden descartar el riesgo de responder con su patrimonio aun cuando hayan sido razonablemente prudentes. Este riesgo se explica por varios factores.

En primer lugar porque el concepto de diligencia es indeterminado y, por tanto, incierto²⁹. El juez sabe que diligencia significa tomar precauciones razonables, pero no necesariamente sabe en qué consisten tales precauciones en un caso concreto. El juez puede considerar que las precauciones tomadas por los directores no fueron razonables a pesar de que, desde un punto de vista económico, aquéllos hayan invertido recursos de manera eficiente tanto en la adquisición como en la evaluación de la información.

En segundo lugar porque el concepto de diligencia es determinado ex post por el juez, por lo que los directores se encuentran sujetos al riesgo de ser encontrados, de un momento

consequence would gradually eliminate unsuitable persons from board of directors, so that the efforts of those who would continue to serve would be even more effective". Ver: CONRAD, Alfred. Op. cit. pp. 897-989.

²⁶ "(...) much of the law of negligence concerns the identification of the standard of care people have to observe in their dealings with each other. An appropriate duty of care is essential to the Negligence Standard. As will be explained later, an inappropriately high level of care required by law may invalidate the claim that the liability due to its breach is liability for negligence". Ver: RAZ, Joseph. "Responsibility and Negligence Standard". Columbia Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Group. 2009. p. 7.

²⁷ "If judges and juries persistently overstate the cognitive abilities of legal actors, then the system of negligence, in practice, might more closely resemble a system of strict liability. When a legal fact finder mistakenly assumes that a reasonable person could have avoided an accident, the factfinder might mistakenly attribute the accident to some unreasonable conduct, rather than to misfortune. Thus, people who are acting reasonably will seem unreasonable when judged under a standard that misstates human abilities. In practice, the system finds people liable even though their behavior conformed to that of the reasonable person. In effect, the system consists of liability without fault, that is, a system of strict liability. The conversion of de jure negligence into de facto strict liability has some adverse effects on the incentives tort law creates and its ability to promote corrective justice". Ver: RACHLINSKI, Jeffrey. "Misunderstanding Ability, Misallocating Responsibility". Cornell Law School. Legal Studies Research Paper Series 05-003. 2005. pp. 29 y 30. En: <http://ssrn.com/abstract=389700>.

²⁸ "It is commonplace to say that in tort cases the function of the decisionmaker –the finder of fact– is to find the facts and then to apply the law to these facts. When the finder of fact is a jury, as it usually is, the court instructs the jury on the law and the jury then applies it. This description entails only two moves: fact-finding and law applying. The description is perfectly suitable when all the facts that the jury must find are empirical –that is, when the facts are out in the world, so to speak. In a battery case, for example, the jury may have to decide whether the defendant intended to punch the plaintiff in the nose, and then apply the law of battery to this fact. When all the "facts" are not empirical, however, the task of the finder of fact involves three steps, not just two. In logical order, the finder of fact must (1) find the empirical facts, including what the defendant did; (2) determine how much and what kind of care was reasonable given these facts; and (3) apply the law of negligence to these findings, by deciding whether the defendant behaved in accordance with the norm identified in step (2). It has long been recognized that step (2) involves a very different function than step (1), because the former is entirely empirical, whereas the latter is evaluative". Ver: ABRAHAM, Kenneth. "The Trouble with Negligence". Vanderbilt Law Review 53. 2001. p. 1190.

²⁹ "Hemos visto que la diligencia es un esquema o marco de conducta que carece de significado en sí mismo. Lo que le da valor es la integración de su contenido mediante un determinado módulo de comportamiento. La diligencia aparece como la conducta inspirada o peculiar de aquel modelo de comportamiento, o como lo que debería hacerse si se quisiera actuar en la práctica dicho modelo. El dato esencial no es la diligencia misma como designación de una conducta sino el modelo que la integra, que es el señalará el contenido concreto que tendrá dicha designación en cada caso". Ver: BADOSA, Ferrán. "La Diligencia y la Culpa del Deudor en la Obligación Civil". Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 1987. p. 77.

a otro, negligentes por una decisión tomada en el pasado³⁰. No existe posibilidad alguna de que al momento de tomar la decisión los directores reciban una validación legal de diligencia que los exima de contingencias legales.

En tercer lugar porque el juez evalúa las decisiones tomadas por los directores con información sesgada suministrada por la parte demandante. Esta información es generalmente más amplia y precisa que la información que los directores tenían al momento de discutir y optar. También es generalmente más amplia y precisa que la información que aportan los directores en su defensa³¹. Esto usualmente genera que el juez no reproduzca fielmente las circunstancias bajo las cuales los directores tomaron las decisiones y, por tanto, tienda a encontrar comportamientos negligentes ahí donde no los había.

En cuarto lugar porque los jueces tienen escaso o nulo entendimiento de los negocios, por lo que es posible que juzguen las decisiones tomadas por los directores desde una óptica ajena a la que resulta razonable o entendible en un mundo en el que el riesgo es el factor constante³². La poca o nula capacidad de los jueces para analizar las decisiones de negocio ha generado que ciertas jurisdicciones impidan la revisión judicial de tales decisiones en la medida en que los directores cumplan ciertos requisitos procedimentales a la hora de tomarlas.

Como seres racionales y emocionales, tenemos la tendencia de evitar los castigos, las

pérdidas, las sanciones. La teoría prospectiva del comportamiento nos ha enseñado que tememos más a perder lo que ya tenemos que a perder lo que podemos tener en el futuro³³. En otras palabras, preferimos dejar de ganar lo que aún no tenemos a perder lo que ya tenemos, aun cuando los montos involucrados sean los mismos en ambos casos.

La amenaza de la responsabilidad subjetiva no atrae a personas prudentes; al contrario, las aleja. Si el sujeto A no cuenta con activos o recursos, nada tendrá que perder si es que es demandado por la sociedad o los accionistas. Ese sujeto seguramente aceptará ser director. La responsabilidad subjetiva será indiferente para él. Sin embargo, ¿será prudente? Difícilmente. Como nada tendrá que perder, el sujeto A estará ávido de tomar más riesgo del deseado. Si el sujeto B cuenta con un patrimonio considerable, entonces algo tendrá que perder. Una indemnización podrá afectar parte de su patrimonio, pero seguramente no provocará su quiebra. La responsabilidad subjetiva no será indiferente para él, pero tampoco lo disuadirá de participar en un directorio. Si el sujeto C cuenta con un patrimonio forjado en base a su esfuerzo, dedicación, excelencia profesional, buena reputación, ese sujeto tendrá mucho que perder. Una indemnización podrá liquidar su patrimonio. Es cierto que la responsabilidad subjetiva implica que solo cabe el pago de una indemnización en caso de dolo o culpa. Sin embargo, ¿qué garantía tiene el sujeto C de que un juez realizará un

³⁰ "A second similar technique is used where the sphere to be controlled is such that it is impossible to identify a class of specific actions to be uniformly done or forbore and to make them the subject of a simple rule, yet the range of circumstances, though very varied, covers familiar features of common experience. Here common judgments of what is 'reasonable' can be used by the law. This technique leaves to individuals, subject to correction by a court, the task of weighing up and striking a reasonable balance between the social claims, which arise in various unanticipated forms. In this case they are required to conform to a variable standard before it has been officially defined, and they may learn from a court only ex post facto when they have violated it, what in terms of specific actions or forbearances, is the standard required of them (...) The most famous example of this technique in Anglo-American law is the use of the standard of due care in cases of negligence". Ver: HART, Herbert. "The Concept of Law". Oxford: Oxford University Press. 1994. p. 132.

³¹ Generalmente el plazo para demandar es más extenso que el plazo para contestar la demanda. Por consiguiente, los demandantes tienen una ventaja comparativa en lo que se refiere a la capacidad de obtener información relevante que sustente su posición.

³² "The circumstances surrounding a corporate decision are not easily reconstructed in a court room years later, since business imperatives often call for quick decisions, inevitably based on less than perfect information." Ver: HANKS, James. "Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification". *The Business Lawyer* 43. 1988. p. 1209.

³³ "People hate losses (and their automatic systems can get pretty emotional about them). Roughly speaking, losing something makes you twice as miserable as gaining the same thing makes you happy. In more technical language, people are loss averse". Ver: SUNSTEIN, Cass y Richard THALER. "Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness". Londres: Penguin Books. 2009. p. 33.

análisis correcto del nivel de precauciones tomado por el directorio? Recordemos que generalmente el juez no puede reproducir las circunstancias en las que el directorio tomó la decisión ni puede valorar, desde una perspectiva de negocios, la racionalidad de dicha decisión. A menos que cuente con la cobertura de un seguro de responsabilidad civil, la responsabilidad subjetiva lo disuadirá de participar en un directorio³⁴.

Al sujeto A la responsabilidad subjetiva no lo aleja, pero nadie desea al sujeto A. Al sujeto B la responsabilidad subjetiva tampoco lo aleja, dada la magnitud de su patrimonio. Pero el sujeto B es parte de un grupo reducido, que no es capaz de satisfacer la demanda de directores. Al sujeto C la responsabilidad subjetiva sí lo aleja. Paradójicamente, el sujeto C es el más valioso para el mercado. A fin de atraer al sujeto C, las empresas deben ofrecerle la cobertura de un seguro de responsabilidad civil. Esta solución, sin embargo, no está exenta de problemas.

En primer lugar la oferta de cobertura suele ser insuficiente. En efecto, las compañías de seguro no suelen otorgar cobertura respecto

de ciertos daños (por ejemplo los producidos al medio ambiente) o respecto de ciertas industrias³⁵. En segundo lugar el costo del seguro es asumido, en última instancia, por los accionistas de la empresa, esto es, por los que deben ser protegidos por el régimen de responsabilidad civil. Por lo tanto, en términos reales la responsabilidad civil pierde sentido económico, ya que no traslada la pérdida de la víctima al causante (o responsable).

VII. MOMENTO DE CRISIS

En 1985 la Corte Suprema de Delaware resolvió en última instancia el caso *Smith v. Van Gorkom*. En la sentencia la Corte en cuestión halló personalmente responsables a los directores de *Trans Union Corporation* (“*Trans Union*”) por haber incumplido el *duty of care*³⁶ en el contexto de una operación de fusión.

En el verano de 1980, *Jerome Van Gorkom*, CEO de *Trans Union* estaba convencido de que la compañía estaba subvaluada debido a la imposibilidad de utilizar importantes créditos fiscales³⁷. Sin consultar con el directorio, *Van Gorkom* empezó negociaciones con *Jay A.*

³⁴ “Under section 11 of the Securities Act of 1933, a director could become liable for the entire amount of the registered share issue, which could easily run into tens of millions. Who would undertake a dictatorship with even a moderate probability of being liable for any of these amounts in return for director’s fees of a few thousand of dollars? Perhaps it would not scare off *Ralph Nader*, who reportedly has no wealth to lose, but, by the same token, the possibility of huge losses would not deter him from negligence. Perhaps *Henry Ford* would not be scare off, since his concern with preserving his billion-dollar stake in the company justifies the risk of 500 million dollars (...) For a moderately successful engineer, lawyer, banker or executive, however, it would be simple improvidence to risk losing his fortune of a few hundred thousand or a few million dollars, when the only gain would be a few thousands in fees”. Ver: *CONRAD*, Alfredo. Op. cit. p. 899.

³⁵ “The belief is widespread that if only directors were willing to pay the price, private insurance markets would be able to provide directors with effective protection from non-trivial financial losses related to corporate wrongdoing. Unfortunately, the gulf between perception and reality respecting the availability of directors’ insurance coverage is large. In an analysis of the directors’ and officers’ (D&O) insurance market (...) D&O coverage is subject to abrupt and quite dramatic fluctuations in supply. These supply fluctuations can be measured in a number of ways: price and deductible increases, coverage exclusions and compression of coverage periods. The most distressing problems are related to growth in excluded categories of insurance and in coverage restrictions. The use of these restrictions means that at some points in the insurance-cycle coverage for certain D&O liability risks will not be available at any price”. Ver: *DANIELS*, Ronald. “Must Boards Go Overboard? An Economic Analysis of the Effects of Burgeoning Statutory Liability on the Role of Directors in Corporate Governance”. *Canadian Business Law Journal* 24. 1995. pp. 249 y 250.

³⁶ El Common Law impone dos deberes fiduciarios a los directores: el *duty of care* y el *duty of loyalty*. El *duty of care* requiere estar atento a los negocios de la empresa, estar razonablemente informado sobre la marcha de tales negocios y tomar decisiones en bases a consideraciones racionales. El *duty of loyalty*, por su parte, requiere actuar con buena fe, evitando conflicto de intereses y buscando en todo momento beneficiar a la sociedad. Ver: *COX*, James; *HAZEN*, Thomas Lee y *Hodge O’NEIL*. “Corporations”. Nueva York: Aspen. 1997. pp. 180 y siguientes.

³⁷ “By the late 1970s, *Trans Union*’s cash flow amounted to hundreds of millions of dollars per year, which left the firm with substantial and growing cash reserves. Despite that seeming good fortune, *Trans Union* found itself in an unusual tax quandary. Its core railroad car leasing business generated substantial depreciation deductions, which significantly reduced its taxable income. At the same time, however, that business also generated substantial Investment Tax Credits (ITCs). Under the then-existing law, companies that made certain major capital investments, such as buying railroad cars, received a number of ITCs proportional to the size of the investment. Like most other tax credits, the ITCs allowed a dollar for dollar reduction in a

Pritzker, accionista controlador de Marmon Group, a fin de fusionar Trans Union con una subsidiaria de Marmon Group que pudiera utilizar los referidos créditos fiscales. En los últimos cinco años el precio de la acción de Trans Union había oscilado entre 24 y 39 Dólares Americanos. Van Gorkom sugirió a Pritzker un precio por acción ascendente a 55 Dólares Americanos. Después de varias reuniones de negociación el 18 de septiembre de 1980 Pritzker realizó una oferta formal de 55 Dólares Americanos por acción de Trans Union. El plazo de la oferta era de tres días.

El 19 de septiembre Van Gorkom convocó a una sesión de directorio a llevarse a cabo el día siguiente para discutir la oferta de Marmon Group. Van Gorkom empezó la sesión con una presentación de veinte minutos sobre los términos de la fusión. Van Gorkom solicitó al directorio dar a los accionistas la oportunidad de aceptar o rechazar la oferta. Van Gorkom nunca mencionó que había sugerido a Pritzker el precio de 55 Dólares Americanos por acción. El CFO de Trans Union hizo saber al directorio que él no había estado enterado de las negociaciones y que en su opinión el precio ofrecido estaba dentro del rango de un precio razonable, pero al inicio de ese rango.

La sesión duró menos de dos horas. Los directores aprobaron la transacción propuesta. El 22 de septiembre Trans Union anunció su fusión con Marmon Group. La aprobación de los accionistas fue obtenida el

10 de febrero de 1981.

Con posterioridad, B. Alden Smith, accionista minoritario de Trans Union, inició un proceso judicial con el fin de dejar sin efecto el cash-out merger entre Trans Union y Marmon Group o, de modo alternativo, recibir el pago de una indemnización. El sustento de su demanda fue la violación del duty of care por parte de los directores de Trans Union, en la medida en que adoptaron la decisión de aceptar la transacción propuesta por Marmon Group sin estar debidamente informados y sin analizar adecuadamente el valor intrínseco de la empresa, a efectos de determinar si el precio ofrecido por Marmon Group era conveniente.

En primera instancia, la Corte de Cancillería de Delaware concluyó que los directores no eran responsables en aplicación de la BJR. Sin embargo, en segunda instancia, con votos divididos (3-2), la Corte Suprema de Delaware concluyó que la actuación del directorio no estaba protegida por la BJR. En opinión de la mayoría, los directores no solo no se informaron adecuadamente respecto del rol de Van Gorkom en la venta de la compañía y del precio de la transacción, sino que tampoco se informaron sobre el valor intrínseco de la compañía. En estas circunstancias, aprobar la venta de la compañía en una reunión de menos de dos horas sin que existiese una situación de crisis o de emergencia constituía un supuesto de negligencia grave³⁸.

company's tax bill. Unfortunately for Trans Union, the depreciation deductions generated by its business essentially left the company with no taxable income against which to apply the tax credits. Worse yet, the tax credits had a five year life. If they were not used during those five years, they expired (...) Trans Union was left with both a large cash surplus and a potentially very valuable asset –the ITCs– that would dissolve one into nothing before its value could be captured. Trans Union management regarded the situation as a “nagging problem” for which they needed a solution. In July 1980, a management report to the board of directors listed such possible solutions as a repurchase of a substantial amount of the outstanding shares of the company, an increase in the dividend, and/or a major acquisition. The latter option received considerable attention in the late summer of 1980. After all, as noted, Trans Union had been actively acquiring smaller companies for many years. Acquisition of two or three large companies with substantial taxable cash flows would dry up some of Trans Union’s substantial cash reserves and provide taxable income against which the ITCs could be offset (...) In August of that year, after returning from a particularly discouraging meeting with Congressional leaders and staffers in Washington, Van Gorkom called a meeting with his senior management team in which the possibility of selling Trans Union to a corporation with a large amount of taxable income for the first time began to receive serious consideration. If properly structured, Trans Union’s tax attributes would survive such an acquisition, permitting the purchaser to use the ITCs to reduce its tax bill. Accordingly, the purchase price would reflect the otherwise difficult to capture value of those ITCs”. Ver: BAINBRIDGE, Stephen. “Smith v. Van Gorkom”. University of California at Los Angeles Law School – Law and Economics Research Papers. 2008. p. 26. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1130972.

³⁸ “To summarize: we hold that the directors of Trans Union breached their fiduciary duty to their stockholders (1) by their failure to inform themselves of all information reasonably available to them and relevant to their decision to recommend the Pritzker merger; and (2) by their failure to disclose all material information such as a reasonable stockholder would consider important in deciding whether to approve the Pritzker offer. We hold, therefore, that the Trial Court committed reversible error in applying the business judgment rule in favor of the director defendants in this case. On remand, the Court of Chancery shall conduct an evidentiary hearing to

Los directores justificaron la aprobación del precio ofrecido en función de la magnitud de la prima ofrecida (55 Dólares Americanos v. 24 / 39 Dólares Americanos). Por otro lado, los directores justificaron la aprobación de la oferta en una sesión relativamente corta debido a su sofisticación, entrenamiento y experiencia. El directorio de Trans Union incluía a cuatro CEO de corporaciones líderes en sus industrias y a un economista que había sido decano de una de las escuelas de administración de negocios más prestigiosas. El directorio poseía un experiencia combinada de setenta y ocho años en el mundo de los negocios.

La Corte Suprema de Delaware no aceptó estos argumentos y ordenó que la Corte de Cancillería determinase el valor intrínseco de Trans Union e hizo personalmente responsables a los directores en caso que dicho valor superase la suma de 55 Dólares Americanos por acción. Antes de que la referida corte determinase el valor en cuestión, las partes transaron por la suma de 23.5 millones de Dólares Americanos³⁹.

La decisión del caso Smith v. Van Gorkom provocó una conmoción generalizada en los diferentes mercados afectados⁴⁰. Las compañías de seguro fueron las primeras en responder de forma agresiva al nuevo escenario judicial, incrementando significativamente los precios de las coberturas de los seguros o simplemente dejando de ofrecer tales coberturas⁴¹. Muchos directores presentaron renuncias. Profesionales reconocidos por el mercado rechazaron posiciones en directorios⁴².

Diversos gremios profesionales y empresariales presionaron a la legislatura para que intervenga y mitigue los efectos de la decisión judicial de Smith v. Van Gorkom. El 18 de junio de 1986 la Asamblea General de Delaware aprobó la Sección 102(b)(7) de la Delaware General Corporation Law, a fin de permitir que los accionistas de las empresas incorporadas en Delaware adopten a nivel estatutario cláusulas de exoneración de responsabilidad de los directores por incumplimiento del *duty of care*⁴³. Pronto las asambleas de los demás

determine the fair value of the shares represented by the plaintiffs' class, based on the intrinsic value of Trans Union on September 20, 1980. Thereafter, an award of damages may be entered to the extent that the fair value of Trans Union exceeds \$55 per share." Ver: Smith v. Van Gorkom. Supreme Court of Delaware. 1985. p. 21.

³⁹ "The Delaware Supreme Court majority opinion did not resolve the case. The court remanded the case to the Delaware Chancery Court with instructions for that court to hold an evidentiary hearing to determine damages based on the extent to which the fair value of Trans Union exceeds \$55 per share. Instead, however, the parties reached a settlement in which the plaintiff class received a total cash payment of \$23 million (slightly less than two dollars per share). Approximately \$10 million of the settlement amount was paid by the Trans Union's Board of Directors D&O liability insurance policy. Although some reports have indicated that Jay Pritzker paid \$11 million of the remaining amount, his brother Robert claimed that the Pritzker family in fact paid the entire \$13 million remaining over and above the insurance payout, subject only to a requirement that the defendant directors make a small contribution to charity". Ver: BAINBRIDGE, Stephen. Op. cit. p. 30.

⁴⁰ "The decision's formalism was widely criticized, particularly in the light of prominence of Trans Union's board members, heir depth of background knowledge of the company, the substantial premium involved, and the low probability that an investment bank opinion to the effect that \$ 55 per share was fair price could not have been procured". Ver: BRUNER, Christopher. "Good Faith, State of Mind, and Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law". Wake Forest Law Review 41. 2006. p. 1145.

⁴¹ "The cost of claims increased significantly, and by late 1984 the D&O insurance industry had fallen into 'severe dislocation' reflected in significantly higher prime, higher deductibles, lower policy limits, and narrower scope of coverage. Some insurers simply left the market, and as market capacity declined, some corporations claimed to be unable to obtain the coverage they desired at any price". Ver: BRUNER, Christopher. Op. cit. p. 13.

⁴² "The decision in Van Gorkom was clearly an overcorrection. For example, it was reported that in response to the decision some directors were resigning from their board positions and that others would not even consider board service for fear of the potential personal liability for being uninformed when making a corporate decision. It was also reported that the price of directors' and officers' insurance coverage had increased substantially and that some boards could not get proper coverage at any price". Ver: SHARFMAN, Bernard. "The Enduring Legacy of Smith v. Van Gorkom". Delaware Journal of Corporate Law 33. 2008. p. 302.

⁴³ "It is often said that, absent the protections of the business judgment rule, no rational person would agree to serve as a director. Especially with respect to large public corporations, the potential liability of directors takes on catastrophic dimensions. After Smith v. Van Gorkom, D&O liability insurance became very hard to get. Delaware responded to this purported crisis by adopting § 102(b)(7) of the General Corporation Law, which provides that a corporation's articles of incorporation may (but need not) contain: "A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a

Estados siguieron este ejemplo⁴⁴. Virtualmente todas las compañías públicas de los Estados Unidos de América adoptaron en sus estatutos cláusulas exculporias de responsabilidad por incumplimiento del *duty of care*.

Smith v. Van Gorkom revela dos hechos sumamente importantes. Primero, que los jueces, por más sofisticados que sean, pueden fácilmente aplicar estándares de precaución superiores a los que la ley exige. Al hacer responsables a los directores de Trans Union, los jueces de la Corte Suprema de Delaware aplicaron un estándar de diligencia mayor al de *gross negligence*, que era el que correspondía. Segundo, que los mercados son sumamente sensibles a la condena patrimonial por las decisiones de negocios tomadas por los directores, aun cuando dicha condena se base en un estándar subjetivo.

VIII. INCREMENTO DE COSTOS

El caso Smith v. Van Gorkom demuestra cuán sensibles son los mercados ante una condena de responsabilidad civil. Si los mercados se vieron convulsionados debido a la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva, es fácil imaginar lo que ocurriría ante la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva. He aquí una lista de posibles consecuencias.

En primer lugar muchos directores renunciarían a fin de no arriesgar su patrimonio personal por las pérdidas que sus

decisiones puedan generar *per se*⁴⁵. El riesgo de no contar con la protección que otorga la defensa de la actuación diligente sería demasiado alto para personas prudentes. Estas renunciaciones no generarían sustituciones eficientes, pues solo personas que con preferencia al riesgo estarían tentadas a servir como directores. Y como sabemos, los inversionistas en general prefieren directores neutrales al riesgo.

En segundo lugar los costos de las coberturas de los seguros de responsabilidad civil se incrementarían de una manera sensible, ya que las compañías de seguro estarían asumiendo más riesgos. En efecto, la pérdida de la posibilidad de que los directores empleen la defensa de la actuación diligente generaría automáticamente el incremento de los niveles de riesgo que las compañías de seguro estarían tomando. Para compensar su exposición a esos mayores niveles de riesgo, las compañías de seguro incrementarían los precios de las coberturas ofrecidas al mercado. Como sabemos, el costo de tales coberturas es pagado por las empresas, no por los directores. Por lo tanto, el incremento de los precios exigidos por las compañías de seguro sería internalizado por los accionistas. Esto significa que, en términos económicos, el mayor costo del régimen de responsabilidad objetiva sería asumido por aquellos a los cuales dicho régimen pretende beneficiar. Es posible que el costo del referido régimen sea menor al beneficio que otorga

director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title [relating to liability for unlawful dividends]; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit". Most public corporations have amended their charters to include such provisions". Ver: BAINBRIDGE, Stephen. Op. cit. p. 26.

⁴⁴ Después de Delaware, cuarenta Estados modificaron sus legislaciones a fin de limitar la responsabilidad patrimonial de los directores. Dichos Estados adoptaron algunos de los siguientes mecanismos: (i) autorización expresa para que los accionistas contemplen provisiones estatutarias que eliminen o limiten cualitativamente la responsabilidad patrimonial de los directores (con ciertas excepciones); (ii) establecimiento de límites cuantitativos para la responsabilidad patrimonial de los directores; (iii) adopción del dolo como único factor de atribución de responsabilidad patrimonial de los directores; (iv) autorización expresa para que las compañías indemnicen a los directores por las demandas presentadas por terceras partes (por ejemplo, acreedores); (v) autorización expresa para que las compañías otorguen indemnizaciones y otros beneficios a los directores demandados; y, (vi) autorización expresa para que las compañías ofrezcan a sus directores mecanismos de cobertura distintos del seguro (por ejemplo, garantías, fideicomisos, cartas de crédito, etcétera).

⁴⁵ "The president of the National Association of Corporate Directors has said that Van Gorkom created perilous times for corporate directors', and has called the decision 'the straw that broke the camel's back' as far as directors are concerned. Clearly the case had the direct effect of frightening directors (...) for example, a business school dean who is a director of eight corporations was quoted as saying: 'I would probably resign from every board on which I serve if I am liable beyond my directors' and officers' insurance'. Regrettably, for this and other directors, Van Gorkom also had the indirect effect of making directors' liability insurance harder to get and substantially more expensive. By mid-1986, a directorship was in danger of becoming what one business writer called a job that nobody wants". Ver: SODERQUIST, Larry. "The Proper Standard for Directors Negligence Liability". Notre Dame Law Review 66. 1990-1991. p. 42.

a los accionistas. Pero es posible también que ocurra lo contrario. Como veremos más adelante, la decisión de optar por un régimen de responsabilidad subjetiva o por un régimen de responsabilidad objetiva debería ser tomada por los accionistas, no por los legisladores, en la medida en que son aquéllos y no éstos los que pueden determinar de mejor manera cuáles son los costos y beneficios comparativos de cada régimen.

En tercer lugar las compañías de seguro reducirían o eventualmente eliminarían ciertas coberturas ofrecidas al mercado. En efecto, ante la posibilidad de tener que asumir el costo de cualquier decisión que genere pérdidas, las referidas compañías no mantendrían la oferta actual para las industrias comparativamente más riesgosas. Esto determinaría que los propios accionistas otorguen a sus directores coberturas de responsabilidad civil. El problema de este esquema de autoseguro es que, a diferencia de las compañías de seguro que distribuyen los riesgos dentro de un mercado cuantitativamente relevante, las empresas que implementen un esquema de autoseguro estarían concentrando tales riesgos. Por lo tanto, la protección otorgada por las empresas a sus directores generaría que aquéllas deban internalizar el 100% de las pérdidas ocasionadas por estos últimos. En un régimen de responsabilidad subjetiva las empresas sí contarían con la cobertura de las compañías de seguro, por lo que no tendrían que internalizar el 100% de las pérdidas ocasionadas por sus directores. Esto significa que vis-a-vis el régimen de responsabilidad objetiva es más costoso.

En cuarto lugar los directorios adoptarían precauciones excesivas antes de tomar cualquier decisión. Los directores tendrían temor (natural) de adoptar decisiones sin

contar con las opiniones de diversos expertos sobre las distintas aristas de la situación⁴⁶. Esto generaría incremento de costos operativos, retraso en la toma de decisiones, pérdida de oportunidades y otros efectos nocivos⁴⁷.

Todas estas consecuencias negativas incrementarían de manera significativa los costos de operación de las empresas que listan sus acciones en bolsa. Por tal razón, muchas empresas interesadas en listar tomarían la decisión de no hacerlo. Eventualmente algunas empresas que listan tomarían la decisión de dejar de hacerlo.

Evidentemente, es posible argumentar que la responsabilidad objetiva no solo tiene costos sino también beneficios. En teoría la posibilidad de solicitar el pago de una indemnización al margen de los niveles de precaución tomados es algo beneficioso para los accionistas. En el mundo real, sin embargo, es imposible saber si la responsabilidad objetiva genera un beneficio para los accionistas. Veamos por qué.

Imaginemos que el directorio de la sociedad X tomó 10 decisiones con resultados positivos (+100) y 5 decisiones con resultados negativos (-50). Imaginemos además que los directores no actuaron con dolo ni con culpa grave. Esto significa que, al amparo de la LGS, los referidos resultados negativos no son indemnizables. Por lo tanto, en este supuesto el efecto neto de las decisiones de los directores es una ganancia de 50 para los accionistas.

En teoría es posible argumentar que si aplicamos al supuesto analizado un régimen de responsabilidad objetiva, el efecto neto sería distinto, ya que los resultados negativos (-50) serían indemnizables. Los accionistas, por tanto, recibirían 100. Bajo esta perspectiva, la responsabilidad objetiva sería beneficiosa para los accionistas. El problema

⁴⁶ "Van Gorkom probably has resulted in many board decisions being over-processed. In many cases, even relatively minor board decisions are subjected to exhaustive review, with detailed presentations by experts. Why? The answer lies in the incentive structures of the relevant players. Who pays the bill if the director is found liable for breaching the duty of care? The director. Who pays the bill for hiring lawyers and investment bankers to advise the board? The corporation and, ultimately, the shareholders. Suppose you were faced with potentially catastrophic losses, for which somebody offered to sell you an insurance policy. Better still, you don't have to pay the premiums, someone else will do so. Buying the policy therefore doesn't cost you anything. Would not you buy it?". Ver: BAINBRIDGE, Stephen. Op. cit. p. 29.

⁴⁷ "Directors may refuse to make decisions unless they are supplied with opinions of accountants certifying the accuracy of financial statements, appraisers' estimates of the value of properties, forecast by management consultants of profit prospects, engineers' analyses of production costs, and lawyers' opinions about the legality of a course of conduct". Ver: CONRAD, Alfredo. Op. cit. p. 904.

de este razonamiento radica en que supone que el cambio de régimen de responsabilidad no impacta en el comportamiento de los directores a la hora de tomar decisiones.

En el supuesto analizado los directores tomaron 15 decisiones en función de la premisa de que las eventuales pérdidas que esas decisiones generen no serían indemnizables en la medida en que no hubiese mediado dolo o culpa grave. Si los directores hubiesen sido informados de que la defensa de la falta de dolo o de culpa grave no era aplicable, es bastante probable que aquéllos hubiesen dejado de tomar algunas decisiones. En otras palabras, si los directores hubiesen estado expuestos al riesgo de tener que indemnizar por los resultados negativos que sus decisiones generen, al margen de las precauciones tomadas, es bastante probable que aquéllos hubiesen tomado, no 15 decisiones, sino tan solo 3. Como es obvio, a menor número de decisiones, menor rentabilidad esperada. Esto significa que, bajo el régimen de responsabilidad objetiva, es posible que los resultados positivos hubiesen ascendido, no a 100, sino a 30.

Por consiguiente, la afirmación de que la responsabilidad objetiva beneficia a los accionistas es puramente especulativa.

IX. PRIMACÍA DE LOS ACUERDOS

Existe un debate sumamente interesante acerca de los mecanismos que el sistema legal debe utilizar para que las personas se comporten de una manera beneficiosa (eficiente, moralmente aceptable, etcétera). Por un lado, tenemos a las sanciones; por

el otro a los incentivos⁴⁸. Es evidente que el sistema legal no puede operar solo con sanciones o solo con incentivos; el sentido común nos indica que el referido sistema debe operar con ambos mecanismos⁴⁹. En qué medida debe operar con un mecanismo o con otro es algo que suscita constantes polémicas.

El marco legal que determine las consecuencias de una performance inadecuada de los directores no puede estar compuesto solo por incentivos (por ejemplo bonos, premios, incrementos remunerativos, etcétera). En efecto, si el referido marco solo determinara la pérdida de bonos, premios o incrementos remunerativos en caso de performance inadecuada, los directores actuarían de forma más arriesgada de la que lo harían en caso de estar expuestos al pago de indemnizaciones por las consecuencias de tal performance. Sería notoriamente excepcional que los directores actuasen con prudencia si pudiendo participar de las ganancias generadas con patrimonio ajeno sin estar expuestos al riesgo de internalizar las pérdidas infringidas a dicho patrimonio.

En términos generales los directores solo actuarán con neutralidad al riesgo cuando el marco legal que establezca las consecuencias de su performance incluya sanciones en la ecuación⁵⁰. Si los directores saben que sus malas decisiones generarán consecuencias de orden patrimonial que deben internalizar, entonces aquéllos no tomarán más riesgo del que los inversionistas usualmente toleran.

Los directores tienen que ser patrimonialmente responsables por su performance, pero no de manera objetiva ni de manera ilimitada. La responsabilidad es necesaria; pero solo en

⁴⁸ “I define a carrot here as a welcome change against a given, usually pre-existing, policy baseline; a stick is simply an unwelcome change in the opposite direction (...) Carrots and sticks can take many forms. Being relieved from an obligation one expects to have can be a carrot. For instance, suppose I expect to have to pay \$10,000 in income taxes at the end of the year. To avoid some awkward moments, such as audits and jail time, I set aside that amount in anticipation of the bill. Congress changes the law so that my tax bill will be only \$9,000 if I buy a hybrid car. Now, as soon as I roll off the dealer’s lot with my new Prius, I have an extra grand to spend that I didn’t expect. So these kind of “tax expenditures,” as they are sometimes known, count as carrots, even though in a sense they are just relief from some other burden. A stick can be the opposite. When the federal government threatens to withhold highway dollars from states if they don’t increase their drinking age to twenty-one, as it did to prompt the famous Supreme Court case *South Dakota v. Dole*, that is a stick: a denial of some portion of an expected benefit”. Ver: GALLE, Brian. “The Tragedy of the Carrots: Economics and Politics in the Choice of Price Instruments”. *Stanford Law Review* 64. 2012. pp. 803-804.

⁴⁹ La Regla 17 del Código de Hammurabi establece lo siguiente: “Si alguien encuentra a un esclavo huyendo en campo abierto y lo entrega a su dueño, entonces tendrá derecho a recibir dos monedas de plata de parte del dueño del esclavo”. Por otro lado, la Regla 19 del mismo Código establece lo siguiente: “Si alguien encuentra a un esclavo huyendo en campo abierto y lo esconde en su casa, entonces será condenado a muerte”.

⁵⁰ Los directores podrán considerar que la pérdida del bono anual es el precio que tiene que pagar por sus decisiones arriesgadas. Difícilmente, sin embargo, aquéllos podrán considerar que la condena

cierta dosis. Sin responsabilidad, se generan incentivos para la toma de riesgo por encima de los niveles deseados. Con responsabilidad objetiva e ilimitada, se generan desincentivos para aceptar el encargo o, en el mejor de los casos, para actuar con el sentido de oportunidad y de riesgo que los negocios exigen.

Ronald Coase contribuyó notablemente al entendimiento de la importancia que tienen las leyes cuando los costos de transacción son altos. Si los costos de lograr una solución negociada son bajos, la solución más eficiente provendrá de los acuerdos que adopten las personas, al margen de lo que las leyes establezcan. Si, por el contrario, los costos de transacción son altos, la solución más eficiente tendrá que provenir de las leyes, no de los acuerdos que adopten las personas, en la medida en que éstos son escasos⁵¹.

Las empresas surgen de contratos. Las adquisiciones de acciones, a través de mecanismos centralizados o no centralizados, también surgen de contratos. Éste es un ámbito en el que los costos de transacción son bajos. La responsabilidad civil de los directores constituye un mecanismo de protección de los accionistas e inversionistas contra las pérdidas generadas por ciertas decisiones tomadas por aquéllos. Debido a que los costos de transacción son bajos, es claro que la solución más eficiente supone dejar en los accionistas fundadores la libertad de determinar el nivel de protección que requieren respecto de la actuación de sus directores. Ellos tienen más y mejor información respecto de sus preferencias y sus niveles de tolerancia al riesgo. El

legislador no debe suplantar su decisión ya que simplemente no conoce qué es lo que los accionistas e inversionistas quieren.

Si el sistema legal permite que los accionistas y los inversionistas elijan el sistema de responsabilidad aplicable a los directores, el mercado alineará a los inversionistas neutrales al riesgo con los directores neutrales al riesgo, y a los inversionistas preferentes al riesgo con los directores preferentes al riesgo. Los accionistas que consideren que solo deben ser protegidos por un sistema de responsabilidad subjetiva seguramente atraerán a directores prudentes que no exijan remuneraciones comparativamente altas para compensar el riesgo de ser demandados por cualquier decisión que genere pérdidas, ni seguros de responsabilidad civil especialmente costosos. Por su parte, los accionistas que consideren que deben ser protegidos por un sistema de responsabilidad objetiva seguramente atraerán a directores a los que no les importa mucho el riesgo de ser demandados por cualquier decisión que genere pérdidas. Eventualmente estos accionistas tendrán que pagar remuneraciones comparativamente altas y ofrecer seguros de responsabilidad civil especialmente costosos. Los inversionistas, según sus preferencias, comprarán acciones de la empresa que se rige por un sistema de responsabilidad subjetiva o por un sistema de responsabilidad objetiva. El mercado alineará, a costos bajos, las preferencias e intereses de todos.

El sistema legal no debe imponer un régimen de responsabilidad civil de los directores, pues tal cosa solo genera barreras (costos) para que esta alineación de preferencias e

indemnizatoria tiene el mismo sentido. En efecto, como quiera que la referida condena supone, entre otras cosas, la existencia de un reclamo de los accionistas que se sienten defraudados y la desaprobación pública de su performance, los directores normalmente la conceptualizarán como sanción. Esta diferencia en la categorización es fundamental, ya que la evidencia empírica demuestra que los precios tienden a alentar las acciones, mientras que las sanciones tienden a disuadirlas. Una explicación interesante con ejemplos de la vida ordinaria se encuentra en: LEVITT, Steven y DUBNER, Stephen. "Freakonomics". Traducción de Andrea Montero. Barcelona: Ediciones B. 2006. pp. 29 y siguientes.

⁵¹ "The same approach which, with zero transactions costs, demonstrates that the allocation of resources remains the same whatever the legal position, it also shows that, with positive transactions costs, the law plays a crucial role in determining how resources are used. But it does more than this. With zero transaction costs, the same result is reached because contractual arrangements will be made to modify the rights and duties of the parties so as to make it in their interest to undertake those actions which maximize the value of production. With positive transaction costs, some or all of these contractual arrangements become too costly to carry out. The incentives to take some of the actions which would have maximized the value of production disappear. What incentives will be lacking depends on what the law is, since this determines what contractual arrangements will have to be made to bring about those actions which maximize the value of production". Ver: COASE, Ronald. "Notes on the Problem of Social Cost". En: *The Firm, the Market and the Law*. Londres: The University of Chicago Press. 1988. p. 178.

intereses se produzca de manera natural. Los accionistas e inversionistas deben tener la posibilidad de decidir, sin restricciones, el régimen de protección que requieren frente a la performance de sus directores. Si los accionistas tienen la posibilidad de decidir, entre otras cosas, la retribución (premio) de los directores, ¿por qué se les impide decidir la responsabilidad (castigo) de los mismos?

Por supuesto que el sistema legal debe establecer un régimen supletorio de responsabilidad civil de los directores. Ese régimen no puede ser uno de naturaleza objetiva. Como hemos visto, dicho régimen genera una serie de costos para los accionistas. En teoría, dicho régimen genera un beneficio para los accionistas: amplía el espectro de la posibilidad de demandar a los directores por su performance. No existe, empero, evidencia empírica de la magnitud de ese beneficio. En efecto, no es posible saber si la posibilidad de demandar a los directores por cualquier daño genera un beneficio concreto a los accionistas, ya que es perfectamente posible que los directores dejen de tomar decisiones justamente para evitar ser demandados por cualquier daño. Esto, evidentemente, puede

generar un menor retorno de la inversión. Si eso ocurre, la responsabilidad objetiva no habrá generado beneficio alguno para los accionistas.

Existen, por el contrario, buenas razones para considerar que el régimen supletorio debe ser uno de carácter subjetivo. En primer lugar, es un hecho verificable que la legislación comparada adopta el régimen de responsabilidad subjetiva. Los mercados y los legisladores de otros países han tenido la posibilidad de optar por un régimen de responsabilidad objetiva; si no lo han hecho, es obvio que tienen buenas razones para ello. En segundo lugar, es un hecho verificable que un régimen de responsabilidad subjetiva genera menos costos que un régimen de responsabilidad objetiva. En tercer lugar, es un hecho que verificable los mercados se alteran (entran en crisis) cuando los directores son condenados a indemnizar a los accionistas. En cuarto lugar, no existe evidencia de que un régimen de responsabilidad objetiva proteja más a los accionistas, ya que bajo dicho régimen es probable que los directores dejen de tomar ciertas decisiones de negocio y, por tanto, que las ganancias se reduzcan.

APROXIMACIONES A LA LITIGIOSIDAD EN EL PERÚ

Mario Reggiardo Saavedra*

Fernando Liendo Tagle**

Somos un país con un alto índice de litigiosidad, el número de procesos que se inician en el Perú cada año es sumamente elevado. ¿A qué se debe este fenómeno? Lamentablemente las ciencias jurídicas no han ahondado en las causas de esta situación.

En el presente artículo el autor explora las razones que explican los grados de litigiosidad en el Perú, así como los factores que inciden en su persistencia. Para ello, describe algunos motivos centrales que obstaculizan la generación de acuerdos que evitan procesos judiciales y propone algunos elementos para diseñar instituciones procesales y judiciales.

* Abogado. Magister (LL.M) en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico.

** Abogado. Autor del libro: “La incorporación del precedente vinculante en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas”.

Los autores agradecen a Agustín Molteni Wither por su muy valiosa colaboración en la preparación de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA DE LA LITIGIOSIDAD

La sociedad peruana es conflictiva. Ello tiene un correlato muy concreto en el número de procesos judiciales que anualmente se inician en el Perú. En los últimos años, ha crecido de modo considerable el número de procesos que ingresan anualmente al sistema judicial. Entre los años 2009 y 2011 se han iniciado 4'308,546¹ procesos judiciales, los que sumados a los ingresados 621,463² en los dos trimestres iniciales del 2012, dan casi cinco millones de expedientes ingresados en los últimos cuatro años. Para una población de cerca de treinta millones de personas, se trata de un número alto de reclamaciones judiciales cuando es comparado con otros indicadores internacionales³.

Pese a sustentarse en el conflicto, las disciplinas jurídicas tradicionales no han avanzado mucho en comprender las causas de esta situación. Se suele decir que es parte de la cultura del peruano⁴, pero poco se analizan las causas institucionales de ello, en tanto existen situaciones concretas que están incentivando a los peruanos a buscar imponer sus posiciones a través del proceso judicial. Los estudios procesales y judiciales parten de presuponer la existencia del conflicto como un hecho inevitable. Por eso nosotros intentaremos explorar algunas razones que explican los grados de litigiosidad peruana y qué factores inciden en su persistencia. Advertimos que nuestro análisis está dirigido básicamente a disputas patrimoniales, aunque bien puede extenderse a conflictos de otras materias.

Empezaremos describiendo algunos de los motivos centrales que obstaculizan la generación de acuerdos que eviten procesos judiciales (el incentivo al falso optimismo), algunas causas que explican el incremento de la litigiosidad (déficits de predictibilidad, corrupción institucional), y propondremos algunos elementos que deberían tomarse en cuenta al diseñar instituciones procesales y judiciales. Nuestra hipótesis es que en los países con un alto índice de corrupción y un promedio bajo de desarrollo humano, se tiende a iniciar acciones judiciales antes que llegar a acuerdos, debido a un exagerado optimismo en el resultado esperado de los procesos. Este falso optimismo está fomentado por las precariedades institucionales, prácticas de corrupción e impredecibilidad decisoria del sistema. Nuestro trabajo es una aproximación inicial que apunta a estimular las perspectivas desde las cuales se puede entender problemas usualmente tratados (sobrecarga procesal, corrupción pública, reforma judicial) pero cuya escasa visión interdisciplinaria las vuelve a veces ejercicios estériles.

II. PARA ENTENDER LA LITIGIOSIDAD

El incentivo a que las disputas generen procesos judiciales antes que acuerdos, está generado por múltiples factores. Desde la pura subjetividad, la diversidad de valores, hasta los condicionamientos históricos y culturales. Nuestra investigación se limita a los condicionamientos institucionales que inciden en la posibilidad de concluir acuerdos o continuar con las disputas.

¹ Fuente: Poder Judicial. Gerencia de Plantificación / Sub Gerencia de Estadística.

² *Ibidem*.

³ Desde luego se trata de la simplificación de una compleja realidad que admite diversas interpretaciones. Por ejemplo que el incremento de litigios judiciales sean muestras de formalización de la sociedad, de cómo el servicio de justicia a más ciudadanos mejora y por tanto aumenta la demanda de tales servicios, o por el crecimiento de las actividades económicas en el sentido que a más intercambios, más conflictos. Sin embargo a efectos de esta investigación consideramos relevante tenerlo en cuenta como una tendencia del índice de litigiosidad.

⁴ Reconocemos que la débil institucionalidad peruana ha moldeado negativamente durante años la psicología del peruano promedio. Al respecto, el psicoanalista Saúl Peña señala que "la familia peruana (...), mayoritariamente en estado de miseria, déficit y carencia (...) ha estado expuesta –al no habersele dado lo que merece decentemente– al soborno, a la seducción y a la corrupción, a veces hasta por mínimas cantidades de dinero que han sido utilizadas para poder subsistir u obtener cierto tipo de beneficios. En estudios realizados en la sociedad peruana se perciben dos elementos que sobresalen como rasgos preocupantes: la irresponsabilidad, el abuso, la ausencia o carencia en una sociedad sin padre o con un padre que genera una identificación desnaturalizada, desvirtuada, desafectiva, deshumanizada y, ni qué decir, desvinculada del amor, de la otredad, del cariño y el respeto por la mujer y los hijos. Y por otro lado, la presencia de elementos de clases pudientes cuyo interés es mantener sus propios beneficios con una triste y pobre sensibilidad social y con un egoísmo exacerbado y voraz". En: PEÑA, Saúl. "Psicoanálisis de la corrupción. Política y Ética en el Perú contemporáneo". Lima: Peisa. 2003. p. 82.

De acuerdo a Steven Shavell⁵, las causas del inicio de procesos judiciales radican básicamente en las diferentes percepciones que las partes tienen sobre el resultado de dichos procesos. Cooter y Ulen⁶ explican que la falta de acuerdos ocurre cuando el demandante espera un monto alto en el fallo mientras el demandado espera un monto bajo o, incluso, la ausencia de una condena. Cuando existen situaciones que llevan a que para un mismo caso la parte demandante crea que obtendrá una “condena alta” y la parte demandada una “condena baja”, las partes se vuelven falsamente optimistas de los resultados que se puedan dar en el proceso. En cualquier caso, Shavell expone que el modelo de análisis se ve fuertemente influenciado por las cantidades y asimetrías de información con las que cuentan cada una de las partes del proceso⁷.

Siguiendo este modelo, en el supuesto de que las partes tengan percepciones diferentes y sean “relativamente optimistas” en los resultados del proceso, el demandante estará dispuesto a llegar a un acuerdo, solo si recibe un monto mínimo equivalente al valor esperado de su pretensión, el cual deberá ser igual a su expectativa de ganar el juicio, pero restando el costo del litigio. Por ejemplo, si el demandante tiene una pretensión de S/. 200,000 con una probabilidad de ganar de 70%, y estima invertir S/. 40,000 en el costo del juicio (abogados, tasas, medios de prueba), el monto mínimo que estaría dispuesto a recibir sería $(70\% \times S/. 200,000) - S/. 40,000 = S/. 100,000$. Para el demandado, según postula Shavell, el monto máximo equivalente al valor esperado de la pretensión para llegar a un acuerdo, está dado por el resultado de su valor esperado del fallo (probabilidad de ganar el proceso a su juicio, multiplicado por el monto demandado), más los costos de litigio. En ese sentido, suponiendo que la probabilidad de ganar según la parte demandada es de 50%, manteniendo la pretensión de S/. 200,000 y más S/. 50,000 por el costo de la litigación, el monto máximo a transar consistiría en $(50\% \times$

S/. 200,000) + S/. 50,000 = S/. 150,000. En tal caso, si las expectativas tenderían a coincidir en cerrar un acuerdo en S/. 125,000, la transacción sería altamente posible y el juicio no se daría. Si el mínimo del demandante excede el máximo del demandado, el acuerdo no podría ocurrir.

De acuerdo al modelo establecido, un acuerdo mutuamente beneficioso puede darse mientras el valor esperado de la pretensión para el demandante menos su costo del litigio, no exceda el valor estimado del demandado sobre lo que tendría que pagar, sumando los costos del proceso. Si el demandante espera una condena grande y el demandado una pequeña, el inicio del proceso será inevitable. Es este optimismo relativo el que genera expectativas divergentes y aleja a las partes.

Acá es donde se vuelve muy importante ubicar los condicionamientos institucionales que generan que el valor esperado de la pretensión para las partes, difiera tanto entre estas. Haciendo la salvedad que los países de institucionalidad desarrollada no tienen los problemas que sí influirán en el caso peruano (ausencia de precedentes judiciales ni corrupción judicial), Cooter y Ulen afirman que las divergencias entre las partes sobre el valor esperado de la pretensión, se debe a que las partes pueden no haber transmitido cierta información privada con la que cuentan, previa al inicio del proceso, y que trae como consecuencia el falso optimismo de las partes en iniciar un proceso, pero que sin embargo tiene mal informada a alguna de las partes. En ese sentido, las partes tienden a revelar información voluntaria, a fin de corregir el optimismo de las partes, promoviendo así los arreglos que evitan los procesos judiciales. Dado que las malas noticias son buenas para un arreglo, al corregir este falso optimismo, el acuerdo puede surgir cuando las partes se sienten relativamente pesimistas acerca del resultado del proceso, de modo que prefieren el arreglo antes que arriesgarse al resultado del fallo⁸.

⁵ SHAVELL, Steven. “Foundations of Economic Analysis of Law”. Cambridge: Harvard University Press. 2004. pp. 401-418

⁶ COOTER, Robert y Tomas ULEN. “Derecho y Economía”. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 495-507.

⁷ SHAVELL, Steven. Op. cit. pp. 407-409.

⁸ COOTER, Robert y Tomas ULEN. Op. cit. En base a esta consideración se podría pensar cuán acertado es el modelo de conciliación prejudicial que existe en el Perú. En la mayoría de las veces la conciliación se hace sobre la base de una solicitud muy general y resulta poco usual el acuerdo completo. Podríamos argumentar que muchas veces no se concilia porque no existe plena conciencia de los términos de la

Cooter y Ulen también señalan que el “falso optimismo” se genera con la falta de información privada por las partes, que puede llevarles a darle diferentes valores esperados de la pretensión, lo que genera que no se pongan de acuerdo y vayan a juicio. Imaginemos el atropello a un peatón de sesenta años por la maniobra temeraria de un taxista. El taxista asume su responsabilidad, pero las partes no acuerdan los montos referidos a los daños. El taxista considera que por la edad y las circunstancias del accidente, la condena que tiene como objetivo resarcir al peatón por los daños, debería ser de solo S/. 10,000 y el costo del juicio en S/. 5,000, lo que significa que deberá responder por un total de S/. 15,000. Del otro lado, se encuentra el peatón que ha sufrido el accidente y por la edad que tiene, considera que deberá recibir una condena de S/. 30,000 y estima los costos del juicio en S/. 5,000, de tal manera que obtendrá una ganancia neta de S/. 25,000. De esta manera, las divergencias relacionadas con las expectativas de las partes, afectan su capacidad para llegar a un acuerdo. En esta situación, una transmisión voluntaria de información contribuirá a corregir el “falso optimismo”, y por ende a evitar y/o disminuir la cantidad de juicios. En esta línea, Cooter y Ulen⁹ indican que el intercambio voluntario de información ayudará también a corregir los cálculos defectuosos que se puedan dar lugar a los términos de un arreglo a divergir del fallo esperado del juicio. Siguiendo esta línea, un acuerdo razonable será igual al fallo esperado en el juicio cuando: (i) el demandante y el demandado tienen las mismas expectativas acerca del juicio; y, (ii) el demandante y el demandado asumen los costos de transacción para resolver la disputa.

Según Shavell, la parte demandante estará dispuesta a llegar a un acuerdo, solo si recibe un monto mínimo equivalente a su valor esperado de la pretensión, el cual deberá ser igual a su expectativa de ganar el juicio, pero restando el costo del litigio. Imaginemos que el demandante tiene una pretensión de S/. 10,000 y considera tener una probabilidad de ganar de 70%, por lo que lo mínimo que recibirá por llegar a un acuerdo sería S/. 7,000. Para el

demandado, el monto máximo equivalente a su valor esperado de la pretensión para llegar a un acuerdo, estaría dado por el producto de la probabilidad de ganar el juicio y el monto a pagar, más los costos de litigio. Suponiendo que la probabilidad de ganar para el demandado es de 50%, con la pretensión de S/. 10,000 y más los S/. 4,000 de costos de litigio, el monto máximo por el cual llegaría a un acuerdo sería S/. 9,000. El modelo es este:

Valor esperado de la pretensión (VEP) =
Petitorio x Probabilidad de éxito

Si creo tener 10% de probabilidad y demando S/. 1000 = VEP de S/. 100
Si creo tener 50% de probabilidad y demando S/. 1000 = VEP de S/. 500
Si creo tener 90% de probabilidad y demando S/. 1000 = VEP de S/. 900

No hay acuerdo cuando ambas partes se sienten optimistas:

Ejemplo 1

- **Demandante:** lo mínimo que acepta es VEP menos costo del litigio
 - Probabilidad : 60% de ganar
 - Pretensión : 1'000,000
 - Costo de litigio : 50,000
 - $(0.6 \times 1 \text{ millón}) - 50,000 = 550,000$ (mínimo por el que transa el demandante)
- **Demandado:** lo máximo que paga es VEP más costo del litigio
 - Probabilidad : 25% de perder
 - Pretensión : 1'000,000
 - Costo de litigio : 70,000
 - $(0.25 \times 1 \text{ millón}) + 70,000 = 320,000$ (máximo por el que transa demandado)
 - No hay transacción: mínimo del demandante > máximo del demandado

futura demanda debido a que la conciliación no aporta suficientes elementos para tomar una decisión: las expectativas son demasiado elevadas y divergentes. Para eso existe en otras jurisdicciones la figura del disclosure o el discovery: para compartir y revelar información relevante que permita una mejor estimación de las pretensiones y abrir la posibilidad de un acuerdo antes del juicio. En nuestro sistema quizá convendría generar una conciliación extrajudicial luego de presentadas las demandas y contestación a fin que las partes tengan el panorama completo del litigio y se encuentren incentivadas a lograr acuerdos razonables

⁹ Ibid. p. 507.

Es decir, las partes transan si no difieren mucho en estimar probabilidad del resultado del proceso, porque ambos pueden evitar así los costos del proceso. Así, habrá transacción cuando el VEP para demandante es menor que el VEP para demandado:

Ejemplo 2	
▪	Si ambos creen tener 50% de probabilidades:
▪	Demandante: $(0.5 \times 1 \text{ millón}) - 50,000$ 450,000 es mínimo por el que transa
▪	Demandado: $(0.5 \times 1 \text{ millón}) + 70,000$ 570,000 es máximo por el que transa
▪	Ello sí brinda condiciones para llegar a acuerdo

Si demandante confía en ganar, pedirá más en la transacción. Si demandado confía en ganar, pagará menos en la transacción. No habrá transacción cuando el demandado crea que el demandante pide mucho sin tener tanta posibilidad de ganar. Ahí se presenta un caso de falso optimismo que impide solucionar conflictos. Y ello se debe a la alta estimación del valor esperado de la pretensión en cada parte.

III. CAUSAS DEL FALSO OPTIMISMO EN EL PERÚ

La estadística podría llevar a pensar que en el Perú existe un incentivo al falso optimismo de las partes por un particular apego por las pretensiones quiméricas y por confundir los deseos con la realidad. Pero las causas de ese falso optimismo son institucionales. A nuestro juicio, el falso optimismo del litigante peruano puede ser explicado desde muchos aspectos, pero influyen mucho dos situaciones: (i) la ausencia de predictibilidad en los fallos judiciales; y, (ii) la corrupción institucional.

A. Déficits de predictibilidad: la incertidumbre legal crónica aumenta la percepción del valor de la pretensión

El falso optimismo de cada parte al calcular el valor esperado de la pretensión existe por la imposibilidad de calcular acertadamente la

probabilidad de ganar o perder un caso en el Perú. Ante la relativa ausencia de parámetros más o menos predecibles sobre cuál sería el sentido de un fallo, su cuantificación patrimonial y extensión, la tendencia al litigio se incrementa porque los incentivos al acuerdo se reducen. La información es absolutamente central respecto a la toma de decisiones. Y en este punto un análisis funcional nos lleva a pensar cómo la imprevisibilidad legal que prevalece por períodos de tiempo largos, tiende a generar una incertidumbre prolongada entre aquellos que aplican las normas legales y quienes las deben obedecer.

Un rasgo natural de transitar por cualquier proceso judicial en países como el Perú son los grados de incertidumbre sobre su resultado final. La incertidumbre puede generarse en distintas fases y ámbitos. Dado que un conocimiento anticipado es imposible, no podemos prever cuál es la estrategia infalible para presentar los hechos y problemas del caso, cómo se propondrá los medios de prueba de unos hechos y qué relevancia será asignada a una prueba concreta. Tampoco se puede predecir la comprensión que efectuarán los tribunales de los antecedentes y hechos esenciales del problema, o en qué se basará la defensa técnica de la parte contraria, es decir, lo que podemos llamar gruesamente como cuestiones de hecho y técnicas. El análisis de probabilidades tiene un muy amplio margen de error. Pero en este punto disertamos sobre otro tipo de incertidumbre: es la inseguridad sobre cómo se selecciona, interpreta, razona y conserva el derecho aplicable al caso concreto. Cuando la incertidumbre sobre el derecho es excesiva, nos encontramos ante consecuencias indeseadas: los procesos pueden convertirse en espacios donde el azar, la casualidad o la ignorancia condicionan los resultados; el sistema en su conjunto pierde fiabilidad ante los mercados y la confianza pública; se generan espacios de alta discrecionalidad que facilitan las prácticas corruptas o arbitrarias y entorpecen los legítimos controles jurisdiccionales y funcionales. Los ciudadanos se encuentran ante un sistema judicial que no los trata con igualdad.

Este profundo problema del sistema jurídico peruano está ligado a su misma forma de funcionamiento. Si se concuerda en que la

Mario Reggiardo Saavedra
Fernando Liendo Tagle

seguridad jurídica¹⁰ resulta un objetivo del sistema legal, debemos reconsiderar algunas ideas tradicionales respecto a la veracidad de la legislación como un cuerpo autosuficiente y sin fisuras, interpretado por los esfuerzos de la dogmática, y de cómo el sistema judicial, a través de las fuentes del derecho y su aplicación práctica, genera condiciones razonables de certeza y confiabilidad.

Hans-Bernd Schäfer muestra cómo las sociedades menos desarrolladas deberían optar por sistemas legales basados en reglas con supuestos claros, simples y muy delimitados, antes que en criterios generales de interpretación. Según Schäfer, la evidencia histórica y sociológica indica que la *ratio* de capital humano en las sociedades en desarrollo es sustancialmente más baja que en las sociedades ricas. Legislar con fórmulas abiertas otorga un gran poder de discrecionalidad, que mal empleado deviene fácilmente en decisiones erróneas, arbitrarias o basadas en la corrupción. Las reglas precisas sirven de sustituto para el déficit de

competencia profesional y administrativa de los funcionarios que aplican el derecho en sociedades en desarrollo, donde los niveles educativos y éticos tienen a generar más problemas¹¹.

A nivel de derecho comparado, algunas investigaciones han confrontado el carácter de los enunciados normativos que proveen las normas generales contra las que proveen las decisiones particulares. Luego de confrontar el tipo de solución que suministran las leyes generales contra las decisiones particulares que pueden generar una específica regla de derecho, es posible encontrar más certeza en estas últimas¹². Ello es así por la propia naturaleza discursiva del derecho y la inevitable textura abierta¹³ que la ley concede cuando se desenvuelve bajo enunciados jurídicos amplios e imprecisos. Pero éste no es un descubrimiento teórico reciente. En 1956 el profesor Sereni expuso, en una obra dedicada al código napoleónico y el *common law*, la comparación entre las concepciones de norma jurídica

¹⁰ Como definición acertada de seguridad jurídica sugerimos: “La seguridad jurídica obliga al Derecho a configurarse como un espacio de certeza y confianza para los ciudadanos, más concretamente, de certeza sobre su existencia y confianza frente a ciertas formas de generarse y aplicarse que sorprendan negativamente las expectativas previamente depositadas o que pretenden depositar en el mismo. (...) La seguridad jurídica exige regularidad estructural y funcional en la estructura y aplicación de las normas jurídicas e, igualmente, ausencia de arbitrariedad en los actos de creación y aplicación de dichas normas. Aquella es, por tanto, una garantía frente a la incertidumbre, la imprevisibilidad, la arbitrariedad, la ineficacia y, en general, todo lo que hace peligrar la confianza garantizada en su vigencia y en su administración imparcial y justa”. ARCOS RAMÍREZ, Federico. “La seguridad jurídica: Una Teoría Formal”. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2000. p. 34. Vale la pena aclarar que promover la seguridad jurídica no implica adherirse necesariamente a una posición formalista y conservadora del Derecho. La seguridad jurídica no se opone al cambio en el pensamiento jurídico ni a la renovación de las investigaciones. Lo sustancial de la seguridad jurídica, a nuestro juicio, se aplica al grueso de la carga ordinaria que todo sistema legal brinda diariamente a miles de ciudadanos, respecto a lo cuál son indispensables las garantías de previsibilidad, eficacia e imparcialidad. A disputas y situaciones fundamentalmente deductivas antes que a tensiones y conflictos entre grandes principios o casos de considerable complejidad. Es una condición de funcionamiento pero no implica su estancamiento ni impide su renovación consciente. Aunque en tal punto vale reconocer el punto mostrado hace énfasis en un aspecto formal del Estado del Derecho que respeta valores como la autonomía privada, la certeza y predictibilidad, minimización de disputas y la interdicción de tratos arbitrarios. TAMANAHA, Brian Z. “On the Rule of Law: History, Politics, Theory”. Cambridge: Cambridge University Press. 2004. Citado por LOPEZ CUELLAR, Nelcy. “State Legal Pluralism: Between Conflict and Dialogue, Insights from a Colombian Case”. Thesis of Doctor in Civil Law. Montreal: McGill University. 2011. p. 193.

¹¹ SCHÄFER, Hans-Bernd. “Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más el uso de reglas?” En: *Ius et Veritas* 36. Lima. 2008. pp.16-34. También puede verse: SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. “Manual de Análisis Económico del Derecho”. Traducción de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde. Madrid: Tecnos. 1986. p. 107.

¹² MERRYMAN, Jhon Henry. “La tradición jurídica romano-canónica”. México D.F: Fondo de Cultura Económica. 1971. p. 15. ALONSO GARCIA, Enrique. “La interpretación de la Constitución”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. p.165 y siguientes. En nuestro medio han desarrollado esta idea también: DIEZ CANSECO, Luis y Enrique PASQUEL. “Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial”. En: *Revista de Economía y Derecho* 7. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2004. Parte de estos problemas están desarrollados en el libro de uno de los autores. “La incorporación del precedente vinculante en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas”. Lima: Ara Editores. 2012.

¹³ Empleamos el término acuñado por H. Hart. HART, H.L.A. “El concepto de Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990.

que subyacían en ambos sistemas. Sus conclusiones fueron: “La concepción romano-germánica de la norma no significa una previsión más fácil de la solución que corresponde a un litigio determinado. Cuanto suponga una mayor especialización de la norma jurídica se traduce en un aumento automático del papel interpretativo del juez. La formulación de la norma en términos muy generales atribuye a los jueces, a causa de su imprecisión, un poder discrecional mayor en la aplicación de la misma. Por consiguiente, la seguridad jurídica no se ve acrecida por el hecho de que la norma aplicable sea más fácil de hallar; más bien, sería lo contrario”.¹⁴

Recordemos los términos usados: una regla es un mandato normativo que distingue un comportamiento legal de uno ilegal en forma simple y clara. Un estándar es un criterio jurídico general, poco claro y ambiguo, que requiere de un complicado razonamiento judicial para su aplicación; son normas abiertas y discrecionales hasta cierto punto. Ejemplo de regla simple sería: “Prohibido manejar por la carretera a más de 100 km. por hora”. Un estándar para la misma situación sería “El conductor debe guardar cuidado razonable y prudencia en toda su conducción”. ¿Cómo difieren las consecuencias de emplear ambos enunciados? Schäfer apoya sus tesis en las contribuciones de Richard Posner¹⁵ sobre la comparación entre reglas y estándares en función de parámetros de eficiencia. Los estándares pueden tener costos iniciales más bajos de promulgación, pero tienen un mayor costo de aplicación y de obediencia que las reglas. En el ejemplo anterior, la promulgación de un estándar como “tener un cuidado razonable en todos los casos” es extremadamente fácil y no genera costo alguno. Sin embargo, la aplicación de éste estándar en la práctica, generaría un significativo costo tanto para los funcionarios públicos encargados de verificar infracciones como para los jueces que tendrían que determinar si el demandado, caso por caso, ha cumplido con el estándar¹⁶. Para el ciudadano que debe cumplir la norma, lo que debe cumplir es menos claro aún.

Para Schäfer el asunto en materia judicial es muy claro: “El sistema legal y, en particular, las sentencias en los países en desarrollo son criticados a menudo por sus innumerables defectos, que pueden reducirse al menos en parte mediante el uso de reglas en lugar de estándares”.¹⁷ Y brinda las siguientes razones para justificar la superioridad de emplear reglas sobre estándares:

- **Las reglas pueden reducir los retrasos judiciales ocasionados por decisiones complejas:** La evidencia muestra que, por ejemplo, en la India un proceso tarda quince años en concluir (desde la presentación de la demanda hasta que lo conoce la Corte Suprema). En bastantes casos la complejidad del derecho material es una razón importante de los retrasos judiciales. Si pudieran ser reducidas las complejidades sustantivas, podría tenerse base para resolver más rápido un proceso. Igualmente, no puede perderse de vista que el retraso aumenta el costo del uso del sistema judicial, e incentiva acontecimientos como soluciones por fuera del sistema (mediación privada, arbitrajes etc.), poca demanda del servicio que resulta injustificada, y lo más grave: acciones directas por mano propia.
- **Las reglas claras contribuyen a reducir la corrupción:** El uso de estándares imprecisos, que otorgan demasiado espacio para las decisiones discrecionales, genera posibilidades adicionales para el comportamiento corrupto en países donde la corrupción de los funcionarios judiciales y del gobierno es un problema. Las actuaciones pueden supervisarse más fácilmente con reglas que con un estándar que deja su definición a la interpretación del funcionario mismo. Y tales criterios de verificación de prácticas corruptas pueden aplicarse para casi todo tipo de norma y materia legal: impuestos, restricciones a la

¹⁴ SERENI, Angelo Piero. “The Code and the Case Law”. En: *The Code Napoleon and the Common Law World*. B. Schwartz (Ed.) New York: NYU Press. 1956. pp. 55-79.

¹⁵ POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York. 1998.

¹⁶ SCHÄFER, Hans-Bernd. Op. cit. p.17.

¹⁷ *Ibid.* pp. 18-19.

propiedad, regulación de bancos y mercados de valores. Un funcionario público está sujeto a una supervisión y una crítica más fácil en un sistema de reglas que en un sistema que requiere argumentos sutiles para llegar a una decisión legal. Emplear reglas claras puede aumentar la transparencia en la toma de decisiones.

- **Las reglas permiten la concentración de capital humano:** Una defensa usual para el empleo de los estándares va en el sentido de que la autoridad legislativa central carece de información para diseñar buenas reglas y que la aplicación debe ser dejada al sistema descentralizado de decisiones particulares –como la judicatura o agencias administrativas. Schäfer no niega tal hecho, pero lo sopesa en función de criterios de aprendizaje, formación y manejo de información de los sistemas descentralizados. Así, aunque es inobjetable que muchas cortes en diferentes lugares recolectan y procesan información generando un proceso de aprendizaje descentralizado, sobre cuya información se precisan algunas reglas por su uso habitual en circuitos o distritos judiciales, tal sistema podría no funcionar si los que toman las decisiones tienen poca información o poca experiencia o si no están bien capacitados para tomar decisiones complejas. En base a incompetencia técnica y nula información, el sistema tendería al caos. Tal constituye muy bien el caso de los países en desarrollo, donde es mucho más difícil obtener información precisa y donde el capital humano es mucho menos eficaz que en los países desarrollados. El proceso de aprendizaje de la judicatura en tales países podría ser muy lento. La incertidumbre legal prevalecería por períodos de tiempo demasiados largos y el resultado no sería un cambio

gradual de estándares a reglas, sino una incertidumbre prolongada entre aquellos que aplican las normas legales y quienes las deben obedecer. El procesamiento de información en tales contextos es sustancialmente más difícil que en sistemas formales¹⁸.

La tesis de Schäfer, fundada en constataciones actuales y evidencia histórica¹⁹, indica que en los sistemas de mercados iniciales, la precisión de las reglas claras que lleva a la concentración de capital humano, podría ser un sustituto de la competencia legal y administrativa de la Administración y de la judicatura. Por eso, aboga por el reemplazo de los estándares legales y su concreción en reglas. Tal proceso de transformar estándares vagos de leyes parlamentarias en reglas precisas, requiere de un capital humano intensamente tecnológico, pues necesita jueces altamente calificados a lo largo del país, que pueden manejar situaciones en las que la toma de decisiones es muy compleja. Por eso, la escasez de capital humano debería llevar a los países en desarrollo a concentrar sus expertos legales altamente capacitados en una forma más centralizada que en los países de altos ingresos y tener una proporción más grande de jueces y burócratas, que pueden tomar decisiones en base a normas simples y claras. Los países en desarrollo deberían promulgar leyes más precisas y, cuando esto no sea posible o contraproducente, las agencias que fijan estándares deberían llenar los vacíos cuando esto sea posible²⁰.

Si la tesis sometida a prueba sostiene que un sistema jurídico centralizado, que funciona en base a reglas precisas, puede hacer el mejor su trabajo y con menos capital humano, que un sistema descentralizado que emplea estándares abiertos, debemos mencionar nuestra concordancia. En el Perú existen casos documentados en torno a inconsistencia judicial incluso a nivel de Corte Suprema manifestados en dos variantes: (i) contradicción temporal que se produce cuando una misma Sala Suprema cambia de criterio, sin justificación,

¹⁸ Ibid. p. 20.

¹⁹ La argumentación de Schäfer se fundamenta también en la evidencia concluyente de que centralismo legal y el uso de normas precisas fue el ideal de legislación en muchos países europeos en la era de su desarrollo capitalista inicial. La ley de la época moderna estaba basada en normas al principio y posteriormente devino en un sistema más basado en estándares, en el cual las decisiones de largo alcance son tomadas por la administración y por los tribunales. Ibid. pp. 32-33.

²⁰ Ibid. pp. 33-34.

sobre un mismo caso; y, (ii) contradicción entre Salas, generada por ejemplo cuando la Sala Permanente y la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resuelven de forma distinta²¹. Uno de los casos donde sea más patente esta incoherencia, es en los procesos de tercerías preferentes de dominio (o simplemente “tercerías”). Se presenta ante la concurrencia de diversas personas sobre el mismo bien. Al detentar derechos distintos o posteriores sobre el mismo bien, el ordenamiento debe decidir a quién asignar el interés prevalente en tal situación de conflicto. Así, es usual el supuesto de que un acreedor embargue un bien de su deudor e inscriba tal embargo en el Registro Público, pero que exista una transferencia anterior al embargo que no esté inscrita. ¿Y cuál es la solución judicial? En la Casación 2683-2001, por ejemplo, la Corte sostuvo que una escritura pública de compraventa que sustenta la tercería de propiedad no inscrita en los Registros Públicos no puede oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo de la casa enajenada, por cuanto una escritura de venta sirve para oponer como prueba de traslación de dominio de la cosa vendida solamente al vendedor, pero de ninguna manera a terceras personas, sino está registrada oportunamente, siendo así, la citada inscripción tiene preferencia. Pero, por ejemplo, en la Casación 1892-96 se

establece que el derecho de propiedad probado con documentos de fecha cierta prevalece sobre una medida cautelar de embargo. Las Casaciones 2974-2001, 2472-2001, 3662-2001 y 2720-2002 acogen el criterio de establecer que cuando existe oposición entre el derecho propiedad y un embargo, prevalece el primero, si es de fecha anterior, aunque su derecho no haya sido inscrito y el del embargante sí; *mientras* en la Casación 2683-2001 prevalece el embargo inscrito sobre el propietario con derecho no inscrito. Soluciones totalmente diferentes a un mismo conflicto que se presentan desde hace años en la Corte Suprema de Justicia del Perú. ¿Por qué los permanentes vaivenes en el criterio, sin ninguna justificación? ¿Dónde quedó la uniformidad y la unificación de la jurisprudencia que prometía la casación? En todo caso, a nuestro juicio es claro que los costos que generan los errores judiciales constituyen daños que se genera no solo a las partes, sino a los demás miembros de la sociedad, con el hecho de que el órgano jurisdiccional no tenga una posición definida sobre un tema. Cuando los jueces fallan de diversos modos sobre un mismo hecho se generan incentivos incorrectos en los ciudadanos. Que en el Perú no haya una posición judicial uniforme sobre las pretensiones de tercería de propiedad, incentiva que muchos deudores transfieran sus inmuebles a personas

²¹ Ejemplos concretos. Hemos efectuado revisiones directas y aleatorias de Sentencias de Casación publicadas en Diario Oficial, así como estudios especializados –que proceden del propio Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial– al respecto: Casación 3147-98 declara que no es causal de contradicción del mandato ejecutivo el pago parcial de la deuda mientras la Casación 1123-2000 establece que el pago parcial de la deuda puede ser causal del mandato ejecutivo. Casación 935-99 dispone que no cabe discutir en un proceso de otorgamiento de escritura pública el cumplimiento de las obligaciones de las partes mientras la Casación 118-2000 establece que para amparar una demanda de otorgamiento de escritura pública, previamente debe establecerse en la vía correspondiente el cumplimiento de las obligaciones. Casación 3322-2000 establece que no procede el recurso de casación respecto el pago de costas y costos del proceso, pues se trata de un asunto accesorio mientras la Casación 3742-2000 declara que se incurre en vulneración de las normas que garantizan el debido proceso, al haberse condenado indebidamente al pago de costas y costos. Casación 310-2001 y Casación 1879-2002 disponen que la tercería de propiedad dirigida contra una hipoteca es manifiestamente improcedente, por ser el petitorio jurídicamente imposible mientras que la Casación 1892-99 y la Casación 2703-2001 la Corte, actuando en sede de instancia, declara infundadas las tercerías de propiedad dirigidas contra hipotecas, reconociendo de modo implícito que tales demanda de tercería pueden ser admitida a trámite (no contendrían un petitorio jurídicamente imposible) y obviamente, dentro de ésta lógica, podría ser eventualmente amparada la pretensión del tercerista. Casación 2550- 98 dispone que si el demandado en un proceso de reivindicación alega que también es el propietario su defensa es improcedente en tanto no se puede discutir el mejor derecho de propiedad en tal proceso, mientras en la Casación 1240-04 dice que sí es posible. A una pregunta tan básica como si se debe o no consignar el DNI de los representantes de las personas jurídicas para la validez de los títulos valores, la Casación 1742-2003 declara la nulidad de letras de cambio porque no consignaban el DNI del representante de la empresa, mientras en Casación 1778-2005 establece que tratándose de títulos valores en los que estén involucradas personas jurídicas, sólo es exigible que se consigne el nombre de los representantes y no su número de DNI. Ahora veamos casos de contradicción entre Salas: La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Casación 5329-2006, señala que las demandas de tercería de propiedad contra actos de constitución de hipotecas no contienen un imposible jurídico y deben ser admitidas a trámite. Sin embargo, en fecha coetánea, la Sala Civil Transitoria de la Corte en la Casación 2360-2006 señala que al pretender la actora la invalidez del contrato de hipoteca, no resulta viable que sea apreciado como una pretensión de tercería excluyente de propiedad, por tanto, el petitorio resulta jurídicamente imposible. Desde luego que éstos sólo son unos ejemplos. Consideramos que hay base para pensar que se pueden encontrar muchos más.

de confianza que no inscriben la transferencia en el registro público; pero cuando el bien es embargado por el acreedor, pretenden el levantamiento del embargo porque dichos terceros serían los nuevos propietarios. De ese modo se incentiva la cultura del “perro muerto”, lo cual implica un aumento de la tasa de morosidad, el aumento del costo de acceso al crédito (los bancos piden garantías o hasta aumentan la tasa de interés activa) y el aumento de la actividad jurisdiccional a partir de dichas demandas de tercería. Si la tendencia judicial uniforme fuese la de declarar infundadas las pretensiones ante casos como el descrito, simplemente no se plantearían esas demandas, los jueces tendrían más tiempo para dedicarse a otros procesos, así como se reduciría el costo de acceso al crédito.

Para nosotros, es más factible generar seguridad jurídica a partir de un sistema de precedentes que nutrido de una legislación general aporte reglas precisas, que a partir de un sistema de normas que contengan estándares abiertos y reglas excesivamente ambiguas, puestas a la completa discrecionalidad judicial para su aplicación. Estamos convencidos de que en el Perú resulta mucho mejor trabajar con reglas precisas dictadas por altas instancias, sobre todo cuando estamos ante asuntos problemáticos y recurrentes que deberían ser resueltos de manera uniforme. Desde luego que sopesamos algunos de los riesgos de la opción: si las decisiones de los más altos Tribunales son bastante erróneas o impracticables, el yerro se repetirá exponencialmente. Pero, y en eso no es difícil coincidir con la antigua sentencia, a veces es mejor tener una mala regla a no tener ninguna como pasa muchas veces en el Perú. Lamentablemente, ese falso optimismo permite que los abogados incentiven en sus clientes el inicio de procesos judiciales, cuando dichos conflictos deberían acabar rápido en acuerdos.

B. Precariedad y corrupción institucional

La corrupción es otro fenómeno con el que el derecho debe lidiar a diario pero respecto al cual los operadores jurídicos peruanos no decimos mucho. Una conocida ecuación propuesta por Robert Klitgaard²²

busca expresar cuáles son los factores que contribuyen a que un juez pueda llevar a cabo o ser partícipe de un acto de corrupción, es decir, cuáles serían los factores que generan el incentivo respectivo:

$$\text{Corrupción} = \text{Monopolio} + \text{Discrecionalidad} - \text{Responsabilidad}$$

Esta fórmula, según desarrolla Jorge Malem, no debe entenderse mecánicamente en el sentido de que la existencia de las condiciones es condición determinante y suficiente para la generación de corrupción, sino como el marco que incentiva fuertemente la comisión de actos de corrupción. En una apretada y un tanto esquemática síntesis²³, la fórmula se compone en:

- **Monopolio.** Relacionado con la división de poderes que atribuye competencia cuasi exclusiva al Poder Judicial para resolver en definitiva las disputas, este cuasi monopolio otorga prerrogativas y gran poder a jueces profesionales. La concentración de competencias tan amplias genera el control de la oferta de las últimas instancias de las soluciones a los conflictos. Y es precisamente tal oferta la que los actos corruptos –en distintas modalidades– cubren.
- **Discrecionalidad.** La discreción, entendida como la capacidad de tomar decisiones dentro de un abanico de posibilidades legalmente establecidas o la ausencia de parámetros legales que guíen adoptar una decisión, genera que los jueces obtengan un poder decisorio amplio basado en la delegación legislativa o características del lenguaje jurídico. Esta se acentúa en los casos de interpretación de normas vagas o ambiguas –zonas de penumbra– y puede conllevar efectos positivos (adecuada individualización de los casos, creatividad jurídica, innovación del sistema legal) como también negativos (trato diferenciado de casos sustancialmente iguales, ausencia de certeza sobre cuáles son las normas jurídicas con la consecuente

²² KLITGAARD, Robert. “Controlando la corrupción”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1994. p. 85. Citado por MALEM SEÑA, Jorge. “La corrupción en el Poder Judicial”. En: Poder, derecho y corrupción. (Carbonell, Miguel y Vásquez, Rodolfo - coordinadores). México DF: Siglo Veintiuno. 2003. p. 170.

²³ SALEM SEÑA, Jorge. Op. cit. pp. 170-183.

reducción de su eficacia y utilidad) y genera un amplio incentivo para la realización de prácticas corruptas al cuasi exonerar al funcionario de justificar las razones que motivaron su decisión o, en todo caso, dificultar casi al absoluto el control al llevar la fiscalización a aspectos conceptuales y sutiles, emitidos bajo el amplio marco de la independencia de criterio, donde, desde luego, decisiones basadas en corrupción conservan una fachada formalmente válida y aceptable.

- **Responsabilidad.** La rendición de cuentas y las eventuales sanciones ante el incumplimiento de los deberes esenciales debería formar un fuerte incentivo para la reducción de prácticas corruptas. Así, se recordará la existencia de responsabilidad civil, penal o disciplinaria de jueces para faltas en el ejercicio de su función (para actos que abarcan desde el retraso injustificado, la negligencia grave hasta delitos de cohecho). Sin embargo, un análisis realista debe considerar que poner en marcha estos controles, bajo las reglas del debido proceso, muchas veces encuentra obstáculos insuperables por las dificultades de prueba del cohecho, consecuencias negativas para el abogado y parte denunciante, la connivencia o complicidad corporativa que incidirían fuertemente en la cuasi impunidad de estas faltas y pueden conducir a la inoperancia de las responsabilidades.

La corrupción genera un costo muy serio de cualquier sistema judicial. La corrupción genera un incentivo para el incremento de la litigiosidad al afectar negativamente las posibilidades de previsión y manipular un análisis racional del conflicto²⁴. Desde luego, no pueden hacerse imputaciones sin sentencias previas. En un escenario de falta de reglas claras, el sistema es manipulable y no hay incentivos para un acuerdo razonable.

En relación al aumento de la litigiosidad, la corrupción aumenta el falso optimismo porque ambas partes creen que, a través de ella, pueden ganar el caso. Así, la corrupción generalizada de una sociedad distancia mucho más las posiciones de las partes y dificulta la conclusión de un arreglo razonable. Se trata de un elemento que influencia perniciosamente en el valor esperado de la pretensión y la percepción de las probabilidades de éxito para ambas partes. Las distintas formas de prácticas de corrupción –desde el soborno, conflicto de intereses, extorsión, favorecimientos posteriores, nepotismo, padrinazgo etcétera–, generan un incentivo a no negociar y transar bajo parámetros razonables. Tanto su existencia real como su percepción son un factor que afecta un cálculo de probabilidades en condiciones de normalidad y genera grave desorientación en las personas. En el Perú, muchos justiciables creen que pueden ganar el juicio pagando coimas. Como ambas partes suelen pensar igual, el falso optimismo de ambas se dispara, los valores esperados de la pretensión se alejan y con ello la posibilidad de llegar a acuerdos. Ambas partes creen que pueden ganar corrompiendo a los jueces.

Desde luego el efecto de la corrupción no se restringe sólo a las partes. El hecho de que se ponga en marcha el órgano judicial en casos donde se podría resolver mediante acuerdo supone un costo a todos los contribuyentes que deberán financiar en buena medida el trámite del litigio judicial. La actividad jurisdiccional que genere un costo que se puede evitar, derrocha recursos escasos. Y en un país pobre, el derroche de recursos escasos puede ser un acto inhumano. En este punto son plenamente aplicables los estudios sobre los efectos ineficientes de la corrupción en la institucionalidad pública. El tiempo y recursos públicos que absorben procesos judiciales entablados en base al falso optimismo podría ser utilizado por los órganos jurisdiccionales en resolver otros casos que las partes no estarían en condiciones de resolver o destinarlo a usos públicos más eficientes (seguridad, salud, educación, infraestructura, investigación

Mario Reggiardo Saavedra
Fernando Liendo Tagle

²⁴ Sólo a nivel de indicios se podría decir que entre los años 2007 y 2008 ingresaron más de 12,197 que comprenden quejas y denuncias contra magistrados. Ministerio Público. "Anuario Estadístico 2007-2008". Fuente: Fiscalía Suprema de Control Interno Elaborado: Gerencia de Planificación, Racionalización y Estadística. A su turno entre los años 2010 y 2011 la Oficina de Control de la Magistratura - OCMA impuso 4,710 sanciones a funcionarios judiciales (que incluyen multas, apercibimientos, suspensiones, propuestas de destitución). Fuente: <http://ocma.pj.gob.pe/default.aspx?view=estadistica&id=1>

científica etcétera). Mientras persistan las prácticas de corrupción o su percepción sea muy elevada, tendremos un elemento que distorsiona y agudiza las pretensiones maximalistas de los justiciables peruanos. Obviamente, la pretensión maximalista del demandante puede darse tanto en términos de obtener un beneficio indebido como una estimación exorbitante de lo que le corresponde, así como en el demandado al rehusar asumir una responsabilidad legal y rehuir de la misma al manipular la institucionalidad. De esta manera, la incertidumbre y litigiosidad aumentan.

IV. CONCLUSIÓN

Uno de los aspectos más importantes que sustenta nuestra hipótesis, es que el optimismo sobredimensionado que tienen ambas partes sobre el resultado de un proceso en el Perú, no permite que éstas consideren

el arreglo extrajudicial como una alternativa eficiente para satisfacer sus intereses. Los juicios se inician debido a que el demandante buscará que se le favorezca con una condena grande, mientras que el demandado tendrá la expectativa de una condena pequeña. Ambas partes buscarán hacer prevalecer sus intereses individuales, de modo tal que un arreglo no será posible.

Este falso optimismo se ve fomentado en contextos de precariedad institucionalidad donde existe alta imposibilidad de predecir el resultado del proceso por falta de un cuerpo consistente de precedentes judiciales que generen una seria vinculación, así como por las prácticas corrupción que padece el sistema. En este trabajo hemos intentado hacer una exploración inicial de algunos aspectos que deberían, a nuestro juicio, ser considerados en los intentos de reforma judicial y diseño de instituciones procesales.

MISCELÁNEAS

EL DERECHO DE SUPERFICIE

José Carlos Fernández Salas**

“No hay mentira que dure 100 años...”

Sobre el derecho de superficie se ha escrito muy poco en la literatura jurídica peruana, y prueba de ello es que poco se conoce sobre la justificación de su existencia, así como la preferencia de la aplicación de esta figura por los privados al momento de realizar las operaciones económicas que convienen.

¿De dónde proviene el derecho de superficie y por qué es importante –si en caso lo fuera– su importación? ¿Por qué recurrir al derecho de superficie y no a cualquier otro tipo de contrato que otorgue derechos sobre un bien inmueble? ¿Por qué noventa y nueve años y no cualquier otro número? El presente artículo intenta responder estas interrogantes y otras vicisitudes del derecho de superficie.

* Alumno del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** A través del presente artículo resumo el planteamiento realizado a través de una investigación mayor que constituye mi tesis de licenciatura. Por otro lado, agradezco la idea del título del artículo a Karenth, a quien también dedico todo el esfuerzo de esta investigación.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho real de superficie es una herramienta jurídica con una historia larga que se remonta hasta el Derecho Romano¹. Sin embargo, no es su historia, sino su utilidad económica la que le ha dado un valor actual como herramienta de contratación inmobiliaria. Como se explicará más adelante, el atractivo de este mecanismo es que permite al beneficiario (denominado “propietario superficiario” o, simplemente, “superficiario”) gozar de una propiedad virtual o propiedad económica sobre el inmueble, solamente limitada en el aspecto temporal. Es una *propiedad económica*, puesto que el propietario superficiario goza de todos los atributos jurídicos que un derecho de propiedad confiere sobre el inmueble. En otras palabras, se trata de un “engaño” permitido por ley, por el cual uno puede convertirse en propietario de un inmueble sin llegar a serlo en un sentido estricto. Pero no es de menor importancia el *límite temporal* de dicho engaño, puesto que la circunstancia de ser un activo temporal y en constante depreciación convierte al derecho de superficie en una herramienta de fomento de inversión y de prevención de especulación inmobiliaria. Aunado a ello, las limitaciones que presentan en nuestro sistema contratos como el arrendamiento o el usufructo y la mayor dificultad de financiamiento de una adquisición definitiva de propiedad han colocado al derecho de superficie como una herramienta de utilización diaria para la inversión en proyectos de construcción de viviendas, centros comerciales, edificios industriales, servicios públicos, infraestructura pública, yacimientos mineros, entre muchos otros usos.

A pesar de lo dicho, el problema que existe es que la realidad descrita le lleva una gran delantera al tratamiento jurídico que se le ha dado a esta institución en nuestro país. No sólo nos referimos a las escasas

normas sobre la materia en nuestro sistema (el total de las normas peruanas sobre el derecho de superficie se puede contar con los dedos de las manos), sino también al desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre el derecho de superficie que aún se pueden considerar en pañales. De ahí que en contextos donde se empiezan a discutir aspectos técnico-jurídicos de este derecho (procesos judiciales, procesos arbitrales, procedimientos registrales, informes jurídicos, elaboración de contratos, etcétera) se susciten una serie de dudas para las que las normas, la jurisprudencia y la doctrina no siempre resultan suficientes. Difícilmente encontraremos en los viejos manuales de Derechos Reales respuestas a preguntas actuales como, por ejemplo: ¿Se necesita el consentimiento del propietario para transferir la superficie? ¿El superficiario puede constituir una “subsuperficie”? ¿puede inscribirse un régimen de propiedad horizontal sobre una propiedad superficiaria? ¿Puede tener prioridad un derecho de superficie inscrito con posterioridad a una hipoteca? ¿Es posible ampliar el plazo de un derecho de superficie? ¿La extensión de la superficie puede ser mayor al terreno? ¿Puede resolverse un contrato de superficie sobre el que se inscribió una hipoteca o una medida cautelar? ¿Qué tributos gravan una operación en la que se utilice un derecho de superficie? ¿Se debe indicar la existencia de una superficie al momento de vender un predio? ¿Se pueden hacer levantamientos parciales del derecho de superficie respecto de cuotas ideales de la propiedad? ¿Puede inscribirse una superficie en un terreno del cual una parte constituye área no disponible por motivos urbanísticos? ¿Qué datos y documentos deben presentarse para inscribir un derecho de superficie sobre una parte del terreno? ¿Debe verificarse la existencia de superposiciones con el derecho de superficie? En fin, sirva esta lista como una muestra de la incertidumbre jurídica que se puede generar alrededor del

¹ Sobre el particular, señala Ramón Roca Sastre: “Primeramente el derecho de superficie tuvo carácter de derecho personal u obligacional. Después se protegió con interdictos, hasta que en el Derecho Romano postclásico [fue] considerado como un derecho real, y transmisible” (ROCA SASTRE, Ramón. “Ensayo sobre el derecho de superficie”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 392-393. Enero-Febrero 1961. pp. 7-66. En: <http://vlex.com/vid/ensayo-derecho-superficie-340826>. Del mismo modo, José Antonio Álvarez Caperochipi explica que en la primera fase del Derecho Romano, la protección del propietario superficiario era solamente personal y no guardaba los caracteres de un derecho real. Es posteriormente que se le protege a través de un interdicto de superficiebus y, más adelante, con una actio de superficie, con lo cual se configura el carácter real del derecho de superficie (ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. “Curso de derechos reales”. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas. 1987. p. 84.

derecho de superficie si es que su régimen no se conoce de manera adecuada, lo que a la larga lógicamente se traduce en mayores costos para los que invierten en inmuebles utilizando este mecanismo.

La respuesta a estas y otras preguntas que la utilización del derecho de superficie genera, puede darse a través de tres vías: (i) El desarrollo de la jurisprudencia, (ii) el desarrollo de la doctrina, y, si así fuera necesario, (iii) el desarrollo legislativo, es decir, la dación de una norma sobre la materia. La primera de las vías –la jurisprudencia– ya viene avanzando a través de resoluciones del Poder Judicial y, especialmente, en el ámbito registral por el Tribunal Registral con resoluciones que, salvo algunas excepciones, ofrecen respuestas útiles para preguntas que la legislación deja sin responder². Sin perjuicio de ello, a lo que nos avocaremos en el presente artículo es a encontrar una respuesta a los vacíos que esta institución pueda tener desde las otras dos vías, es decir, desde la interpretación doctrinal del derecho de superficie y desde la perspectiva de una eventual dación de una norma sobre la materia.

Desde la doctrina, explicaremos cómo, a pesar de la aparente escasez de normas aplicables a este instituto jurídico, la consideración de este derecho como una modalidad del derecho de propiedad y no como un derecho real autónomo –con el debido sustento normativo y dogmático– nos puede permitir reconocer que las normas aplicables al derecho de propiedad son también directamente aplicables al derecho de superficie, llenando con ello gran parte de los vacíos legislativos que sobre éste podrían existir. En segundo lugar, desde la perspectiva legislativa, nos referiremos al tratamiento jurídico que de manera más sistemática se ha dado sobre el derecho de superficie en el Derecho Comparado. Nos referimos a la Ley sobre el Derecho de Superficie promulgada como complemento del Código Civil de Alemania. Como es natural, fundamentaremos la elección de este modelo legislativo, cuyo estudio se hará en función a su propio

contexto y a las diferencias que existen entre el sistema de propiedad alemán y el nuestro. Sus aportes en torno al tratamiento de determinados aspectos del derecho de superficie, que no han sido desarrollados por la norma peruana, serán valorados en nuestro análisis.

En suma, el objetivo que queremos alcanzar en este texto es, en primer lugar, dar un primer acercamiento a una interpretación del derecho de superficie diferente a su concepción clásica que nos permita encontrar fuentes para la resolución de los diversos problemas no resueltos por nuestra legislación. En segundo lugar, tendremos como objetivo el análisis de los principales aspectos que podrían componer un eventual tratamiento legislativo del derecho de superficie que dotaría a este mecanismo de un marco jurídico menos incierto y más atractivo para los operadores jurídicos, que ya desde hace un tiempo vienen utilizando este derecho como una herramienta atractiva en el mercado inmobiliario peruano.

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE LA DOCTRINA

A. Derechos reales y modalidades de propiedad

Tradicionalmente, y en concordancia con lo que sistemáticamente se puede interpretar del Código Civil peruano de 1984, el esquema de un curso universitario de Derechos Reales se divide en función a los derechos que nombra el Libro V. En orden de aparición, se trata del derecho de posesión, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de uso y habitación, las servidumbres y el derecho de superficie. En adición a los derechos principales que hemos listado, en el mismo libro se regulan los derechos reales de garantía que son la hipoteca, la retención y la anticresis. A ellos se suman los derechos reales contenidos en otras leyes, que es el caso de la garantía mobiliaria³ y el derecho de concesión minera⁴. Dentro de este esquema, se consideran como modalidades de uno

² A medida que avancemos con el texto, iremos reseñando ciertas resoluciones del Tribunal Registral relevantes para las materias tratadas.

³ Derecho real de garantía regulado en la respectiva Ley de Garantía Mobiliaria, Ley 28677 y su reglamento aprobado por Resolución 142-2006-SUNARP-SN.

⁴ Derecho real regulado en la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM.

de los derechos reales –la propiedad– a la copropiedad y a la propiedad horizontal⁵.

Más que un asunto terminológico, la diferencia entre ser considerado como un derecho real o una modalidad de propiedad tiene una consecuencia práctica fundamental. Cada uno de los derechos reales tiene sus propias reglas y su propia configuración ya sea en el Código Civil o en su ley especial, siendo éste el contenido esencial inmodificable del derecho, por mandato del principio de tipicidad de los derechos reales⁶. Por el contrario, en el caso de las modalidades de la propiedad, al tratarse de subtipos de este derecho, les son de aplicación directa las reglas correspondientes al mismo, tanto las contenidas en el libro de Derechos Reales, como las de otros libros del Código Civil y de otros cuerpos legislativos. Ejemplo de ellas serían las normas que regulan la transmisión de la propiedad, los contratos típicos que permiten la transferencia de la misma, las normas registrales referentes a la inscripción de transferencia de dominio, las normas urbanísticas, las normas tributarias, etcétera. Sin embargo, la mayor o menor particularidad que una modalidad de propiedad tenga hace necesarias ciertas reglas específicas. Veamos dos casos en particular.

Un primer caso es el de la copropiedad. Las normas específicas a esta modalidad están contenidas en el Capítulo Quinto dentro del título destinado al derecho de propiedad dentro del Libro de Derechos Reales. Siendo así, a la copropiedad se aplican las demás normas del ordenamiento aplicables al derecho de propiedad, tal como sucede con las normas del contrato de compraventa en los casos en que una de las partes esté compuesta por un conjunto de copropietarios o las normas registrales que proporcionan

el procedimiento por el cual esta situación jurídica debe publicitarse en el registro público⁷, entre muchos otros ejemplos. No obstante, a consecuencia de determinadas particularidades que tiene el concepto de la copropiedad, en el capítulo del Código Civil correspondiente se establecen reglas específicas para la coexistencia de cuotas ideales sobre un mismo bien, el procedimiento de adopción de acuerdos, la administración del bien, los derechos y obligaciones de los copropietarios, el concepto de partición, la extinción de la copropiedad, el pacto de indivisión y la medianería como caso de copropiedad forzosa. Todas estas normas no derogan las demás aplicables al derecho de propiedad, sino solamente las complementan en razón de la específica situación de la copropiedad.

El segundo caso que nos sirve para graficar lo expuesto es el de la propiedad horizontal. La propiedad horizontal es solamente mencionada en el artículo 958 del Código Civil, norma en la que se remite su tratamiento a la legislación de la materia. La actual legislación sobre la materia está contenida en la Ley 27157 que regula, entre otras instituciones, el régimen de propiedad exclusiva y de propiedad común; norma desarrollada en su correspondiente reglamento y en ciertas directivas de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Más claramente, en este caso puede observarse cómo la transferencia y demás reglas aplicables a la propiedad sobre las secciones individuales y las secciones comunes de un condominio, se rigen por las normas generales del derecho de propiedad. No obstante, la circunstancia de que bienes, en principio integrantes como son los diferentes pisos de un edificio, tengan jurídicamente diferentes dueños, obliga al establecimiento de determinadas reglas especiales, como es

⁵ Mientras la copropiedad está regulada en el mismo Código Civil en los artículos 969 y siguientes, la propiedad horizontal está contenida en la Ley 27157 y su reglamento. Como modalidad de la propiedad también podría incluirse el caso de la multipropiedad o propiedad de tiempo compartido (time sharing), que ha sido regulada en nuestro país a través del Decreto Legislativo 706, pero cuya naturaleza es materia de debate a nivel doctrinario. Sobre el particular, puede consultarse: ROJAS ULLOA, Milushka Felicitas. "La Naturaleza Jurídica de la Multipropiedad. Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política". Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado. En: http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas_um/pdf/rojas_um.pdf.

⁶ A diferencia de la noción de libertad contractual en el Derecho de las Obligaciones, en el campo de los Derechos Reales los tipos a los que las partes pueden acceder están determinados en un numerus clausus, cuya configuración no puede ser contractualmente modificada (WESTERMANN, Harry. "Sachenrecht". Octava Edición. Traducción Libre. Heidelberg: C.F. Müller. 2011. p. 29.; y MEDER, Stephan y Andrea CZELK. "Grundwissen Sachenrecht". Segunda Edición. Traducción Libre. Tübingen: Mohr Siebeck. 2008. p. 6.

⁷ Artículo 13.d y artículo 62 que regulan la transferencia de cuotas ideales en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

el caso del establecimiento de un reglamento interno, la determinación de los derechos sobre las zonas comunes, la distribución de los gastos de mantenimiento, etcétera. Teniendo en claro este esquema, pasemos a analizar el derecho de superficie.

B. Definición clásica del derecho de superficie

El derecho real de superficie es aquél en virtud del cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Tal es la definición que establece el artículo 1030 del Código Civil peruano⁸. El punto de vista mayoritario considera a la superficie como un derecho real y no como una modalidad de la propiedad: “El derecho de superficie es, por un lado, un derecho real sobre un bien ajeno, el predio gravado, y, por otro lado, un derecho real limitado”⁹. Desde este punto de vista, este derecho real consiste en la potestad de construir sobre un terreno ajeno y la potestad de hacerse dueño de lo edificado. Al decir “dueño de lo edificado” nos estamos refiriendo a la particularidad de que aquello construido en el sobresuelo o subsuelo de dicho terreno, se tiene en “propiedad separada” del suelo, cuya titularidad se mantiene con el propietario inicial.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, el derecho de superficie se constituye como un derecho real independiente del derecho de propiedad y de cualquier otro derecho real, porque en su configuración está compuesto no sólo de un tipo de propiedad, sino de dos elementos: (i) el derecho a construir en un terreno ajeno (derecho real sobre bien ajeno), y (ii) el derecho de propiedad sobre lo construido (propiedad superficiaria)¹⁰. En ese sentido parece pronunciarse el artículo 1033 de nuestro

Código Civil, cuando señala que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido. Ello significaría que si el bien se destruye y por ello la propiedad superficiaria se pierde, el derecho de superficie permanece, porque aún el superficiario puede construir sobre el terreno y consecuentemente hacerse propietario de lo construido¹¹.

C. Críticas a la definición clásica

Las críticas al concepto clásico del derecho de superficie que vamos a señalar a continuación no son un punto de vista aislado, pues, en general, siempre ha existido en la doctrina la duda de si debía considerarse a este derecho como “un caso de propiedad dividida”¹². Es usual que el tratamiento del derecho de superficie en el ámbito de la doctrina comience por señalar las confusiones y ambigüedades de este derecho y precisar su diferencia con otras instituciones civiles¹³. Desde nuestro punto de vista, la definición clásica del derecho de superficie puede criticarse a dos niveles: A nivel dogmático y a nivel práctico.

1. Crítica a nivel dogmático

En primer lugar, consideramos que resulta dogmáticamente cuestionable realizar una dicotomía conceptual dentro del contenido del derecho de superficie si es que ello no responde a una finalidad útil. Nos explicamos. De acuerdo a la definición clásica del derecho de superficie, el segundo de los elementos –la propiedad superficiaria– no tiene mayor diferencia con el derecho de propiedad, por lo que la diferencia entre la propiedad y la superficie estaría en el *derecho a construir en terreno ajeno* que otorga este último derecho. Esta parte sería la que constituya el derecho real limitado o derecho real sobre bien ajeno¹⁴. Analicemos este concepto.

⁸ El antecedente legislativo de este derecho en nuestro país es el artículo 958 del Código Civil de 1936, que, a pesar de no delimitar completamente esta figura del derecho de usufructo, constituye el primer cuerpo de normas que recoge esta institución en nuestro país, señalando que “por acto entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante” (MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. “Los derechos reales”. Tercera Edición. Lima: Librería Studium. 1984. p. 107).

⁹ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. “Handbuch des Erbbaurechts”. Cuarta Edición. Traducción Libre. München: C.H. Beck. 2008. p. 22.

¹⁰ *Ibid.* p. 13.

¹¹ INGENSTAU, Jürgen. “Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar”. Novena Edición. Traducción Libre. Köln: Carl Heymanns. 2010. pp. 14-15.

¹² VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. *Op. cit.* p.13.

¹³ *Ibid.* pp. V y 24.

¹⁴ INGENSTAU, Jürgen. *Op. cit.* p. 11.

Este *derecho a construir en terreno ajeno* se fundamenta en que mientras no haya construcción sobre el inmueble no podría haber propiedad superficiaria, pues esta última recae sobre lo construido. Sin embargo, en esos momentos sí debería existir derecho de superficie, el cual se materializa en un derecho a realizar las obras necesarias para la construcción, aún cuando, de momento, el predio no sea más que un terreno. De ahí que se introduzca este *derecho a construir en terreno ajeno*. El momento más importante donde se hace patente este derecho es el inmediatamente posterior a que se constituya un derecho de superficie en un terreno. Desde ese momento hasta que exista una construcción, no podría decirse que hay propiedad superficiaria, pero sí podría afirmarse que hay un *derecho construir en terreno ajeno* y, consecuentemente, hay un derecho de superficie.

No obstante, bien visto el derecho de superficie, este *derecho a construir en terreno ajeno* resulta innecesario, más aún desde nuestra propia legislación nacional. Al respecto, creemos que debe hacerse una interpretación sistemática de los artículos 1030 y 1033 de nuestro Código Civil. Según el primero, el superficiario tiene derecho a tener una construcción en propiedad separada de la propiedad del suelo. Según el segundo, si no existe dicha construcción, el superficiario sigue teniendo su derecho de superficie. Por tanto, si como se aprecia en estos artículos el derecho del superficiario se mantiene con independencia de la existencia de una construcción, no queda más que concluir que el derecho del superficiario recae sobre algo diferente a la construcción, esto es, recae sobre *el sobresuelo*¹⁵. De lo que en realidad

es propietario el superficiario es de los aires o sobresuelo que están por encima del plano del predio, esto con independencia de que en dicho sobresuelo exista o no una construcción. Esta afirmación no resulta en absoluto ajena a nuestra realidad socio-económica, pues diariamente se pueden encontrar transacciones que tienen como objeto los aires de los terrenos, de las edificaciones o incluso de los condominios. El límite jurídico que en este caso se podría alegar, cual es la imposibilidad de que existan derechos singulares sobre bienes integrantes no representa un obstáculo en este caso porque justamente el derecho de superficie, por definición, permite tener en propiedad separada dos bienes que en principio eran partes integrantes el uno del otro¹⁶. De ahí que, como dijimos, resulte innecesario afirmar que el *derecho a construir en terreno ajeno* forme parte del contenido de la superficie, puesto que ese derecho ya viene implícito en el derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo: Aunque se destruya lo edificado, el superficiario puede construir en el sobresuelo por la simple razón de que tiene la propiedad sobre el sobresuelo. El derecho a edificar es parte del derecho de propiedad. Por lo demás, valga señalar que este *derecho a construir en terreno ajeno* a que se refiere el concepto clásico es una construcción puramente doctrinal y no está nombrado como tal en ninguno de los artículos del Código Civil sobre el derecho de superficie.

Quedando descartado este innecesario *derecho de construir en terreno ajeno*, la configuración del derecho de superficie se hace más simple y fácil de entender: Es un mero derecho de propiedad del sobresuelo¹⁷. La utilidad de entender este concepto de la

¹⁵ Exactamente el mismo razonamiento es aplicable de tratarse de un derecho de superficie que sólo se limite al subsuelo o que se extienda tanto al sobresuelo como al subsuelo.

¹⁶ Este principio está recogido en el artículo 887 del Código Civil, el cual señala, un tanto anacrónicamente, que las partes integrantes son aquellas que no pueden ser separadas sin destruir, deteriorar o alterar el bien. En ese sentido, en principio, la construcción que exista encima o por debajo del suelo de un predio es típicamente una parte integrante del bien. Más aún, el propio Código Civil regula expresamente, en su artículo 938, la regla de la accesión, como un modo originario de adquisición de la propiedad, según el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él. Por tal razón, la construcción sobre un terreno tiene como automática consecuencia que ambas pasen a formar parte de un mismo bien. Resultado de ello, este compuesto de terreno y edificación, constituye un solo y único bien, el cual solamente podrá ser objeto de derechos como conjunto, y no a través de su desmembración en derechos singulares sobre cada parte. Sin embargo, el derecho de superficie constituye una excepción a la referida regla. Cuando se constituye el derecho de superficie, automáticamente se constituye un derecho singular de propiedad sobre la construcción a favor del propietario superficiario. Dicho de otra manera, cuando el propietario superficiario realiza las construcciones a que se refiere el Código Civil, no opera la accesión, ya que éstas no pasan inmediatamente a ser de propiedad del dueño del suelo.

¹⁷ Una vez más, definición que se aplica al caso de una superficie del sobresuelo, del subsuelo o de ambos en conjunto.

manera dicha es que ya no tenemos derecho real que necesite una regulación especial que, como vimos, la tendría de manera insuficiente en nuestro sistema legal. Lo que tendríamos sería un derecho de propiedad en una modalidad particular al que serían de aplicación todas las normas del ordenamiento referidas a la propiedad supliendo muchos de los vacíos que en un principio parecía tener el derecho de superficie. Veamos cómo se materializaría nuestra propuesta.

¿Cuál es el proceder de un abogado cuando se le solicita elaborar un “contrato de superficie”? La simplicidad del concepto de superficie propuesto nos permite resolver un primer problema fundamental, cual es la determinación del negocio jurídico por el cual se constituye o se transfiere un derecho de superficie. En la actualidad, al considerar que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, el contrato de constitución del mismo resulta ser un contrato atípico, pues no tendría regulación alguna en nuestro sistema¹⁸. Entonces, la elaboración de un contrato de superficie comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que éste debe contener y de la complejidad de la operación que se busca regular. Esto motiva que usualmente se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, lo que puede resultar problemático y muy peligroso por tratarse de un contrato de naturaleza completamente diferente (contrato obligacional y de duración).

Por el contrario, la elaboración de un “contrato de superficie” se facilita sobremanera si es que se entiende que este derecho no es más que una modalidad de la propiedad: No se trata más que de una compraventa de inmueble. En ese sentido, ya sea al momento de constituir el derecho como al momento de transferir uno ya constituido, lo único que se está produciendo es una transferencia de un derecho de propiedad del sobresuelo, del subsuelo o de ambos. La transferencia de propiedad por contrato sí está tipificada en nuestro Código Civil en las normas de compraventa, las que regularán todos los aspectos del contrato de superficie de manera

supletoria, evitando los costos de transacción que implica diseñar un contrato de superficie desde cero. Ello no obsta a que las partes agreguen los pactos que ellos consideren necesarios por las particularidades del negocio que se quiera realizar y por la circunstancia particular de que se trata de un derecho de propiedad temporal, que en algún momento regresará al propietario inicial.

En ese sentido, serán de aplicación directa al contrato de superficie las normas de compraventa que no se contradigan con la naturaleza del bien vendido (el sobresuelo, el subsuelo o ambos). Según nuestro análisis, más allá de la correspondiente configuración particular que hagan las partes, serían de aplicación al contrato de superficie los artículos 1529, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1543, 1544, 1546, 1549, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 1556, 1557, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563, 1565, 1567, 1568, 1571, 1572, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582 del contrato típico de compraventa. Por nombrar algunos aspectos, entre estos artículos se encuentra la regulación de las obligaciones principales del contrato, las disposiciones sobre el bien vendido, sobre el precio, sobre la transferencia del riesgo, etcétera, excluyéndose solamente las normas de compraventa que se refieran a transferencia de bienes muebles y otras normas incompatibles con la naturaleza del bien vendido. Naturalmente la temporalidad del derecho de propiedad superficiaria amerita ciertas reglas específicas que las partes tendrán que pactar, por ejemplo, en relación al derecho de reversión que tiene el propietario del predio una vez finalizado el plazo de la superficie. Este mismo ejercicio puede realizarse con cualquier otro contrato referido a la propiedad de un inmueble así como con las demás normas que tratan este derecho ya sea que se encuentren en el Código Civil o en otros campos de nuestro sistema jurídico.

2. Crítica a nivel práctico

Lo segunda crítica que se puede realizar del concepto clásico del derecho de superficie

¹⁸ Entendemos por contrato atípico aquel cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que el contrato de superficie pueda en los hechos tener lo que se denomina una “tipicidad social”, es decir un conjunto de prácticas comerciales cuya reiteración ha creado una realidad socioeconómica todavía no recogida legislativamente por el Derecho (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda Edición. Tomo I. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 154.

es desde un punto de vista práctico y/o económico. Como lo mencionamos al inicio del texto, el superficiario no es más ni menos que un *propietario económico* del inmueble. Aún en el caso de que la superficie se extienda solamente al sobresuelo o al subsuelo, pero especialmente en el caso en que ésta se extienda a ambos, en la realidad el propietario del predio cede de manera total su propiedad sobre el inmueble, salvo el único límite en el aspecto temporal. Ciertamente es que según el concepto del derecho de superficie el propietario del predio conserva el derecho de propiedad sobre el suelo. Sin embargo, para efectos prácticos este derecho no sirve para ningún propósito porque la propiedad sobre la membrana que físicamente separa el sobresuelo del subsuelo en la realidad no tiene ninguna utilidad económica y es imposible de ser aprovechada sin ocupar físicamente el sobresuelo o el subsuelo.

Sin embargo, no por ello deja de ser atractivo otorgar el derecho de superficie para el propietario del suelo, puesto que, desde su perspectiva, él pasa a ser un mero rentista con un ingreso periódico para el cual no necesita realizar ninguna inversión, ingreso que será mayor al de un arrendamiento o usufructo por tratarse de un derecho más completo (propiedad temporal) y con la perspectiva de hacerse propietario de lo construido una vez termine el plazo de la superficie. “El canon superficiario equivale para él [el propietario del predio] económicamente a un precio de una compraventa en forma de renta, siendo que en este caso él [el propietario del predio], a diferencia de una compraventa, mantiene la propiedad del bien”¹⁹. Adicionalmente, mantiene el derecho de disponer su derecho de propiedad, ya sea a través de la transferencia o a través del gravamen, naturalmente según la valorización que un tercero pueda hacer sobre un predio en el que recae un derecho de superficie vigente.

La doctrina también así lo da a entender cuando se señala al derecho de superficie como un derecho “económicamente similar a la propiedad”, como un “derecho igual a la propiedad” o se habla de la “naturaleza predial del derecho de superficie” o de la existencia

de un “predio jurídico” o de un “fundo jurídico”²⁰. El superficiario es un propietario económico del inmueble porque tiene pleno dominio sobre él. Por lo demás, no debe olvidarse que esta propiedad económica del superficiario tiene la característica particular de ser una propiedad temporal.

La característica de la temporalidad es un elemento fundamental para el diseño de esta herramienta, puesto que al tratarse de una propiedad temporal, el superficiario tiene la urgencia de explotar de la manera más eficiente la construcción que vaya a realizar sobre el inmueble, lo que implica una adecuada inversión de capital y la realización de una actividad productiva que tiene como base la construcción de un edificio, ya sea este un edificio de departamentos, de oficinas, de locales comerciales, un local industrial, un hospital, un cementerio, un estacionamiento, etcétera. Con ello, especialmente en un contexto de subida de precios de los inmuebles, se facilita una alternativa más atractiva a la mera tenencia de los inmuebles con fines especulativos. En otras palabras, de no haber los mecanismos atractivos para la inversión de capital en un proyecto inmobiliario, naturalmente será más fácil adquirir o mantener la propiedad de los inmuebles con la expectativa de que el mero paso del tiempo haga que su precio se incremente y se obtenga un beneficio sin haber realizado ninguna inversión en producción. De ahí que resulte fundamental otorgar un marco jurídico de certeza respecto al derecho de superficie a todo aquél que tenga la intención de invertir en el mercado inmobiliario valiéndose de esta herramienta.

Esta situación de propiedad ya se reconoce, de alguna manera, al nivel del Derecho Registral con la disposición de que deba abrirse una partida registral especial para el derecho de superficie. El artículo 108 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios detalla que cuando se constituye la superficie se crea una partida registral especial para dicho efecto, a diferencia de lo que sucede con otras cargas y gravámenes como el usufructo, la servidumbre o el embargo, que se limitan a una anotación en el rubro de

¹⁹ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. Op. cit. p. 17.

²⁰ Ibid. p. 22.

cargas y gravámenes del inmueble²¹. Al ser un propietario absoluto, el superficiario necesita también tener la posibilidad de publicitar aquellos actos de dominio que realice sobre su bien inmueble.

D. Definición propia del derecho de superficie

De lo expuesto, en resumidas cuentas, desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie se define como *una modalidad del derecho de propiedad por la cual se tiene la propiedad del sobresuelo, del subsuelo o de ambos de forma separada de la propiedad del suelo por un periodo máximo de 99 años*. De esta definición pueden extraerse tres puntos clave que detallamos a continuación.

1. Modalidad de Propiedad

El derecho de propiedad es el género próximo del derecho de superficie. A diferencia de derechos reales autónomos como el usufructo, el uso, las servidumbres o los derechos reales de garantía en los que solamente se detentan algunos de los poderes inherentes a la propiedad, con el derecho de superficie el propietario superficiario puede ejercer un derecho absoluto sobre el sobresuelo, el subsuelo o ambos, según se haya constituido el derecho de superficie. Tan es así que no sólo tiene la posibilidad de usarlo de acuerdo a su destino común o de beneficiarse con los frutos naturales, industriales y/o civiles del bien, sino que además puede realizar modificaciones sustanciales al mismo, puede enajenarlo, gravarlo, e incluso puede destruirlo, sin que con ello se desnaturalice su derecho de superficie.

2. Separación

En virtud del derecho de superficie se hace una excepción a la regla de que no pueden existir derechos singulares sobre partes integrantes. Es cierto que a efectos prácticos, un propietario superficiario de sobresuelo

y subsuelo excluiría de cualquier disfrute directo del bien al propietario del suelo. Sin embargo, la característica de la separación no tiene su valor en la posibilidad de que el propietario superficiario utilice el sobresuelo y el propietario del predio utilice el suelo, pues ya vimos que ello es físicamente imposible. Lo que permite la separación es dejar atrás en el caso de la superficie la concepción individualista de la propiedad, distinguiendo la propiedad económica (productora) de la propiedad jurídica (rentista), con la finalidad de fomentar una explotación más eficiente del inmueble.

3. Temporalidad

El plazo máximo de 99 años cumple con la finalidad de fomentar la explotación del inmueble por parte del superficiario, quien buscará beneficiarse con los réditos que obtenga de la diferencia entre los resultados de la actividad realizada en el inmueble y lo pagado como canon superficiario. Esta característica de temporalidad también evita la perpetuidad de una separación de la propiedad como ocurría con derechos limitados perpetuos y, al mismo tiempo, combate la posibilidad de que se utilice el inmueble con fines de especulación. Sin embargo, los 99 años como tope máximo abren la posibilidad de utilización de este derecho para cualquier finalidad aún cuando los resultados se proyecten a largo plazo, para lo que se hace necesario una regulación precisa de las relaciones entre el superficiario y el propietario del suelo durante la vigencia del plazo.

III. EL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE LAS NORMAS

Primeramente, al abordar esta materia desde el punto de vista de la legislación, nos referiremos al Código Civil peruano, para luego ocuparnos de los aportes que puede prestar el estudio comparado del derecho de superficie.

²¹ En dicha partida especial debe precisarse la partida registral sobre la que recae el derecho, la indicación de si la superficie se concede sobre o bajo la superficie del suelo o sobre ambos, el plazo de duración de la superficie, la circunstancia de si se constituyó a título gratuito u oneroso, el nombre del titular del derecho, es decir, del propietario superficiario y el traslado de cargas y gravámenes registrados antes de la inscripción del derecho de superficie, para respetar el principio de prioridad temporal en la inscripción. Adicionalmente, se extiende una anotación de correlación en la partida registral del inmueble sobre el que se ha constituido la superficie en la que también se incluyen los datos a los que ya nos hemos referido (artículo 109 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios).

A. El derecho de superficie en Perú

En el Código Civil peruano, a diferencia de lo sucedido con otros derechos reales como el usufructo²², se hace una parca regulación del derecho de superficie a través de solamente cinco artículos²³:

- Artículo 1030: Definición, plazo máximo, derecho de reversión, derecho de reembolso.
- Artículo 1031: Formas de constitución, transmisibilidad.
- Artículo 1032: Extensión a partes del suelo no necesarias para la construcción.
- Artículo 1033: Continuidad en caso de destrucción de lo edificado.
- Artículo 1034: Extinción del derecho de terceros otorgados por el superficiario.

De manera complementaria, tenemos las normas en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios a las que nos hemos referido previamente:

- Artículo 108: Inscripción del derecho de superficie
- Artículo 109: Anotación de correlación entre las partidas²⁴.

No obstante, la complejidad de las operaciones que se suelen sustentar en derechos de superficie demuestra la insuficiencia de esta regulación y la consiguiente necesidad de regular al milímetro a través de las cláusulas del contrato la relación entre el propietario del predio y el superficiario. Hasta el momento, para la solución del mencionado problema hemos planteado la posibilidad de recurrir de manera directa a las normas aplicables al derecho de propiedad, en razón de tratarse la superficie de una *modalidad* de este derecho. Sin embargo, las otras dos características del derecho de superficie, es decir, la *separación* y la *temporalidad*, obligan a establecer ciertas

reglas específicas que delimiten ciertos aspectos especialmente en lo relativo a las consecuencias de la separación jurídica entre el suelo y el sobresuelo, y las relaciones entre el propietario y el superficiario durante el periodo en que dura la superficie. Así se ha hecho ya en el caso de otras modalidades de propiedad con los artículos sobre copropiedad en el Código Civil y la entera legislación de propiedad horizontal. Así se ha hecho ya, además, en otros sistemas jurídicos específicamente respecto al derecho de superficie de los cuales es posible recoger algunas nociones para conciliarlas con la utilidad que este derecho puede tener en nuestro país. El caso al que nos referiremos es la Ley sobre el Derecho de Superficie del Derecho alemán.

B. El derecho de superficie en Alemania

La época de la codificación en Europa coincidió con una tendencia de los juristas a la aversión respecto de la perniciosa propiedad de “manos muertas” propia de la historia de acumulación de propiedades en manos de la Iglesia y la Nobleza. En esa línea, como consecuencia de la preponderancia de la concepción individualista del derecho de propiedad, en los códigos civiles principales quedaron rezagados derechos reales que constituían limitaciones demasiado gravosas para el propietario, más aún cuando éstos se prolongaban por un periodo de tiempo muy largo. De ahí que la insuficiente regulación del derecho de superficie a la que hemos hecho referencia deba entenderse en su contexto, en relación a los antecedentes que los autores de nuestro propio Código Civil tuvieron.

En Italia, el Libro Tercero “de la Propiedad” del *Codice Civile* trata el derecho de superficie con la misma cantidad de artículos que nuestro Código Civil, específicamente entre los artículos 952 y 956. En España, el derecho

²² El usufructo es regulado en nuestro Código Civil en 27 artículos.

²³ Por lo demás, cabe resaltar que la escasa regulación proviene desde el Código Civil de 1936: “El Código Civil de 1936 no le dio la necesaria importancia jurídica al derecho de superficie, le llegó a asignar un tratamiento legislativo ineficaz y confuso al involucrarlo dentro del título de usufructo, en abierta imperinencia como lo demuestran los numerales 958 y 959 del citado Código. En el actual Código Civil (artículos 1030 a 1034), se halla ubicado en el Título V del Libro V, Derechos Reales, aún con muchas deficiencias, pero con la autonomía necesaria” (GONZALEZ LINARES, Nerio. “Derecho civil patrimonial. Derechos reales”. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 635.

²⁴ Valga señalar en este punto que, al tener debida publicidad registral el derecho de superficie, no resulta necesario que el vendedor de un predio sobre el cual se constituyó este derecho ponga en conocimiento de su comprador la existencia de una superficie, como bien lo resolvió el Tribunal Registral en la Resolución 575-2012.

de superficie se trata de manera desordenada entre la legislación urbanística y la registral, específicamente en los artículos 40 y 41 del actual texto de la Ley de Suelo y en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. En Alemania, empero, es donde se ha llegado más lejos en términos de sistematicidad y amplitud al tratar el derecho de superficie y, lo que resulta más importante, en un contexto que resulta sorprendentemente similar al que rodea nuestra propia legislación sobre este derecho.

El Código Civil alemán (“BGB” por la abreviatura del término alemán “Bürgerliches Gesetzbuch”), que entró en vigor el año 1900, es fruto de una búsqueda de unificación que se produjo en el territorio alemán en la segunda parte del siglo XIX tras alcanzar predominio Prusia sobre Austria en la influencia de lo que antes había sido el territorio del Sacro Imperio Romano Germánico. El antiguo Sacro Imperio Romano Germánico había sobrevivido precariamente por siglos hasta la llegada de Napoleón I, pero en su territorio la dispersión legislativa era tal que, bien entrado el siglo XIX, ciertas zonas se regían por el Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austríaco, otros territorios prusianos como Westfalia por el Preußisches Allgemeines Landrecht, en la provincia del Rin, Alsacia y Lorena se aplicaba el Código Napoleón, en Baden se aplicaba el Badisches Landrecht, etcétera²⁵. Éste fue el contexto en el que se promovió la elaboración de un Código Civil recogiendo todo el desarrollo de la Pandectística y de la Escuela Histórica del Derecho, todo con el objetivo de asentar el concepto de nación en el territorio que ahora conocemos como Alemania.

El Código alemán tiene ciertas particularidades como es el caso de su dogmatismo y tecnicismo que, si bien permitió tener un cuerpo legislativo sistemáticamente estructurado, dificulta su comprensión por parte de quienes realizan una lectura inicial o superficial²⁶. Sin embargo, también el Código alemán recogió ciertas ideas provenientes

de la revolución liberal que se trajo abajo la sociedad estamentaria a finales del siglo XVIII. Una de ellas es justamente la de la concepción individualista del derecho de propiedad. “A través del desarrollo del derecho provocado por la revolución francesa se impuso en el siglo XIX la noción individualista de la propiedad”²⁷. Este es el contexto que permite entender, tanto en Alemania como en nuestro país, las razones de la marginación legislativa de una figura que busca la separación de la propiedad como es el derecho de superficie. Lo cierto es que, al tratarse el derecho de superficie de una limitación tremenda al propietario del suelo, constituía un “cuerpo extraño” dentro del sistema de propiedad del nuevo Derecho Alemán y “recibió por ello entre los §§ 1012 a 1017 BGB solo una muy incompleta regulación”²⁸. En dichos parágrafos se regulaba²⁹:

- § 1012: Definición del derecho de superficie.
- § 1013: Extensión a una parte del terreno no necesaria para la construcción.
- § 1014: Prohibición de la limitación a una parte de un edificio.
- § 1015: Formalidad para la constitución del derecho.
- § 1016: No extinción en caso de destrucción de la construcción.
- § 1017: Aplicación de las normas sobre predios a la superficie.

Tal como se ha explicado para el caso peruano, esta menuda regulación del derecho de superficie en el Derecho alemán tuvo como consecuencia el desuso de esta herramienta por parte de los ciudadanos alemanes, más aún cuando el Código alemán ofrecía mayores opciones en comparación a las que ofrece, aún hoy, nuestro sistema en cuestión de contratos temporales ya sean éstos con efectos obligacionales o reales. En palabras que serían directamente aplicables al caso peruano, se señala que “debido a la incompleta regulación del BGB (§§ 1012–1017) se originó un sinnúmero de disputas jurídicas, lo que es

²⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. “An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law)”. Traducción Libre. En: EBKE, Werner y Matthew FINKIN. “Introduction to German Law”. Londres: C.H. Beck. 1996. p. 3.

²⁶ *Ibíd.* p. 9.

²⁷ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. *Op. cit.* p. 14.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Traducción Libre.

más, en asuntos importantes [del derecho de superficie]³⁰. Justamente por este motivo es que, una década después de la entrada en vigor del Código alemán, se promovió la reforma del marco jurídico de este derecho, con el objetivo de “crear un marco jurídico de estabilidad” para la superficie³¹. Las reformas legislativas en torno al derecho de superficie no fueron más que una parte de una reforma socio-económica mayor que se denomina la “Bodenreformer” (Reforma del Suelo).

El problema social en este contexto de los años posteriores a la primera guerra mundial fue el acceso a la vivienda. Para este objetivo el derecho de superficie servía como un instrumento muy atractivo, puesto que permitiría acceder a un derecho de propiedad sobre una vivienda con un costo total menor al que significaría la adquisición definitiva de la propiedad. “La Reforma del Suelo en Alemania (...) entonces tenía como objetivo por medio del vagamente utilizado instituto del derecho de superficie, luchar contra la especulación del suelo y ensanchar a su vez la posibilidad de la población de adquirir una vivienda propia”³². El problema de la temporalidad del derecho no resultaba tal, debido a que al extenderse –de manera similar al caso peruano– por un plazo de 99 años, se excluía cualquier necesidad de renovar el contrato por el tiempo de vida de una persona, excluyéndose solamente la posibilidad de heredar una propiedad a los descendientes, quienes, para esto, ya se habrían hecho seguramente de un patrimonio propio. “La limitación temporal juega apenas un rol para el superficiario debido a la, por regla, larga duración (99 años), por lo que para él el derecho de superficie cumple en la práctica el mismo servicio que un predio adquirido a través de una compraventa”³³. Ello, sumado a las facilidades de financiamiento alrededor de la hipoteca del derecho de superficie, convertía a este derecho en una atractiva herramienta para combatir la especulación inmobiliaria para efectos de la “Bodenreformer”.

Sin embargo, para llegar a ser atractivo, a este derecho no le bastaba la sucinta regulación que contenía el Código alemán en sus 6

parágrafos, de modo que se decidió extraer el derecho de superficie de este cuerpo de normas y trabajar una norma específica que amplíe los alcances de este derecho y rellene todos los vacíos y la inseguridad jurídica que tenía previamente. De esta manera, se promulgó el 15 de enero de 1919 la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsverordnung*), la misma que entró en vigencia el 22 de enero del mismo año. Salvo algunas modificaciones de menor importancia, esta norma se mantiene vigente hasta hoy, habiendo sido en el año 2007 aclarada y confirmada su naturaleza, pasando de ser una ordenanza a ser una Ley sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsgesetz*)³⁴. Por razones de espacio nos limitamos a hacer una breve referencia de su contenido:

- Concepto y contenido (§§ 1-13): Se refiere al contenido legal y al contenido contractual del derecho, al canon o contraprestación, al rango, a la aplicación de las normas sobre predios y a la edificación como parte del derecho de superficie.
- Normas Registrales (§§ 14-17): Se refiere, entre otros aspectos, a la creación de una partida especial para el derecho, las materias que deben inscribirse en dicha partida y la relación entre ésta y la partida del predio.
- Financiamiento (§§ 18-22): Se refiere, entre otros aspectos, al financiamiento de la construcción del edificio a través de la hipoteca y las diferentes variantes que presenta el sistema alemán respecto a esta garantía.
- Seguros y Ejecución (§§ 23-25): Se refiere a la contratación de seguros referentes a la edificación y a la ejecución forzosa tanto de la edificación como del suelo.
- Término (§§ 26-34): Se refiere a los diferentes aspectos que conciernen el momento de finalización del plazo del derecho de superficie como es la

³⁰ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. Op. cit. p. 16.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibid.* p.14.

³³ *Ibid.* p.17.

³⁴ *Ibid.* p.14.

renovación, el derecho de reversión y el estado de la construcción, así como el caso de la finalización por resolución.

Sin llegar a ser excepcionales, los resultados de la reforma legislativa del derecho de superficie fueron positivos, incluso en relación al número de casos de propiedad horizontal, especialmente en el tiempo posterior a la segunda guerra mundial, como se desprende de los datos sobre los derechos de superficie constituidos en los *Länder* alemanes Bayern y Hessen: “Existían según las investigaciones realizadas en los Registros Públicos de los Ministerios de Justicia de Bayern y Hessen (1970) en total la siguiente cantidad de derechos de superficie: En Bayern 39278, en Hessen 19556 (...)”³⁵. En adición a ello, también han sido ámbitos de aplicación del derecho de superficie las propiedades del Estado, de las Municipalidades y de Instituciones Religiosas, así como las construcciones comerciales e industriales³⁶. No obstante, en el contexto alemán, el derecho de superficie para fines de vivienda aún se enfrenta a un tradicional y no necesariamente fundamentado deseo de los particulares de tener la seguridad de contar con un derecho de propiedad en el sentido más estricto. A pesar de ello, aún hoy se pueden observar ofertas de viviendas a través del derecho de superficie por parte de empresas inmobiliarias alemanas, las cuales se preocupan por explicar los atractivos de la figura, entre los cuales resalta el beneficio económico: en la comparación de un derecho de superficie pagado mensualmente con la adquisición de propiedad mediante una hipoteca pagada también mensualmente, el costo del derecho de superficie resulta siendo alrededor de la mitad respecto al derecho de propiedad, a pesar de que otorga iguales posibilidades al propietario superficiario en el periodo prolongado en que se puede constituir³⁷.

C. Aportes de las normas en Alemania para una eventual norma en Perú

En lo que nos concierne, resulta útil tomar conocimiento de esta experiencia por las alternativas que nos permite plantear

respecto al derecho de superficie en nuestro país. A diferencia del caso alemán, el impulso en la utilización de este derecho no lo ha dado una reforma legislativa sino el propio mercado. Y, si bien el derecho de superficie también puede ser útil para fines de vivienda, en nuestro país éste no necesariamente se toparía con la concepción individualista que tiene un propietario de a pie, justamente porque quienes normalmente hacen uso de este mecanismo no son ciudadanos que buscan una vivienda, sino empresas que diseñan su inversión en función a un periodo específico de explotación de un inmueble y que no tienen una necesidad de adquirir definitivamente un patrimonio heredable como sí lo podría tener una persona natural. Desde ese punto de vista, una regulación del derecho de superficie más que fomentar su utilización, buscaría poner a la par el marco jurídico de un fenómeno que ya se presenta en la sociedad.

Naturalmente, al tener finalidades relativamente distintas, en una eventual regulación del derecho de superficie en nuestro país, no podrían utilizarse normas idénticas al caso alemán. Para ello es útil el conocimiento del contexto que rodea a la Ley sobre el derecho de superficie, como del sistema de propiedad en el que ella se enmarca. En esa línea, a continuación recogeremos de la experiencia alemana algunos aspectos que consideramos de utilidad en una eventual regulación de este derecho en nuestro país.

1. Normas sobre propiedad

Ya sea que se asuma la tesis de que la superficie es una modalidad de la propiedad o no, resultaría conveniente incluir como en la Ley sobre el Derecho de Superficie la referencia expresa a que las normas sobre propiedad contenidas en el Código Civil son de aplicación directa a la propiedad superficiaria, en cuanto éstas no se opongan a las particularidades de este tipo de propiedad. Con ello se lograría zanjar la discusión acerca de si estas normas son de aplicación directa o si lo son por analogía e incluso si son aplicables por analogía las normas sobre el derecho de

³⁵ *Ibíd.* p. 18.

³⁶ *Ibíd.* p. 19.

³⁷ BAUMARKT. “Erbbaurecht - wie funktioniert das?”. Traducción Libre. En: <http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das>.

usufructo por ser también un “derecho real menor”³⁸.

2. Normas sobre rango y preferencia

Tanto en el sistema alemán como en el peruano, el derecho de superficie es, respecto al predio, una carga, por lo que es necesario establecer su relación respecto a los demás derechos, cargas y gravámenes constituidos con anterioridad o con posterioridad en el inmueble. Si bien las normas generales ya lo establecen así (artículo 2022 del Código Civil peruano), sería necesario solucionar un debate común que es el conflicto entre una hipoteca y un derecho de superficie posteriormente inscrito, situación a la que

tendría que aplicarse el principio de prioridad temporal en la inscripción registral³⁹.

3. Normas sobre su constitución y transferencia

Si bien ya existe el artículo 1031 del Código Civil peruano, sería conveniente establecer que las normas aplicables a la transferencia de bienes inmuebles, a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, a fe pública registral⁴⁰, etcétera, son también de directa aplicación al derecho de superficie. Del mismo modo, resultaría conveniente aclarar la posibilidad de adquirir de forma originaria un derecho de superficie, específicamente mediante la prescripción adquisitiva⁴¹.

³⁸ Un ejemplo de las demás normas sobre el derecho de propiedad que son de aplicación directa a la superficie son las normas urbanísticas, por lo que la extensión del predio sobre el que se constituye el derecho de superficie debe también respetar los espacios no disponibles dichas normas, como lo ha resuelto el Tribunal Registral en la Resolución 2415-2011. Lo mismo sucede sobre la extensión de la superficie, al tomar en cuenta que la propiedad superficiaria recae sobre un inmueble como es el sobresuelo (y/o el subsuelo), por lo que nada impide que, si se tiene el consentimiento de los respectivos propietarios, la extensión de un derecho de superficie exceda la de los predios sobre los cuales recae, siempre que se realice la acumulación correspondiente de partidas especiales. Esta problemática la recoge también el Tribunal Registral en la Resolución 478-2010.

Por otro lado, en relación a algunas de las preguntas planteadas en la primera parte del texto, consideramos que estas pueden resolverse a la luz de este mismo criterio en el sentido de que un propietario superficiario tiene todo el derecho a establecer un régimen de propiedad horizontal sobre su inmueble, así como también tiene el derecho a conceder una “subsuperficie” si es que, por ejemplo, cuenta con el sobresuelo y el subsuelo y quisiera dar alguno de ellos en propiedad a un “subsuperficiario”.

Respecto al aspecto tributario, en relación al impuesto a la renta, el pago que el propietario superficiario realice por su derecho constituiría un gasto deducible en la medida que cumpla con el requisito de causalidad, esto es, que contribuya con su fuente generadora de renta como sería en este caso el negocio a través del cual se vaya a explotar económicamente el bien. Asimismo, el propietario del terreno tendría un ingreso que sería gravable como renta de primera categoría según el artículo 23 de la Ley del Impuesto a la Renta, en tanto podría considerarse como una cesión de un derecho sobre un inmueble. Ahora bien, es importante mencionar que la circunstancia de que la superficie conceda al fin y al cabo un derecho de propiedad, también puede motivar la interpretación de que en este caso se da un supuesto de ganancia de capital. En cuanto al Impuesto General a las Ventas, corresponde citar el literal a) del artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, según el cual están inafectos al impuesto las cesiones de uso de inmuebles, siempre que el ingreso constituya renta de primera o de segunda categorías gravadas con el Impuesto a la Renta. Conviene señalar que paralelamente se tendría que analizar las implicancias en el Impuesto General a las Ventas de la construcción a realizarse sobre el inmueble dado en superficie, los servicios contratados para la realización de la obra y, por último, la transferencia del propietario superficiario al propietario del terreno una vez vencido el plazo de vigencia de la superficie. Por el lado del Impuesto de Alcabala, su tasa de 3% sobre el valor de transferencia podría ser aplicable a la operación de constitución de superficie, si es que se entiende que por ella se produce la transferencia de un bien inmueble a favor del propietario superficiario. Finalmente, el Impuesto Predial corresponde al propietario de los terrenos y también de las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de los predios. En ese sentido, al estar estas dos partes del predio bajo la titularidad de dos propietarios diferentes, existe la posibilidad que tanto el dueño del terreno como el propietario superficiario estén obligados a pagar el impuesto predial por la parte del inmueble que le corresponde a cada uno.

³⁹ En esa línea, un derecho de superficie inscrito con posterioridad a una hipoteca también inscrita se verá preterido por ésta en razón de la prioridad registral, salvo que el titular de la hipoteca haya prestado su consentimiento a la cesión del rango preferencial a la hipoteca y esta cesión se haya publicitado en el registro, asunto que fue tratado parcialmente por el Tribunal Registral en las Resoluciones 01-2012 y 641-2011.

⁴⁰ Por esta razón, la adquisición del derecho de superficie también se protege por su inscripción en el registro aún cuando posteriormente exista una discusión sobre la legitimidad del propietario o copropietario que otorgó el derecho, materia que resolvió el Tribunal Registral en la Resolución 575-2012.

⁴¹ Sobre el particular consideramos que, si bien aquel que posee un inmueble como superficiario también expresa la apariencia de propietario absoluto y le convendría más adquirir la propiedad absoluta y no sólo la propiedad superficiaria, el hecho de contar con un título que permita aplicar la prescripción adquisitiva corta

4. Normas sobre el contenido contractual

En la Ley sobre el Derecho de Superficie se hace la distinción entre el contenido legal y el contenido contractual del derecho de superficie, a efectos de que aquellos pactos que realicen las partes sean considerados como elementos de este derecho real⁴². Esta constituiría una opción para dotar de efecto real al contenido del contrato de superficie. Sin embargo, al tratarse de pactos de las partes, una segunda alternativa sería la creación de un “contrato de compraventa de superficie” que contenga ciertas reglas adicionales a las generales sobre compraventa. Tal como se hace con la generalidad de contratos, estas reglas supletorias reflejarían los pactos que usualmente se utilizan en un contrato que ciertamente ya tienen una “tipicidad social”^{43 44}.

5. Normas sobre incumplimiento

En la misma línea del contenido contractual del derecho de superficie, sería conveniente establecer un conjunto de normas supletorias que reflejen el uso común de este derecho, quedando a salvo el poder de las partes de establecer pactos específicos en función a sus propios intereses. Siguiendo la propuesta alemana, en el caso de los eventuales incumplimientos en el contexto de un derecho de superficie se establecería una consecuencia distinta a la resolución del contrato y la consiguiente extinción del derecho de superficie, debido a la precariedad

que esta situación produciría en este derecho. En dicha eventualidad, se optaría por privilegiar la tutela de cumplimiento a través de un mecanismo que permita recurrir a los ingresos del negocio llevado a cabo en el inmueble, sin llegar a la extinción del derecho de superficie. Naturalmente, esta sería una solución supletoria al pacto de las partes⁴⁵.

6. Normas sobre disposición

En la línea del anterior tópico, otro elemento a recoger sería la solución de la discusión sobre la posibilidad de disponer sobre el derecho de superficie sin el consentimiento del propietario a través de una norma supletoria que así lo permita, sin impedir el poder de las partes de pactar en contra. En principio, actualmente el artículo 1031 del Código Civil peruano establece que el derecho de superficie es transmisible. Sin embargo, la circunstancia de que el superficiario y todos sus derechos y obligaciones forman parte de un contrato de superficie vigente entre él y el propietario del suelo, puede sustentar el pedido del propietario del suelo de que se requiera su consentimiento, si es que, en los hechos, se produce una cesión de la posición contractual del superficiario, más aún si no se conoce si el nuevo superficiario dará la misma seguridad que el anterior superficiario en el cumplimiento del contrato. Dicha discusión quedaría cerrada en caso se estableciera como regla supletoria el derecho a disponer del superficiario sin requerir del consentimiento del propietario del predio.

puede hacer necesario establecer expresamente que el derecho de superficie puede adquirirse también por prescripción adquisitiva.

⁴² VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. Op. cit. p. 16.

⁴³ Como fue mencionado anteriormente, el concepto de tipicidad social está referido a aquellos contratos que, si bien no están regulados en las normas del ordenamiento –contratos atípicos–, sí tienen una tipificación en la práctica cotidiana de las personas a través de reglas que, en términos generales, se repiten y respetan. Estas reglas nacen en los usos y costumbres, es decir, en las prácticas comerciales, pero además son recogidas en doctrina, de modo que los mecanismos de interpretación e integración de estos contratos son paralelos a lo previsto en las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas. Al respecto, es necesario que se produzca un uso reiterado, frecuente y uniforme que determine que la doctrina o la jurisprudencia reconozcan ese tipo “social” como correlato de una realidad socioeconómica (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit. Loc. cit.).

⁴⁴ La naturaleza contractual del título de la superficie hace que sean aplicables a este derecho las normas generales sobre contratos, de modo que, a manera de ejemplo, el pacto de las partes y la correspondiente publicidad registral bastarían para la ampliación del plazo del derecho de superficie si es que no se excede el plazo máximo de 99 años, como ha sido resuelto por el Tribunal Registral en la Resolución 478-2010.

⁴⁵ A pesar de la naturaleza contractual del título de la superficie a la que hemos hecho referencia previamente, resulta conveniente establecer una regla de protección al tercero que confía en la continuidad del derecho de superficie, puesto que la posibilidad de las partes de resolver el contrato de superficie en cualquier momento por mutuo acuerdo o por un “incumplimiento eficiente” puede perjudicar a quien tenga una medida cautelar o una hipoteca inscrita sobre el derecho de superficie. De ahí que una norma como ésta sirva para un caso como el que se presentó al Tribunal Registral según la Resolución 1222-2010.

7. Normas sobre el canon

La contraprestación del derecho de superficie, que en doctrina recibe el nombre de “canon superficiario”, es nada más que mencionada en el artículo 108 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Sin embargo, como se hace en la Ley sobre el Derecho de Superficie, resulta de utilidad establecer el canon como una carga real del derecho de superficie a favor del propietario del predio. Si bien este concepto alemán no es tan conocido en el sistema de propiedad peruano, puede asimilarse a una servidumbre salvo en el extremo en que el beneficiario no tiene que ser un predio dominante, sino lo puede ser una persona y la prestación puede consistir en una prestación dineraria. Con esto se permitiría vincular el canon superficiario con el derecho de superficie, de modo que, aún cuando este derecho sea transferido, la obligación de pagar el canon automáticamente se transfiera y pase a estar a cargo del nuevo superficiario y no siga con el anterior superficiario como sería la regla según las normas generales de obligaciones.

8. Normas sobre teoría de la imprevisión

La Ley sobre el Derecho de Superficie aborda el tema de la imprevisión en relación a la posibilidad de cambios en las circunstancias que sirvieron de base para la constitución inicial del derecho de superficie. Debido al prolongado plazo que se permite para el derecho de superficie, que en Alemania también se acepta que puede extenderse hasta 99 años, nos encontramos ante una relación contractual sumamente prolongada entre el superficiario y el propietario del predio. Por esta razón, resulta conveniente considerar, también de manera supletoria a la voluntad de las partes, una referencia expresa a las normas sobre excesiva onerosidad de la prestación o una norma específica sobre teoría de la imprevisión para el contrato de superficie para los casos en que dentro del plazo de éste se presenten cambios sustanciales en el valor del terreno, en el

valor de la moneda o en cualquier otro factor que afecte la base de celebración del negocio inicial.

9. Normas registrales

Si bien ya existen en nuestro sistema normas que regulan la inscripción del derecho de superficie en el registro, sería conveniente que en las mismas se agregue una remisión a las normas registrales sobre el derecho de propiedad en lo que se refiere a las formas de transmisión de propiedad, a las cargas y gravámenes inscribibles⁴⁶, pero con la excepción de aspectos que no concuerden con las particularidad del derecho de superficie como es el caso de su natural superposición física con la partida registral del predio sobre el cual recae⁴⁷.

A pesar de la importancia de los aspectos que se pueden recoger de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, una apreciación crítica de la misma tendría que descartar algunos otros elementos que, si bien guardan concordancia con la finalidad de la norma en el contexto alemán de inicios del siglo XX, no se condicen con la utilidad que se buscaría otorgar al derecho de superficie en nuestro país. Entre estos elementos tenemos (i) la prohibición a las partes de pactar condiciones resolutorias o cláusulas similares en el contrato por las cuales el derecho de superficie quede sin efecto antes del plazo pactado, (ii) la posibilidad del superficiario de pedir la reducción del canon superficiario con la eventual participación del juez, y (iii) el rango preferencial que se otorga al derecho de superficie por encima de otras cargas y gravámenes, y su continuidad incluso en caso de ejecución del predio. Los referidos aspectos que propone la Ley sobre el Derecho de Superficie responden, por un lado, a la búsqueda de seguridad para aquél que financie la construcción de la edificación confiando en la continuidad del derecho de superficie como garantía⁴⁸, finalidad para la que resulta útil la prohibición de condiciones resolutorias y la preferencia de la superficie

⁴⁶ Entre ellas las referidas a los requisitos para la inscripción del derecho de superficie, materia discutida en un caso resuelto por el Tribunal Registral en la Resolución 014-2012.

⁴⁷ Naturalmente, si la extensión del derecho de superficie excediera la del predio sobre el cual recae serían de correspondiente aplicación las normas sobre análisis catastral por parte de la Oficina de Catastro de los Registros Públicos, como se trató en la citada Resolución 014-2012 y en la Resolución 441-2010.

⁴⁸ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. Op. cit. pp. 16-17.

sobre otros gravámenes⁴⁹. Por otro lado, las prohibiciones y controles tanto de cláusulas de resolución como del canon superficiario son reflejo de un intervencionismo en la regulación de este contrato que no se justificaría en un ámbito de fomento de la inversión privada que es el campo del derecho de superficie en nuestro país.

En resumidas cuentas, más allá de la apreciación crítica que se debe hacer de un caso foráneo como es la Ley sobre el Derecho de Superficie, son más los aspectos novedosos que pueden recogerse en una eventual reforma legislativa de este derecho en nuestro país. Ya se ha hecho esta reforma hace muchos años con otras modalidades de la propiedad que tienen su propio cuerpo legislativo (la propiedad horizontal y la multipropiedad), por lo que nuestro sistema no sería extraño a un cuerpo legislativo destinado a tratar el derecho de superficie. Hemos señalado anteriormente que nuestra propuesta de considerar este derecho como modalidad del derecho de propiedad permite resolver de manera inmediata problemas jurídicos que se presentan día a día. Sin embargo, existen ciertos aspectos del derecho de superficie cuya especificidad requiere una regulación *ad hoc*, ya sea porque no han sido tratados en absoluto en nuestro sistema o porque no hay una referencia a normas más generales del Derecho Civil que diriman discusiones en torno a esta herramienta jurídica. Por lo demás, tanto con el abordaje doctrinario como con el legislativo, no hemos pretendido cubrir de manera exhaustiva todos los pormenores del derecho de superficie y los ámbitos en los que puede ser utilizado, sino solamente hacer una introducción a una investigación más profunda en la que

tendremos suficiente espacio para desarrollar tanto nuestra propuesta dogmática como los aportes de la Ley sobre el Derecho de Superficie en Alemania.

IV. APÓLOGO

Como hemos podido apreciar a lo largo de este artículo, lo que el derecho de superficie esconde detrás es nada menos que un derecho de propiedad. En otras palabras, más allá del eufemismo de ser dueño del sobresuelo y/o el subsuelo, a todas luces el que verdaderamente ejerce los atributos de la propiedad es el superficiario. El propietario del suelo no es más que un propietario formal y rentista. Sin embargo, por el viejo miedo de la época moderna a la “propiedad en manos muertas” no se podía concebir en las legislaciones liberales posteriores a la revolución francesa una separación del dominio formal y del dominio útil de manera perpetua. De ahí que para el derecho de superficie se estableció un plazo máximo suficientemente largo para que, sin perjudicar su utilidad, no termine resultando una separación eterna de lo que hemos denominado como propiedad formal y propiedad económica. Había una vez un terreno estatal sumamente atractivo pero en desuso, pues no podía venderse por razones de índole político. Para poder aprovecharlo, la argucia jurídica que se fuera a usar tendría que conferir una propiedad económica a una empresa para que realice una inversión millonaria y a largo plazo, pero mantener la propiedad jurídica en el Estado. Preguntado el abogado sobre cuál es el contrato que permite otorgar una propiedad económica durante 100 años, sin tener que vender la propiedad jurídica, éste respondió: “No hay mentira que dure 100 años, sólo 99 con una superficie”.

⁴⁹ *Ibíd.* p.16.

The background features a complex, layered design. On the left, there are overlapping geometric shapes in shades of gray and white, resembling a stylized architectural or abstract pattern. On the right, there are concentric, semi-transparent circles in various shades of gray. At the bottom, a dark gray silhouette of a tree with many small leaves is visible, partially overlapping the other elements.

Liga

THEMIS

contra el estrés

PROJECT FINANCE DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Laura Zúñiga Aleman*

En el contexto del desarrollo de la inversión privada, los proyectos de infraestructura aparecen como promotores no sólo del desarrollo económico, sino también incrementan el bienestar de la sociedad en general. Así, la infraestructura de un país se constituye como un pilar para medir su competitividad y, en ese sentido, la participación de los actores privados es vital en economías emergentes como la del Perú a través de la prestación de su conocimiento, experiencia y recursos.

En tal sentido, la etapa del financiamiento de los proyectos de infraestructura se puede tornar especialmente complicada, en tanto el inversionista asume la obligación de conseguir los recursos necesarios para ejecución de la obra, teniendo que respetar los plazos establecidos en el contrato de concesión con el Estado. En esa medida, la autora examina al Project Finance como una alternativa o mecanismo viable para que los privados consigan acceso a financiamientos a partir del análisis de viabilidad y capacidad de retorno del proyecto en cuestión, concluyendo en la necesidad de que las entidades públicas busquen que los proyectos sean de interés de los financistas, siendo que estos también son los inversionistas en ellos.

* Abogada. Asociada del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La inversión privada es un factor esencial en el desarrollo económico de un país. En una economía social de mercado, como la peruana, el desarrollo deberá estar impulsado, principalmente, por este tipo de inversión, la cual se puede manifestar de diversas formas, ya sea a través de las empresas prestadoras de bienes y servicios en diversos sectores de la economía, en el mercado de capitales, etc. Para el caso peruano, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas - CONFIEP en un informe sobre el impacto de la inversión privada en la economía peruana, elaborado a propósito de las últimas elecciones presidenciales en el Perú, señaló que debido a la inversión y el crecimiento económico producido en los últimos veinte años se ha logrado, por ejemplo, un incremento en la tasa de empleo y una reducción de la pobreza extrema y de la tasa de mortalidad infantil¹.

Considerando la relevancia de la inversión privada en el desarrollo económico y social de un país, el presente artículo intentará describir brevemente la participación de la inversión privada en proyectos de infraestructura como mecanismo de desarrollo social y económico, así como algunos de los problemas que puede enfrentar el inversionista privado en la ejecución de tales proyectos, específicamente en la etapa de financiamiento de éstos.

En los últimos años, se han desarrollado muchos estudios acerca de existencia de la brecha de infraestructura en nuestro país. Así, por ejemplo, en el año 2011 el Banco Mundial, al realizar un estudio sobre el índice de competitividad² de infraestructura, ubicó al Perú en el puesto 88 a nivel mundial sobre un total de 139 países, con un puntaje 3.47

(sobre un máximo de 7) y tercero en América Latina superado por Chile y Colombia³.

Por su parte, la Escuela de Administración de Negocios para Egresados - ESAN, a través del estudio denominado "*El aporte de la inversión privada en la infraestructura*", realizado para la Asociación para el Fomento de la Infraestructura - AFIN, concluyó que el sector con mayor brecha de infraestructura en nuestro país es el sector transporte con 37%, seguido de electricidad con 22% y saneamiento con 16.7%⁴.

Por su parte, el Instituto Peruano de Economía concluyó que la brecha de inversión en infraestructura en puertos, ferrovías y energía en nuestro país superaba los US\$37,760 millones equivalentes al 30% del PBI⁵ al año 2008.

Todos estos estudios tienen como común denominador la determinación de la importancia de la inversión privada como la herramienta más útil para acortar cada vez más la mencionada brecha de infraestructura.

¿Pero qué es y en qué consiste esta "brecha de infraestructura"? ¿cómo es que la inversión privada podría acortar tal brecha? y ¿cuál es la importancia de que el Perú se convierta en un país competitivo en cuanto infraestructura y los servicios vinculados a estas? Para responder estas preguntas es necesario comprender previamente a qué se entiende por infraestructura y cuál es su importancia, sobre todo, en los países con economías emergentes, como es el caso del Perú.

Semánticamente, se denomina infraestructura al conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación

¹ De acuerdo con el informe preparado por CONFIEP entre los años 1993 y 2007 se crearon 3.5 millones de puestos de trabajo a nivel nacional, la tasa de mortalidad infantil se redujo en un 41% entre los años 2000 y 2010, entre los años 2002 y 2009 se redujo en 13 puntos porcentuales la pobreza extrema y entre los años 2002 y 2009 mejoró la calidad de las viviendas más humildes en el Perú.

Datos obtenidos de la página web de CONFIEP: <http://confiep.org.pe/articulos/2472-inversion-privada-en-ultima-decada-fue-de-us-201-000-millones>

² La competitividad es el conjunto de instituciones, políticas y factores que determinan el nivel de productividad de una economía.

³ Información disponible en: <http://ipe.org.pe/wp-content/uploads/2010/11/presentacion-reporte-de-competitividad-wef-e-indice-de-competitividad-mundial-imd.pdf>.

⁴ Datos obtenidos del estudio realizado por el Instituto Peruano de Economía "El reto de la infraestructura para el 2018" por encargo de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN).

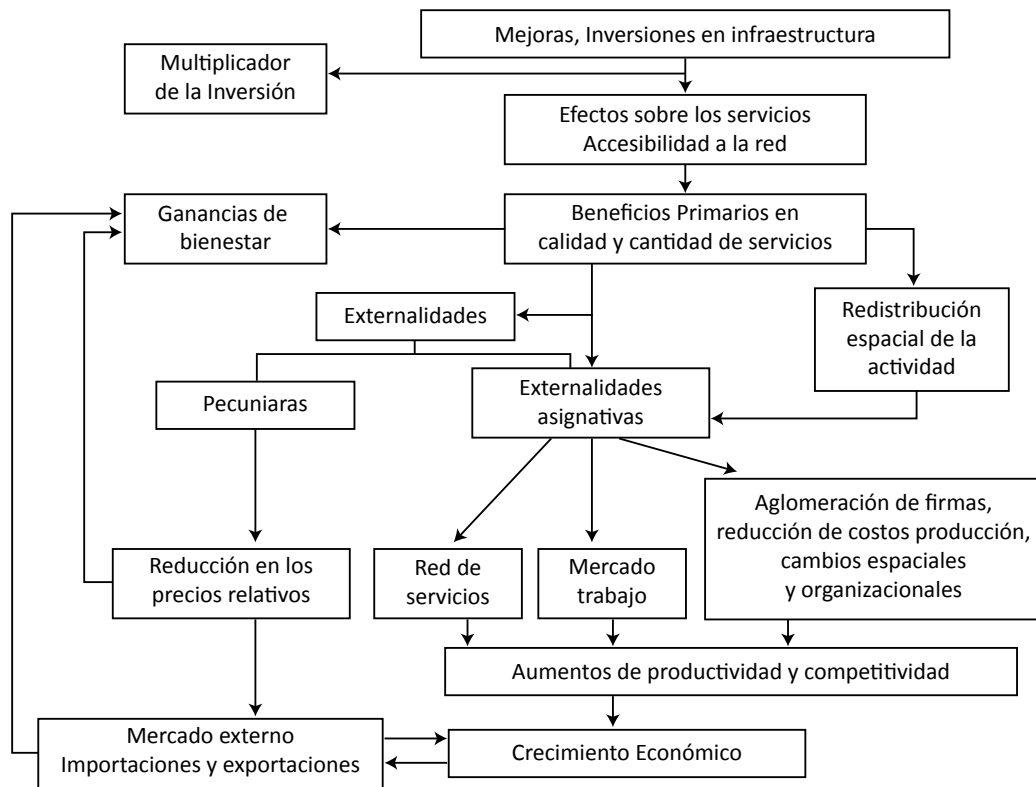
⁵ Información disponible en: <http://ipe.org.pe/wp-content/uploads/2011/04/presentacion-egresados-pad-u-de-piura-170311.pdf>.

y funcionamiento de una organización cualquiera⁶. La infraestructura abarca un conjunto de estructuras de ingeniería, equipos e instalaciones de larga vida útil, que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios para los sectores productivos y los hogares⁷.

Desde la perspectiva de acuerdo a una investigación realizada por el BBVA Banco Continental⁸, la infraestructura puede ser clasificada como: (i) infraestructura económica o (ii) infraestructura social. Así las cosas, se entenderá como infraestructura económica a toda aquella que tiene por objeto contribuir

a la producción y el transporte de bienes y servicios como, por ejemplo, carreteras, puertos, aeropuertos, vías férreas, obras de saneamiento y alcantarillado, centrales de generación, líneas de transmisión, ductos de gas, entre otros. Las infraestructuras sociales, por su parte, participan en el proceso productivo de manera indirecta y resalta en ellas el valor social, entre las más comunes podemos mencionar a los hospitales, colegios, universidades, cárceles, etc.

CEPAL ha graficado la relación directa entre infraestructura y crecimiento en el siguiente cuadro⁹:



⁶ Definición obtenida del sitio web de la Real Academia Española: http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=infraestructura.

⁷ ROZAS, Patricio y Ricardo SÁNCHEZ. "Desarrollo de Infraestructura y Crecimiento. Revisión Económica y Conceptual". Naciones Unidas. 2004. p. 9.

⁸ BBVA Banco Continental. "Balance y Proyecciones de la Experiencia en Infraestructura de los Fondos de Pensiones en Latinoamérica". Pensiones y Seguros América y Servicio de Estudios Económicos. 2010. p. 9.

⁹ ROZAS, Patricio y Ricardo SÁNCHEZ. Op.cit. p. 40.

En tal sentido, la infraestructura, tanto económica como social, resulta ser un criterio para medir el nivel de desarrollo de un país, ya que la existencia de infraestructura responde a la capacidad de demanda de bienes y servicios específicos de una población que requiere mejorar su calidad de vida. El siguiente ejemplo grafica mejor lo señalado hasta el momento.

Imaginemos que para transitar de los centros poblados periféricos hacia el centro de una ciudad sólo existe un camino de trocha. Por dicho camino de trocha transitan no sólo carros livianos, sino también camiones de carga y ciudadanos de a pie, demás esta decir que, el tránsito por dicha trocha es insostenible. En ese contexto, existe la necesidad inminente de construir: (i) una carretera que permita la circulación ordenada de los vehículos; y, (ii) un puente que facilite a los peatones un tránsito seguro. Imaginemos que, ya sea con capital público o privado (lo cual será materia de discusión en las siguientes secciones de este artículo) se ha conseguido financiar la construcción de esta carretera y el puente correspondiente.

Haciendo un análisis de los requerimientos para la etapa de construcción y operación del proyecto, el encargado del proyecto (aún no estamos distinguiendo si se trata de una entidad pública o privada) ha concluido que requerirá de ingenieros que brinden asesoría técnica, obreros quienes prestarán su mano de obra para la ejecución del proyecto, asesores financieros y legales para obtener el financiamiento, expertos encargados de operar y mantener la obra, entre otros.

Una vez culminada la carretera y el puente, se espera que el tránsito de los centros poblados a la ciudad sea en menos tiempo y, por tanto, los pobladores podrán dedicarse a otras actividades, se incurrirían en menores costos de transporte, se produciría una reducción en los precios de bienes y servicios. A su vez, los peatones, al utilizar el puente, tendrían mayor seguridad cuando transiten e inclusive se reduciría, si fuera el caso, el índice de mortalidad por accidentes de tránsito.

Tal como se desprende de nuestro ejemplo, el proceso de construcción y operación misma

de una infraestructura no sólo genera mejoras en términos económicos y productivos, sino que además, incrementa la calidad de vida de las sociedades. He ahí la importancia del desarrollo de infraestructuras en un país.

En ese sentido, cuando se habla de brecha de infraestructura no se hace referencia a otra cosa que a la deficiencia que tiene un país en relación a la existencia de facilidades que permitan en conjunto una mayor competitividad y una mejora en el estándar de vida, ya que las obras de infraestructura impactan directamente en el potencial crecimiento del PBI de un país. Sobre el particular, el Instituto Nacional de Estadística ha determinado que una región que crece a un ritmo de 5.2% anual sin proyectos de inversión en infraestructura podría subir hasta 5.6% con un proyecto, hasta un 6% con dos y hasta 7% con tres, y que de hecho si no se hubieran realizado inversiones en infraestructura entre el 2000 y el 2008 en el Perú, el crecimiento promedio del PBI no habría sido de 5.6% sino más bien de 3.2%¹⁰.

En conclusión, la inversión en infraestructura es un elemento que contribuye a la reducción de la pobreza y el desarrollo económico sostenido.

En este escenario, ¿cuál sería el rol de la inversión privada en infraestructura económica y social?, ¿por qué para el desarrollo de dichas infraestructuras requerimos necesariamente la participación del sector privado?

En países de economías desarrolladas, la provisión de infraestructuras y de bienes y servicios es cubierta principalmente por el Estado. Sin embargo, en economías emergentes, como las de América Latina, esto no es así por lo que para satisfacer la demanda de infraestructura de la población se requiere la participación activa del sector privado a través de la prestación de experiencia, recursos y capitales. Es decir que, la participación privada en infraestructura se justifica, entre otros motivos, en las restricciones presupuestarias que tienen los estados emergentes en cuanto al gasto público y de capacidad para gestionar la ejecución de tales

¹⁰ Información disponible en: http://www.afin.org.pe/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=609&Itemid=110

proyectos. En línea con esto, como señala el trabajo de investigación realizado por el BBVA Banco Continental la participación privada observa mayor sensibilidad para alcanzar mayores niveles de eficiencia, transparencia y rendición de cuentas de los recursos que gestiona el Estado¹¹.

Por lo expuesto, cada vez es más importante que la inversión privada encuentre incentivos en el mercado y la seguridad jurídica suficiente que permita impulsar su participación en el desarrollo de infraestructuras y, es justamente aquí donde el papel del Estado resulta gravitante, ya que es el Estado quien debe gestionar y otorgar al sector privado dicho marco económico y jurídico necesario. Este marco de seguridades e incentivos comprende desde el régimen de concesiones de obras públicas, en virtud del cual el Estado otorga al inversionista privado los títulos habilitantes para poder construir y operar una infraestructura, pasando por una regulación contractual adecuada que otorgue claridad respecto de las obligaciones asumidas por el inversionista y por el Estado y permita que los proyectos de infraestructura sean atractivos ante las entidades financieras.

En el Perú, la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura se encuentra regulada a través de una serie de normas que conforman lo que se denomina comúnmente como Régimen de Promoción de la Inversión Privada que busca, entre otros, otorgar las seguridades necesarias para que los inversionistas puedan acceder a un título habilitante para la construcción y explotación de determinadas infraestructuras. Es importante mencionar que, este régimen presenta ciertas deficiencias (principalmente por demoras y/o plazos excesivos), sobre todo en las etapas de identificación y diseño del proyecto, que dificultan la inversión privada en concesiones¹².

Con frecuencia se subestima a nivel estatal los problemas y dificultades que supone para el inversionista, que se ha convertido en concesionario de una infraestructura, alcanzar el cierre financiero que le permita obtener los

fondos necesarios para empezar la construcción y posterior operación de su proyecto de acuerdo a los plazos y términos comprometidos en el contrato de concesión suscrito con el Estado. Como resultado de ello, los inversionistas deben acudir a la entidad concedente a efectos de obtener las modificaciones al contrato de concesión que permitan cumplir con los plazos previstos en sus contratos y/o hacer más atractivo su proyecto ante las entidades financieras, es decir que permitan hacer la concesión más “bancable”.

El objeto del presente artículo es presentar una breve aproximación general al *Project Finance* de proyectos de infraestructura en el Perú y a aquellos problemas al que se enfrenta un inversionista privado al momento del cierre financiero de su proyecto. Para estos efectos, describiremos: (i) los mecanismos de inversión privada en infraestructura en el Perú haciendo especial énfasis en el régimen de concesiones, (ii) las características principales del *project finance* principal mecanismo de financiamiento de los Proyectos; y, finalmente (iii) los principales problemas que encuentra un inversionista al momento de estructurar el financiamiento de su proyecto.

II. MECANISMOS PARA PROMOVER LA INVERSIÓN PRIVADA A TRAVÉS DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ

Dependiendo del momento y tendencia política que viviera nuestro país, la inversión privada en el Perú ha pasado por diversos estadios. Así, mientras que entre las décadas de los 70 y 80 bajo la Constitución Política de 1979 el protagonista e impulsor de la economía nacional era el Estado, desde principios de los 90 hasta la actualidad, bajo la Constitución Política de 1993, en el régimen de una economía social de mercado, el Estado paso de ser un agente activo de la economía a un regulador de las reglas del mercado permitiendo la interacción de la oferta y la demanda en el sector privado.

En cuanto a la inversión en obras de infraestructura, a inicios de los 90 se

¹¹ BBVA Banco Continental. Op.cit. p. 9.

¹² En la etapa de identificación y diseño podemos referir que los principales problemas que encuentra la promoción de la inversión privada están asociados a la duplicidad de procedimientos previos involucrados en la elaboración de estudios de prefactibilidad y factibilidad muchas veces incompletos, así como el inmovilismo de parte de la administración pública debido a la responsabilidad funcional.

implementaron una serie de mecanismos destinados a promover la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, entre los principales podemos mencionar las privatizaciones y concesiones, y más recientemente a las Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas.

Para efectos del presente artículo, resulta importante conocer, de manera general, en qué consisten estos mecanismos de participación en proyectos de infraestructura a los que puede acceder la inversión privada, ello toda vez que la ejecución de dichos proyectos, dada su envergadura, por lo general requerirán de financiamientos de terceros distintos del titular del proyecto o sus accionistas.

A. Modalidades de inversión privada en el Perú

1. Participación en empresas que conforman la actividad empresarial del Estado

A inicio de los 90, uno de los mecanismos más utilizados para promover la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos era la participación en empresas de titularidad estatal (las cuales hasta dicho momento eran las que proveían servicios e infraestructura pública). De acuerdo con lo señalado por el Decreto Legislativo 674, que aprueba la “Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, las modalidades de participación que se ofrecían al inversionista privado era la de adquirir todo o parte de las acciones o participaciones emitidas por las empresas estatales, aumentos de capital social, la celebración de *joint ventures*, contratos de gerencia o usufructo, entre otras formas, con la finalidad de incrementar la eficiencia y productividad de las empresas. A manera de ejemplo tenemos la adquisición de la Compañía Peruana de Teléfonos y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Entel Perú hoy Telefónica del Perú S.A.A. adquirida por capitales españoles y la adquisición de ETECEN y ETESUR empresas estatales que administraban la totalidad de las redes de transmisión de energía eléctrica en el Perú por parte de capitales colombianos.

Los procesos de promoción de la inversión privada de las empresas del Estado son

llevados a cabo por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN (“Proinversión”).

2. Concesiones de Servicios y Obras Públicas

Otro mecanismo utilizado desde la década de los 90 hasta hace pocos años para fomentar la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos ha sido la concesión. El régimen de concesiones se encuentra regulado en los Decretos Supremos 59-96-PCM y 60-96-PCM.

El otorgamiento de una concesión supone la entrega al inversionista privado de un derecho para construir y/o explotar una obra o un servicio público por un periodo de tiempo determinado que no podrá ser mayor de sesenta (60) años. La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre éstos, sin embargo, constituye título suficiente para que el privado pueda oponer los derechos contenidos en el contrato de concesión a terceros (incluyendo los derechos de usar y explotar los bienes de la concesión).

Al igual que en las privatizaciones, los procesos de entrega de concesiones de servicios y obras públicas pueden ser llevados a cabo por Proinversión.

3. Asociaciones Público Privadas

Recientemente, mediante Decreto Legislativo 1012, se aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 146-2008-EF.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1012, las Asociaciones Público Privadas (“APP”) son modalidades de participación de la inversión privada cuya finalidad es desarrollar, mejorar, mantener u operar infraestructura pública o proveer servicios públicos. Las APP pueden implementarse mediante contratos de concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, *joint ventures*, entre otros.

Dependiendo del nivel de participación del Estado en el financiamiento de la APP, estas se

clasifican en autosostenibles (aquellas cuyos flujos son suficientes para cubrir sus costos de ejecución, operación y mantenimiento) o cofinanciadas (aquellas que por distintos motivos requieren de aportes del Estado para cubrir parte de sus costos de construcción, operación y/o mantenimiento).

Los organismos promotores de la inversión privada en materia de una APP son: Proinversión o los Ministerios para proyectos de relevancia nacional y los Gobiernos Regionales y/o Locales para proyectos de ámbito regional o local.

Debemos precisar que si bien con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1012 y su reglamento, estos se convierten en el marco normativo general para la promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos; las normas procedimentales que regulan el proceso de entrega en concesión de los proyectos de infraestructura y servicios públicos contempladas en los Decretos Supremos 59-96-PCM y 60-96PCM, son también aplicables a los procedimientos de adjudicación de las APP, en lo que resulte aplicable.

4. Iniciativas Privadas

El Decreto Legislativo 1012 y su reglamento regulan la Iniciativa Privada como otro mecanismo de participación de la inversión privada en proyectos de infraestructura. Las iniciativas privadas consisten en la petición de un particular de un derecho de explotación sobre una infraestructura y/o servicio público determinado, cuya necesidad y diseño fue identificada por el inversionista privado. Estas iniciativas privadas tienen carácter de peticiones de gracia, en tal sentido, el derecho del privado se agota con la presentación de la iniciativa ante la entidad responsable, sin derecho a impugnar el pronunciamiento de la misma.

Cabe indicar que, las iniciativas privadas mantienen su calidad de peticiones de gracia hasta que el proyecto de inversión propuesto sea declarado de interés e incorporado al proceso de promoción de la inversión privada.

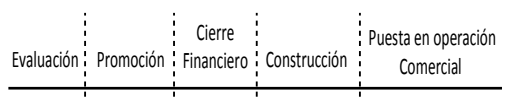
Las iniciativas privadas presentadas ante Proinversión requerirán, previo a su declaratoria de interés, de la opinión favorable del Ministerio o Ministerios de los sectores competentes en la materia sobre la

que versa el proyecto de inversión. En caso la iniciativa se financie con tarifas de servicio público se requerirá de la opinión favorable del organismo regulador correspondiente. De requerirse el otorgamiento de garantías por parte del Estado, se requerirá de la opinión favorable del MEF.

Una vez que la iniciativa privada es declarada de interés por la entidad responsable, se otorga la oportunidad a terceros para manifestar su interés en la referida iniciativa privada cumpliendo con los requisitos señalados por las normas aplicables. De no existir terceros interesados se procederá a adjudicar la iniciativa privada a favor del proponente inicial, caso contrario la entidad responsable deberá llevar a cabo el proceso de adjudicación de la iniciativa privada entre el proponente y los terceros que manifestaron su interés, a través de un concurso público, licitación pública o el procedimiento de adjudicación que corresponda de acuerdo con las normas aplicables.

B. Etapas del proceso de adjudicación de un proyecto de infraestructura al sector privado

En el caso de las APP e Iniciativas Privadas que versan sobre proyectos de infraestructura podemos señalar que para su entrega al sector privado deberán cumplirse las siguientes etapas desde su concepción y desarrollo hasta su entrada en operación:



La etapa de Evaluación es aquella en la que el Estado determina la factibilidad del proyecto con participación privada, lo prioriza y lo traslada al esquema de Promoción. Los estudios de prefactibilidad y factibilidad elaborados en esta etapa por los organismos promotores de la inversión privada de la entidad correspondiente contienen, entre otros, la justificación socioeconómica de la necesidad de determinada infraestructura y la conveniencia de que esta sea implementada por el sector privado o público. A partir de estos estudios se inicia el diseño del proyecto.

La etapa de Promoción, a su vez, es aquella en la que la agencia de promoción (en su mayoría

de veces Proinversión) recibe el proyecto y desarrolla las labores necesarias para involucrar al sector privado en su ejecución. Ello supone principalmente la determinación de la modalidad de participación del sector privado, el concurso, y el otorgamiento de la concesión.

Luego del otorgamiento y suscripción del contrato de concesión se inicia una etapa que debe llevar al concesionario a lograr el cierre financiero (el "Cierre Financiero"). Se denomina Cierre Financiero a aquél momento en el que el concesionario logra cumplir aquellas condiciones que las entidades financieras han determinado como necesarias para el otorgamiento del financiamiento del proyecto. Estas condiciones son, entre otras, la obtención de las licencias y permisos requeridos para la construcción y explotación de la infraestructura o servicio público, la obtención de derechos sobre tierras, la aprobación de estudios ambientales o procesos de consulta previa, además de aspectos más técnicos, como el desarrollo de labores de ingeniería o la celebración de contratos de construcción, de operación y mantenimiento.

Alcanzado el Cierre Financiero, el concesionario puede acceder a los desembolsos del financiamiento contratado y, por lo tanto, puede dar inicio a la etapa de Construcción. Esta comprende propiamente la construcción de la obra de infraestructura y la cual concluye cuando la obra es autorizada a operar comercialmente por la entidad administrativa competente.

Concluida la construcción de la obra, se inicia la Operación Comercial. Durante esta etapa, el concesionario recibe los ingresos esperados y con ellos procede al pago del financiamiento recibido y obtiene el retorno esperado de su inversión.

En las siguientes secciones de este artículo nos detendremos a analizar los principales requerimientos, sobre todo legales, que debe cumplir el inversionista privado para alcanzar el financiamiento requerido con el

fin de iniciar la construcción de las obras y posterior explotación de la infraestructura, así como un alcance de la problemática alrededor de estos requerimientos, por lo cual es importante conocer cuál es la técnica utilizada para el financiamiento de este tipo de proyectos, y ésta normalmente es el *Project Finance*. Sin perjuicio de lo señalado, no debe entenderse que no existen conflictos en las etapas anteriores al Cierre Financiero, ya que muchos de los contratiempos durante el Cierre Financiero tienen origen desde la evaluación de los Proyectos¹³. Sin embargo, no nos explayaremos en estos problemas puesto que no son materia del presente artículo.

III. PROJECT FINANCE COMO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Los retos que asume el inversionista privado luego de suscrito el contrato de APP o de habersele adjudicado de manera directa la Iniciativa Privada, son quizás mayores a aquellos que enfrenta durante la etapa de participación en el concurso por la adjudicación de la buena pro y la negociación misma del contrato de concesión. Ello puesto que, en la etapa del Cierre Financiero, el inversionista deberá obtener los recursos necesarios para la construcción del proyecto y su posterior explotación. Dicha gestión de recursos deberá ser lo suficientemente eficiente y expeditiva como para ejecutar los proyectos sin incumplir los compromisos y obligaciones asumidos frente al concedente en el marco del contrato de APP o la Iniciativa Privada. Nótese que, el retraso en el cumplimiento de los hitos del cronograma de ejecución del proyecto, especialmente el inicio y fin de la construcción de obras y el inicio de la prestación del servicio puede acarrear la imposición de penalidades e inclusive la caducidad del contrato correspondiente, y consecuente ejecución de la carta de fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato que se entrega típicamente al concedente.

En ese contexto, es altamente recomendable que todo inversionista pueda identificar las

¹³ Entre algunos de los problemas que podemos mencionar se encuentran la falta de coordinación, y/o la superposición de funciones, capacidad de gestión y objetivos disímiles entre diferentes actores públicos involucrados en el diseño y promoción de proyectos nuevos. Asimismo, la ausencia de diálogo con los sectores de la población directamente afectados por la ejecución del proyecto generando tal situación conflicto social.

características específicas de su proyecto, ya que los financistas analizan al detalle los beneficios y particularidades de cada proyecto exigiendo las garantías que puedan corresponder.

Así las cosas, para el financiamiento destinado a la ejecución de un proyecto, a diferencia de un financiamiento para una empresa ya en marcha, el financista deberá considerar que la infraestructura a financiar tiene características especiales que demandan considerables niveles de financiamiento en el corto plazo para activos que pueden no tener usos alternativos, pero que a la vez le impiden generar flujos de caja y por tanto retorno del financiamiento en el corto plazo. Sobre el particular, señala Leonardo Freitas de Moraes e Castro que la inversión en infraestructura debe considerar que¹⁴:

- a) Los activos de los proyectos tienen un costo elevado y no pueden ser designados a otras actividades o en caso de poder ser cambiados o utilizados en otras tareas dicho cambio es excesivamente oneroso y poco rentable (costos hundidos). El gasto en activos se efectúa en las primeras etapas de desarrollo del proyecto.
- b) Los proyectos casi siempre son infraestructuras que tienen economías de escala, es decir que, los rendimientos son crecientes a largo plazo y tienen curvas de costos decrecientes a largo plazo, por lo que se aproximan a monopolios naturales y;
- c) El inversionista concesionario del proyecto deberá considerar que el servicio que preste siempre deberá cumplir con ciertas condiciones mínimas de calidad y seguridad para cumplir con los estándares exigidos por las entidades estatales competentes, pues en la mayoría de casos se prestan servicios públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, el financiamiento de un proyecto debe prever que estos tienen

dos etapas bien definidas: La primera etapa sucede durante la fase de construcción de la infraestructura a ser explotada, la cual es una etapa en la cual se realizan las mayores inversiones requeridas por el proyecto pero en la cual éste aún no genera flujos. Los flujos se generarán únicamente a partir de la operación de la concesión. En otras palabras, la etapa de construcción del proyecto es la más riesgosa, pues se deben realizar grandes inversiones y no se tiene la certeza de que el Proyecto se terminará dentro de los plazos establecidos en el contrato de APP o en la Iniciativa Privada, en caso el contrato fuese resuelto en dicha etapa, el financista se quedaría sin activos ni derechos que respalden el crédito otorgado. La segunda etapa conlleva a la explotación de la infraestructura construida, aquí el principal riesgo para el concesionario es que la obra construida pueda o no generar flujos suficientes para cubrir los costos de financiamiento, operativos y de mantenimiento del Proyecto.

En ese sentido, bien señalan Roselló y Ronceros cuando precisan que el mecanismo de financiamiento idóneo de una concesión será aquel que permita distribuir los riesgos que se encuentran en las etapas señaladas anteriormente, bajo principios de eficiencia económica, entre todas las partes que se ven involucradas en el desarrollo del Proyecto¹⁵. La identificación plena de cada uno de los riesgos puede variar dependiendo de las características específicas del Proyecto, ya que no existirá el mismo riesgo en la construcción de una infraestructura vial que en la construcción de una línea de transmisión eléctrica.

Como señalaremos en los numerales siguientes, consideramos que el *Project Finance* es el mecanismo óptimo para el financiamiento de los Proyectos, ya que se vale de una compleja red de contratos orientados a asignar los riesgos derivados del proyecto en aquellos participantes involucrados que cuentan con mayor experiencia y/o pueden asumir tales riesgos con mayor eficiencia y otorgar un paquete de garantías atractivas al financista.

¹⁴ FREITAS DE MORAES, Leonardo. "Project Finance and Public Private Partnerships: a legal and Economic View from Latin American Experience". En: *Business Law International* 11. 2010. p. 230.

¹⁵ ROSELLÓ, Rafael y Miguel RONCEROS. "El Financiamiento de las Concesiones, Problemas y Retos". En: *Revista Peruana del Derecho de la Empresa*. p. 26.

En ese sentido, es común encontrar *Project Finance* de proyectos que involucran la participación directa de los accionistas mediante aportes de capital, contratos de préstamos bancarios (muchas veces sindicados dado el alto monto del financiamiento otorgado), emisiones de deuda (como los bonos de infraestructura, o las emisiones comunes), y garantías que afectan los activos del propio proyecto o garantías soberanas.

A. Definición de *Project Finance*

Diversas son las definiciones que podemos encontrar en la doctrina sobre el *Project Finance*. Al respecto, por ejemplo:

- a) Ismael Noya y Juan Carlos de los Heros citando a Marcelo y Villegas definen el *Project Finance* como una técnica de financiación que se funda básicamente en la bondad y viabilidad del proyecto a financiar, tanto en sus aspectos técnicos y jurídicos como económicos y financieros y, por sobre todas las cosas, en su capacidad para generar un flujo de fondos de capacidad suficiente para repagar a los proveedores del financiamiento¹⁶.
- b) Por su parte, Scott. L. Hoffman define el *Project Finance* como el financiamiento sin recurso o de recurso limitado en el cual la deuda, el capital y el crédito se combinan para la construcción y operación o refinanciamiento de una infraestructura particular en la cual los prestamistas evalúan la capacidad de retorno del proyecto mismo antes que la capacidad crediticia de los sponsors o accionistas de la empresa ejecutora del proyecto o sociedad concesionaria¹⁷.
- c) Asimismo, Ronceros indica que el *Project Finance* constituye una estructura de financiamiento con recurso limitado y excepcionalmente

sin recurso en la cual un proyecto a ser desarrollado por una sociedad de propósito especial (conocida como sociedad concesionaria) es considerado como una unidad independiente. En tal sentido, el financiamiento depende del propio flujo de caja esperado del proyecto y de los activos de dicho proyecto en particular¹⁸.

- d) A mayor abundamiento Tovar Gil, define *Project Finance* como el mecanismo por el cual la financiación de un proyecto de desarrollo o explotación de un derecho, recurso natural, instalación u otro activo proviene de un préstamo a ser devuelto mediante los flujos de caja del proyecto sin haber recurso o ser este muy limitado¹⁹.

De lo expuesto podemos inferir que, el *Project Finance* no es más que una técnica de financiamiento en virtud de la cual el prestamista financia la construcción de un proyecto en particular, para lo cual ha realizado un análisis previo de la viabilidad y capacidad de retorno del referido proyecto. Dicho análisis de viabilidad se puede resumir en la determinación de la bancabilidad del proyecto. La bancabilidad del proyecto consistirá en determinar si este es capaz, en un determinado plazo de tiempo, de generar los recursos suficientes para repagar con dichos recursos el financiamiento otorgado por el prestamista. A tales efectos, el prestamista incluirá como parte del análisis de bancabilidad una evaluación financiera, técnica y jurídica del proyecto. En otras palabras, la bancabilidad no es otra cosa que hacer que la estructura de los proyectos y la distribución de los riesgos del mismo sean aceptables a las instituciones financieras para poner en marcha el financiamiento²⁰.

Para ello, el *Project Finance* requiere de un vehículo de propósito especial que será no sólo el prestamista, sino también el titular de la obra a financiar. En el caso de los proyectos

¹⁶ NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y Juan Carlos DE LOS HEROS. "Para entender el Project Finance". En: THEMIS-Revista de Derecho 54. 2007. p. 34.

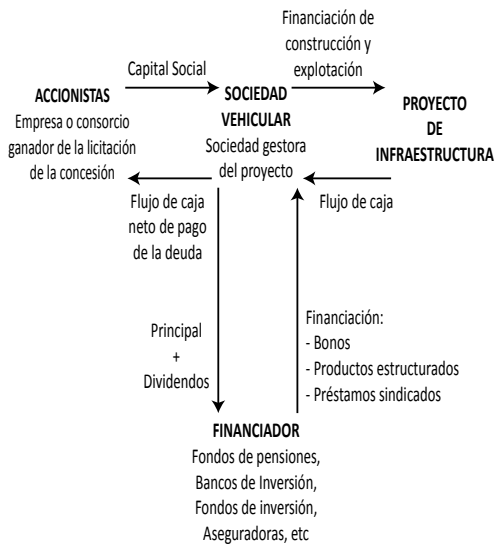
¹⁷ HOFFMAN, Scott. "The Law and Business of International Project Finance". Nueva York: Cambridge University Press. 2008. p. 4.

¹⁸ RONCEROS, Miguel. "Aproximaciones al Project Finance" En: Ius et Veritas. 2005. p. 368.

¹⁹ TOVAR, Javier. "Arquímedes y el Project Finance". En: Ius et Veritas. 2010. p. 364.

²⁰ NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y Juan Carlos DE LOS HEROS. Op. cit. p. 38.

este vehículo será la inversionista que tiene el rol de sociedad concesionaria o como lo llamaremos simplemente el concesionario. El siguiente diagrama elaborado por el equipo de investigación del BBVA Banco Continental describe, con precisión, el funcionamiento de un *Project Finance*²¹:



B. Características del *Project Finance*

A partir de las definiciones esbozadas en el numeral precedente, podemos inferir las siguientes son características de los *Project Finance*:

1. Tienen por objeto el financiamiento de proyectos

El *Project Finance* busca otorgar recursos para la implementación de proyectos de propósito especial pudiendo ser estos la construcción y operación de una infraestructura en particular (por ejemplo la construcción de un muelle de minerales) o la explotación de recursos naturales (por ejemplo la construcción y explotación de una planta de concesión minera de beneficio). Es decir que, no se utilizará la técnica del *Project Finance* para una empresa que utilice los fondos únicamente con el objeto de destinarlo al pago de una

deuda, a la compra de maquinaria u otra actividad distinta a la implementación de un proyecto específico que genere flujos de caja en el futuro.

2. Requiere la presencia de una sociedad vehículo de propósito exclusivo

Esta sociedad será la responsable exclusiva de la ejecución del proyecto y su explotación. El objeto principal de la sociedad vehículo será la de desarrollar la actividad propia de la infraestructura a construir a efectos de garantizar la generación del suficiente flujo de caja que les permita devolver el préstamo y garantizar la rentabilidad del proyecto. En el caso del financiamiento de los Proyectos, la sociedad vehículo de propósito exclusivo es el concesionario.

3. Pueden ser con recurso limitado o sin recurso

Como se desprende las definiciones citadas en la sección precedente, en el *Project Finance* los prestamistas no tienen recurso contra los accionistas del proyecto sino únicamente contra el Proyecto mismo y el concesionario. Es así que, el concesionario incumpliese con el repago del financiamiento los financistas no podrían demandar a los accionistas para que cumplan con el pago de la deuda, con lo cual sólo podrían accionar contra la sociedad concesionaria y ejecutar el paquete de garantías otorgado de ser el caso.

No obstante, no puede ignorarse que los financistas perciben la estimación de la demanda de utilización de las infraestructuras como un riesgo excesivo para invertir en el proyecto, por lo cual sólo accedan a otorgar el financiamiento bajo intereses elevados lo cual hace poco rentable el proyecto para los accionistas y sponsors del Proyecto.

Ante esta circunstancia se puede optar por hasta tres fórmulas de subsanación: (i) o bien el Estado garantiza el flujo de caja mínimo dado el interés social que pueda tener la construcción de dicha infraestructura²², (ii)

²¹ BBVA Banco Continental. Op. cit. p. 38.

²² El caso recurrente de garantías entregadas por el Estado, lo constituyen el mecanismo de PAO y PAMO establecidos en los contratos de concesión de carreteras en los últimos tiempos. En virtud de este mecanismo, el Estado otorga al concesionario un Pago Anual por Obras (PAO) y un monto fijo del Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO). Un caso representativo es el esquema financiero a través de PAO y CAO ejecutado con las IIRSA. Bajo este esquema financiero el Estado otorgó al concesionario una garantía de pago luego de que este presenta su certificado de avance de obra (CAO), a través de la supervisión. Con este

o bien el *sponsor* o accionista otorga una garantía específica asegurando el flujo de caja; o, (iii) se contrata una póliza que garantice un coste final de la obra y/o un flujo de caja determinado. Cuando cualquiera de las tres alternativas se presentan en los hechos podemos sostener que nos encontramos en un financiamiento con recurso limitado, puesto que el repago del financiamiento otorgado no será sólo de cargo del concesionario y los flujos del proyecto, sino también con ciertas garantías de los participantes intervinientes en el *Project Finance*.

4. Son a largo plazo

Lo cual significa que el repago del financiamiento otorgado se estipula a fechas bastante lejanas de la fecha de suscripción de los contratos del *Project Finance*. Es por esta razón que, se establece una conexión entre los contratos del financiamiento y los contratos de operación, mantenimiento y demás que requiera la sociedad vehículo para poder ejecutar el Proyecto.

Siendo así las cosas, es común que el *Project Finance* se estructure al mismo tiempo de vigencia de la concesión.

5. El pago del financiamiento es con flujo de fondos del proyecto financiado

La fuente principal del repago del financiamiento es el mismo Proyecto. Es decir que, con anterioridad a la fecha de inicio de construcción del Proyecto se deberá determinar los costos operativos del proyecto y su rentabilidad.

6. Asignación de riesgos del Proyecto

En el marco de un *Project Finance* se analiza con detalle cada uno de los riesgos que se podrían encontrar durante la ejecución como con anterioridad a la implementación del proyecto. Entre los riesgos más destacados podemos mencionar a los riesgos: político, regulatorio, riesgo país y riesgo técnico. Estos riesgos serán analizados al detalle en la sección siguiente.

C. Asignación de riesgos de los Proyectos

Considerando que el *Project Finance* es una técnica de financiamiento con recurso limitado, y que no tiene más garantía de repago que el flujo de caja generado por el proyecto durante la operación de éste, es normal que los inversionistas procedan a la identificación de los riesgos que se presentarán durante la etapa de construcción y operación del Proyecto para poder asignarlos de una forma económicamente eficiente.

Ello responde a que, a diferencia de la práctica comercial común en la que parte con una posición negociadora más fuerte tiende a asignar el riesgo que no desea asumir a su contraparte, en el caso de un *Project Finance* los riesgos se deben cubrir sobre criterios de eficiencia y no en consideración a quién se encuentra en mejor posición para negociar, pues una inadecuada distribución de riesgos (es decir una distribución de riesgos que no respete criterios de eficiencia) tiene un impacto en todo el proyecto y puede afectar a todos los participantes, sin distinción de quien se encontraba en mejor posición para negociar. Así, la asignación de riesgos en el marco de un *Project Finance* debe responder a tres preguntas: (i) ¿quién puede gerenciar el riesgo de manera más barata, eficiente y fácil?, (ii) ¿quién se beneficia más de su gerenciamiento? y, (iii) ¿quién tiene el mayor incentivo para gerenciar el riesgo?²³

Los riesgos varían dependiendo las características propias del Proyecto. No obstante ello, a continuación presentamos brevemente aquellos frecuentes en la mayoría de proyectos.

1. Riesgos Técnicos

Estos riesgos refieren principalmente a la posibilidad de construir la infraestructura en el plazo determinado bajo costos razonables y/o si existieran sobrecostos manejables.

En este aspecto los financistas deberán analizar la posibilidad de que la infraestructura construida no sirva para operar el proyecto conforme a la capacidad planeada y de ser

certificado que entrega el Estado al concesionario, este sale al sistema financiero internacional a venderlo para financiar el costo de las obras y operaciones. Este pago del Estado tuvo además una contra garantía del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que respaldaba los certificados que emitió el Estado, este respaldo del BID elevó la calificación de los certificados del PAO o PAMO en el sistema financiero e hizo más fácil venderlos.

²³ ROSELLÓ, Rafael y Miguel RONCEROS. Op.cit. p. 26.

el caso el impacto negativo ambiental que podría generar la implementación de la referida infraestructura y las posibilidades de mitigación.

2. Riesgos Económicos Financieros

El análisis de estos riesgos está orientado a determinar si el proyecto financiado será capaz de generar los fondos necesarios para cubrir sus costos incluyendo el pago del financiamiento, para lo cual se determinará si el valor presente del proyecto es positivo. En este marco se analizará si las posibles variaciones del producto o servicio y su demanda en el tiempo podrían afectar la capacidad de generación de flujos de caja.

3. Riesgos legales

Se analizan los requisitos legales que incluyen licencias, permisos y autorizaciones que se deberán obtener para que se pueda construir el Proyecto y para la explotación del mismo. Asimismo, se deberá analizar los títulos de propiedad sobre los que se implementará el Proyecto, los derechos de los que goza (concesiones de las cuales son titulares). Para estos efectos deberá tenerse claro el marco legal aplicable a la actividad que se pretende desarrollar. En conclusión se analiza la viabilidad legal del proyecto y el nivel de cumplimiento de la sociedad concesionaria. En la Sección IV de este artículo se hace especial énfasis a este factor.

4. Riesgo país

Es la medida de probabilidad de que un país incumpla las obligaciones financieras correspondientes a su deuda externa. El riesgo país se toma mucho en cuenta en el riesgo de pago de la retribución que recibe la concesionaria de servicios públicos mediante el cobro de una tarifa que e cubierta en parte por una garantía soberana del Estado, o cuando el Estado presta un cofinanciamiento a favor de la concesionaria. En esos casos, los financistas analizan el riesgo país porque en parte en el financiamiento otorgado el Estado actuará como deudor.

5. Riesgo político

Este riesgo está relacionado con los actos de las autoridades políticas del país que pudieran interferir en el desarrollo del proyecto o que pudieran afectar la viabilidad de la economía financiera del mismo. Entre los riesgos políticos que podemos mencionar están: el cambio de leyes, la expropiación y nacionalización o la guerra, disturbios o terrorismo.

La asignación de riesgos se traduce en regulación contractual entre los intervinientes en un *Project Finance*, dicha regulación contractual presenta también mecanismos de mitigación de los riesgos identificados. A manera de ejemplo presentamos el siguiente cuadro²⁴:

Estructura contractual y mitigación del riesgo		
Riesgo	Contrato	Mecanismo de mitigación
Costos de construcción	Contrato de Construcción	Se establece un precio fijo por la construcción de la obra
Retraso	Contrato de Construcción	Se dispone de una penalidad por retraso
Rendimiento y calidad técnica	Contrato de Construcción	Se dispone de una penalidad por retraso
Operación	Contrato de Operación y mantenimiento	Se nombra un consultor técnico con control de operaciones
Cambio de legislación que afecte la actividad y las tarifas	Contrato de concesión	Se establece una compensación en la tarifa por cambio en la legislación-cláusula de equilibrio económico financiero
Tráfico-demanda del servicio	Contrato de Concesión	Se establece una tarifa fija
Fuerza mayor o caso fortuito	Contrato de Concesión	Se establece la posibilidad de resolución del contrato sin reclamos o demandas para ninguna de las partes
Demanda	Contratos con proveedores	Establecen por diversas modalidades contractuales el compromiso de requerir un servicio del concesionario. Se suscriben contratos <i>take or pay</i> .
Terminación anticipada de la concesión	Contrato de Concesión	Si se trata de causal imputable al concedente este deberá cancelar una indemnización por terminación anticipada a favor del concesionario

²⁴ Fuente: BBVA Investment Banking.

D. Participantes en los *Project Finance*

En el marco de un *Project Finance* muchos son los participantes intervinientes desde la sociedad vehículo (es decir la sociedad concesionaria), pasando por los financistas hasta los asesores legales y financieros de cada una de las partes.

1. La sociedad de propósito exclusivo

Es el vehículo encargado cuya única actividad que comprende su objeto social es la explotación de la infraestructura que será financiada. En el caso de los Proyectos, esta sociedad será el concesionario. El concesionario será el beneficiario del financiamiento otorgado por los financistas y muchas veces es el operador del Proyecto.

2. Socios o accionistas

Son los *sponsors* del Proyecto. Los *sponsors* son quienes aportan el capital inicial de la sociedad de propósito exclusivo y por tanto su responsabilidad se encuentra limitada al alcance del aporte efectuado. En el marco del *Project Finance* los inversionistas solicitan garantías de los *sponsors* por lo cual el financiamiento no puede ser de recurso nulo.

Comúnmente en el caso de los Proyectos, un *sponsor* puede ser calificado como el operador técnico quien tiene el conocimiento especializado (*know - how*) sobre el Proyecto y su participación en la sociedad concesionaria deberá ser permanente por lo cual, por un plazo determinado en los contratos de concesión, no podrá transferir a favor de terceros sus acciones en la sociedad concesionaria.

3. Financistas

Son las entidades, bancarias en su mayoría, que otorgan el financiamiento requerido por los Proyectos para lo cual deberán analizar e identificar los riesgos particulares de cada uno de estos Proyectos.

4. Estado

El Estado siempre interviene en un *Project Finance* en sus tres niveles de gobierno, ya sea siendo el concedente del Proyecto ante quien la sociedad concesionaria deberá acreditar el cumplimiento de los estándares mínimos de operación y servicio, así como de

la construcción del Proyecto y será el Estado quien otorgará las licencias y autorizaciones que requiere la sociedad concesionaria para viabilizar el Proyecto. A su vez será, el Estado a través de los entes reguladores quien supervise el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

El Estado puede participar también del *Project Finance* otorgando garantías soberanas o quizás cofinanciamientos al Proyecto cuando este no sea del todo rentable para la sociedad concesionaria y los *sponsors*.

5. Constructor

Será la entidad encargada de la construcción del Proyecto para lo cual habría suscrito un contrato de procura, ingeniería y construcción con la sociedad de propósito exclusivo destinado a la ejecución de las obras.

6. Usuarios

Son los beneficiarios directos del Proyecto quienes pagarán una tarifa (si el servicio esta regulado) o un precio (si el servicio no es regulado) y cuyo pago constituirá el flujo de caja del Proyecto que la sociedad concesionaria utilizará para repagar el financiamiento otorgado.

7. Asesores

Especialistas de diversa índole (técnica, financiera, legal) que colaboran con cualquiera de las partes involucradas en la estructuración del *Project Finance* identificando los riesgos y asignándolos eficientemente en el financiamiento del Proyecto.

E. Contratos típicos de los *Project Finance*

1. Contrato de Concesión

El Contrato de Concesión es el documento central en el marco de un *Project Finance* de una obra de infraestructura. En este se regulan las obligaciones principales que toda sociedad concesionaria deberá cumplir y cuyo cumplimiento sustentan su derecho para explotar y operar la referida infraestructura. Es decir que, en la medida que exista el contrato de concesión y por tanto la relación que genera éste entre el Estado y el concesionario, la red compleja de contratos del *Project Finance* también existirá. Es por

esta razón que, es común encontrar en los contratos de concesión cláusulas que regulen la imposición de ciertas disposiciones en los contratos futuros que puedan suscribir el concesionario, como por ejemplo:

- a) La resolución de dichos contratos en caso de caducidad de la concesión,
- b) La posibilidad de ceder la posición contractual del concesionario a favor de terceros,
- c) El impedimento por parte del tercero contratista de iniciar acciones legales contra el concedente, y;
- d) La obligación del tercero contratista de comunicar al concedente el incumplimiento del concesionario en el pago y obligaciones de los contratos conexos.

En otras palabras, el contrato de concesión marcará la pauta y alcance de los demás contratos requeridos para la implementación del Proyecto. Así por ejemplo, al establecer el contrato de concesión que las obras deberán estar culminadas en un plazo no mayor de tres años, este será el plazo que la sociedad concesionaria exigirá al constructor para la culminación de la obra.

La técnica contractual evidencia que las sociedades concesionarias trasladan muchas de sus obligaciones (y con ello las penalidades exigidas) a los contratistas con los que negocia la implementación del Proyecto.

Mención especial merece la cláusula de los “acreedores permitidos” o “acreedores garantizados”, así como “endeudamiento permitido” o “endeudamiento permitido garantizado” en los contratos de concesión.

En virtud de esta cláusula el concedente refiere quienes podrán calificar como financistas de un Proyecto y qué clase de financiamientos son aceptados por el concedente. Sucede en los hechos que muchas veces estas cláusulas no se ajustan a la realidad o no son lo suficientemente amplias para permitir a los financistas no sólo calificar como acreedores permitidos, sino innovar con alternativas que permitan viabilizar (es decir hacer bancable) el Proyecto. Nótese por ejemplo las cláusulas

de acreedores garantizados permitidos y de endeudamiento garantizado permitido utilizadas en el contrato de concesión de un proyecto de infraestructura típico en el Perú:

“Acreedores Permitidos Garantizados

Será (i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro, (ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas, (iii) cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular 025-2006-BCRP, publicada en la edición del Diario Oficial El Peruano el 27 de octubre de 2006, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o cualquier otra circular que la modifique, y adicionalmente las que las sustituyan, en el extremo en que incorporen nuevas instituciones, (iv) cualquier otra institución financiera internacional aprobada por el CONCEDENTE que tenga una clasificación de riesgo no menor a “A”, evaluada por una entidad de reconocido prestigio aceptada por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), (v) cualquier institución financiera nacional aprobada por el CONCEDENTE, clasificada como institución con una calificación de riesgo no menor a “A” por una empresa clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada, (vi) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO, tales como las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), (vii) cualquier patrimonio fideicometido o sociedad titulizadora constituida en el Perú o en el extranjero, (viii) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública. Dicha persona no deberá tener ningún tipo de vinculación con el CONCESIONARIO de conformidad con lo indicado en la Resolución CONASEV 090-2005”

“Endeudamiento Garantizado Permitido

Consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores y/o de dinero tomado en préstamo

de cualquier Acreedor Permitido para su inversión en la Concesión, incluyendo cualquier renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento que se garantice, cuyos términos financieros principales, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización u otros términos similares, hayan sido informados por escrito al Regulador y al Concedente”.

Si bien la definición de acreedor permitido garantizado parece ser bastante amplia (resaltamos que dicha ampliación ha sido reciente debido a constantes requerimientos en la etapa de financiamiento de proyectos), la definición de endeudamiento garantizado permitido es por demás acotada reduciendo la gama de posibilidades de actuación del acreedor garantizado permitido. Resultado: un contrato de concesión, rígido y poco bancable.

Dicha rigidez, es una de las razones por las que, entidades como las Administradoras de Fondos de Pensiones (“AFP”), instituciones que poseen un gran capital no puedan participar activamente del financiamiento de Proyectos en el Perú. Y es que, ciertamente los fondos de pensiones podrían considerar la inversión en infraestructura como una opción para maximizar la rentabilidad de los activos que conforman la cartera administrada, ya que podrían invertir de manera directa o indirecta en infraestructura²⁵:

- a) Inversión indirecta, se podría llevar a cabo a través de la adquisición en el mercado financiero de activos de renta fija o variable de empresas vinculadas a la construcción o gestión de infraestructuras. En este caso, no se asegura que esta financiación se lleve directamente a la promoción de nuevos proyectos. Por ejemplo, la compra de un bono o de acciones emitidas por

una sociedad concesionaria por parte de una AFP.

- b) La inversión directa se concreta a través de la participación en la financiación de proyectos específicos ya sea desde la fase de planificación y concurso de la concesión o en la fase de inversión incorporándose en la financiación del proyecto.

Experiencias como los bonos de infraestructura en Chile²⁶ reflejan que la inversión de las AFP en proyectos de infraestructura son bastante ventajosas para la cartera de activos administrada por los fondos considerando el carácter de largo plazo de los proyectos de inversión, la imagen que se da a la opinión pública en cuanto a la gestión de los fondos de las AFP y la reducción del riesgo político y regulatorio de los proyectos.

Si bien en el Perú existen buenas iniciativas para la creación de vehículos financieros que permitan la inclusión de las AFP en estos Proyectos como lo es el fondo de infraestructura²⁷, la rigidez en las cláusulas de acreedores y endeudamiento permitidos, así como otros aspectos legales han impedido que el fondo de infraestructura funcione de la mejor de las formas y sea ampliamente difundido.

El resultado de la rigidez de la cláusula de acreedores y financiamiento permitido en los contratos de concesión es el encarecimiento y retraso del Cierre Financiero de las concesiones debido a que el concesionario deberá buscar, negociar y suscribir con el concedente una adenda al contrato de concesión en busca de obtener la bancabilidad de su Proyecto.

Otra cláusula de mucho interés para los financistas es la que refiere a “Garantías autorizadas” estas afectan sobre todo a hipotecas sobre la concesión, garantías

²⁵ BBVA Banco Continental. Op. cit. p. 42.

²⁶ En Chile, a inicios de los 90, se regularon los Bonos de Infraestructura como valores mobiliarios representativos de derechos crediticios, emitidos por una sociedad concesionaria de un proyecto de infraestructura. Los bonos tienen como propósito financiar la construcción y/o el mantenimiento de un Proyecto adjudicado a una sociedad concesionaria.

Los Bonos de Infraestructura pueden ser emitidos tanto en la etapa de construcción como en la etapa de operación de un Proyecto.

²⁷ Se trata del Fondo de Inversión en Infraestructura creado por Apoyo Consultoría y Brookfield, con el apoyo de organismos internacionales y del Gobierno peruano, el cual hasta la fecha ha tenido muy pocos proyectos de gran envergadura en los cuales invertir.

mobiliarias sobre los activos de la concesión y garantías mobiliarias sobre las acciones de titularidad de los sponsor en las sociedades concesionarias.

2. Contrato de Construcción o EPC

La común denominación de EPC deviene de la denominación en inglés *Engineering, Procurement and Construction Agreement*. Se trata de los contratos suscritos por la sociedad concesionaria con el constructor en virtud de los cuales este último se encargará de la construcción de la infraestructura que conforma el Proyecto. Este contrato reviste de especial importancia, dado que es en la etapa de construcción donde se requieren las mayores inyecciones de capital y en las cuales se pueden enfrentar los mayores riesgos de incumplimiento. Los contratos de construcción de este tipo de proyectos son en su mayoría llave en mano lo cual significa que el contratista estará a cargo de la construcción integral de la obra del suministro y equipamiento necesario incluyendo la realización de pruebas con lo cual se deberá entregar un proyecto completamente operativo.

A su vez, son contratos a suma alzada lo cual significa que el precio integral de la obra es fijo previendo también la posibilidad de ajustes por costos u obras adicionales.

Normalmente los cronogramas de entregas y pruebas en estos contratos replican las exigencias y plazos previstos en los contratos de concesión.

3. Contratos para el Financiamiento

En este rubro pretendemos incluir a todos los contratos que se podrían suscribir en el marco de la implementación del *Project Finance*. Estos comprenden los contratos de préstamos (casi siempre sindicados debido a lo costoso del financiamiento requerido por el proyecto), los contratos marcos de acreedores en caso se haya estructurado una emisión de títulos valores en el marco del *Project Finance*, y el paquete de garantías solicitadas por los bancos en el marco del financiamiento.

Las cláusulas típicas de los contratos de financiación (sobre todo del préstamo sindicado) regulan: (i) los periodos de interés, márgenes aplicables, (ii) calendarios de amortización, (iii) imputaciones del pago, (iv) declaraciones y garantías de la sociedad concesionaria, (v) suministros de obligación periódica a favor de los financistas, (vi) obligaciones de hacer y no hacer de la sociedad concesionaria, (vii) supuestos de incumplimiento; y, (viii) la cascada de cuentas del Proyecto para el pago del financiamiento (tal es el caso que cada Proyecto tendrá cuentas de pago del principal, intereses, mantenimiento, seguros y disposición restringida).

F. Ventajas y desventajas de la técnica del *Project Finance*

Entre algunas ventajas y desventajas del *Project Finance* tanto para accionistas del concesionario como para los financistas son²⁸:

	Ventajas	Desventajas
Accionistas (sponsors)	<ul style="list-style-type: none"> - Permite salvaguardar los activos del propio accionista al no ser éstos garantía de financiación del Proyecto. - Permite redistribuir los riesgos a otras entidades como los inversionistas financieros. - Permite obtener una mayor capacidad de endeudamiento o de disponibilidad de los recursos al limitar los aportes que deben realizar al Proyecto. 	<ul style="list-style-type: none"> - La estructuración del Proyecto se puede complicar al necesitar estudios adicionales. - El costo del financiamiento puede ser más elevado debido a que se trata de un fondeo sin recurso.
Financistas	<ul style="list-style-type: none"> - Las remuneraciones por comisiones y márgenes son elevadas. - Mantienen en todo momento el control estricto sobre la marcha del Proyecto: disciplina en la estructura y coherencia en las decisiones. 	<ul style="list-style-type: none"> - Asumen determinados riesgos. - Puede darse sin recurso o con recurso limitado de los sponsors.

²⁸ Fuente: Uría Menéndez.

IV. ENTRAMPAMIENTOS DURANTE LA ESTRUCTURACIÓN DEL *PROJECT FINANCE* DE LOS PROYECTOS

Por lo expuesto hasta el momento todo parece indicar que las concesiones sobre Proyectos no sólo son una herramienta dinamizadora de la economía nacional, sino que además cumplen una labor social importante al generar inclusión mediante la optimización de la calidad de vida de la población. Adicionalmente, el financiamiento de estos Proyectos puede ser perfectamente realizado a través de la técnica del *Project Finance*, la cual si bien puede ser un tanto compleja dependiendo de las particularidades del Proyecto, presenta la gran ventaja de distribuir los riesgos inherentes a la obra de infraestructura y de esta manera hace más atractiva la inversión privada en este tipo de empresas.

En el caso peruano existe un régimen de Promoción de la Inversión Privada vigente en las últimas décadas ha tratado y trata de impulsar la inversión de capitales privados en los Proyectos. No obstante ello, la brecha de infraestructura que señalábamos en la parte introductoria de este artículo sigue siendo considerablemente alta en comparación de otros países de la región como Colombia y Chile por ejemplo. ¿A qué podría responder esta situación? Al respecto, la mayoría de sectores involucrados en el proceso de promoción de los Proyectos en el país coincide en señalar que si bien la inversión privada ha incrementado considerablemente en los últimos años dicho incremento no es aun lo suficientemente alto como para acortar en un mediano plazo la brecha de infraestructura del Perú.

La problemática se agudiza cuando los inversionistas privados que se convierten en sociedades concesionarias de Proyectos demoran años en iniciar las obras de un Proyecto, y ello se debe principalmente a los entrampamientos que encuentran en la etapa del cierre financiero de los Proyectos, los cuales se convierten en verdaderos cuellos de botella en el marco de ejecución y explotación de una infraestructura.

Estos entrampamientos pueden tener causas de diversa índole, legales, sociales y culturales, económicas. En la presente sección, intentaremos presentar y describir dichas causas enfocándonos principalmente en aquellas de origen legal.

No obstante, es importante mencionar que: (i) las razones tanto legales, sociales como económicas se encuentran intrínsecamente vinculadas y muchas veces su problemática son dos caras de la misma moneda difícilmente distinguibles y, (ii) esta sección no pretende establecer cómo únicas causas de los entrampamientos de los Proyectos, las razones o problemas aquí mencionados, sino solamente mostrar aquellos que, a nuestro criterio y por nuestra experiencia, podrían ser considerados como los más críticos.

A. Algunas causas de los entrampamientos para el financiamiento de los Proyectos

1. Orden Legal

Sólo para efectos académicos clasificaremos las causas de orden legal en: (i) institucionales, (ii) regulatorias; y, (iii) saneamiento físico - legal.

(i) Institucionales

El gran problema en relación a este aspecto es la falta de institucionalidad a la que se puede enfrentar un inversionista privado que una vez convertido en concesionario de un Proyecto pretende acceder rápidamente al Cierre Financiero correspondiente para iniciar las obras respectivas.

Ciertamente, el concesionario de un Proyecto no tiene una entidad específica a la cual solicitar los permisos y autorizaciones necesarias para iniciar el desarrollo del Proyecto, puesto que Proinversión es la agencia encargada únicamente de promocionar y guiar el proceso de adjudicación al sector privado de un proyecto declarado previamente de interés nacional. La labor principal de Proinversión culmina con la adjudicación del proyecto al postor beneficiario de la buena pro²⁹.

²⁹ Sin perjuicio de ello, Proinversión participa activamente en la suscripción de contratos de inversión, convenios de estabilidad y, en general, en aquellos acuerdos que conformen el régimen de garantías ofrecidos a los inversionistas en el marco de la promoción de la inversión privada.

Sin embargo, el problema no termina con la adjudicación de la buena pro, más bien podríamos decir que inician, el concesionario requerirá gestionar licencias y tener trato directo con los tres niveles de gobierno. En ese escenario, el concesionario se enfrentará a una maraña interminable de solicitudes redundantes y diversas que no serán canalizadas por un sólo agente facilitador, por el contrario el concesionario lidiará con el Regulador de la actividad a desarrollar, con el área encargada de concesiones del sector correspondiente, con la municipalidad y el gobierno regional cada uno con requerimientos específicos distintos y muchas veces para el mismo trámite.

Somos de la opinión que los procedimientos no deben desaparecer completamente, sino que deben ser organizados y canalizados únicamente a través de una entidad pública facilitadora quien se encargue de coordinar con las demás entidades de la administración y que sirva de nexo entre estas y el concesionario, quien a su vez deberá lidiar también con los financistas interesados en el Proyecto.

(ii) Regulatorio

Las causas legales regulatorias se pueden resumir en dos aspectos: (i) exceso y duplicidad de permisos y licencias exigidas; y, recientemente (ii) incertidumbre en cuanto a procesos y consultas que el concesionario deberá realizar.

En relación a los excesos y duplicidad de permisos debemos resaltar la vital importancia de la obtención de estos para el concesionario con miras al financiamiento del Proyecto. Como señaláramos en este artículo, la etapa de construcción de una obra de infraestructura es, no sólo la más costosa y por tanto la que requiere mayor financiamiento, la etapa más riesgosa de todo Proyecto. Ello toda vez que los financistas no recibirán ningún repago de la deuda durante la etapa de construcción y, una vez terminada esta etapa, siempre existe la posibilidad de que el Proyecto no genere el flujo de caja requerido para el pago del financiamiento otorgado.

Considerando lo anterior, es lógico que los financistas soliciten al concesionario contar con los permisos mínimos necesarios que,

aseguren cuando menos la posibilidad de iniciar obras sin mayor contingencia. Entre los permisos requeridos podemos mencionar:

- a) La aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), mediante el cual se determina la posibilidad de generar pasivos ambientales con la construcción y futura explotación del Proyecto y el plan de mitigación que implementará el concesionario, el cual deberá contar con la aprobación de la autoridad correspondiente, hoy Ministerio del Ambiente.
- b) Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), antes emitido por el Instituto Nacional de Cultura hoy Ministerio de Cultura, mediante el CIRA el concesionario acreditará que el Proyecto no afecta ningún resto arqueológico o Patrimonio Cultural de la Nación contando con la aprobación del Ministerio de Cultura la construcción no será detenida durante su ejecución.
- c) Permisos de construcción municipales, que deberán gestionarse con anterioridad al inicio de la construcción ante todas las municipalidades por las cuales el Proyecto atraviesa. Al respecto deberá considerarse, que muchas veces estos permisos solicitan documentos que han sido presentados para la aprobación del CIRA o del EIA generando duplicidades en los requisitos, o que simplemente dependiendo de la municipalidad involucrada en el Proyecto puede suceder que el procedimiento para la obtención de la licencia respectiva no exista por lo que en los hechos el concesionario deberá gestionar con la municipalidad la creación del trámite correspondiente para la emisión del permiso requerido.
- d) Permisos específicos solicitados por el sector correspondiente de la actividad que involucra el procedimiento. El concesionario deberá solicitar ante cada sector competente el permiso necesario para poder realizar la actividad correspondiente. Por ejemplo un concesionario de un terminal portuario deberá solicitar

la habilitación portuaria requerida, mientras que un concesionario de una infraestructura aeroportuaria deberá solicitar la licencia de funcionamiento de aeródromo, la concesionaria de una central de generación solicitará al a concesión definitiva de generación y lo mismo se aplicará para un concesionario de una línea de transmisión.

Es decir, no basta con el título habilitante que se obtiene cuando se suscribe el contrato de concesión como resultado del concurso gestionado ante Proinversión, sino que adicionalmente se deberá gestionar otro título habilitante ante el sector correspondiente, parecería entonces que el derecho que te otorga suscribir un contrato de concesión no es el de ser concesionario de una infraestructura sino la "oportunidad" de acceder a ella para lo cual deberá contar con la aprobación del sector correspondiente. Esto es por demás innecesario máxime si quien suscribe el contrato de concesión como representante del concedente es el sector correspondiente.

Otro problema grave en relación a los procedimientos administrativos que el concesionario deberá cumplir para poder iniciar las obras de un Proyecto, se relaciona con la incertidumbre que este concesionario podría encontrar en dichos procedimientos debido a deficiencias en la regulación por parte del Estado. Claro ejemplo de esto es la recientemente implementada consulta previa para pueblos aborígenes e indígenas.

Mediante la Ley 29785 (la "Ley") y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-2012-MC (El "Reglamento") se establecieron los principios, el contenido y el procedimiento del derecho a consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente. Sin querer ser exhaustivos en el análisis de la Ley y el Reglamento, por no ser objeto del presente artículo, debemos señalar que sus disposiciones se aplican a las medidas administrativas y Decretos Legislativos, éste último por delegación de facultades que dicte el Poder Ejecutivo.

El proceso de consulta a las comunidades indígenas y aborígenes tiene por objeto

alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. Para estos efectos, se deberá implementar un Plan de Consulta que identifique a las comunidades afectadas así como a sus representantes y contemple un mecanismo para la consulta conforme a las costumbres de dichas comunidades.

Cabe mencionar que, medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El problema con el derecho de consulta regulado no es su implementación misma es la falta de herramientas del Estado para: (i) identificar a todas las comunidades indígenas y/o aborígenes en el país y, (ii) saber si quiera cuáles son las costumbres de las comunidades identificadas o contar con un mecanismo válido que permita saber con certeza quienes están válidamente facultados para representarlas.

Esto significa que, el propio Estado podrá otorgar derechos o emitir medidas que podrían afectar los derechos colectivos de estas comunidades ignorando siquiera su existencia y por tanto desconociendo sus derechos. Esta situación implicará que el beneficiario del derecho otorgado por el Estado tenga incertidumbre respecto al beneficio obtenido haciendo más riesgoso y por tanto caro invertir en el país en dichas circunstancias.

No debe malinterpretarse. Lo que se establece en estas líneas no es una posición contraria al respeto a la dignidad de las comunidades indígenas ni a los pueblos aborígenes en el país, únicamente se señala que no es posible que se instauren cargas u obligaciones sobre las cuales ni el propio Estado sabe cómo va a proceder, porque ello, lejos de generar un beneficio a los pueblos, que se pretende proteger ocasiona confusión en cuanto al alcance de sus derechos e incertidumbre respecto de los derechos de otros haciendo que el Estado pierda credibilidad en cuanto a los compromisos asumidos. Esta situación no desincentiva los conflictos sociales, sino por el contrario los acrecienta generando un

espectro confuso de aplicación de derechos no tangibles ni exigibles para ninguna de las partes ni para las comunidades indígenas y aborígenes ni para los inversionistas privados.

(iii) Saneamiento Físico – Legal de los predios comprendidos en el Proyecto

Al igual que los permisos necesarios para iniciar a construir los financistas de un Proyecto solicitarán al concesionario que presente y acredite los derechos, distintos a la concesión, que posee sobre los terrenos afectos al Proyecto. Es así que el concesionario deberá empezar (inclusive antes de solicitar el financiamiento) a obtener los derechos de servidumbre, usufructo, arrendamientos, superficies y demás que fueran necesarios para implementar el Proyecto. Y he aquí el problema principal, la particularidad de una obra de infraestructura es que atraviesa no sólo terrenos habilitados ubicados en ciudades que poseen sistemas de identificación de titularidades sobre predios más o menos sofisticados, sino que atraviesan terrenos que pueden ser rústicos, eriazos, con propietarios desconocidos, de propiedad de entidades públicas, que no cuentan con habilitación y sobre los cuales no hay mayor identificación en el deficiente sistema registral peruano.

En pocas palabras, el catastro no existe en muchas ciudades del país. Esto obliga al concesionario a emprender un largo y tedioso proceso de saneamiento de tierras que involucra normatividad confusa, inoperante y muchas veces inexistente. Así las cosas, puede suceder que el propietario de un terreno (con mucha suerte inscrito en registros públicos) no haya sido realmente propietario o haya transferido con anterioridad a la transferencia que realiza o al derecho que otorga al concesionario quien deberá conciliar con el propietario no inscrito, o puede suceder que el predio sea de propiedad del Estado (que es el concedente del Proyecto, pero que para efectos de otorgar derechos que viabilicen el Proyecto, parece olvidar tal condición) quien emprenderá un proceso para obtener las autorizaciones requeridas para la disposición de esos bienes.

Una vez más, esto genera un enorme costo monetario adicional al concesionario, dilación en el otorgamiento del financiamiento y por tanto encarecimiento de la tasa de interés otorgada en el *Project Finance* por el financista del Proyecto. Mientras tanto, los plazos para el

cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de concesión siguen corriendo y el concesionario deberá cumplirlos si no quiere arriesgarse a la imposición de una penalidad o a la declaración de caducidad del derecho de concesión por parte del concedente.

2. Orden Social

Los problemas que enfrenta la viabilidad de un Proyecto no sólo se limitan a aspectos legales, sucede muchas veces que existe una idea distorsionada o desconocimiento de los beneficios que genera para la población el desarrollo de obras de infraestructura, ello no sólo impacta en las cifras macroeconómicas del país, sino que tiene un correlato directo en la calidad de vida de la población la construcción de infraestructura genera puestos de trabajo y facilita el acceso a bienes y servicios. En ese sentido, es responsabilidad del Estado generar en la ciudadanía una cultura de conocimiento de los beneficios de la infraestructura en un país. Ello ayudaría en parte a reducir los conflictos sociales que existen en torno a este tema.

3. Orden Político

En cuanto a las causas de orden político debemos señalar la importancia de la voluntad política de gestionar e impulsar el desarrollo de los Proyectos sin importar el paso del tiempo, la continuidad en cuanto a políticas de desarrollo (como lo son los Proyectos) es la clave en el desarrollo de un país.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este artículo debemos concluir que, la labor de la promoción de la inversión privada en el Perú no acaba con la adjudicación de un proyecto a un inversionista privado, sino que es ahí donde empieza. Por lo cual, resulta importante que se desarrollen en nuestro país un marco legal predecible, viable y seguro que facilite el financiamiento de Proyectos pensando en su ejecución y operación en el tiempo. La incertidumbre encarece y desincentiva la inversión y la ausencia de inversión genera pobreza y esta desigualdad.

Es por esta razón que consideramos de suma importancia que desde el diseño de los Proyectos se piense en estos como objeto de análisis de riesgo para otorgamiento de financiamiento (que es lo que finalmente los

hace viables), siendo ello así las entidades públicas deberán considerar que los contratos de concesión y todos los niveles de gobierno en general deben apuntar a que los Proyectos sean de interés de los financistas, es decir, sean bancables, ello porque los acreedores del Proyecto son finalmente los inversionistas del mismo. Siendo ello así, es oportuna una revisión legislativa del Régimen de la Promoción de la Inversión Privada que considere:

- a) Un análisis político, económico y social previo para todo Proyecto deberá realizarse desde la etapa de evaluación del mismo lo cual reduce el margen de cuestionamientos posteriores.
- b) Que en la etapa de promoción de los Proyectos deberán contemplarse

procedimientos fast track que permitan el acceso fácil de distintos postores durante diversas etapas del concurso.

- c) Que es altamente conveniente que en la etapa de Cierre Financiero se establezca un procedimiento único para la obtención de permisos contando para ello con una entidad administrativa encargada de centralizar tales autorizaciones únicamente para Proyectos de gran envergadura.

Insistimos, el presente artículo únicamente ha pretendido mostrar parte de la problemática que encuentra un concesionario de Proyectos en el Perú señalando que aun tenemos tareas pendientes por mejorar en cuanto a inversión privada en nuestro país.

EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS Y EL ARTÍCULO 52-A DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES SOBRE INFORMACIÓN FUERA DE JUNTA

Mariano Perú Mayandía^{***}

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El derecho de información es uno de los derechos políticos con los que cuentan los accionistas de las sociedades anónimas, con motivo de su tenencia de acciones, a fin de poder fiscalizar la gestión de los negocios sociales. En ese sentido, este derecho constituye una importante herramienta de control social, que reduce los problemas y costos de agencia que resultan de la separación entre propiedad y control en las sociedades mercantiles.

En el presente artículo, y con motivo de la incorporación del artículo 52-A en la Ley General de Sociedades, el autor examina los derechos de los accionistas, con énfasis en los derechos políticos y el derecho de información, y de su regulación en la Ley General de Sociedades. Considerando esto, analiza y critica los distintos aspectos del nuevo artículo a fin de conocer sus objetivos, implicancias y los cambios que aporta al ordenamiento societario nacional y a la regulación de las sociedades peruanas.

^{*} Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Miranda & Amado Abogados.

^{**} El autor agradece a Daniel Abramovich por sus comentarios al presente artículo.

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de julio de 2010 se promulgó la Ley 29566, ley que modifica diversas disposiciones con el objeto de mejorar el clima de inversión y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias. La exposición de motivos del Proyecto de Ley 3742/2009-PE¹ respectivo señala que “(...) el proyecto de Ley propuesto busca modificar normas (...) con la finalidad de mejorar el clima para la inversión privada y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias”². Entre las diversas disposiciones contenidas en esta ley, se encuentra la incorporación del artículo 52-A³ a la Ley General de Sociedades, relativo al derecho de los accionistas de sociedades anónimas a información fuera de la junta general de accionistas.

Con motivo de la promulgación de esta ley y de la incorporación de este nuevo artículo a la Ley General de Sociedades, a continuación estudiaremos los derechos con los que cuentan los accionistas de las sociedades anónimas, con énfasis en los derechos políticos y, particularmente, en el derecho de información, y la regulación de este derecho en la Ley General de Sociedades. Con esto en cuenta, pasaremos a analizar y criticar los distintos aspectos del nuevo artículo 52-A de la Ley General de Sociedades, a fin de conocer sus objetivos, implicancias (tanto positivas cuanto negativas) y los cambios que aporta al ordenamiento societario nacional y a la regulación de las sociedades anónimas peruanas.

II. LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN

A. Los derechos de los accionistas

La calidad de accionista se adquiere por la propiedad de una o más acciones, según lo

establece el artículo 95 de la Ley General de Sociedades⁴, y esta titularidad le confiere una serie de derechos y obligaciones. Al respecto, se suele clasificar los tipos de derechos con los que cuenta el accionista distinguiendo entre los derechos patrimoniales o económicos y los derechos políticos o administrativos.

En palabras de Mateo Amico, “son derechos patrimoniales los que se corresponden con el interés del accionista de obtener un beneficio a través de la actividad desarrollada por la sociedad”⁵ y “derechos políticos son aquellos mediante los cuales el accionista ejerce los mecanismos que le permiten asegurarse de que la actividad social está efectivamente encaminada a la obtención de rendimientos adecuados. A través de los derechos políticos, al tener injerencia en la marcha social, posibilitan al accionista que pueda obtener de su capital el mayor rendimiento posible”⁶.

Ejemplos de derechos políticos de los accionistas son asistir (por sí o representados) a las juntas de accionistas, votar en ellas, solicitar su convocatoria, el de información, obtener certificaciones de los acuerdos sociales, impugnar los acuerdos, y elegirá los directores y gerentes, entre otros. Estos derechos revisten de gran importancia pues, como señala Enrique Elías, “en la medida en que el accionista persigue un rendimiento efectivo de su capital, necesita los mecanismos que le aseguren que la actividad social está efectivamente encaminada a obtener beneficios económicos adecuados. (...) El objetivo del accionista podría ser obstaculizado o impedido si no tiene injerencia alguna en la gestión social”⁷.

Y son precisamente los accionistas quienes deben poder involucrarse en la gestión de

¹ La Ley 29566 y el Proyecto de Ley 3742/2009-PE, así como su exposición de motivos, pueden ser encontrados en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

² Exposición de motivos del Proyecto de Ley 3742/2009-PE. p. 13.

³ “Artículo 52-A [Ley General de Sociedades]. Derecho del accionista a información fuera de junta.

Las sociedades anónimas deberán proporcionar en cualquier oportunidad, a solicitud escrita de accionistas que representen al menos el cinco por ciento (5%) del capital pagado de la sociedad, información respecto de la sociedad y sus operaciones, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda causar daños a la sociedad.

En caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información, resuelve el juez del domicilio de la sociedad”.

⁴ “Artículo 95 [Ley General de Sociedades]. Acciones con derecho a voto.

La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista (...).”

⁵ AMICO, Mateo. “Derechos y obligaciones del accionista”. En: “Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Derecho Societario”. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 433.

⁶ *Ibid.* pp. 433-434.

⁷ ELÍAS, Enrique. “Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades del Perú”. Trujillo: Normas Legales. 2000. p. 193.

la sociedad y adoptar las decisiones que maximicen el valor de la empresa (con los respectivos límites de competencia, según se prevé en el artículo 111 de la Ley General de Sociedades⁸) porque, como bien señalan Frank Easterbrook y Daniel Fischel, “como titulares de los derechos residuales, los accionistas tienen los incentivos apropiados (...) para tomar decisiones discrecionales. (...) Los accionistas reciben la mayor parte de las ganancias marginales e incurrir en la mayor parte de los costos marginales. Por tanto, tienen los incentivos adecuados para ejercer los poderes discrecionales”⁹.

B. El derecho de información

De conformidad con lo señalado anteriormente, cobra particular relevancia el derecho a fiscalizar la gestión de los negocios sociales y a la administración (compuesta por el directorio y la gerencia) de la sociedad, el cual se encuentra recogido en el inciso 3 del artículo 95 de la Ley General de Sociedades¹⁰, señalando que la acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, entre otros, el derecho a “fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto la gestión de los negocios sociales”, y se materializa a través del ejercicio de los derechos de información y de impugnación de los acuerdos sociales.

Es así como el derecho de información constituye uno de los derechos políticos con

los que cuenta el accionista de una sociedad, con motivo de su tenencia de acciones, a fin de poder fiscalizar la gestión de los negocios sociales. Como señala José Antonio Payet, “la existencia de **información oportuna, completa y veraz** sobre la empresa, sus negocios y su gobierno, es un elemento fundamental para la operación de todo mercado. Si los inversores no tienen acceso a ese nivel de información, otros derechos que les asigne la legislación podrán tornarse **vacíos de contenido**”¹¹ [El énfasis es nuestro]. Asimismo, el derecho de información constituye un derecho de las minorías (aquellos que se reconocen a un determinado porcentaje accionario minoritario), con el cual se las tutela contra los posibles abusos de las mayorías accionarias (que pueden ejercer el control de facto de la sociedad para su propio beneficio).

En ese sentido, nos encontramos de acuerdo con lo manifestado por la Comisión Winter¹² respecto de que “requerir la divulgación de información puede ser una herramienta regulatoria muy poderosa en el Derecho de Sociedades. Mejora la responsabilidad [*accountability*] respecto de y la transparencia de la estructura de gobierno de la sociedad”¹³ y coincidimos con Aníbal Sánchez en que “**el derecho de información (...) constituye una herramienta de control social**, y más particularmente viene a ser el cauce ordinario por cuyo conducto puede acceder el accionista individual al control de la gestión de los administradores”¹⁴ [El énfasis es nuestro].

⁸ “Artículo 111 [Ley General de Sociedades]. Concepto.

La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los **asuntos propios de su competencia** (...) [El énfasis es nuestro].

⁹ EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHEL. “The Economic Structure of Corporate Law”. Cambridge: Harvard University Press. 1991. pp. 67-68.

¹⁰ “Artículo 95 [Ley General de Sociedades]. Acciones con derecho a voto.

La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:
(...)

3. Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales”.

¹¹ PAYET, José Antonio. “Empresa, gobierno corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la protección de las minorías”. En: THEMIS-Revista de Derecho 46. 2003. p. 99.

¹² Comisión de expertos designada en setiembre de 2001 por la Comisión Europea para reformar y modernizar el Derecho Societario en Europa. El 4 de noviembre de 2002 publicó el “Informe Winter sobre Modernización del Derecho Societario en Europa”.

¹³ Informe Winter sobre Modernización del Derecho Societario en Europa. 4 de noviembre de 2002. pp. 33-34.

¹⁴ SÁNCHEZ, Aníbal. “La acción como conjunto de derechos”. En: URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y Manuel OLIVENCIA. “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”. Tomo IV. Madrid: Civitas. 1994. p. 170.

III. EL PROBLEMA DE AGENCIA Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

A. El problema y los costos de agencia

Una relación de agencia (propia de las sociedades anónimas por su característica esencial de separación entre propiedad y gestión), según Michael Jensen, “es un contrato bajo el cual una o más personas –los principales– contratan a otra persona – el agente– para que realice un servicio en su beneficio, que involucra delegar algún grado de discreción al agente. Si ambas partes de la relación buscan maximizar su beneficio personal, (...) el agente no actuará siempre en el mejor interés del principal”¹⁵.

Como bien señala Juan José Martínez, “si bien este tipo de relación (de agencia), persigue primordialmente el beneficio del principal, no necesariamente se producen los resultados perseguidos por éste, debido a la conducta estratégica (oportunistica) desarrollada por el agente, quien va a pretender obtener beneficios adicionales (monetarios o no monetarios) a los previamente establecidos (pactados) con el principal”¹⁶, y con ello el agente puede tomar decisiones que no necesariamente maximizarán la utilidad del principal. A esta situación, generada por la separación entre propiedad y control, se le denomina “problema de agencia”.

Como consecuencia del problema de agencia, se producen los denominados “costos de agencia”. Los costos de agencia son los que resultan de la existencia del problema de agencia y se dividen en el costo directo o pérdida residual, que constituye el monto de ingresos, bienes o riqueza que son transferidos del principal al agente como consecuencia del problema de agencia, y en los que se derivan del esfuerzo del principal para minimizar los costos de agencia. Para reducir el costo directo, el principal puede establecer mecanismos de supervisión que

reduzcan o impidan la conducta desleal del agente.

Según José Antonio Payet, “los conflictos de interés entre administradores y accionistas, la posibilidad de que aquellos, dada la discreción de que gozan, puedan utilizar los recursos sociales en su propio beneficio, y los remedios o soluciones que el derecho ofrece a esta problemática, constituyen un aspecto central del Derecho de Sociedades”¹⁷. Es por ello que **“la Ley General de Sociedades contiene diversas normas orientadas a reducir los costos de información de los principales (los socios), desde el reconocimiento general al derecho de información, hasta el requerimiento concreto de información que debe ser producida por los administradores y efectivamente comunicada a los socios (...) las normas citadas establecen la obligación de producir cierta información y de entregarla a los accionistas. Con esto, se promueve la producción y comunicación de información, que los socios o accionistas encontrarían muy difícil o costoso en obtener”**¹⁸ [El énfasis es nuestro].

El problema de agencia se ve acentuado si existe una gran cantidad de pequeños accionistas, pues ellos serán afectados, además, por el “problema de acción colectiva”, toda vez que “no tienen incentivos para comunicarse con los otros accionistas o para promover decisiones que incrementen los niveles de supervisión y control de los administradores”¹⁹. El problema de la acción colectiva se produce porque los pequeños accionistas se ven afectados simultáneamente por una situación de apatía racional, en la que no les resultará eficiente invertir tiempo y dinero en fiscalizar a la administración de una sociedad que representa una pequeña parte de su portafolio de inversiones, y por un incentivo de polizone o *free rider*, puesto que se beneficiarán (sin un costo para ellos) con la fiscalización de otros accionistas, por lo que les resulta más eficiente esperar a que un

¹⁵ JENSEN, Michael C. “A Theory of the Firm”. Cambridge: Harvard University Press. 2000. pp. 85-86.

¹⁶ MARTÍNEZ, Juan José. “Apuntes sobre el rol del Derecho frente al problema de agencia en las organizaciones”. En: THEMIS-Revista de Derecho 46. 2003. p. 281.

¹⁷ PAYET, José Antonio. Op. cit. p. 81.

¹⁸ MARTÍNEZ, Juan José. Op. cit. p. 284.

¹⁹ Ibid. p. 285.

accionista con un mayor stake o interés en juego decida fiscalizar a la administración de la sociedad antes que hacerlo ellos mismos.

Asimismo, se genera un problema de acción colectiva porque los beneficios obtenidos como resultado de la fiscalización realizada por un accionista a la administración de la sociedad serán obtenidos por la sociedad (por la mejor gestión y mayores resultados posteriores) y luego repartidos entre todos los accionistas, incluso aquellos que no participaron para mejorar la gestión de la sociedad. Por ende, los pequeños accionistas no interiorizarán todos los beneficios obtenidos por su gestión de fiscalización. Es por ello que preferirán ahorrar costos (apatía racional) y les resultará más eficiente no fiscalizar a la administración esperando que otro accionista lo haga (*free rider*).

B. Disposiciones sobre el derecho de información en la Ley General de Sociedades

Según José Antonio Payet, “dada su característica de bien público, la información no será producida y divulgada espontáneamente en la cantidad óptima. Es por ello que es generalmente aceptado que la legislación societaria (...) debe establecer obligaciones de informar a accionistas e inversores, a cargo de las empresas”²⁰.

Previo a la promulgación de la Ley 29566 y la incorporación del artículo 52-A a la Ley General de Sociedades, el derecho general de información de los accionistas de sociedades anónimas se encontraba recogido en los artículos 130²¹ y 224²² de la Ley General de Sociedades. El primero señala que, desde el día de la convocatoria a junta, deben estar a

disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad o en su lugar de celebración, todos los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la misma, pudiendo los accionistas solicitar, antes o durante la celebración de la junta, que le sean facilitados los informes o aclaraciones que estimen necesarios con relación a los asuntos comprendidos en la convocatoria. El segundo faculta a cualquier accionista, a partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria a junta obligatoria anual, a solicitar que le sea facilitada copia gratuita de los estados financieros que se someterán a su consideración.

Al respecto, cierto sector de la doctrina consideraba que el derecho de información tenía un tratamiento excesivamente restrictivo en la Ley General de Sociedades, puesto que en las sociedades que no tenían la calidad de abiertas, el derecho de información se ejercía en la junta general y se limitaba a los asuntos materia de la convocatoria. Si bien accionistas con una participación no menor al veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto podían exigir la convocatoria a junta general, esta facultad no estaba abierta para las minorías con un porcentaje de participación inferior, y la convocatoria a una junta general podía ser un mecanismo engorroso para el acceso a información sobre la marcha de la sociedad.

En ese sentido, los principales cambios que trae el artículo 52-A a la Ley General de Sociedades son los siguientes:

- a) el accionista puede solicitar la información en cualquier oportunidad (no se circunscribe a la celebración de la junta general de accionistas);

²⁰ PAYET, José Antonio. Op. cit. p. 99.

²¹ “Artículo 130 [Ley General de Sociedades]. Derecho de información de los accionistas. Desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad. Los accionistas pueden solicitar con anterioridad a la junta general o durante el curso de la misma los informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en la convocatoria. El directorio está obligado a proporcionárselos, salvo en los casos en que juzgue que la difusión de los datos solicitados perjudique el interés social. Esta excepción no procede cuando la solicitud sea formulada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”.

²² “Artículo 224 [Ley General de Sociedades]. Derecho de información de los accionistas. A partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria a la junta general, cualquier accionista puede obtener en las oficinas de la sociedad, en forma gratuita, copias de los documentos a que se refieren los artículos anteriores”.

- b) la información solicitada puede ser respecto de la sociedad y sus operaciones (no sólo de los temas a ser tratados en la junta); y
- c) el requisito que deben cumplir los accionistas solicitantes es representar como mínimo el cinco por ciento del capital pagado de la sociedad.

Según la exposición de motivos del Proyecto de Ley 3742/2009-PE, la incorporación del artículo 52-A a la Ley General de Sociedades busca “asegurar el derecho de los inversionistas a ser informados adecuadamente de la marcha societaria y de todos los actos o acuerdos que puedan causarles perjuicios económicos y facultarlos para tomar acciones legales para resarcir dichos perjuicios. Estas disposiciones crearán mayor confianza para el accionista minoritario y, por ello, alentarán la participación de nuevos inversionistas en las empresas”²³. En ese sentido, se pretende dar una mayor transparencia y acceso a la información en las sociedades anónimas.

Consideramos que si bien el fin de la norma es deseable pues permitirá una mayor fiscalización de la administración por parte de los accionistas, reduciendo así el problema y los costos de agencia, y mejorando la gestión de la sociedad, consideramos que cabe hacer una serie de comentarios y críticas a esta nueva disposición normativa, pues deberían hacerse algunos cambios al artículo 52-A de la Ley General de Sociedades a fin de que este pueda cumplir a cabalidad con los objetivos que se propone.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 52-A DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

A. Legitimación activa del accionista solicitante y mínimo requerido para solicitar información

El artículo 52-A de la Ley General de Sociedades prevé que estarán legitimados para solicitar información fuera de junta los accionistas que “representen al menos el

cinco por ciento (5%) del capital pagado de la sociedad”. Consideramos que esta valla mínima es irracional por dos razones.

1. Remisión a un porcentaje del capital pagado de la sociedad

En primer lugar, al remitirse a un porcentaje del **capital pagado** de la sociedad, esta disposición legitimaría a solicitar información incluso a aquellos accionistas que tienen sus derechos políticos suspendidos, cuando, como explicamos anteriormente, precisamente **el derecho de información constituye un derecho político** de los accionistas. Como bien señalan Uría, Menéndez y García de Enterría, es un “**derecho de carácter esencialmente político y funcional (...) el de información**”²⁴ [El énfasis es nuestro].

En ese sentido, si los derechos políticos de un determinado paquete accionario se encontraran suspendidos (por mandato judicial, por ejemplo), no podría ejercerse el derecho de información respecto de esas acciones y el accionista no podría contar con ellas para alcanzar la proporción mínima de acciones requerida para formular el pedido; así como, de igual manera, no podría solicitar la convocatoria a junta general de accionistas o votar en la junta respecto de esas acciones, por mencionar algunos ejemplos.

Por ende, somos de la opinión que, dado que el derecho de información constituye un derecho político, el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades debería interpretarse restrictivamente en el sentido de que estarán legitimados los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital pagado de la sociedad, tomando en cuenta para este cálculo únicamente a las acciones que tengan sus derechos políticos vigentes. No obstante, esto será difícil dado que la disposición literal es muy clara, por lo que consideramos que cabría hacer una modificación al artículo en ese sentido.

2. Inconsistencia con las demás disposiciones de la Ley General de Sociedades

²³ Exposición de motivos del Proyecto de Ley 3742/2009-PE. p. 13.

²⁴ URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA. “La sociedad anónima: La acción en general”. En: URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. Segunda edición. Madrid: Civitas. 2006. p. 823.

En segundo lugar, el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades es inconsistente con los porcentajes de acciones exigidos en los demás artículos de la parte general del Libro Segundo (Sociedad Anónima) de la Ley General de Sociedades, aplicables a todas las sociedades, y que protegen a accionistas minoritarios, como lo son los artículos 113 (“veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”), 117 (“veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”), 130 (“veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”), 131 (“veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”), 138 (“veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”), 145 (“veinte por ciento del capital suscrito”), 181 (“un tercio del capital social”), 226 (“diez por ciento de las acciones suscritas con derecho de voto”), 227 (“diez por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto”) y 231 (“veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto”) de la Ley General de Sociedades.

De los citados artículos podemos notar que existe bastante inconsistencia en el tratamiento de la defensa de los derechos que pueden invocar los accionistas minoritarios en la Ley General de Sociedades. No obstante, advertimos que priman las cifras de **veinte y veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto**, ya que se considera que es una cifra aceptable para proteger a las minorías en nuestro ordenamiento societario (como desarrollaremos más adelante).

Así, coincidimos con María Eugenia Yábar en la crítica que realiza al artículo 52-A de la Ley General de Sociedades: “No logro comprender en base a qué criterio objetivo el legislador optó por imponer como requisito el mínimo del 5% del capital social para solicitar información fuera de la [junta general de accionistas]. Si lo que se buscaba era proteger al minoritario (...), entonces la exigencia del 5% no es coherente y tampoco logra dicho objetivo”²⁵.

B. Oportunidad, costos y abuso de la solicitud de información

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, como bien señala Mateo Amico, “la obtención de la información solicitada por los socios tiene un valor, tanto desde la perspectiva del costo que implica su producción y ordenamiento, cuanto desde la relativa al valor intrínseco de esa información, en aquellos casos en que está relacionada con asuntos de naturaleza reservada”²⁶.

El nuevo mínimo de porcentaje accionario requerido, de cinco por ciento del capital pagado de la sociedad, permite que casi cualquier accionista o grupo de accionistas solicite información respecto de la sociedad y sus operaciones. Esto se debe a que las empresas peruanas son de accionariado concentrado. Como señala José Jiménez, “el sector empresarial peruano está conformado, básicamente, por empresas con propiedad accionaria concentrada, lo cual significa que el mayor porcentaje de las acciones representativas del capital social se encuentra bajo el control de grupos familiares o grupos de inversionistas nacionales y extranjeros”²⁷, agregando que “las empresas peruanas tienen accionariado concentrado en su mayoría en niveles muy elevados y en su minoría con niveles relativos”²⁸.

La obtención de información respecto de la sociedad y sus operaciones, en cualquier momento, por parte de accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital pagado de la sociedad, podría acarrear importantes costos para la administración de la sociedad, para atender las solicitudes de información de los accionistas, con el correspondiente gasto en personal y recursos. Así, como señala María Eugenia Yábar, “si el único requisito para solicitar información a la sociedad es reunir un porcentaje mínimo, entonces significaría que no habría ningún límite para el ejercicio de este derecho, lo que podría originar un estancamiento de la eficiencia administrativa de la sociedad”²⁹.

²⁵ YÁBAR, María Eugenia. “¿Un paso adelante o un paso atrás?”. En: Enfoque Derecho. 10 de agosto de 2010. En: <http://enfoquederecho.com/%C2%BFun-paso-adelante-o-un-paso-atras/>

²⁶ AMICO, Mateo. Op. cit. pp. 453-454.

²⁷ JIMÉNEZ, José. “Una posible explicación sobre la concentración de la propiedad accionaria en las empresas peruanas”. En: *Ius et Veritas* 28. 2004. p. 77.

²⁸ *Ibid.* p. 80.

²⁹ YÁBAR, María Eugenia. Op. cit.

Asimismo, esta serie de costos repercutirán en un menor retorno en dividendos producto de las ganancias para todos los accionistas. Dado que este costo será compartido por todos los accionistas, los accionistas que soliciten la información no internalizarán todos los costos de obtener la información, sino que los externalizarán a la sociedad y, por ende, indirectamente a todos los accionistas que soliciten información; no tendrán un incentivo para utilizar el derecho de información responsable y austeramente.

Por otro lado, la posibilidad de que prácticamente cualquier accionista pueda solicitar información en cualquier momento, sin necesidad de sustentarlo y a un escaso costo, es perjudicial para las sociedades anónimas, puesto que podría permitir el abuso del derecho de información por parte de accionistas cuyo objetivo sea entorpecer la marcha de la sociedad.

Sin embargo, compartimos la opinión de José Antonio Payet respecto de que si bien “una excesiva amplitud del derecho a la información podría prestarse a abusos de las minorías, (...) la transparencia debe ser una obligación permanente y absoluta. Evidentemente, existe siempre la posibilidad del ejercicio abusivo de un derecho. Sin embargo, esa conducta es antijurídica y el Derecho cuenta con los mecanismos necesarios para ponerle freno”³⁰.

Una solución propuesta por María Eugenia Yábar es “establecer el requisito de oportunidad en que los accionistas puedan solicitar información fuera de la [junta general de accionistas], ya que ello permitiría que la sociedad se organice de tal forma, que pueda satisfacer la demanda de información de los accionistas, sin que ello signifique un perjuicio para la sociedad”³¹. No obstante, consideramos que la medida propuesta por la autora consiste en una mera remisión al artículo 130 de la Ley General de Sociedades, que ya no tiene lugar dentro de la nueva regulación sobre solicitudes de información.

Nuestra propuesta ante este problema sería que el precio por la información deba ser

asumido por el accionista solicitante, toda vez que el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades señala que “las sociedades anónimas deberán **proporcionar** en cualquier oportunidad (...) información respecto de la sociedad y sus operaciones” [El énfasis es nuestro]. De esto se desprende que la obligación de la sociedad se limita a poner la documentación a disposición de los accionistas, no a proporcionarles copias de esos documentos, por lo que podrá entregar la información exigiendo el pago del costo de su medio de reproducción o negarse a proporcionarlas. Asimismo, creemos que la sociedad debería poder negarse a brindar información pública que pueda ser obtenida por el propio accionista, o trasladarle a este último el costo por las averiguaciones especiales o extraordinarias que le encargase (con su previo aviso y consentimiento).

Consideramos que de esta forma se desincentivarían los posibles pedidos frívolos o malintencionados de los accionistas, puesto que internalizarían los costos que generen, antes de producir externalidades que deberán ser asumidas por la sociedad y, últimamente, por todos los accionistas, incluso aquellos que no solicitaron ni recibirán la información, o que fueron diligentes en informarse sobre la marcha de la sociedad, asistiendo a las juntas generales de accionistas, por ejemplo.

C. **Carácter reservado y confidencialidad de la información**

La confidencialidad de la información solicitada y proporcionada a los accionistas siempre es un asunto de particular importancia. Esto se debe a que, como señala Mateo Amico, “tal información es de propiedad de la sociedad (...) y puede tener un importante valor para ella. El suministro de esta información reservada o secreta supondría para la sociedad el desprendimiento de una propiedad”³².

Al respecto, el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades establece que la información respecto de la sociedad y sus operaciones será proporcionada a los accionistas legitimados “siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda causar

³⁰ PAYET, José Antonio. Op. cit. pp. 100-101.

³¹ YÁBAR, María Eugenia. Op. cit.

³² AMICO, Mateo. p. 454.

daños a la sociedad”, y que en caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información resolverá el juez del domicilio de la sociedad.

Consideramos que es particularmente riesgoso el hecho de que pueda pedirse información sobre cualquier asunto respecto de la sociedad y sus operaciones y no sólo sobre lo que será discutido en la junta general de accionistas. Según Mateo Amico, “la normativa societaria suele establecer limitaciones en cuanto a tal derecho, fundamentalmente con el propósito de evitar (...) que como consecuencia de tal ejercicio, por tratarse de información secreta o reservada, pueda verse perjudicada la sociedad por el indebido uso que se haga de la misma”³³. En el caso de nuestra Ley General de Sociedades, con la inclusión del nuevo artículo 52-A advertimos que la proporción mínima de acciones necesaria para formular el pedido difícilmente constituye una limitación para evitar la solicitud indiscriminada de información reservada, por la alta concentración del accionariado de las sociedades peruanas.

No obstante, el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades prevé con acierto que en caso los accionistas soliciten información relativa a hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda causar daños a la sociedad, la administración no estará obligada a proporcionársela. En esos casos, los accionistas podrán acudir al juez que determinará el carácter reservado o confidencial de la información en el caso particular, y la consiguiente obligación, de haberla, de la sociedad de facilitar dicha información a los accionistas solicitantes. Adicionalmente, la sola posibilidad de tener que acudir a un proceso judicial para obtener esta información disuadirá a los accionistas malintencionados de solicitar información confidencial sin una legítima razón.

En ese sentido, creemos que la inclusión de esta provisión en el artículo 52-A de la Ley

General de Sociedades es acertada, puesto que cumple el objetivo de limitar el derecho de información de los accionistas, para que no abusen de él, y para proteger a la sociedad de posibles perjuicios que acarrearía la divulgación de información reservada.

D. Ubicación sistemática del artículo 52-A en la Ley General de Sociedades

Otro aspecto que ha suscitado críticas ha sido la ubicación del artículo 52-A en la Sección Primera (Disposiciones Generales) del Libro Segundo (Sociedad Anónima) de la Ley General de Sociedades. Al respecto, María Eugenia Yábar ha señalado que “tendría mucho más sentido que la inserción del artículo propuesto se hiciera luego del artículo 130 del Título I, que está referido al derecho de los accionistas de solicitar información de los asuntos que van a ser tratados en la [junta general de accionistas]. De esta forma existiría un orden más lógico en la organización de las normas contenidas por la [Ley General de Sociedades]”³⁴.

Recordemos que, en palabras de Marcial Rubio, “según el método sistemático por ubicación de la norma, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto, grupo normativo, etcétera; en el cual se halla incorporada, a fin de que su “qué quiere decir” sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa”³⁵. Así, “el método sistemático por ubicación de la norma interpreta aplicando el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que sirven para dar “medio ambiente” a la norma dentro de su grupo o conjunto normativo”³⁶.

Es por lo señalado que no compartimos la posición de María Eugenia Yábar, puesto que, a diferencia del artículo 130 de la Ley General de Sociedades, que se encuentra ubicado en la Sección Cuarta (Órganos de la Sociedad) del Libro Segundo (Sociedad Anónima) y que, por ende, se remite exclusivamente a lo que sucede con razón de la celebración de la junta

³³ *Ibidem*.

³⁴ YÁBAR, María Eugenia. Op. cit.

³⁵ RUBIO, Marcial. “El sistema jurídico. Introducción al Derecho”. Décima edición. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009. p. 245.

³⁶ *Ibid.* p. 247.

general de accionistas (como lo es solicitar y proporcionar información respecto de la misma), el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades tiene un enfoque más amplio y no sólo se remite a la información con motivo de la junta. Por ende, consideramos que se encuentra ubicado acertadamente, a fin de lograr los objetivos que se propone.

E. El Proyecto de Ley 3742/2009-PE y el derogado artículo 261 de la Ley General de Sociedades

La principal razón por la cual el nuevo artículo 52-A de la Ley General de Sociedades cuenta con los problemas descritos es que se basó en el Proyecto de Ley 3742/2009-PE, elaborado por el Ejecutivo, y que tenía como propósito **regular exclusivamente a las sociedades que cotizan sus acciones en bolsa**, como se señala en el artículo 3 del Proyecto de Ley³⁷, pero durante su paso por el Congreso de la República se acordó extender su aplicación a todas las sociedades anónimas.

A mayor abundancia, la exposición de motivos del Proyecto de Ley señala que “el objetivo es evitar que [las] sociedades, **que captan capitales del público** inversionista, participen en transacciones perjudiciales por responder al beneficio de los grupos que las controlan. Se busca asegurar el derecho de los inversionistas a ser informados adecuadamente de la marcha societaria y de todos los actos o acuerdos que puedan causarles perjuicios económicos y facultarlos para tomar acciones legales para resarcir dichos perjuicios. Estas disposiciones crearán mayor confianza para el accionista minoritario y, por ello, alentarán la participación de nuevos inversionistas en las **empresas que cotizan sus acciones en bolsa**, lo que redundará en un fortalecimiento del mercado de valores”³⁸ [El énfasis es nuestro].

No obstante, lo que sucedió en realidad es que se amplió la aplicación del artículo

261 de la Ley General de Sociedades³⁹ (aplicable sólo a las sociedades anónimas abiertas) a todas las sociedades anónimas, artículo que fue derogado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, publicada el 28 de julio de 2011, un año después de la promulgación de la Ley 29566. Es por ello que el resultado ha sido una discordancia entre el objetivo del Proyecto de Ley 3742/2009-PE y el artículo 52-A efectivamente promulgado en la Ley 29566 e incorporado a la Ley General de Sociedades.

Si bien la disposición contenida en el artículo 261 de la Ley General de Sociedad era acertada para las sociedades anónimas abiertas, que tienen un accionariado más difundido, somos de la opinión que no puede extenderse un criterio de sociedades anónimas abiertas a todas las sociedades anónimas; particularmente a las sociedades anónimas cerradas, que tienen un accionariado más concentrado y un mayor elemento personal. En todo caso, si esta disposición iba a aplicarse a todas las formas societarias, consideramos que, como ya señalamos anteriormente, el porcentaje mínimo de acciones requerido para solicitar información fuera de junta debió ser igual al utilizado en las demás disposiciones de protección de los accionistas minoritarios contenidas en la parte general del Libro Segundo (Sociedad Anónima) de la Ley General de Sociedades, es decir, veinte o veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

V. CONCLUSIÓN

El derecho de información constituye uno de los derechos políticos con los que cuenta el accionista a fin de poder fiscalizar la gestión de los negocios sociales y a la administración de la sociedad y es, por ende, una importante herramienta de control social. Al respecto, el

³⁷ “Artículo 3 Proyecto de Ley 3742/2009-PE. Derecho del accionista a información fuera de junta. Las sociedades con acciones inscritas en rueda de bolsa, deberán proporcionar en cualquier oportunidad, a solicitud escrita de accionistas que representen al menos el cinco por ciento (5%) del capital pagado de la sociedad, información respecto de la sociedad y sus operaciones, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda causar daños a la sociedad”.

³⁸ Exposición de motivos del Proyecto de Ley 3742/2009-PE. pp. 13-14.

³⁹ “Artículo 261 [Ley General de Sociedades]. Derecho de información fuera de junta.

La sociedad anónima abierta debe proporcionar la información que le soliciten, fuera de junta, accionistas que representen no menos del cinco por ciento del capital pagado, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad.

En caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información resuelve la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores”.

artículo 52-A de la Ley General de Sociedades pretende dar una mayor transparencia y acceso a la información en las sociedades anónimas. Según la exposición de motivos del Proyecto de Ley 3742/2009-PE, su incorporación en la Ley General de Sociedades busca asegurar el derecho de los inversionistas a ser informados adecuadamente de la marcha societaria y de los actos que puedan causarles perjuicios y facultarlos para tomar acciones legales, con el objetivo de crear mayor confianza para el accionista minoritario y alentar la participación de nuevos inversionistas.

Consideramos que la finalidad del artículo 52-A de la Ley General de Sociedades, si bien es deseable pues permitirá una mayor fiscalización de la administración por parte de los accionistas, reduciendo así el problema y los costos de agencia y mejorando la gestión de la sociedad, tiene ciertas deficiencias en su formulación, particularmente en cuanto a la legitimación activa del accionista solicitante y mínimo requerido para solicitar información,

y respecto de la oportunidad y costos para solicitar y proporcionar la información, por lo que cabría realizar algunos cambios al artículo bajo comentario para que éste cumpla con sus objetivos y sea un mecanismo efectivo de control social, sin llegar a ser excesivamente gravoso para la sociedad.

En ese sentido, si bien coincidimos con José Antonio Payet en que “dada la importancia de la información para (...) la adecuada protección de los derechos sustantivos de los accionistas, es necesario que se refuercen las disposiciones legales en materia de derecho a la información, permitiendo a accionistas con tenencias menores el acceso a la información societaria fuera de junta general”⁴⁰, las disposiciones legales en materia de derecho a la información –en este caso el artículo 52-A de la Ley General de Sociedades– deben ser cuidadosamente formuladas, de manear tal que constituyan una efectiva protección de los derechos de los accionistas, sin descuidar los intereses legítimos y dignos de tutela de las sociedades.

⁴⁰ PAYET, José Antonio. Op. cit. p. 103.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ARBITRAJE
CIVIL
CONTRATACIÓN PÚBLICA

CORPORATIVO
PROPIEDAD INTELECTUAL
SEGUROS

Avenida Arequipa 2327 / Lince, Lima 14 - Perú
Teléfono y facsímil: (00-51-1) 422-6152 / (00-51-1) 441-4166
e-mail: estudio@castillofreyre.com / web site: <http://www.castillofreyre.com>



MIRANDA & AMADO
ABOGADOS

Av. Larco 1301 Piso 20, Torre Parque Mar
Miraflores - Lima 18, Perú
Tel. (511) 610 - 4747 / Fax. (511) 610 - 4748

www.mafirma.com.pe

LA EJECUCION DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Gonzalo Bonifaz Tweddle*
Ex miembro de THEMIS

Dentro del marco de las Naciones Unidas (ONU), la Corte Internacional de Justicia se encarga de resolver los conflictos en los que incurren los Estados, por diversas causas. Uno de los temas importantes y en los que la Corte Internacional de Justicia emite jurisprudencia, son los conflictos territoriales.

Actualmente, Perú viene siendo un Estado-parte en la controversia del límite marítimo con nuestro país vecino, Chile. En ese sentido, el autor nos explica en qué medida los fallos de la Corte Internacional de Justicia son acatados por los Estados, lo cual nos permitiría visualizar un escenario próximo en el Derecho Internacional peruano.

* Diplomático. Actual miembro de la Representación Permanente del Perú ante las Naciones Unidas en Nueva York.

Se puede comenzar el presente artículo afirmando sin temor a equivocarse que la Corte Internacional de Justicia (en adelante la "Corte") constituye uno de los pilares del Estado de Derecho¹. Así, a través de sus fallos determina el alcance de los derechos y obligaciones de las partes en las controversias, a la vez que identifica, desde una perspectiva más general, el contenido y la correcta interpretación de la normatividad internacional.

Sin embargo, existe un desbalance en la forma cómo se ha estudiado a la Corte y su labor. Así, los medios académicos suelen prestar mayor atención a la parte institucional (estructura, composición y funcionamiento de la Corte) y a las discusiones jurídico-sustantivas (materias objeto de las controversias), que a la etapa de ejecución, es decir, luego que el fallo es pronunciado y las partes en el litigio deben cumplirlo (lo que en inglés se denomina como "*post adjudicatory phase*")².

Quizá ello sea producto de la fuerza e influencia que tiene la Corte en el Sistema Internacional y de la confianza que ésta se ha sabido ganar a lo largo de los años entre los Estados, así como por el cumplimiento que éstos, cuando han sido partes en un litigio, le han dado a sus fallos³.

No obstante ello, debe reconocerse que también se han presentado situaciones puntuales en las que los Estados no han cumplido o han postergado, por largo tiempo, el cumplimiento de los fallos de la Corte. Este fenómeno, como se verá más adelante, puede ser resultado de diversos elementos sistémicos que de algún modo u otro contribuyen a que ello ocurra (en razón de la estructura institucional de las Naciones Unidas). Adicionalmente, existen múltiples elementos en cada caso (por ejemplo, la conducta de los Estados en la controversia, la forma como plantean el caso a la Corte, el contenido mismo del fallo, el tipo de fallo que emite la Corte, factores políticos e históricos involucrados, la presión internacional, entre otros), que influirán al momento de tener que hacer un balance general sobre la eficacia del sistema de ejecución⁴.

La ejecución de los fallos de la Corte presenta, entre otras, las siguientes interrogantes que atañen no sólo a los Estados involucrados en una controversia sino a la comunidad internacional por sus implicaciones en el marco de Naciones Unidas: ¿Qué diferencias existen entre una decisión y un fallo de la Corte? ¿Los Estados están obligados a ejecutar los fallos de la Corte? ¿Qué

¹ "Quisiera abordar dos aspectos fundamentales en materia del fortalecimiento del Estado de Derecho en el plano internacional. El deber que tienen los Estados de no recurrir a la amenaza o uso de la fuerza; y en segundo lugar, el trascendente papel que tienen los mecanismos de solución pacífica de controversias. Para preservar a las generaciones venideras del flagelo y consecuencias de las guerras los Estados se obligan a abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza de cualquier forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Esta obligación prevé que los Estados solucionen sus controversias por medios pacíficos para evitar que se pongan en riesgo la paz y la seguridad internacionales. En esta tarea destaca la labor que desempeña la Corte Internacional de Justicia como órgano judicial principal del Sistema de Naciones Unidas para resolver las controversias entre los Estados". Intervención del Representante Permanente del Perú en el Consejo de Seguridad durante el Debate Abierto sobre "El Estado de Derecho", 19 de enero de 2012. En cuanto a la relación entre la labor de la Corte y sus actividades encaminadas al fortalecimiento del Estado de Derecho se puede consultar: A/66/749 (En aras de la justicia: un programa de acción para reforzar el estado de derecho en los planos nacional e internacional); A/63/226 (Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho); A/63/64 (El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional).

² "Considering the voluminous literature on international judicial and arbitral settlement, it may at first seem surprising that there has been relatively little interests shown by international lawyers in the problem of enforcement of the decisions rendered (...) These factor, political or doctrinal, indicate that problems of execution and enforcement cannot be overlook in appraising international adjudication (...) If enforcement measures are not available or if they are inadequate, the sense of frustration is compounded, not only to the detriment of the rule of law but also quite possible to an extent that may involve a direct threat to international peace". SCHACHTER, Oscar. "The enforcement of international judicial and arbitral decisions". En: American Journal of International Law 54. 1960. pp. 1-24; AZAR, Aida. "L'exécution des décisions de la Cour Internationale de Justice". Bruselas: Bruylant. 2003. p. 25.

³ "However, the Court's contribution to the maintenance of peace and international security is measured not only against the yardstick of the confidence placed in it by States in submitting their disputes to it, but also through the action taken by the parties to the dispute concerned following the Court's decision". United Nations. "The International Court of Justice. A publication of the Registry of the ICJ". La Haya: 2006. p. 219.

⁴ Respecto a las distintas teorías que buscan explicar por qué los Estados están dispuestos o no a cumplir un fallo de la Corte de manera voluntaria se puede consultar: FRANK, Thomas. "Enforcement and judicial credibility. Judges Conference on the future of the world court". Nueva York: Universidad de Nueva York. Abril. 1970.

naturaleza tiene un fallo de la Corte? ¿Quién se encarga de ejecutar los fallos? ¿Qué sucede cuando un Estado no ejecuta un fallo? ¿Qué mecanismos se han previsto para asegurar el cumplimiento de un fallo? ¿Qué papel cumple las Naciones Unidas respecto de la ejecución de un fallo? ¿Cuál es el marco de actuación del Consejo de Seguridad en virtud de la Carta de las Naciones Unidas? ¿Qué medidas puede adoptar el Estado afectado? ¿Cómo se regula en el Perú la ejecución de un fallo de la Corte?

Es por ello que resulta oportuno analizar la etapa de ejecución de los fallos de la Corte, ya que éste permitirá tener un panorama más claro, y por ende estar mejor informados en la toma de decisiones sobre los escenarios que se pudieran plantear frente a un eventual incumplimiento, así como de los recursos que el Derecho Internacional provee a fin de afrontar tal situación⁵.

I. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA COMO ÓRGANO PRINCIPAL EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: ORIGEN Y FUNCIONES

El artículo 7 de la Carta establece que las Naciones Unidas⁶ estará conformada

por los siguientes órganos principales: (i) la Asamblea General; (ii) el Consejo de Seguridad; (iii) el Consejo Económico y Social; (iv) el Consejo de Administración Fiduciaria; (v) la Corte Internacional de Justicia; y (vi) la Secretaría. La Carta no establece una jerarquía entre los citados órganos principales, de manera que ninguno puede primar sobre el otro⁷. Así, se ha buscado fijar un criterio de competencias en función de la especificidad de la labor que a cada uno se le ha asignado (criterio de *lex specialis*), y en algunos casos se han previsto disposiciones expresas para establecer competencias excluyentes a favor de un órgano específico⁸.

Existen situaciones que puedan ser abordadas de manera simultánea por más de un órgano. En estos casos, no es que se presente un conflicto de competencias, ya que cada órgano analizará la temática y actuará en el marco de las funciones que tiene asignadas⁹. Así, por ejemplo, el Consejo de Seguridad abordará los temas desde una perspectiva política (de mantenimiento de la paz y seguridad) mientras que la Corte lo hace desde la jurídica conforme a su Estatuto, lo que no significa desconocer

⁵ "It has been considered that failure to fulfill obligations under a judgment of the ICJ undermines the judicial authority of the principal judicial organ of the UN. Therefore, the UN organs must ensure respect for the rule of law and the mission of the organization, especially because the ICJ has no power to enforce its judgments. Art. 94 provide a formal machinery of enforcement of its judgments"; AMR, Mohamed Sameh. "The role of the International Court of Justice as the principal judicial organ of the United Nations". La Haya: Kluwer Law International. 2003. p. 38.

⁶ El Perú aprobó la Carta mediante Resolución Legislativa 10255, del 15 de octubre de 1945, y depositó el instrumento de ratificación el 31 de octubre de 1945.

⁷ "It is important to notice that the Charter does not create any hierarchical relationship between the principal organs. Consequently, through Article 7, paragraph 1, of the Charter the Court is par inter pares among the principal organs of the United Nations". ROSENNE, Shabtai. "The Law and practice of the International Court 1920-1996". La Haya: Martinus Nijhoff Publishers. 1997. p. 113; "There is no hierarchy between principal organs, at least not between the ICJ and the Security Council and a General Assembly, and the relationship between them is based on the principle of equality (...) The Court has forged its own conception of its role as a principal organ of the UN system. The basic principle in the relations between it and the other principal organs has been stated to be one of coordination and functional cooperation in the attainment of the common goals of the organization, not of competition or mutual exclusion". ZIMMERMANN, Andreas. "The Statute of the International Court of Justice: A commentary". Oxford: Oxford University Press. 2006. pp. 88-89.

⁸ Por ejemplo, el artículo 12 de la Carta establece que mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta respecto de una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad. "Sin embargo, ni la Carta ni el Estatuto contienen disposiciones análogas al artículo 12 de la Carta que delimiten la competencia de la Corte o que establezcan la relación entre la Corte y los otros órganos principales de la Organización. Sólo la práctica de la Corte y su jurisprudencia serán capaces de aportar los elementos de clarificación necesarios". COT, Jean Pierre y Alain PELLET. "La Charte de Nations Unies: Commentaire article par article". Paris: Economica. 2005. p. 1949 (traducción libre).

⁹ "The Charter accordingly does not confer exclusive responsibility upon the Security Council for the purpose [en referencia al mantenimiento de la paz y seguridades internacionales]. While in Article 12 there is a provision for a clear demarcation of functions between the General Assembly and the Security Council, in respect of any dispute or situation, that the former should not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requires, there is no similar provision anywhere in the Charter with respect to the Security Council and the Court. The Council has functions of a political nature assigned to it,

que existen elementos políticos en las discusiones jurídicas y viceversa¹⁰.

Siguiendo lo dispuesto por la Carta, la Corte constituye el órgano judicial principal de las Naciones Unidas¹¹, y su Estatuto, anexo a la Carta, forma parte integral de ésta¹². Así, el artículo 1 del Estatuto de la Corte es considerado: "(...) to be an introduction to the Statute and affirms the link between the Charter and the Statute which is derived from the integrated relationship between the ICJ and the UN. Accordingly, the Charter and the Statute should be read as one instrument"¹³.

La decisión de separar el Estatuto de la Corte en un instrumento aparte de la Carta tiene un fundamento técnico, en tanto que hubiera significado incrementar sustantivamente el

número de artículos dedicados a este órgano principal de las Naciones Unidas a diferencia de los demás órganos, pudiendo generarse con ello un aparente desbalance entre éstos¹⁴.

En cuanto a las decisiones de la Corte, el artículo 36 de su Estatuto establece que ésta deberá decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, para lo cual aplicará: (i) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (ii) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (iii) los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de

whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events (...) The Court is asked to pass judgment on certain legal aspects of a situation which has also been considered by the Security Council, a procedure which is entirely consonant with its position as the principal judicial organ of the United Nation. As to the inherent right of self defense, the fact that it is referred to in the Charter as a "right" is indicative of a legal dimension; if in the present proceedings it becomes necessary for the Court to judge in this respect between the Parties - for the rights of no other State may be adjudicated in these proceedings - it cannot be debarred from doing so by the existence of a procedure for the States concerned to report to the Security Council in this connection". Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction, Judgment, I.C.J. Reports 1984. párrafos 95 y 98; "(...) and it does not seem to have occurred to any member of the Council that there was or could be anything irregular in the simultaneous exercise of their respective functions by the Court and the Security Council [en referencia a la orden de medidas provisionales]. Nor is there in this any cause for surprise. Whereas Article 12 of the Charter expressly forbids the General Assembly to make any recommendation with regard to a dispute or situation while the Security Council is exercising its functions in respect of that dispute or situation, no such restriction is placed on the functioning of the Court by any provision of either the Charter or the Statute of the Court. The reasons are clear. It is for the Court, the principal judicial organ of the United Nations, to resolve any legal questions that may be in issue between parties to a dispute; and the resolution of such legal questions by the Court may be an important, and sometimes decisive, factor in promoting the peaceful settlement of the dispute (...)". United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. "Judgment, I.C.J. Reports". 1980. párrafo 40.

¹⁰ "The ICJ and the political organs of the UN each have their own range of functions. In particular, the functions of the SC and ICJ concerning the settlement of disputes are exercised independently from one another. The SC, as well as the ICJ, may take action in a dispute between States within the framework of their respective competences (...) The ICJ and the SC may deal with a matter simultaneously (...) The proceedings may overlap from the point of view of time or may follow one another". SIMMA, Bruno. "The Charter of the United Nations". Oxford: Oxford University Press. Volumen 2. 2002. p. 1158; "In the view of the Court, the legal/political dichotomy stemmed therefore not from the inherent nature of the dispute but from a functional distinction between the two organs in pursuit of the same charter goals, the differences between them arising from the nature of their responsibilities, their composition, power and operating methods (...)". ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. p. 95.

¹¹ En este sentido, se señala que: "La Corte coexiste junto con los otros órganos principales de las Naciones Unidas, y en tanto órgano judicial éste debe preservar su independencia. Los otros órganos están llamados a respetar la independencia de la Corte en su función judicial. La Corte es el único órgano principal de las Naciones Unidas que posee una naturaleza judicial y que ejerce funciones judiciales. Los otros órganos principales que tienen un carácter político están conformados por Estados (...)". COT, Jean Pierre y Alain PELLET. Op. cit. p. 1947 (traducción libre).

¹² Artículo 92 de la Carta.

¹³ AMR, Mohamed Sameh. Op. cit. p. 25.

¹⁴ SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1114; "The reason for annexing rather than integrating the Statute into the Charter was a practical one: to avoid unbalancing the 111 articles of the Charter through the addition of the 70 articles of the Statute and to allow for access to the Court of States not members of the organization. Nevertheless, the Statute is not labeled as an Annex. The two legal instruments must therefore be read together as 'a single instrument forming an integral whole'". ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. p. 85.

mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. Asimismo, la Corte cuando las partes en la controversia así lo hayan convenido podrá decidir un caso *ex aequo et bono*¹⁵.

El artículo 36.1 del Estatuto de la Corte establece que la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta o en los tratados vigentes. En este sentido, la Corte tiene competencia para resolver las controversias relativas tanto a asuntos de orden jurídico cuanto sobre asuntos que no tengan este carácter jurídico (por ejemplo, si se establece que ésta resuelva *ex aequo et bono*)¹⁶.

II. LA RELACIÓN ENTRE LOS ESTADOS Y LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La relación entre los Estados y la Corte ha variado desde su creación. Esta relación se puede observar desde dos perspectivas. Por un lado, por la aceptación de los Estados de la competencia contenciosa de la Corte¹⁷; y por otro lado, en función de la posición que ha tenido la Asamblea General de las Naciones Unidas frente a la Corte.

En cuanto a la aceptación de la competencia contenciosa¹⁸, ésta no puede ser vista de

manera aislada ya que ello distorsionaría la gama de opciones que se presentan bajo el marco del artículo 33 de la Carta¹⁹ en donde se hace una referencia general a los diferentes medios de solución de controversias, así como por la existencia de otros foros especializados derivados de tratados²⁰.

Por otro lado, si se observan las diversas resoluciones adoptadas en el marco de la Asamblea General, ya sea que estén directa o indirectamente vinculadas a la solución pacífica de controversias de manera general o a la Corte de manera específica, se puede concluir que existe una tendencia por reconocer cada vez más la importancia que ésta tiene en el Sistema Internacional y su contribución al fortalecimiento del Estado de Derecho.

En la Resolución 1815 (XVII) (Examen de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas) no se hace referencia a la Corte²¹. Asimismo, en la Resolución 2625 (XXV) (Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas)²² si bien se incluye una mención al “arreglo judicial”²³, tampoco se contempla una referencia específica a la Corte.

¹⁵ Se suele confundir *ex aequo et bono* con “equidad” como si se tratara de lo mismo. Sin embargo, ello no es correcto. Al respecto, el Restatement señala que: “(...) Equity and *ex aequo et bono*. Under article 38(2) of the Statute of the Court, the parties may authorize the Court to decide a case *ex aequo et bono*, i.e., according to what is equitable and good, departing if necessary from existing legal principles. This should be distinguished from application by the Court of the basic principles of equity that are part of customary international law”. “Restatement of the Law Third: Foreign Affairs”. The American Law Institute. Volumen 2. 1987. p. 903.

¹⁶ A la fecha se ha resultado ningún caso sobre la base del artículo 38.2 del Estatuto de la Corte.

¹⁷ En el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado “Un Programa de Paz”, presentado tanto a la Asamblea General como al Consejo de Seguridad, se recomendó que todos los Estados miembros acepten la competencia general de la Corte sin reserva alguna antes que finalice el año 2000 (A/47/277 – S/24111). Sin embargo, de los 193 Estados que son parte del Estatuto de la Corte a la fecha solamente 66 Estados, en los que se incluye al Perú, han formulado declaraciones en las que se reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte, aunque en algunos casos con reservas (A/64/4).

¹⁸ El Perú aprobó la declaración de reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte mediante Resolución Legislativa 28011, del 17 de junio de 2003, y depositó el instrumento el 7 de julio de 2003.

¹⁹ “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección (...)”.

²⁰ Por ejemplo, las Partes XI y XV y el Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

²¹ 18 de diciembre de 1962.

²² 24 de octubre de 1980.

²³ En el marco del principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

Será recién con la Resolución A/RES/37/10 (a través de la cual se aprueba la Declaración de Manila sobre Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales)²⁴ que se hará una referencia explícita a la Corte. Para ello, en el numeral 5.a del Capítulo II del Anexo de la Resolución se señala que los Estados deberían tener presente que las controversias de orden jurídicos, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte. Asimismo, se indica que el recurso al arreglo judicial de las controversias jurídicas, en particular su remisión a la Corte, no debería ser considerado un “acto enemistoso”²⁵ entre los Estados.

La Resolución A/RES/44/23 además de declarar el período 1990-1999 como el “Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional”, considera dentro de sus objetivos principales fomentar medios y métodos para el arreglo pacífico de las controversias entre Estados, incluido el recurso a la Corte y el pleno respeto a ésta²⁶. Asimismo, a través de la Resolución A/RES/45/40²⁷, que aprobó el programa de actividades para el período 1990-1992 en el marco del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, se dispuso en su Anexo lo siguiente: “Se invita a los Estados a formular propuestas a la Sexta Comisión respecto de la promoción de medios y métodos para el arreglo pacífico

de controversias entre Estados, incluido el recurso a la Corte Internacional de Justicia y el pleno respeto de sus fallos”.

Adicionalmente, mediante Resolución A/RES/43/51²⁸ se aprobó la “Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera”. En la citada declaración, los Estados acordaron que deberían actuar de manera que prevengan en sus relaciones internacionales el surgimiento o la agravación de controversias o situaciones, en particular cumpliendo de buena fe sus obligaciones con arreglo al Derecho Internacional.

Como se puede apreciar de las citadas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se ha dado un cambio de actitud sustantivo por parte de los Estados frente a la Corte. De esta manera, hoy se puede afirmar que, aunque la relación todavía no siempre sea perfecta, los Estados ven a la Corte como un instrumento útil para solucionar sus controversias y consolidar la paz.

III. LAS “DECISIONES” DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

De la lectura del Estatuto de la Corte se puede apreciar que éste utiliza los términos “fallos”

²⁴ 15 de noviembre de 1982.

²⁵ Al respecto, no dejan de sorprender algunas declaraciones formuladas en el caso de la controversia entre Perú y Chile sobre delimitación que actualmente se encuentra ante la Corte, en las que altas autoridades chilenas han expresado en reiteradas ocasiones que la remisión del asunto a la Corte constituiría un acto “inamistoso” u “hostil” por parte del Perú. Esta situación ha provocado que la Cancillería peruana haya, públicamente, reiterado que no se trata de un “acto inamistoso”. Así, en la Nota de Prensa 136-12, del 14 de junio de 2012, el Canciller Rafael Roncagliolo expresó que: “La demanda del Perú ante la Corte de La Haya no es un acto inamistoso. Por el contrario, es una opción de paz; es la manera civilizada como dos países amigos resuelven sus diferencias. No se trata, además, de un caso inédito. Otros países de la región han acudido a la Corte para dirimir controversias con arreglo al Derecho Internacional y, en ningún caso, ello ha sido considerado como un acto inamistoso (...)”.

²⁶ 17 de noviembre de 1989. Asimismo, ver las resoluciones A/RES/46/53 (9 de diciembre de 1991) (cabe destacar que en la versión en idioma castellano, en el segundo párrafo del preámbulo, al recordarse los principales objetivos del Decenio contenidos en la Resolución A/RES/44/23 se indica lo siguiente: “b) Promover medios y métodos para el arreglo pacífico de las controversias entre Estados, incluido el recurso a la Corte Internacional de Justicia y el pleno acatamiento a sus fallos”, A/RES/47/32 (25 de noviembre de 1992), A/RES/48/30 (30 de diciembre de 1993), A/RES/49/50 (17 de febrero de 1995), A/RES/50/44 (26 de enero de 1996). En la Resolución A/RES/51/159 (30 de enero de 1997) (Medidas que se adoptarán en 1999 con motivo del centenario de la primera Conferencia Internacional de la Paz y de la clausura del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional) el séptimo párrafo del preámbulo indica lo siguiente “Recordando que, de conformidad con la Resolución 44/23, uno de los principales propósitos del Decenio para el Derecho Internacional es fomentar medios y métodos para el arreglo pacífico de las controversias entre Estados, incluido el recurso a la Corte Internacional de Justicia y el pleno respeto a la misma”. Esta situación se repite en la Resolución A/RES/51/157 (30 de enero de 1997). En la Resolución A/52/153 (26 de enero de 1998) se regresa al lenguaje empleado en la Resolución A/RES/46/53.

²⁷ 28 de noviembre de 1990.

²⁸ 5 de diciembre de 1988.

y “decisiones” de manera indistinta. Así, el artículo 56 indica que el “fallo” será motivado y mencionará los nombres de los magistrados que hayan tomado parte en él; el artículo 57 dispone que si el “fallo” no expresase en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente; el artículo 59 establece que la “decisión” de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio; y finalmente en el artículo 60 se reconoce que el “fallo” será definitivo e inapelable. Por su parte, el artículo 94.1 de la Carta señala que cada miembro se compromete a cumplir la “decisión” de la Corte en todo litigio en que sea parte; mientras que el artículo 94.2 dispone que si una de las partes en un litigio dejase de cumplir las obligaciones que le imponga un “fallo”, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad.

Independientemente que se utilice el término “fallo” o “decisiones” en el Estatuto de la Corte y en la Carta de manera indistinta, cabe destacar que nos podremos encontrar ante instituciones jurídicas de naturaleza y efectos distintos. Un fallo siempre será una decisión de la Corte, pero no necesariamente esta relación se dará a la inversa (por ejemplo, una medida provisional, la cual constituye una decisión de la Corte en tanto toma la

forma de una orden, no constituye un fallo de ésta)²⁹. En este sentido, se ha señalado que: “On the basis of the considerations, the term ‘decisions’ in Art. 94, para. 1 UN Charter is to be understood as comprising all decisions of the ICJ including judgments, while Art. 94, para. 2 UN Charter only refers to ‘judgments’ *strictu sensu* (...) Therefore, it must be concluded that it cannot be inferred from the binding force of a decision that Art. 94, para 2 is also applicable to it [en referencia a las medidas provisionales]”³⁰.

Un ejemplo de no aplicación del artículo 94.2 de la Carta a todas las decisiones de la Corte resulta el supuesto de una “orden” de carácter procedimental a través de la cual la Corte pide a uno de los Agentes que produzca un documento o una explicación en virtud del artículo 49 de su Estatuto. Resulta evidente que en caso se presente un incumplimiento por parte del Agente a la orden de la Corte, este incidente no dará lugar a la aplicación del artículo 94.2 de la Carta³¹.

Asimismo, un elemento importante a distinguir, tanto en el Estatuto de la Corte como en la Carta, es la separación que se debe realizar en cuanto al reconocimiento del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte por un lado, de la gama de medidas destinadas para lograr su ejecución³².

²⁹ En el caso específico de las medidas provisionales, la Corte, en el asunto La Grand, señaló que ésta es la interpretación que se deriva de la lectura del artículo 94 y que nada en éste va en contra del carácter obligatorio de las medidas provisionales. “The question arises as to the meaning to be attributed to the words ‘the decision of the International Court of Justice’ in paragraph 1 of this Article [en referencia al artículo 94 de la Carta]. This wording could be understood as referring not merely to the Court’s judgments but to any decision rendered by it, thus including orders indicating provisional measures. It could also be interpreted to mean only judgments rendered by the Court as provided in paragraph 2 of Article 94. In this regard, the fact that in Articles 56 to 60 of the Court’s Statute both the word ‘decision’ and the word ‘judgment’ are used does little to clarify the matter. Under the first interpretation of paragraph 1 of Article 94, the text of the paragraph would confirm the binding nature of provisional measures; whereas the second interpretation would in no way preclude their being accorded binding force under Article 41 of the Statute. The Court accordingly concludes that Article 94 of the Charter does not prevent orders made under Article 41 from having a binding character”. La Grand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001. párrafo 108.

³⁰ ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. pp. 162-170.

³¹ “In the opinion of the author, the term, ‘decision’ in Art. 94(1) refers to all decisions of the ICJ (...) One cannot conclusively infer, however, from the binding force of such decision that Art. 94(2) is applicable to them”. SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1175; AZAR, Aida. Op. cit. p. 84.

³² “Both the Anglo-Iranian Oil Co. case and the Bosnia case show that, under Article 94(2), Members of the United Nations have brought before the Council situations of non-compliance with orders of the Court indicating provisional measures, and that, irrespective of the position on the competence of the Council to take action in these cases under Charter provisions at hand, no objection was raised as to the right to resort to the Council under Article 94(2) for non-compliance with interim measures”. TANZI, Attila. “Problems of enforcement of decisions of the International Court of Justice and the law of the United Nations”. EJIL. 1995. pp. 567-568. Durante los debates en el marco del Consejo de Seguridad relativos al Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company, el Representante de Ecuador señaló que: “Por lo que se refiere a que el Consejo puede, de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 94 de la Carta, hacer recomendaciones y decidir acerca de las medidas que deben tomarse para hacer efectivo el fallo de la Corte, me parece que del texto mismo del Artículo 94 dedúcese que la facultad del Consejo nace cuando se trata de un fallo definitivo de la Corte

IV. LOS “FALLOS” DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Los fallos de la Corte se toman por mayoría de votos de los magistrados presentes y, en caso de empate, decidirá el voto del Presidente³³. Los fallos serán motivados y si éstos no expresan –en todo o en parte–, la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de ellos tendrá derecho a que se agregue su opinión disidente³⁴.

El texto del fallo indicará si ha sido dictado por la Corte o por una Sala y contendrá: (i) la fecha de su lectura; (ii) los nombres de los jueces que han participado en él; (iii) los nombres de las partes; (iv) los nombres de los agentes, consejeros y abogados de las partes; (v) un resumen del procedimiento; (vi) las conclusiones de las partes; (vii) las circunstancias de hecho; (viii) los fundamentos de derecho; (ix) la parte dispositiva del fallo; (x) la decisión, si la hubiere, con respecto a las costas; (xi) la indicación del número y nombre de los jueces que han constituido la mayoría; y (xii) la indicación del texto del fallo que hará fe³⁵.

Una vez que esté listo el fallo, ello será notificado a los Agentes nombrados por los Estados y posteriormente serán leídos públicamente³⁶. Los fallos tendrán fuerza obligatoria para las partes en la controversia

desde el día de su lectura³⁷. Al respecto, cabe destacar que la referencia a “desde el día de su lectura” puede producir una serie de dificultades por sus efectos prácticos (por ejemplo, el carácter retroactivo desde que se da lectura al fallo y el momento que se inicia el día; la determinación del día que corresponde en referencia al uso horario entre el lugar de lectura del fallo y de los Estados partes en el litigio, el momento que se entiende la lectura realizada o el cierre de la sesión)³⁸.

El fallo de la Corte no es obligatorio sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido (*ratione personae* y *ratione materiae*)³⁹, es decir, que no constituyen precedentes obligatorios para los casos futuros que se presente (*estare decisis*)⁴⁰. Asimismo, éste será definitivo e inapelable, pero en caso de desacuerdo sobre su sentido o alcance, la Corte podrá interpretarlo a solicitud de cualquiera de las partes⁴¹. Esta solicitud de interpretación no conlleva que la Corte cambie la sustancia de lo resuelto, sino que tan sólo permitirá precisar aquellos aspectos del fallo que requieren de mayor explicación para su cumplimiento.

Por otro lado, la revisión del fallo de la Corte sólo puede pedirse cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, hubiere sido desconocido

Internacional de Justicia, y no de las medidas provisionales que ésta pueda indicar; aunque, según la Corte, estén destinadas a asegurar que el fallo definitivo posterior pueda llevarse a efecto. De esto habría que deducir que la falta de observancia por parte de un Estado de medidas provisionales indicadas por la Corte, no faculta al Consejo de Seguridad para expedir recomendaciones de conformidad con el párrafo 2 del artículo 94 de la Carta. Pero –y esto quiero dejarlo muy aclarado, porque está de acuerdo con la posición que mi país ha tomado en otros órganos de las Naciones Unidas, especialmente en la Comisión Interina, en 1948– por su parte, mi Gobierno estaría listo a concurrir con su voto favorable si el Consejo decidiera consultar este punto a la misma Corte, es decir, si el Consejo puede expedir recomendaciones de conformidad con el inciso 2 del artículo 94 de la Carta, si una de las partes se negara a cumplirlas” (S/PV.562).

³³ Artículo 55 del Estatuto de la Corte.

³⁴ Artículos 56 y 57 del Estatuto de la Corte.

³⁵ Artículo 95 del Reglamento de la Corte.

³⁶ Artículo 58 del Estatuto de la Corte.

³⁷ Artículo 94.2 de la Carta. Posteriormente el Secretario de la Corte enviará copias: (i) al Secretario General de las Naciones Unidas; (ii) a los Miembros de las Naciones Unidas; y (iii) a los otros Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte.

³⁸ ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 1589.

³⁹ Artículo 59 del Estatuto de la Corte.

⁴⁰ “International law does not recognize a binding force of precedents or the principle of stare decisis (...) Article 59 of the Statute confirm this statement, without formally pronouncing this principle. Decisions binding on the parties in the particular case could be overruled the next day by the same court in a new case. This is correct in legal theory, but the reality is different. The ICJ, like every court, hesitates to overrule former pronouncements; quite to the contrary, it often refers to previous decisions and to reasons developed in such decisions (...)”. ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. p. 1244.

⁴¹ Artículo 60 del Estatuto de la Corte.

por la Corte y de la parte que pide su revisión, siempre que ello no se deba a negligencia de esta última. La solicitud de revisión, además de las limitaciones señaladas, también contempla un factor temporal, de manera que deberá formularse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo (pero no podrá pedirse si han transcurrido diez años desde la fecha del fallo)⁴².

La revisión no tiene que formularse respecto de todo el contenido del fallo, ya que ello dependerá del alcance de los elementos que se hayan descubierto y cómo influyen sobre las pretensiones planteadas. Este proceso de revisión tampoco afecta, necesariamente, la ejecución del fallo, de manera que antes de iniciarse el proceso de revisión se puede exigir que se cumpla lo dispuesto por el fallo⁴³.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: DECLARATIVOS, PRESCRIPTIVOS/ CONSTITUTIVOS

Los fallos de la Corte pueden contener disposiciones de diversa naturaleza, así éstos pueden tener carácter declarativo, prescriptivo / constitutivo (ordenar acciones específicas, ya sea de hacer o no hacer a una o ambas partes en la controversia) o una combinación de los dos⁴⁴.

En el caso de un fallo declarativo podemos encontrar el asunto de la Delimitación Marítima en el Mar Negro (Rumanía v. Ucrania) en donde la Corte estableció la línea de frontera que delimita la plataforma continental y la zona económica exclusiva entre estos dos Estados en el Mar Negro⁴⁵. Asimismo, en el asunto de Soberanía sobre

Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia v. Singapur), la Corte determinó a cuál Estado le correspondía la soberanía de la isla y formaciones marinas (*maritime features*) respectivamente⁴⁶.

El hecho que el fallo de la Corte tenga una naturaleza declarativa no implica, necesariamente, que los Estados parte en la controversia no deban posteriormente efectuar acciones específicas para darle efectividad a lo resuelto. Así, si la Corte se pronuncia sobre la determinación de una línea de frontera entre dos Estados resultará evidente, aunque la Corte no se pronuncie sobre el particular, que si fuerzas armadas se encuentran posesionadas en parte del territorio que ha sido adjudicado a favor de otro Estado en virtud del fallo, éstas deberán proceder a desocuparlo.

Un ejemplo de lo señalado lo podemos encontrar en el asunto de la disputa territorial (Libia v. Chad) en donde la Corte encontró que la frontera entre Libia y Chad se encontraba definida por el Tratado de Amistad y Buena Vecindad concluido el 10 de agosto de 1955 entre Francia y la Jamahiriya Árabe Libia, y determinó el curso de la frontera entre ambos países⁴⁷. El cumplimiento del fallo (emitido el 3 de febrero de 1994) resultó ejemplificador en tanto que para el 30 de mayo de 1994 los gobiernos de Chad y Libia efectuaron una declaración conjunta en la que se estableció que para esa fecha Libia había cumplido con retirarse del territorio bajo su ocupación y que la Corte indicó que pertenecía al Chad. Cabe destacar que ambos Estados recurrieron a las Naciones Unidas a fin de que coadyuvara, a través de una Misión de Observadores, en la tarea de verificar los aspectos operativos⁴⁸.

⁴² Artículo 61 del Estatuto de la Corte.

⁴³ "Antes de iniciar el proceso de revisión, la Corte podrá exigir que se cumpla lo dispuesto por el fallo". Artículo 61.3 del Estatuto de la Corte.

⁴⁴ SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1152.

⁴⁵ "Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009". párrafo 219.

⁴⁶ "Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)". Judgment, I.C.J. Reports 2008, párrafo 300. Cabe destacar que en el acuerdo especial para someter la controversia a la Corte no se incluyó ninguna referencia respecto de la etapa de ejecución, la única referencia sobre el fallo se encuentra en el artículo 6 el cual establece: "Judgment of the Court: The Parties agree to accept the Judgment of the Court given pursuant to this Special Agreement as final and binding upon them". Otro fallo reciente de carácter declarativo es: "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010". párrafo 282.

⁴⁷ "Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994". párrafo 77.

⁴⁸ Al respecto, se puede consultar: S/RES/926 (1994); S/RES/915 (1994); S/1994/432; S/1994/512. El "Acuerdo entre la Jamahiriya Árabe Libia y la República del Chad sobre las modalidades prácticas de ejecución del

Entre los casos de fallos con disposiciones de carácter declarativo y prescriptivo/constitutivo podemos encontrar el asunto del Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)⁴⁹ en donde la Corte encontró que Albania era responsable bajo el Derecho Internacional por la explosión ocurrida el 22 de octubre de 1946 en aguas albanesas y por los daños y pérdidas humanas que resultaron de ésta (la Corte procedió a reservarse para más adelante tomar consideración sobre la evaluación del monto de la compensación, así como del procedimiento para regularlo)⁵⁰. Asimismo, determinó que por los actos de la marina británica en aguas albanesas en el mismo curso de la operación del 12 y 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido había violado la soberanía de Albania (para ello indicó que este pronunciamiento constituía por sí mismo una satisfacción adecuada).

En el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)⁵¹, la Corte dispuso, entre otras cosas, que Estados Unidos debía poner término inmediatamente y abstenerse de toda acción que pudiera constituir una violación de las obligaciones jurídicas contraídas (en referencia a la prohibición de uso de la fuerza, no intervenir en asuntos internos, respeto de la soberanía y no interrupción del comercio marítimo pacífico). Asimismo, decidió que los Estados Unidos tenían la obligación de indemnizar a Nicaragua de todos los perjuicios causados por las infracciones de las obligaciones que le incumbían de conformidad con el Derecho Internacional. Finalmente, la Corte señaló que los Estados Unidos tenían la obligación de indemnizar a Nicaragua por todos los perjuicios causados por las infracciones al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación

(del 21 de enero de 1956) y decidió que la forma y monto de esa indemnización, a falta de acuerdo entre las Partes, sería determinado por ésta, reservándose para ello el procedimiento ulterior en el caso.

En el asunto La Grand (Alemania v. Estados Unidos), la Corte encontró, entre otros aspectos, que los Estados Unidos habían incumplido sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Asimismo, la Corte dispuso que los Estados Unidos, por los medios que estimase conveniente, permitiesen la revisión y reconsideración de las penas y sentencias impuestas teniendo en cuenta la violación de la citada Convención⁵².

En el asunto de la Orden de Arresto (República Democrática del Congo v. Bélgica) la Corte determinó que la orden de arresto contra el señor Yerodia Ndombasi y su circulación internacional constituían una violación a las obligaciones contraídas por Bélgica en tanto no respetaban la inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad que un Ministro de Relaciones Exteriores tiene en virtud del Derecho Internacional. Asimismo, la Corte señaló que Bélgica debía, por los medios que estimase, cancelar la orden de arresto e informar a las autoridades correspondientes de ello.⁵³

Como se puede apreciar de los citados fallos, el contenido de su parte resolutive dependerá, en gran medida, del objeto de la controversia, la manera en que el caso fue presentado ante la Corte, así como de las pretensiones y petitorios formulados por los Estados⁵⁴. Asimismo, la emisión del fallo de la Corte no necesariamente dará por concluido

fallo dictado el 3 de febrero de 1994 por la Corte Internacional de Justicia" se encuentra anexo al documento S/1994/424. Otro ejemplo lo constituye el establecimiento de la Comisión Mixta Camerún/Nigeria, en el 2002, para implantar el fallo de la Corte sobre la demarcación fronteriza entre Nigeria y Camerún. "Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002". p. 303.

⁴⁹ "Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949".

⁵⁰ Mediante orden del 15 de diciembre de 1949, la Corte determinó el monto de la indemnización que debía pagar Albania. "Corfu Channel case, Judgment of December 15th, 1949: I.C.J. Reports 1949".

⁵¹ "Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986". párrafo 292.

⁵² "La Grand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001". párrafo 128.

⁵³ "Arrest Warrant of 1 of April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002". p. 3. párrafo 78.

⁵⁴ ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 216.

el proceso judicial en tanto que ésta puede disponer determinadas acciones futuras para darle pleno alcance al fallo (por ejemplo, en cuanto a la determinación del monto de una indemnización).

VI. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 94 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE SAN FRANCISCO

En la propuesta formulada como resultado de la reunión para el establecimiento de una organización internacional, realizada en 1944 en Dumbarton Oaks⁵⁵, y que fuera presentada a la Conferencia de San Francisco, no se contemplaba, en el Capítulo VII (titulado: "An International Court of Justice"), ninguna referencia específica a los fallos de la Corte. Así, el Capítulo VII se limitaba a señalar que: "There should be an international court of justice which should constitute the principal judicial organ of the Organization. The court should be constituted and should function in accordance with a statute which should be annexed to and be part of the Charter of the Organization"⁵⁶.

Durante la elaboración de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante "la Carta") se conformaron cuatro Comisiones, para lo cual se le encargó a la IV Comisión la tarea de abordar los aspectos de la organización judicial. Por su parte, la IV Comisión se subdividió en dos Comités de Trabajo, siendo el Primer Comité el encargado de elaborar tanto el Capítulo X de la Carta (relativo a la Corte Internacional de Justicia), así como el Estatuto de lo que sería la Corte; mientras

que al Segundo Comité se le encargaron otros asuntos legales relativos al funcionamiento de la Organización.

El Primer Comité de la IV Comisión estuvo presidido por el Representante del Perú, el entonces Canciller Manuel Gallagher, y se reunió en veinte sesiones de trabajo entre el 4 de mayo y el 7 de junio de 1945⁵⁷. Asimismo, sirvieron como relator y secretario del Primer Comité los señores Nasrat Al-Farsy (Irak) y John W. Halderman (de la Secretaría de la Conferencia), respectivamente.

El trabajo que se le encargó a la IV Comisión adicionalmente tuvo como antecedente inmediato los textos del Pacto de la Sociedad de Naciones, así como el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Sin embargo, estos instrumentos tenían sus propias características por lo que no podían ser transplantados de manera automática dado que requerían adecuarse a la nueva Organización, así como superar las falencias que de algún modo habían contribuido a no poder evitar los sucesos de la Segunda Guerra Mundial.

Cabe destacar que un aspecto preliminar que se abordó respecto de la ejecución de los fallos de la Corte y el papel que le correspondería al Consejo de Seguridad fue la determinación del Comité que debía encargarse de analizar el tema, es decir, si ello era competencia del Primer Comité de la IV Comisión o de la III Comisión (encargada del Consejo de Seguridad)⁵⁸.

Durante las negociaciones que se llevaron a cabo en el Primer Comité de la IV Comisión⁵⁹,

⁵⁵ Participaron en la Conferencia: Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido y República de China.

⁵⁶ Jurist 2. G/2. UNCIO. Volumen 14. p. 453-460; State Department. The International Court of Justice: Selected Documents relating to the drafting of the Statute. Washington: State Department, 1946.

⁵⁷ La delegación del Perú estuvo conformada por: (i) Delegados: Manuel C. Gallagher (Ministro de Relaciones Exteriores), Arturo García (Embajador ante Chile), Víctor Andrés Belaúnde (Embajador), Luis Fernán Cisneros (Embajador ante México), Pedro G. Beltrán (Embajador ante Estados Unidos); (ii) Asesores: Manuel B. Llosa (Vicepresidente de la Cámara de Diputados), Andrés F. Dasso (Senador), Juvenal Monge (Diputado), Juan Mendoza (Ministro encargado del Consulado en Nueva York), Luis Alvarado (Ministro plenipotenciario, Consejero de la Embajada ante Canadá), Emilio A. Godoy (Secretario General de la delegación), Luis Alzamora (Director de la Oficina de Información en Nueva York); (iii) Attache: José Dibos; y (iv) Secretarios: Carlos Vásquez (Segundo Secretario de la Embajada ante los Estados Unidos), Enrique E. Laroza (Cónsul adjunto al Consulado en San Francisco), Rosina Vega (Departamento de Asuntos Políticos del Ministerio de Relaciones Exteriores), José Luis de Cossio (Consejero del Consulado General en San Francisco).

⁵⁸ Doc. 99, IV/1/2 5 de mayo. 1945. Summary Report of first Meeting of the Committee IV/1. UNCIO. Volumen 12.

⁵⁹ "The basic documentation for Committee I will consist of: 1. The Dumbarton Oaks Proposals (Chapter VII); 2. The Report of the Committee of Jurists, including the proposed Statute of the International Court of Justice; 3. Proposals and comments of various governments received or validated since the beginning of the conference". Doc. 82, IV/2, 4 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 13.

las Delegaciones presentaron diversas propuestas para tratar la ejecución de los fallos de la Corte, ya sea tanto incluyendo una referencia en el texto de la Carta como en el Estatuto de la Corte.

Para ello, Venezuela expresó que: "It is opportune to point out that the ideal criterion would be to entrust the solution of international controversies to the International Court or an independent arbitration agency, and entrust to the Council the mission of executing such decisions and of imposing on any State in conflict the intervention of the agency mentioned (...) [para lo cual presentó, entre otras, la siguiente recomendación] Fourth: The necessary and compulsory action of the Security Council should be favored for the execution of the decisions of the Court and others that, according to the Statute, may be considered as an expression of the will of the community, as well as to oblige States to respect the intervention of the international organs"⁶⁰.

Asimismo, Bélgica señaló que: "The Security Council shall see to it that the engagements undertaken by the States with a view to a pacific settlement of their disputes are respected. In the case of non-observance of these engagements or of omission in the execution of court decisions or awards rendered in accordance with the procedures provided for, the Security Council shall advise

as to the measures to be taken to insure their fulfillment. (...) [Para ello, indicaron que] The Belgium Delegation considers it desirable that these obligations be defined with more precision by entrusting directly to the Security Council the responsibility of ensuring the observation of engagements entered into with respect to this and with the enforcement of any awards or decisions which may rendered"⁶¹.

Por su parte, Cuba presentó inicialmente la siguiente propuesta: "Chapter. Execution of Judgements 1. The members of the Organization and the states which subscribe to this Statute bind themselves to perform faithfully and in good faith the judgments or decisions rendered by the Court. 2. In case of total or partial failure to perform a judgment or decision rendered by the Court, the party concerned may appeal to the Security Council, and the latter shall adopt the necessary measures to insure the execution and effectiveness of the said judgment or decision"⁶².

En respuesta a las propuestas señaladas, Noruega sugirió el siguiente texto: "Chapter VI, B. Add new 6. The Security Council is empowered to enforce by appropriate means the execution of any final decision in a dispute between States delivered either by the Permanent Court of International Justice or by any other tribunal whose jurisdiction in the matter has been recognized by the States parties to the dispute"⁶³.

⁶⁰ Propuesta de Venezuela: "Memorandum presented by the delegation of Venezuela on bases for the organization of the International Court of Justice". Restricted Jurist 16, G-12. 10 de abril. 1945. UNCIO. Volumen 14. Asimismo, se indicó en cuanto a la toma de decisiones del Consejo que: "The council should be empowered to dictate precise measures to impose the jurisdiction of the Court or to execute its decisions. In such action by the council the requirements of the procedure relating to a unanimous vote or to an excessively qualified vote should be eliminated or reduced as much as possible; in any event the possible existence of the power of suspensive veto on the part of a great power concerned should be eliminated". "A study should be made of a way to differentiate clearly, in the matter of treatment, between a State submitting to the jurisdiction and decisions of the court and a State repudiating them. It seems desirable to recommend that a State repudiating the jurisdiction or decisions of the court be suspended from the enjoyment of the rights inherent to membership in the international organization".

⁶¹ Propuesta de Bélgica: "Dumbarton Oaks proposals concerning the establishment of a general international organization: amendments submitted by the Belgian Delegation". Doc.2, G-7 (k) (1). 4 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 3.

⁶² "Al though it is true that the decisions rendered by the present Permanent International Court of Justice of the League of Nations were duly complied with, provision should be made for the possibility that in the future some litigant may refuse to obey a judgment rendered against it, just as was done in paragraph 4, article 13, of the Covenant of the said League; Neither the Dumbarton Oaks Proposals nor the Court Statute draws up by the Committee of Jurists which met in Washington, April 9 to 20, 1945 contains any provision regulating the measures to be adopted in the event that one of the parties affected by a decision refuses to comply with it; but the said Committee agreed to call the attention of the San Francisco Conference to this problem and to recommend that it be solved adequately; Although it is true that appropriate provisions can be inserted in the Charter of the Organization or in the Statute of the Court, inasmuch as the latter admits the possibility that there may be states which accept the jurisdiction of the Court without being members of the Organization, it appears advisable to include them under the Statute of the Court in order that it may also be applied to such States (...)". Cuba: Draft proposal for the addition of certain precepts to the statute of the permanent international court of justice. Doc. 2, G/14 (g), 2 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 3.

⁶³ WD41, IV/1/48, UNCIO. Volumen 13; Doc. 2. G/7(n)(1), 4 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 3.

Para ello, Noruega explicó su posición señalando que: “The auto-execution by a State having obtained judgment in its favour should be excluded, but the corollary is that the Security Council may act even if no threat to the peace is involved in the particular dispute or in the non-execution of the judgment”⁶⁴.

Los Estados Unidos, en reacción a la propuesta de Noruega, expresó que: “The Representative of the United States pointed out that the Norwegian amendment in effect proposed an enlargement of the Council’s power which had already been criticized as being too wide. The whole theory underlying the Dumbarton Oaks Proposals had been that the Security Council should have those powers necessary for meeting threats to the peace or suppressing them. It seemed unwise, therefore, to give additional powers to the Council and the United States could not support the Norwegian amendment”⁶⁵.

Cabe destacar que la citada propuesta de Noruega fue rechazada por un voto de 13 en contra y 8 a favor.

Asimismo, Cuba presentó el siguiente texto que contenía dos nuevas alternativas (que reemplazaban a su anterior propuesta): “Proposed for insertion in Chapter VII of the Charter: ‘In the event of a state’s failure to

perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the Security Council shall make recommendations or decide upon the necessary measures to be taken to give effect to the judgment’. Proposed paragraph 2 of Article 60 of the Statute: ‘Each state which is party to the Statute undertakes to carry out in full good faith the obligations which may be incumbent upon it under a judgment rendered by the Court’”⁶⁶.

Por su parte, Australia formuló la siguiente propuesta: “All members of the United Nations undertake to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which they are parties”⁶⁷.

Frente a ello, el Comité procedió a aprobar por unanimidad la citada propuesta de Australia, siendo ésta incluida en el Capítulo VII de la Carta. En cuanto a la ejecución (*enforcement*) de los fallos se mantenía la propuesta de Cuba: “An addition to Chapter VII offered by Cuba (WD 187) provided that if a state should fail to comply with a decision of the Court, the Security Council should make a recommendation or decide on the necessary measures for enforcement. In support of the proposal it was argued that the principal of respect for judgments of the Court was of highest importance to the new international order and ought to be expressly implemented

⁶⁴ Doc.2. G/7 (n)(1), 4 de mayo. 1945. Amendments and observations on the Dumbarton Oaks proposals, submitted by the Norwegian delegation. 3 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 13; “In discussing his amendment, the Norwegian Delegate raised two points: He believed it useful because in the future there would be an increasing number of such decisions, and, therefore, it would be increasingly important to have the assurance that they would be carried out. In the second place, although it could not be argued that every failure to carry out a Court decision would threaten the peace, it was important in the development of international relations to prevent an accumulation of individual instances of non-execution. Moreover, the time had come when no power, great or small, should reserve to itself the right to execute judgments of an international tribunal. To allow it to do so would leave a dangerous gap in the peace structure. He concluded by pointing out that the Norwegian amendment did not require the Council to enforce Courts decisions but only empowered it to do so; this power should be expressly stated as a reminder that the world might look to the Security Council, if necessary, for the execution of Court judgments”. La delegación de Turquía compartió la posición adoptada por Noruega. Commission III, Committee 1 (Structure and procedures) Doc. 597, III/1/30. 26 de mayo. 1945. Summary report of fourteenth meeting of Committee III/1. 25 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 11.

⁶⁵ La delegación de El Salvador coincidió con lo expresado por los Estados Unidos. Commission III, Committee 1 (Structure and procedures) Doc. 597, III/1/30. 26 de mayo. 1945. Summary report of fourteenth meeting of Committee III/1. 25 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 11; “The Delegate of El Salvador felt that it was not wise to increase the power of the Council explicitly as proposed by the Norwegian amendment, because it would be better to let the Security Council first use persuasive means to bring about observance of court judgments. Then, if non compliance with a court decision made hostilities imminent, the security Council would have the power to intervene under the provisions of Chapter VIII”. Doc. 948, IV/1/61. 5 de junio. 1945. UNCIO. Volumen 13.

⁶⁶ Cuba: Doc. 948, IV/1/61. 5 de junio. 1945. Amendments proposed by the delegation of Cuba for Chapter VII of the Charter and article 60 of the Statute, respectively (substituted for Document WD-41, IV/1/48), Commission IV (Judicial Organization), Committee 1 (International Court of Justice). UNCIO. Volumen 13.

⁶⁷ Doc. 864, IV/1/71. 8 de junio. 1945. Summary report of twentieth meeting of committee IV/1; Doc. 951, IV/1/47, Amendment to the Dumbarton Oak Proposals submitted on behalf of Australia. 31 de mayo. 1940. UNCIO. Volumen 13.

by the Charter, that the Committee of Jurist in Washington had called attention to the problem and noted that it should be dealt with in the Charter, and that the Covenant of the League of Nations had contained a similar provision in paragraph 4 of Article 13. [Luego de la discusión se concluyó] Nevertheless it was felt by some that an express declaration of the recourse available to a party which could not obtain execution was desirable⁶⁸.

Finalmente, el Comité adoptó por votación de 26 votos a favor y 5 en contra la inclusión en el Capítulo VII del siguiente texto: "In the event of a State's failure to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may make recommendations or decide measures to be taken to give effect to the judgment"⁶⁹.

Por su parte, el Primer Comité de la Comisión IV recomendó el siguiente texto: "8. All members of the United Nations undertake to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which they are parties. 9. In the event of a state's failure to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council which may make recommendations or decide measures to be taken to give effect to the judgment"⁷⁰.

El Comité de Coordinación procedió a analizar los proyectos de artículos, que habían sido revisados por la Secretaría, relativos a la Corte Internacional de Justicia e indicó que: "Article 66: The Committee agreed with the Secretariat's suggestion to combine the former Articles 65X and 65Y to form a new Article 66. In addition, paragraph 2 of the new Article was redrafted to read as follows: In the event that any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it

under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council which may, if it deems it necessary, make recommendations or decide measures to be taken to give effect to the judgment"⁷¹.

En tanto que el artículo propuesto establecía ciertas funciones para el Consejo de Seguridad, el Comité de Juristas⁷² solicitó a la Secretaría que remitiera el texto al Segundo Comité de la III Comisión para su debida consideración. En las discusiones sobre el texto de proyecto de artículo 66 se expresó que: "Mr. Golunsky [Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas] pointed out the second paragraph of this Article made a considerable change in the functions of the Security Council. Formerly, the Security Council had jurisdiction only in matters concerned with the maintenance of peace and security. This Article would give the Council authority to deal with matters which might have nothing to do with security. Mr. de la Colina [México] stated that in a technical committee this Article was thoroughly discussed and it had been the sense of the Committee that an additional obligation should not be put on the Security Council. For this reason the original text of this Article had been changed to read 'may' instead of 'shall'. Mr. Robles said that the Advisory Committee of Jurists had added the words 'if it deems necessary' in order to avoid imposing an express obligation to the Council. The Committee had felt that this would clarify the role of the Security Council [Esta clarificación se refiere a si el Consejo de Seguridad está obligado a actuar cuando el asunto sea remitido por el Estado afectado o si por el contrario se trata de una facultad del Consejo de decidir sobre el particular. Como se puede apreciar, ello difiere de la discusión de si se requiere una situación o controversia que ponga en riesgo la paz y seguridad internacionales para que el Consejo de Seguridad "deba" o "pueda" intervenir].

⁶⁸ Commission IV (Judicial Organization), Doc. 864, IV/1/71. 8 de junio. 1945. Committee 1 (International Court of Justice). Summary report of twentieth meeting of Committee IV/1. 7 de junio. 1945. UNCIO. Volumen 13.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Commission IV (Judicial Organization), Doc. 483, IV/1/72. Junio 9. 1945. Committee 1 (International Court of Justice), Provisions dealing with the ICJ Recommended by IV/1 for insertion in the Charter, UNCIO. Volumen 13.

⁷¹ Coordination Committee, WD 270, CO/111. 12 de junio. 1945. Summary report of Fifth Meeting of Advisory Committee of Jurists, Junio 11. 1945. UNCIO. Volumen 17.

⁷² El Advisory Committee of Jurist de la Conferencia estuvo conformado por: Green Hackworth (Estados Unidos), Hsu Mo (China), Jules Basdevant (Francia), Manuel Tello (México), S.A. Golunsky (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), Sir William Malkin (Reino Unido).

Mr. Pasvolsky [Estados Unidos] asked the Committee to consider whether the addition of this words altered the sense of the Article. Mr. Liang [China] stated that he felt it was not within in the jurisdiction of this Committee to reopen the discussion of the substance of this Article. As a matter of fact, however, he did not entirely agree with Mr. Golunsky that the Article empowered the Council to interfere with matters that had nothing to do with peace and security. For example, the failure of a party to carry out an arbitral award would affect peace and security and would be related to the provisions of Chapter VIII, Section A (...) Decision: Two verbal changes were accepted: 'if' to be substituted for 'in the event'; and 'upon' to be added after the word 'decide' in the last line of the Article"⁷³.

Finalmente, "The Advisory Committee of Jurist recommended that the second paragraph of Article 66, which provides that if a party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment of the Court the other party may have recourse to the Security Council, should contain the phrase 'if it deems it necessary' with reference to recommendations or measures to be taken to give effect to the judgment. It was observed that the use of this phrase might tend to weaken the position of the Court. In answer to this argument it was pointed out that the action to be taken by the Security Council was permissive rather than obligatory and that the addition of the aforementioned phrase merely made more clear the discretionary power of the Security Council. Decision: The Committee approved Article 66, paragraph 2, as follows: 'If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems it necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment'"⁷⁴.

Sin duda alguna, uno de los principales problemas que se presentó en la negociación respecto de la ejecución de los fallos de la Corte fue el papel que se le otorgaría, como aparece en las propuestas, al Consejo de Seguridad. Así, para algunos Estados esta inclusión implicaba ampliar aún más las atribuciones del Consejo de Seguridad, situación que presentaba serias objeciones⁷⁵. Sin embargo, para otros Estados ello no era el caso, o de serlo, no les consignaba mayores objeciones.

No obstante estas discusiones, el artículo 94 de la Carta quedó redactado de la siguiente manera: "(i) Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte; (ii) Si una de las partes en un litigio dejase de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo".

Sobre el proceso de negociación se ha señalado que: "En resumen, el artículo 94, que no ocupó más que un espacio ínfimo en el conjunto de los trabajos preparatorios de la Carta y que fuera introducido tardíamente siendo su redacción final muy limitada, resulta, en su conjunto, menos restrictivo que el artículo 13, parágrafo 4, del Pacto [de la Sociedad de Naciones]"⁷⁶.

VII. EVALUACIÓN GENERAL DE LAS DISPOSICIONES DEL ARTÍCULO 94 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

Como se puede apreciar del artículo 94 de la Carta, éste presenta cambios sustantivos si se le compara con lo que se había dispuesto en el marco del artículo 13 del Pacto de la Sociedad de Naciones⁷⁷.

⁷³ Coordination Committee. WD 292, CO/119. Junio 13. 1945. Summary report of Sixteenth meeting of Coordination Committee. 12 de junio. 1945. UNCIO. Volumen 17.

⁷⁴ Commission IV (Judicial Organization), Doc. 982. IV/1/81. 14 de junio. 1945. Committee 1 (International Court of Justice), Summary report of Twenty-Second meeting of Committee IV/1. 14 de junio. 1945. UNCIO. Volumen 13.

⁷⁵ Commission III, Committee 1 (Structure and procedures) Doc. 597, III/1/30. 26 de mayo. 1945. Summary report of fourteenth meeting of Committee III/1. 25 de mayo. 1945. UNCIO. Volumen 11.

⁷⁶ COT, Jean Pierre y PELLET, Alain. Op. cit. p. 1992 (traducción libre).

⁷⁷ El artículo 13 del Pacto de la Sociedad de Naciones establecía: "(i) Los miembros de la sociedad convienen en que si surgiera entre ellos una divergencia susceptible, a su juicio, de una solución arbitral o judicial, y si esta divergencia no pudiese solucionarse satisfactoriamente por la vía diplomática, la cuestión será sometida integralmente a un arreglo arbitral o judicial; (ii) Entre las que generalmente son susceptibles de una solución

En primer lugar, el artículo 13 del Pacto establecía que el cumplimiento de los fallos se hacía extensivo a todos los miembros de la Sociedad de Naciones (no sólo a las partes en litigio); En segundo lugar, el cumplimiento se refiere a los fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional o de cualquier otra Corte designada por las partes o previstas previamente en convenios (no sólo a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia); En tercer lugar, no se establece expresamente quién puede llevar la situación ante el Consejo, pero en concordancia con el artículo 15 del Pacto podría ser cualquier miembro de la Sociedad de Naciones o el propio Consejo de oficio (no sólo la otra parte en el litigio)⁷⁸; Finalmente, se refiere de manera expresa a los “fallos” (sin que se haga referencia a otras “decisiones”)⁷⁹.

Cabe destacar que la Corte no tiene dentro de sus competencias la tarea de verificar la efectiva ejecución de sus fallos por parte de los Estados⁸⁰. De manera que corresponde a las partes en el

litigio cumplir sus obligaciones internacionales dándole plena efectividad al fallo conforme a los términos dispuesto por la Corte⁸¹. Así, ésta podría establecer obligaciones para una de las partes o para ambas. Sin embargo, la obligación que se deriva del artículo 94 de la Carta es de carácter individual y su cumplimiento no estará sujeto a reciprocidad⁸².

Por otro lado, la obligación de cumplir con los fallos de la Corte se atribuye directamente al Estado (en su calidad de sujeto de Derecho Internacional) y no a sus diversos órganos (ejecutivo, judicial o legislativo) o subdivisiones (gobierno federal, regional o municipal) que pudieran haber generado la controversia⁸³. Sin embargo, en sus fallos la Corte podrá ordenar algunas medidas específicas en las que se haga referencia a estos órganos o subdivisiones⁸⁴.

Este es un factor muy relevante para efectos de que los Estados adopten medidas legislativas internas que permitan oportunamente darle efectivo cumplimiento a un fallo de la Corte

arbitral o judicial, se declararan tales las divergencias relativas a la interpretación de un tratado, a todo punto de derecho internacional, a la realidad de todo hecho que, si fuera comprobado, constituiría la ruptura de un compromiso internacional o a la extensión o naturaleza de la reparación debida por tal ruptura; (iii) La causa será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional o a toda jurisdicción o Corte designada por las partes o previstas en sus convenciones anteriores; (iv) Los miembros de la sociedad se comprometen a cumplir de buena fe las sentencias pronunciadas y a no recurrir a la guerra contra todo miembro de la sociedad que se conformara a las mismas. En caso de falta de cumplimiento de las sentencias, el consejo propondrá las medidas necesarias para asegurar su efecto”.

⁷⁸ De acuerdo al Pacto las decisiones del Consejo se adoptaban siguiendo el artículo 5: “Las decisiones adoptadas en cualquier reunión de la Asamblea o del Consejo requerirán el acuerdo de todos los miembros de la Liga representados en la reunión, excepto cuando se hubiera determinado expresamente otra cosa en este Pacto o por los términos del presente tratado. Todas las cuestiones de procedimiento en las reuniones de la Asamblea o del Consejo, inclusive el nombramiento de comisiones para la investigación de asuntos especiales, serán reglamentadas por la Asamblea o por el Consejo y podrán ser resueltas por mayoría de los miembros de la Liga representados en la reunión”.

⁷⁹ SCHULTE, Constanze. “Compliance with Decisions of the International Court of Justice”. p. 21; SCHACHTER, Oscar. Op. cit. p. 18.

⁸⁰ SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1175; “Le rôle de la Cour se limite au prononcé des décisions et il ne lui appartient pas d’en assurer elle-même l’exécution”. AZAR, Aida. Op. cit. p. 87.

⁸¹ “The undertaking to comply with the decision (Art. 94(1)) is incumbent upon the party concerned in its capacity as an international legal entity. The State must perform the obligations to achieve the consequences resulting from the operative part of the decision”. SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1176; “In practice, therefore, the enforcement of decisions of the Court has depended upon the willingness of the State to which they were addressed upon the willingness of the States to which they were addressed to comply with them and the pressure which the global community can bring to bear upon a recalcitrant member”. GREENWOOD, Christopher. “The role of the International Court of Justice in the Global Community”. California International Law Center: Davis. Volumen 17. 2011.

⁸² “Cuando el fallo es emitido, el cumplimiento, o en sentido contrario se incumplimiento, de lo ordenado por la Corte constituye una decisión unilateral del Estado que no se encuentra sometida a ninguna condición de reciprocidad”. AZAR, Aida. Op. cit. p. 90 (traducción libre).

⁸³ ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 221.

⁸⁴ El 28 de febrero de 2005 el Presidente George Bush remitió un Memorandum al Fiscal General (Attorney General) respecto a la ejecución del fallo de la Corte en el asunto Avena (México v. Estados Unidos) relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares el cual dispuso que: “(...) I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)

que conlleve la actuación de alguno de éstos. Al respecto, Azar señala que: “Sin embargo, los efectos de una decisión de la Corte no se limitan siempre al ámbito internacional [en referencia a la labor que le compete al Poder Ejecutivo]. Bajo ciertos supuestos, su plena ejecución requiere que produzcan efectos en el ámbito interno de un Estado. En este caso, la ejecución de la decisión puede requerir la intervención del poder legislativo o de los tribunales nacionales”⁸⁵.

En caso que un Estado incumpla con lo dispuesto en un fallo de la Corte, la otra parte en la controversia tendrá el derecho de recurrir a lo dispuesto en el artículo 94.2, pero no estará obligado a hacerlo si así lo estima. En este sentido, el Estado puede considerar que por razones políticas, o de cualquier otra índole, no le resulta conveniente acudir al citado mecanismo, ya que al ser éste el titular del derecho válidamente puede decidir si lo ejerce o no, y cuándo lo ejerce.

Asimismo, puede darse el caso que el Estado en cuestión prefiera dejar de lado lo dispuesto por la Corte en su fallo e inicie negociaciones directas con el otro Estado y finalmente lleguen a un acuerdo cuyo contenido difiera de lo resuelto por ésta. Ello no significa que el fallo pierda su carácter obligatorio, de conformidad con lo dispuesto por la Carta y el Estatuto de la Corte, sino que el titular del derecho ha decidido no ejercerlo.

Un elemento a tomar en consideración es qué sucede cuando la Corte determina que

un Estado ha violado una obligación que no sólo tiene efectos sobre la otra parte en la controversia, sino que éstos se extienden a toda la comunidad internacional en su conjunto (por ejemplo, en el caso de una violación a una obligación de carácter *erga omnes*⁸⁶).

En ese caso debe tenerse presente que el artículo 94.2 de la Carta establece expresamente que “la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad”. Así, esta referencia a la “otra parte” únicamente otorga legitimidad (*ratione personae*) al Estado que ha sido “parte en la controversia”, por lo que cualquier otro Estado, por más afectado que también pueda verse, no podrá acudir al mecanismo contemplado en el citado artículo, pero tendrá la posibilidad de utilizar los mecanismos regulares contemplados en la Carta (lo que se desarrollará más adelante).

Se puede señalar que los Estados, como regla general, han cumplido en la mayoría de los casos con ejecutar las obligaciones que les han sido impuestas en los fallos de la Corte⁸⁷. Sin embargo, en la historia de la Corte se han presentado algunas excepciones en las que el cumplimiento ha sido postergado por largo tiempo o inclusive, por la evolución de la situación, quedaban superados.

Un aspecto que no debe subestimarse es el impacto que tiene un fallo de la Corte, no sólo desde la esfera jurídica sino también desde la política, ya que éste es un elemento que cobra gran relevancia en el marco de las

(Avena), 2004 ICJ 128 (Mar. 31), by having State courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision”.

⁸⁵ AZAR, Aida. Op. cit. p. 41 (Traducción libre).

⁸⁶ “Se debe establecer, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones del Estado hacia la Comunidad Internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en causa, se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de estos derechos; las obligaciones en cuestión son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la ilegalización de los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado a formar parte del cuerpo general del Derecho Internacional (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951. p. 232); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal”. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain). I.C.J. Reports, 1970.

⁸⁷ “It is rare for a decision not to be implemented immediately; even when not implemented immediately, decisions will generally be implemented in the longer term”. United Nations. The International Court of Justice. A publication of the Registry of the ICJ. La Haya: 2006. p. 172; “Thirdly, notwithstanding the relative lack of machinery for the enforcement of judgments of the Court, in practice those judgments have generally been complied with”. GREENWOOD, Christopher. Op. cit; SANDS, Philippe y Pierre KLEIN. *Bowett’s Law of International Institutions*. London: Sweet and Maxwell, 2001. p. 362.

relaciones internacionales. Al respecto, Shaw señala que: “Nevertheless, on a political level such judgments have an impact and should not necessarily be exclusively evaluated on the legal plane”⁸⁸.

VIII. LA RELACIÓN ENTRE EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La actuación del Consejo de Seguridad puede presentarse en tres distintos escenarios en el marco de una controversia. El primero se daría cuando un asunto viene siendo examinado por el Consejo de Seguridad y éste es posteriormente remitido a la Corte; el segundo se presentaría cuando el asunto está siendo examinado por la Corte y éste es llevado, paralelamente, al Consejo de Seguridad (actuaciones simultáneas de ambos órganos); y el tercer escenario ocurriría cuando la Corte emite un fallo y como resultado de su incumplimiento la situación es remitida al Consejo de Seguridad.

Este último escenario a su vez puede generar dos supuestos respecto a una potencial intervención del Consejo de Seguridad. El primero de ellos, se daría cuando el Estado parte en el litigio remite el asunto al Consejo de Seguridad sobre la base del artículo 94.2 de la Carta (regla específica); mientras que el segundo supuesto se presentaría cuando se busca activar la actuación del Consejo de Seguridad bajo el marco del artículo 24.1 de la Carta (regla general).

Un ejemplo del primer escenario, en donde el asunto es analizado –en primer lugar– por el Consejo de Seguridad y luego la controversia es remitida a la Corte, lo constituye el asunto del Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania). El caso fue remitido por el Reino Unido al Consejo de Seguridad frente a lo cual

el Consejo decidió invitar al Gobierno de Albania para que tomara parte, sin voto, en el debate relativo a la controversia (en tanto no era miembro –no permanente– del Consejo de Seguridad). Por su parte, el Consejo de Seguridad mediante Resolución 19 (1947), del 27 de febrero de 1947, estableció como medida preliminar un subcomité para que se encargara de examinar todas las pruebas disponibles referentes a los incidentes ocurridos en el Canal de Corfú y presentara un informe al respecto⁸⁹. Luego de ello, mediante Resolución 22 (1947) el Consejo de Seguridad recomendó a los gobiernos de Reino Unido y Albania que sometieran, inmediatamente, la controversia a la Corte⁹⁰.

Por su parte, el Reino Unido el 22 de mayo de 1947 presentó unilateralmente una aplicación a la Corte a fin de que ésta pudiera resolver la controversia. A fin de zanjar cualquier duda respecto de la competencia de la Corte, el Reino Unido y Albania celebraron un acuerdo (25 de mayo de 1947) en el que ambos Estados manifestaron reconocer ésta. Cabe destacar que el citado Acuerdo no hace referencia alguna a la etapa de ejecución del fallo⁹¹. La Corte emitió su fallo el 9 de abril de 1949⁹², luego de lo cual se inició un largo proceso de negociación entre ambos Estados a fin de llegar a un acuerdo sobre las medidas para lograr su ejecución⁹³. Ello recién se verificó el 29 de octubre de 1996 a través de un acuerdo por el cual Albania autorizó el pago respectivo.

Otro ejemplo lo constituye el asunto relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos v. Irán) en donde el caso fue remitido por el Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad en razón de la ocupación de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán y el arresto de su personal diplomático y consular, entre otros⁹⁴. Como

⁸⁸ SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 997.

⁸⁹ La Resolución 19 (1947) fue aprobada por 8 votos a favor y 3 abstenciones (Polonia, Siria y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas).

⁹⁰ La Resolución 22 (1947) fue aprobada por 8 votos a favor y 2 abstenciones (Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas).

⁹¹ El Acuerdo se puede consultar en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1495.pdf>

⁹² La determinación del monto correspondiente a la indemnización fue establecido el 15 de diciembre de 1949. “Corfu Channel Case, Judgment of December 15th, 1949: I.C.J. Reports 1949”. p. 244.

⁹³ Cabe destacar que el Reino Unido optó por no acudir al mecanismo previsto en el artículo 94.2 de la Carta a fin de exigir el cumplimiento del fallo en tanto que podía esperar que el Consejo de Seguridad no tomara acción alguna dada la posición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la materia.

⁹⁴ Carta dirigida por el Secretario General, Kurt Waldheim, de fecha 25 de noviembre de 1979 (S/13646).

resultado de ello, el Presidente del Consejo de Seguridad emitió una declaración a fin de expresar la preocupación del Consejo respecto de la prolongada detención del personal diplomático en Irán a la vez que exhortó a que de manera inmediata se procediera a su liberación⁹⁵. Asimismo, se decidió invitar al Gobierno de Irán, entre otros Estados, a que tomara parte, sin voto, en el debate relativo a la controversia.

Por su parte, el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 457 (1979), del 4 de diciembre de 1979, exhortó urgentemente al Gobierno de Irán que ponga en libertad a los detenidos, les suministre protección y que les permitiese abandonar el país. Asimismo, exhortó a ambos Estados a que adoptasen medidas para resolver pacíficamente las cuestiones restantes de conformidad con la Carta y que actúen con la máxima moderación frente a la situación. Finalmente, le pidió al Secretario General que interponga sus buenos oficios para la aplicación de las medidas antes referidas y que informase al respecto⁹⁶.

Estados Unidos presentó una aplicación unilateral ante la Corte y solicitó que se otorgasen medidas provisionales. Frente a ello, la Corte otorgó medidas provisionales que fueron debidamente comunicadas tanto a los Estados partes en la controversia como al Secretario General a fin de que informara de éstas al Consejo de Seguridad⁹⁷. Luego del otorgamiento de las referidas medidas, el Consejo de Seguridad mediante Resolución 461 (1979) del 31 de diciembre de 1979, a la vez que tomó en cuenta la orden de la Corte, reafirmó su resolución 457 (1979) y lamentó que la situación continuara⁹⁸.

En su fallo, la Corte señaló frente a la posición esgrimida por Irán, de que ésta carecía de competencia en tanto el asunto venía siendo tratado en el marco del Consejo de Seguridad y por el Secretario General de las Naciones Unidas en virtud del mandato conferido por este primero, que: "In the preamble to

this second resolution the Security Council expressly took into account the Court's Order of 15 December 1979 indicating provisional measures; and it does not seem to have occurred to any member of the Council that there was or could be anything irregular in the simultaneous exercise of their respective functions by the Court and the Security Council. Nor is there in this any cause for surprise. Whereas Article 12 of the Charter expressly forbids the General Assembly to make any recommendation with regard to a dispute or situation while the Security Council is exercising its functions in respect of that dispute or situation, no such restriction is placed on the functioning of the Court by any provision of either the Charter or the Statute of the Court. The reasons are clear. It is for the Court, the principal judicial organ of the United Nations, to resolve any legal questions that may be in issue between parties to a dispute; and the resolution of such legal questions by the Court may be an important, and sometimes decisive, factor in promoting the peaceful settlement of the dispute (...) It follows that neither the mandate given by the Security Council to the Secretary-General in resolutions 457 and 461 of 1979, nor the setting up of the Commission by the Secretary-General, can be considered as constituting any obstacle to the exercise of the Court's jurisdiction in the present case"⁹⁹.

Asimismo, la Corte encontró que Irán había violado obligaciones derivadas de diversos tratados celebrados con los Estados Unidos y que debía adoptar inmediatamente medidas correspondientes a fin de reparar la situación ocasionada (terminar la detención del personal, permitir su salida del territorio iraní y brindar la debida protección a los locales estadounidenses en Teherán). Finalmente, indicó que el Gobierno de Irán debía reparar a los Estados Unidos por los perjuicios causados y que en caso las partes en la controversia no pudieran ponerse de acuerdo respecto de la indemnización, ésta sería posteriormente fijada por la Corte.

⁹⁵ S/13616 (13 de diciembre de 1979).

⁹⁶ La Resolución 457 (1979) fue aprobada por unanimidad.

⁹⁷ "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Order of December 15. 1979. I.C.J. Reports 1979" p. 7.

⁹⁸ La Resolución 461 (1979) fue aprobada por 11 votos a favor y 4 abstenciones (Bangladesh, Checoslovaquia, Kuwait y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas).

⁹⁹ "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980". p. 3.

Tras la intervención de Argelia, Estados Unidos e Irán llegaron a un acuerdo¹⁰⁰ que, entre otros aspectos, establecía que Irán procedería a liberar a los rehenes y que, por su parte, Estados Unidos procedería a solicitar el desistimiento del caso ante la Corte (en lo relativo a la determinación de la reparación)¹⁰¹.

En el segundo escenario, donde el caso se encuentra en la Corte pero es remitido al Consejo de Seguridad, éste suele presentarse cuando la Corte emite medidas provisionales y éstas no son cumplidas por el Estado. Un ejemplo de ello lo constituye el asunto de la Anglo-Iranian Oil Company (Reino Unido v. Irán) en el que Reino Unido presentó, el 26 de mayo de 1951, una aplicación a fin de que se determinase que las partes debían someter la controversia relativa a la nacionalización a un arbitraje o que en su defecto se declarase que la nacionalización violaba las obligaciones asumidas por Irán. Asimismo, el Reino Unido solicitó, el 22 de junio de 1951, a la Corte que ordenase medidas provisionales para que no se afectaran los locales de la empresa.

Por su parte, la Corte ordenó medidas provisionales (el 5 de julio de 1951), en las que, entre otras cosas, se dispuso que ninguna de las partes debiera adoptar medidas que agravaran la situación existente o que pudieran afectar los derechos de éstas respecto de la futura decisión que pudiera emitir la Corte. Asimismo, la Corte indicó que se estableciera una Junta de Supervisión para

analizar el cumplimiento y auditar los ingresos de la compañía.

Luego que Irán rechazara las medidas provisionales y adoptara acciones en contra de lo dispuesto por éstas, el Reino Unido, el 28 de septiembre de 1951, remitió la situación al Consejo de Seguridad y le solicitó que incluyera en el orden del día provisional, el tema titulado: “Cargo de incumplimiento por el Gobierno del Irán de las medidas provisionales indicadas por la Corte Nacional de Justicia en el caso de la Anglo-Iranian Oil Company”¹⁰².

Asimismo, el Reino Unido presentó un proyecto de resolución en el que se indicaba los siguientes: “Preocupado por los peligros inherentes a esta situación y por la amenaza a la paz y a la seguridad que podría surgir de ella: (i) Invita al Gobierno del Irán a actuar en todo momento de conformidad con las medidas provisionales indicadas por la Corte y, en especial, a permitir al personal al cual se refiere la reciente orden de expulsión, o al equivalente de ese personal, que siga residiendo en Abadán; (ii) pide al Gobierno del Irán que informe al Consejo de Seguridad sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de la presente resolución”¹⁰³.

Cabe destacar que el Reino Unido expresó que se trataba de una situación que ponía en riesgo el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales¹⁰⁴. Asimismo, frente a la posición encontrada por algunos

¹⁰⁰ “Upon the making by the Government of Algeria of the certification described in Paragraph 3 above, the United States will promptly withdraw all claims now pending against Iran before the International Court of Justice and will thereafter bar and preclude the prosecution against Iran of any pending or future claim of the United States or a United States national arising out of events occurring before the date of this declaration”. Algiers Accords. 19 de enero. 1981. párrafo 11 (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria).

¹⁰¹ Mediante orden del 12 de mayo de 1981 la Corte autorizó el desistimiento del caso “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Order of 12 May 1981. I.C.J. Reports 1981”. p. 45.

¹⁰² Carta del 28 de septiembre de 1951, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad y al Secretario General por el Representante Permanente Adjunto del Reino Unido ante las Naciones Unidas (S/2357).

¹⁰³ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: proyecto de resolución del 29 de septiembre de 1951 (S/2358). El citado proyecto fue enmendado y se presentó una nueva versión que disponía lo siguiente: “Que se reanuden lo antes posible las negociaciones con el propósito de realizar nuevos esfuerzos para resolver las diferencias entre las partes conforme a los principios de las medidas provisionales indicadas por la Corte Internacional de Justicia, a menos que se tomen de común acuerdo disposiciones compatibles con los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas” (S/2358/Rev.1 del 12 de octubre de 1951).

¹⁰⁴ Estando a favor de la inclusión del tema en el orden del día y en respuesta a la intervención realizada por el Representante de los Estados Unidos, el representante de China señaló respecto de si el tema podía constituir un asunto relativo al mantenimiento de la paz y seguridad, que: “No puedo considerar esta cuestión como un asunto relativo a la paz y la seguridad. Esta cuestión se refiere a bienes, aunque es cierto que se trata de bienes cuantiosos. No creo que ninguna de las partes recurra a la fuerza armada para tratar de imponer la solución que estime más conveniente. Pero, personalmente, estimo que lo menos que puede decirse es que se trata de una cuestión muy alejada de las cuestiones que se refieren a la paz y la seguridad” (S/PV.559).

miembros del Consejo de Seguridad de que el tema no debía ser incluido en el orden del día, el Representante Permanente del Reino Unido, Sir Gladwyn Jebb, señaló: “Creo que todos debemos admitir que la cuestión de competencia puede en todo caso decidirse más tarde y que si alguno de los miembros del Consejo abriga dudas a este respecto —es decir, sobre la competencia del Consejo para tratar esta cuestión—, esto no constituye motivo para inducirlo a votar contra la inclusión de este punto en el orden del día”¹⁰⁵.

En su intervención, el Representante Permanente de Reino Unido indicó respecto de la competencia del Consejo de Seguridad y su vinculación con el artículo 94.2 de la Carta lo siguiente: “Dedúcese de ello, a nuestro parecer, que el fallo de la Corte sobre medidas provisionales crea de por sí obligaciones internacionales que, en virtud de la Carta, el Consejo de Seguridad tiene el derecho y el deber de hacer respetar, y que no pueden considerarse como únicamente de la jurisdicción interna de una de las partes. Pero además de esto, el Consejo de Seguridad tiene funciones especiales con respecto a las decisiones de la Corte, tanto en virtud del párrafo 2 del Artículo 94 de la Carta, cuanto en virtud del párrafo 2 del Artículo 41 del Estatuto de la Corte. En virtud de esta última disposición, la Corte ya ha comunicado al Consejo [S/2239] las medidas provisionales que ha indicado en este caso, de donde se desprende claramente que el Consejo de Seguridad está capacitado para tratar las cuestiones suscitadas por dichas medidas provisionales”¹⁰⁶.

El tema fue incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad¹⁰⁷ y se decidió invitar al Gobierno de Irán a que tomase parte, sin voto, en el debate relativo a la controversia. En su intervención sobre la discusión del proyecto de Resolución, el Representante del Reino Unido señaló que: “Evidentemente, puede alegarse, como lo hará sin duda el

Gobierno del Irán, que el párrafo 2 del artículo 94 de la Carta sólo se aplica a las decisiones definitivas de la Corte y no, por consiguiente, a las medidas provisionales —de la misma manera que el Gobierno del Irán sostiene que las medidas provisionales indicadas por la Corte no son obligatorias para las partes y que la Corte no tiene competencia para dictarlas. Bástame señalar que el único objeto de las medidas provisionales —como lo indica claramente el artículo 4 del Estatuto— es preservar los derechos respectivos de las partes hasta la decisión definitiva; en otras palabras, impedir que se cree una situación en la cual la decisión definitiva no pudiera surtir efecto o no pudiera aplicarse a causa de que una de las partes hubiera entre tanto adoptado disposiciones con objeto de eludirla. Ahora bien, se ha establecido que la decisión definitiva de la Corte es obligatoria para las partes. Esto lo dicen expresamente los artículos 59 y 60 del Estatuto y el párrafo 1 del artículo 94 de la Carta. Mas es evidente que de nada serviría hacer obligatoria la decisión definitiva si una de las partes pudiera anticipadamente burlarla mediante actos que inutilizaran el fallo definitivo. A nuestro juicio, pues, del carácter obligatorio de la decisión definitiva se deduce necesariamente que las medidas provisionales destinadas a preservar la eficacia de la decisión deben ser también obligatorias”¹⁰⁸.

Por su parte, el Representante de Francia propuso, durante la sesión (19 de octubre de 1951), que dada la situación existente el Consejo de Seguridad aplazase el debate sobre el proyecto de Resolución que le fue sometido (S/2358/Rev.2), hasta que la Corte determinase acerca de su competencia. La citada propuesta fue aprobada por 8 votos a favor, 1 en contra (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) y 2 abstenciones (Reino Unido y Yugoslavia)¹⁰⁹. Finalmente, la Corte en su fallo del 22 de julio de 1952, encontró que carecía de competencia para resolver la controversia¹¹⁰.

¹⁰⁵ S/PV.559.

¹⁰⁶ Por su parte, el Representante de los Países Bajos manifestó que: “Como ha señalado el representante del Reino Unido, el artículo 94 de la Carta establece que una parte puede recurrir al Consejo de Seguridad en caso de que la otra parte dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte” (S/PV.559).

¹⁰⁷ La decisión de incluir el tema en el orden del día fue adoptada por 9 votos a favor y 2 abstenciones (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia).

¹⁰⁸ S/PV.559.

¹⁰⁹ S/PV.565.

¹¹⁰ Anglo-Iranian Oil Co. (jurisdiction), Judgment of July 22. 1952: I.C.J. Reports 1952. p. 93.

Otro caso en donde la situación fue remitida al Consejo de Seguridad se presentó en el asunto relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido v. Islandia)¹¹¹, en donde luego de presentar el caso a la Corte (el 14 de abril de 1972), el Reino Unido solicitó medidas provisionales (el 19 de julio de 1972). Por su parte, la Corte dispuso, entre otras medidas, que la pesca británica en las aguas del caso debiera limitarse a 170,000 toneladas métrica por año; que el Gobierno de Islandia debiera abstenerse de tratar de hacer cumplir sus nuevas reglamentaciones; y que ninguna de las partes debiera hacer nada que pudiera agravar la controversia¹¹².

Ante la negativa de Islandia de cumplir con lo dispuesto por la Corte en sus medidas provisionales, el Reino Unido envió una comunicación al Presidente del Consejo de Seguridad en la que se indicó que las acciones realizadas por Islandia eran contrarias a lo dispuesto por la Corte en sus medidas provisionales y que estaban adoptando sistemáticamente una política de aplicación de medidas de fuerza contra las embarcaciones británicas, por lo que el uso de la fuerza se estaba convirtiendo cada vez más peligroso y se ponía en riesgo vidas humanas¹¹³. Cabe destacar que el Reino Unido no solicitó al Consejo de Seguridad que adoptara acciones sobre el particular, ni hizo referencia al artículo 94.2 de la Carta; tan sólo se limitó a llamar la atención del Consejo sobre el particular solicitándole que se circulase la citada carta entre sus miembros.

Por su parte, Islandia también remitió una carta al Presidente del Consejo, en la que

presentaba su versión sobre los hechos ocurridos, pero tampoco solicitó al Consejo que adoptase medidas sobre el particular, tan sólo se limitó a señalar que se reservaban el derecho de someter oficialmente ante el Consejo, en una etapa posterior, la cuestión de “la agresión armada de los buques de guerra británicos en las aguas de Islandia, a fin de que el Consejo tome las medidas apropiadas al respecto”¹¹⁴.

El único ejemplo que se ha presentado del tercer escenario, en donde luego que la Corte emite su fallo el asunto es remitido al Consejo de Seguridad, lo constituye el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua que más adelante desarrollaremos¹¹⁵.

IX. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 94.2 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

El artículo 94.2 de la Carta establece un procedimiento específico en el marco de las competencias del Consejo de Seguridad ante un eventual incumplimiento de una de las partes en el litigio respecto de las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte¹¹⁶. Así, este mecanismo presenta algunas características que a continuación se deberán analizar para determinar su debido alcance.

En primer lugar, este mecanismo presenta una estructura institucional de coordinación y cooperación entre los órganos principales de las Naciones Unidas. Así, luego de concluida la labor de la Corte, queda en manos de los propios Estados ejecutar las obligaciones

¹¹¹ “Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974”. p. 3.

¹¹² “Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972. I.C.J. Reports 1972”. p. 12.

¹¹³ Carta de fecha 28 de mayo de 1973 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente interino del Reino Unido ante las Naciones Unidas (S/10936).

¹¹⁴ Carta de fecha 29 de mayo de 1973 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente interino de Islandia ante las Naciones Unidas (S/10937).

¹¹⁵ Sin embargo, debe indicarse que el asunto sobre la situación de América Central (Nicaragua) ya había sido remitida al Consejo de Seguridad. Para mayor información se puede consultar: PATIL, Anjali. “The veto: a historical necessity”. Nueva York: 2001. pp. 563-581.

¹¹⁶ “The wording and the position of Art. 94 (2) in the systematic context of the Charter favour an interpretation that action according to this provision is independent of the provision of the Charter. Article 94 (2) refers neither to the conditions nor the consequences of the competences of the SC based on Chapters VI and VII (...). If it decides upon specific measures to be taken, the SC need not determine, in the view of the author, the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, as provided for in Art. 39 of the Charter, but may decide upon measures to be taken including those listed in Art. 41”. SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1177; “In addition, the powers of the SC under Art. 94/2 should be seen as independent of its power under other provisions of the Charter. This means that the SC should act on the non-compliance of the Court’s judgment whether or not such non-compliance amounts to a possible danger to peace or threat to peace under Chapter VI and VII”. AMR, Mohamed Sameh M. Op. cit. p. 388.

que les hayan sido atribuidas por el fallo, pero al mismo tiempo el Sistema reconoce que pueden darse situaciones en que esto no ocurra y para ello ha establecido un mecanismo, específico, a través del cual pone en manos del Consejo de Seguridad asegurar su cumplimiento en caso el Estado decida recurrir a éste.

En segundo lugar, se puede apreciar que el artículo 94.2 de la Carta únicamente atribuye a la parte en el litigio la posibilidad de acudir al Consejo de Seguridad para exigir a la otra parte el cumplimiento de las obligaciones derivadas del fallo. Con ello se otorga un carácter excluyente a este mecanismo (*ratione personae*), ya que ningún otro Estado, ni órgano de Naciones Unidas, podrá activar este mecanismo a fin de que el Consejo de Seguridad pueda asumir competencia sobre el particular¹¹⁷.

En tercer lugar, la decisión de “hacer recomendaciones” o “dictar medidas” por parte del Consejo de Seguridad es una atribución discrecional de éste, de manera que si bien el Estado puede remitir la situación para exigir el cumplimiento del fallo, éste podrá –si así lo estima– no intervenir sobre el particular o en caso contrario hacer recomendaciones o dictar medidas para asegurar el cumplimiento del fallo. Ello se ve reforzado con la inclusión en el artículo 94.2 de la Carta de la frase “si lo cree necesario”¹¹⁸.

Como se puede apreciar esta disposición difiere de lo previsto en el artículo 13 del Pacto de la Sociedad de Naciones, en tanto que no se otorgaba al entonces Consejo esta capacidad discrecional, sino que, con carácter obligatorio, éste debía proponer medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del fallo.

En cuarto lugar, el artículo 94.2 de la Carta establece el camino que deberá guiar la

actuación del Consejo de Seguridad en función de las recomendaciones o medidas que pudiese adoptar. Así, el margen de actuación del Consejo de Seguridad en virtud de este artículo limita, en cierta medida, el ejercicio de las recomendaciones o medidas previstas en los capítulos VI y VII de la Carta, ya que éstas deberán estar destinadas, exclusivamente, a asegurar el cumplimiento del fallo, de manera que deberán presentar una correlación entre su finalidad y lo resuelto por la Corte.

Cabe destacar que el artículo 94.2 de la Carta no establece un plazo específico en el cual el Estado deba ejecutar el fallo, de manera que luego de que éste se cumpliera, el otro Estado tuviera expedita la vía para acudir al Consejo de Seguridad. De haberse establecido un plazo, se hubiese corrido el riesgo de generar situaciones que no pudieran reflejar lo ordenado por la Corte y las acciones materiales que, de ser el caso, tendría que adoptar el Estado.

Por ello, al momento de determinar si un Estado está cumpliendo con lo dispuesto por el fallo se deberá seguir un criterio de razonabilidad y buena fe. No obstante ello, la propia Corte puede en sus fallos establecer cronogramas para que las partes vayan cumplimiento con el fallo o establecer que los Estados le informen periódicamente sobre el particular¹¹⁹.

X. EL ARTÍCULO 94.2 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO CAUSAL ESPECÍFICA PARA LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

Cuando se ha abordado el tema de la ejecución de los fallos de la Corte en el marco del artículo 94.2 de la Carta las discusiones se han concentrado en determinar si éste se constituye como una causal autónoma

¹¹⁷ “The Security Council is not placed in the artificial position of being designated in the Charter as the automatic law-enforcement agency of the United Nations, but is rather at the disposition of the parties if required”. ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 252.

¹¹⁸ “Be that as it may, it is apparent that, contrary to what was prescribed in the Covenant, the drafters of the Charter, in preserving the discretion of the Security Council in this matter, have rendered the Court totally dependent on the logic of political negotiations between Members of the Council with regard to the enforcement of its judgments that are not spontaneously complied with.. Basically, the provision in point gives the Council the liberty not to act to enforce the decision (...)”. TANZI, Attila. Op. cit. pp. 541-542; AZAR, Aida. Op. cit. pp. 147-150.

¹¹⁹ SCHULTE, Constanze. Op. cit.

para determinar la competencia del Consejo de Seguridad o, si por el contrario, debe ser interpretado bajo lo dispuesto en el artículo 24, es decir, estar referido al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (ya sea un supuesto de aplicación en el marco del capítulo VI o VII de la Carta)¹²⁰.

Algunos autores consideran que el Consejo de Seguridad sólo podrá intervenir si se encuentra ante un supuesto que ponga en peligro la paz y seguridad internacionales. Para lo cual señalan que ello se ve reflejado en el Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad, el cual no contempla una disposición específica relativa al artículo 94.2 de la Carta: "It will be noted that Rule 3 does not refer to the possibility of a question being brought to the attention of the Security Council pursuant to Article 94(2). No provision of the Provisional Rules of procedure of the Council provides for that procedure. It accordingly appears that the practice of the Security Council is not to treat Article 94(2) as a separate source of jurisdiction, and, indeed, that there would be no way for that article to be employed unless the rules were amended. While it appears from the foregoing that a better case can be made that Article 94(2) is not a separate source of jurisdiction for the Council, it seems probable, as will be indicated later, that the security Council would follow its usual practice of avoiding as far as possible a clear articulation of the legal basis of its action in cases such as this where the law is open to dispute"¹²¹.

Asimismo, se suele recurrir a las discusiones sostenidas durante la elaboración de la Carta¹²² en donde, como señaláramos, existían diferentes puntos de vista del papel que debía tener el Consejo de Seguridad dentro del sistema de las Naciones Unidas, para señalarse que se deberá verificar primero

la puesta en riesgo de la paz y seguridad internacionales.

Al respecto, cabe destacar que durante las audiencias del Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos para la aprobación de la Carta se señaló lo siguiente: "Senator Burton. You mean at that point, if it is about to consider enforcing this judgment, there would have to be determined before it enforced it whether or not its failure to enforce it would constitute a threat to the peace, a breach of the peace, and so on? Mr. Pasvolsky. Surely. The Security Council would have to determine first of all, under chapter VI, whether or not a continuance of that situation would be likely to threaten the peace, and then it could take measures which are indicated under chapter VI. Then, if the situation became aggravated, it would have to determine under article 39 whether that particular situation actually represented a threat to the peace. If it is so determined it could act under article 39; but its action under article 39, for the purpose of maintaining international peace and security, would be for that purpose primarily (...) The Council may proceed, I suppose, to call upon the country concerned to carry out the judgment, but only if the peace of the world is threatened, and if the Council has made a determination to that effect (...) The Council would act if it thinks that peace is threatened"¹²³.

En sentido opuesto, otros autores consideran que el artículo 94.2 de la Carta sí confiere una causal autónoma para activar las competencias del Consejo de Seguridad: "Thus, it becomes clear that Art. 94, para.2 UN Charter constitutes a special basis for seizing the Security Council, namely one which does not presuppose that the non-compliance with a judgment 'might lead to international friction or give rise to a dispute

¹²⁰ "1) A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad; 2) En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII (...)"

¹²¹ GROSS, Leo. "The Future of the International Court of Justice". Nueva York: Oceana. Volumen 1, 1976. pp. 277-278.

¹²² Commission III, Committee 1 (Structure and procedures) Doc. 597, III/1/30. 26 de mayo. 1945. Summary report of fourteenth meeting of Committee III/1. 25 de mayo. 1945. UNIO, Volumen 11.

¹²³ United States. "Hearings before the Committee on Foreign Relations United States Senate". Washington, 9 de 10,11,12 and 13 julio. 1945. pp. 286-287.

[which] is likely to endanger the maintenance of international peace and security' (Art. 34 UN Charter)¹²⁴.

Antes de evaluar estas posiciones cabe recordar lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados respecto a las reglas de interpretación¹²⁵, ya que será sobre la base de estas reglas que se deberá efectuar el análisis para establecer cómo determinar las competencias del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 94.2 de la Carta¹²⁶.

Frente a la posición que interpreta que el artículo 94.2 de la Carta únicamente podrá activar la competencia del Consejo de Seguridad cuando se presente una controversia o situación que pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (artículo 33 y 39 de la Carta) se pueden efectuar las siguientes observaciones.

En primer lugar, si ello fuera el caso el establecimiento del artículo 94.2 de la Carta resultaría innecesario, ya que perfectamente el Estado afectado podría acudir al Consejo de Seguridad en virtud de las competencias

generales previstas en los Capítulos VI o VII de la Carta sin que para ello se deba tener que hacer referencia al citado artículo.

En segundo lugar, provocaría que el Estado afectado se vea incentivado a escalar la controversia a fin de alcanzar el umbral previsto en los artículos 33 y 39 de la Carta, lo que daría lugar a un resultado que iría contra el objeto y fin del tratado cuando precisamente Naciones Unidas tiene como propósito mantener la paz y la seguridad internacionales (artículo 1.1 de la Carta) debiendo los Estados, por principio, abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta).

Finalmente, cabe destacar que nada en el Capítulo XIV de la Carta establece que se requiera, como condición previa para que el Estado afectado pueda recurrir al Consejo de Seguridad, que exista una controversia o situación que pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Así, una lectura aislada del Capítulo V de la Carta puede llevar a una interpretación parcializada (limitando con ello las labores que le han sido encomendadas al Consejo de Seguridad), debiendo ser ésta

¹²⁴ ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. pp. 169-170; "La ejecución de las sentencias de la Corte, en su caso, se garantizará por el Consejo de Seguridad. Este último puede decidir una ejecución forzada del fallo a través de sanciones o por una operación militar, sin que tenga que constituir una amenaza contra la paz, una ruptura de la paz o un acto de agresión en virtud del artículo 39. De hecho el Consejo puede invocar directamente el artículo 94, ss 2 (...) ". Sin embargo, el autor reconoce que esta interpretación no es aceptada de manera general. KOLB, Robert. "Introduction au droit des Nations Unies". Bruselas: Bruylant. 2008. p. 163 (traducción libre).

¹²⁵ "Artículo 31.- Regla general de interpretación. 1). Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2) Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos; a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Artículo 32.- Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

¹²⁶ Respecto del reconocimiento de las reglas de interpretación recogidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Gardiner señala que: "The Court nowadays presents application of the rules as virtually axiomatic (...) That the Court views the Vienna rules as general, or customary international law, seems incontrovertible. Evidence additional to the Court's express statements to that effect can be found in the Court's application of these rules to treaties made long before entry into force of the Vienna Convention. This is also shown by its application of the rules in cases where one or more parties to the litigation are not parties to the Vienna Convention". GARDINER, Richard. "Treaty Interpretation". Oxford: Oxford University Press. 2008. pp. 15-16.

más bien realizada respecto de todo el texto incluido el Estatuto de la Corte (integral y concordada).

Aun aplicando los medios complementarios de interpretación, podemos señalar que si bien durante los trabajos preparatorios de la Carta algunas delegaciones expresaron que no querían que se ampliaran las competencias del Consejo de Seguridad, de manera que éste tuviese que intervenir inclusive cuando no se estuviera ante una de las situaciones previstas en el artículo 24 de la Carta, se puede afirmar que estas declaraciones no resultan concluyentes¹²⁷, ya sea para determinar o confirmar, un acuerdo sobre el particular¹²⁸.

En ese sentido, siguiendo los criterios de interpretación de los tratados se puede concluir que el artículo 94.2 establece un supuesto específico en el que podría activarse la actuación del Consejo de Seguridad, si este así lo estima, cuando se presente una situación de incumplimiento de un fallo de la Corte, ya sea que a raíz de ese incumplimiento del fallo se pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales o no¹²⁹.

Cabe destacar que durante los trabajos preparatorios para la elaboración de la carta, Bolivia presentó la siguiente propuesta: "The decisions of this Court [la Corte Internacional de Justicia] shall be of a binding and final nature in all disputes of a juridical nature which it may not have been possible to solve by other peaceful means. All States which

refuse to comply with these decisions shall be declared aggressor States". Sin embargo, la citada propuesta terminó finalmente siendo desestimada por los negociadores.

Al respecto, se debe distinguir la "competencia" que se le atribuyen al Consejo de Seguridad de las "recomendaciones" o "medidas" que puede adoptar, así como de los "procedimientos de votación" a fin de que éstas sean aprobadas. Cada uno de estos tres elementos debe ser analizado en su debido contexto ya que de lo contrario se podrían terminar confundiendo.

Las "recomendaciones" o "medidas" que puede adoptar el Consejo de Seguridad en cualquiera de los supuestos señalados se encontrarán determinadas básicamente por los capítulos VI y VII de la Carta, y tendrán como sustento las condiciones existentes en cada caso de manera particular. Por otro lado, en cuanto al procedimiento de votación que deberá seguir el Consejo de Seguridad para adoptar las "recomendaciones" o "medidas", éste se encontrará regulado conforme a la Carta dependiendo del alcance de éstas.

XI. RECOMENDACIONES O MEDIDAS QUE PUEDE ADOPTAR EL CONSEJO DE SEGURIDAD: PROCEDIMIENTO Y ALCANCES

Antes de abordar este tema, debe diferenciarse la fuente y contenido de las obligaciones que emanan para los Estados parte en la controversia derivados del fallo

¹²⁷ "The wording of paragraph 2 is not very clear and therefore gives rise to doubts. It must be interpreted in the framework of the interrelation between the various provisions of the Charter concerning the pacif settlement of disputes and the enforcement of the members' obligations". SIMMA, Bruno. Op. cit. p. 1177.

¹²⁸ "(...) Subject to the limitations indicated in this chapter it is a useful make weight but in our submission it would be unfortunate if preparatory work ever became a main basis of interpretation. In particular, it should only be admitted when it affords evidence of the common intention of both or all parties". McNAIR. "The law of treaties". Oxford: Clarendon Press, 1986. pp. 422-423; JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. "Oppenheim's International Law". London: The Bath Press. 1992. pp. 1277-1278.

¹²⁹ "Therefore, the only interpretation eliminating this inconsistency is based on the argument that Art. 94, paragraph 2 UN Charter is not a provision conferring additional competences on the Security Council, but rather only a provision for special possibility of seizing the Security Council, namely in a situation which may not be likely to endanger international peace and security". ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. p. 173; "The provision's ordinary meaning, its context, drafting history, and purpose –all these factors point to the conclusion that the right contains in the article [en referencia al 94.2] is not dependent on the existence of a potential threat to international peace and security. If one were to assume that Article 94(2) had no independent significance, the provision would be superfluous; a result incompatible with the presumption that a treaty does not contain redundant provisions". SCHULTE, Constanze. Op. cit. pp. 41-42; "Under the United Nations Charter, itself a binding treaty, the Security Council can require action from the members of the United Nations in accordance with judgments rendered by the International Court of Justice (Article 94.2), as well as in reaction to a "threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression" (Article 39)". RUBIN, Alfred. "Dayton, Bosnia and the Limits of Law". En: The National Interest. 46. Winter 1997.

emitido por la Corte, de las obligaciones que se derivan del incumplimiento de un fallo, en tanto que como señaláramos se trata de dos cosas distintas.

Por otro lado, las “recomendaciones” o “medidas” que puede adoptar el Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 94.2 de la Carta (ya sea que estemos ante una situación que pueda poner en riesgo la paz y la seguridad internacionales o no), a fin de requerir el cumplimiento de un fallo de la Corte tendrán siempre como límite de actuación lo dispuesto por la Carta.

El artículo 94.2 de la Carta no establece qué “recomendaciones” o “medidas” específicas el Consejo de Seguridad puede disponer, por lo que éste se encontrará, en principio, en libertad de adoptar éstas bajo alguno de los Capítulos VI (artículos 36.1, 37.2 y 38) o VII (artículos 41 –medidas que no impliquen el uso de la fuerza–, y 42 –uso de la fuerza) antes referidos, dependiendo del estado de la cuestión (gravedad, urgencia, entre otros factores).

Sin embargo, se ha manifestado que: “Whether it does at the same time also confer a special competence on the Security Council to apply Chapter VII of the Charter independently of the fulfillment of the preconditions of Art. 39 UN Charter is not clear from the wording of Art. 94, para 2 UN Charter. This question

has, however, in the view of this author, to be answered in the negative”¹³⁰.

En la práctica esta distinción resulta sumamente compleja de identificar en tanto que será finalmente el propio Consejo de Seguridad quien determine sobre qué base se aplica el artículo 94.2 de la Carta (es decir, si se presenta o no una situación que ponga en riesgo la paz y seguridades internacionales), ya que no se trata de una determinación que hace el Estado afectado (en la comunicación que remita para someter la cuestión al Consejo de Seguridad o en su eventual argumentación ante éste durante los debates).

Cabría analizar si las recomendaciones o medidas que el Consejo de Seguridad podrían modificar o afectar, de algún modo, el fallo y las obligaciones que de éste se deriven para las partes en el litigio. Al respecto, el artículo 60 del Estatuto de la Corte establece que los fallos de ésta son definitivos e inapelables.

El Estatuto de la Corte forma parte integral de la Carta, por lo que la aplicación de ambos instrumentos debe ser congruente en tanto que forman parte de un mismo sistema sin que exista primacía de uno frente al otro. En este sentido, la interpretación que se sigue es que el Consejo de Seguridad no puede revisar o alterar el contenido de los fallos de la Corte al momento de efectuar recomendaciones o medidas en virtud del artículo 94.2 de la Carta¹³¹.

¹³⁰ ZIMMERMANN, Andreas. Op. cit. pp. 169-170.

¹³¹ “(...) That is way, when the injured judgment creditor has recourse to the Security Council under this Article, any recommendation and any decision that is adopted should be ‘upon measures to be taken to give effect to the judgment’. In dealing with a matter of this nature the discretion of the Security Council is limited to whether to take the matter on its agenda and to act or not; and if so, whether to make a recommendation, of problematic legal value but of undisputed political importance, or to take a decision which may be binding on States or other than the parties to the litigation as well as on those States, always in the direction indicated. The Council cannot destroy rights adjudicated by the Court”. ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 251. “No power of revision over pronouncements of the Court is expressly provided for the Council anywhere in the Charter. The rationale of Article 94 is certainly not that providing the Security Council with the power to decide on the validity of a Court decision”. TANZI, Attila. Op. cit. pp. 541-542. En sentido contrario Kelsen sostiene que: “In case the Security Council chooses to make recommendations, it may recommend to comply with the judgment of the Court. But in making a recommendation under Article 94, paragraph 2, the Security Council is not bound to conform with the judgment of the Court with which the party concerned did not comply. The wording of Article 94, paragraph 2, it is true allows an interpretation according to which not only the word ‘decide’, but also the words ‘make recommendations’ refer to the words ‘upon measures to be taken to give effect to the judgment’. But the other interpretation, according to which the Security Council has the choice between any kind of recommendation and a decision to give effect to the judgment of the Court, is not only possible but, grammatically, more adequate. In accordance with this interpretation, the Security Council may recommend a solution of the dispute totally different from that decided by the Court (...) By having recourse to the Security Council under article 94, paragraph 2, the party places the Court under the control of the Council (...) Such recourse may have the effect of transforming a legal dispute, decided by the Court in accordance with existing law, into an issue to be settle anew by the Council accordingly to political principles”. KELSEN, Hans. “The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems”. Nueva York: Frederick A. Praeger. 1966. pp. 539-541.

Sin embargo, ello no significa que las recomendaciones o medidas no puedan en cierta medida tener algún efecto sobre la ejecutabilidad del fallo por las partes: “The more persuasive view, however, is that it should not do so. Nowhere in the Charter is the Security Council given the express competence to review Court judgments, and the wording of Article 94(2) appears to vest in the Council the responsibility for deciding on measures to give effect to the judgment of the Court rather than pronouncing on the validity of the judgment itself”¹³².

El Consejo de Seguridad no constituye un órgano jurídico, sino que tiene una naturaleza eminentemente política derivada de lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta, que se refiere a sus funciones y poderes (responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales), pero que debe interpretarse en concordancia con las otras disposiciones de la Carta (específicamente en este caso con el artículo 94) y el estatuto de la Corte (artículos 59, 60 y 61)¹³³.

La determinación de cuál sería el marco de actuación del Consejo de Seguridad (ya sea capítulo VI o VII) permitirá a su vez establecer el procedimiento específico de votación que tendrá que seguir, situación que tiene una gran importancia dado que potencialmente puede afectar la participación de los Estados en la votación.

Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones de procedimiento son tomadas por el voto afirmativo de nueve de sus miembros¹³⁴. Sin embargo, las decisiones sobre todas las demás cuestiones serán

tomadas también por el voto afirmativo de nueve miembros pero incluyendo entre éstos los votos afirmativos de todos los miembros permanentes (China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia). Cabe destacar que en las decisiones que sean tomadas en virtud del capítulo VI y del párrafo 3 del artículo 52, la parte en la controversia, en caso sea miembro del Consejo de Seguridad (tanto si es miembro permanente o no) se abstendrá de votar.

El Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad no contiene disposiciones que aborden el tema de la aplicación del artículo 94.2 de la Carta de manera específica¹³⁵. Por lo que corresponderá analizar cuál sería el procedimiento que el Consejo de Seguridad tendría que seguir luego que el Estado le remite el caso en virtud de este artículo.

Del artículo 94.2 de la Carta no se desprende que cuando un Estado lo invoque deba convocarse una reunión del Consejo de Seguridad, por lo que pueden darse dos escenarios. El primero, en donde el Estado solamente busca hacer uso del artículo 94.2 para llamar la atención del Consejo de Seguridad (y de la comunidad internacional frente a la situación del incumplimiento) sin que le solicite que tome acción alguna; o el segundo escenario, cuando el Estado, sobre la base del artículo 94.2, le pide al Consejo de Seguridad que evalúe el caso, para lo que se requeriría que se convoque una reunión de éste a fin de que analizarlo y, eventualmente, efectuar recomendaciones o dictar medidas específicas.

Al respecto, siguiendo lo dispuesto por el Reglamento Provisional del Consejo de

¹³² GROSS, Leo. Op. cit. p. 278.

¹³³ “Mr. Pasvolsky. I think the explanation of this paragraph is that when the Court has rendered a judgment and one of the parties refuses to accept it, then the dispute becomes political rather than legal. It is as a political dispute that the matter is referred to the Security Council. The Security Council then acts not as a judicial body, because the judicial body has already acted, but in its capacity as a political body in a dispute which is a political dispute or in a situation which is a political situation”. United States. “Hearings before the Committee on Foreign Relations United States Senate”. Washington: 9, 10, 11, 12 y 13 de julio. 1945. p. 286.

¹³⁴ “The Council has treated the following matters as procedural: Inclusion of items in the agenda; Order of items; Deferment of consideration of items; Removal of an item from the list of matters of which the Council is seized; Ruling of the President; Suspension of a meeting; Adjournment of a meeting; Invitations to participate; Conduct of business; Convocation of an emergency special session of the General Assembly”. ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 226.

¹³⁵ “There is no indication that the Council had intended to interpret Article 94 or to make any final and comprehensive assessment of its powers in its adoption of these Rules; it cannot be lightly assumed that the Council wanted to subject itself to stricter requirements in the application of Article 94 than those of the Charter. The likely reason for the lack of an explicit reference to Article 94 was that the Council felt no need for it given the low probability of a call for action in the enforcement of a judgment in a situation where the threshold of at least Chapter VI is not passed”. SCHULTE, Constanze. Op. cit. p. 43.

Seguridad se suceden tres etapas procesales. La primera, para la determinación de la inclusión del tema en el orden del día del Consejo de Seguridad; la segunda, para determinar el capítulo aplicable de la Carta; y finalmente la tercera, para determinar las recomendaciones o medidas propuestas (esta tercera puede coincidir con la segunda etapa).

En la Resolución 267 (III) de la Asamblea General (El problema del voto en el Consejo de Seguridad), ésta recomendó como una de las cuestiones a ser consideradas como de procedimiento “las decisiones para recordar a los Estados miembros de sus obligaciones bajo la Carta”. Sin embargo, debe tenerse presente que las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes para el Consejo de Seguridad; tan sólo pueden tener, siguiendo lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta, un carácter recominatorio. Por otro lado, la citada resolución no se refiere específicamente a los fallos de la Corte ni del procedimiento que debería seguir el Consejo de Seguridad para establecer recomendaciones o medidas para asegurar la ejecución del fallo.

El orden del día provisional de cada sesión del Consejo de Seguridad será redactado por el Secretario General y aprobado por el Presidente del Consejo de Seguridad. De manera que el primer punto a ser discutido será la aprobación del orden del día¹³⁶. Cabe destacar que si un miembro del Consejo de Seguridad plantea una cuestión de orden, el Presidente pronunciará inmediatamente su decisión. De ser impugnada ésta, el Presidente la someterá al Consejo de Seguridad para que resuelva inmediatamente, y la decisión del Presidente prevalecerá a menos que sea revocada por el Consejo.

Al respecto, Bailey y Daws señalan que: “The Council has been reluctant to reject proposals for including new matters in its agenda, and even when items were rejected, a reasonably full debate took place before it was decided not to admit the matters (...) Four arguments have been used, separately or in combination, why proposed items should not be admitted

to the agenda. First, that the proposal was lacking in clarity or that more information was needed before a decision could be taken (...) that... no dispute or threat to peace existed (...) A more usual argument, essentially political, is that consideration by the Security Council would have a harmful effect on the situation or dispute, that it will interfere with measures undertaken or contemplated outside the Security Council, or that timing is inopportune (...) Finally, it is often possible for States to claim that inscription of the proposed item would represent intervention in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of a State (...) It has sometime been argued that a particular matter is being submitted only for propaganda purposes”¹³⁷.

Respecto de la segunda etapa procesal, es decir, sobre la determinación del capítulo a ser aplicable (VI o VII), ello constituye una decisión que si se llegase a plantear superaría el plano netamente del procedimiento y puede ser considerada como un tema que si bien no es estrictamente de fondo, por sus implicancias va más allá de una simple decisión del Consejo de Seguridad sobre procedimiento¹³⁸. Aquí nos podríamos encontrar ante un supuesto de “doble veto”, en tanto que deberá primero discutirse la cuestión procedimental de determinación¹³⁹.

La Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ha señalado que: “It has not been the practice of the Security Council in most cases brought before it to characterize the question under discussion either as a dispute or a situation (Chapter VI refers to both ‘disputes’ and ‘situations’), nor does it generally indicate whether a specific proposal it is acting on comes under Chapter VI or some other provisions of the Charter. In the event that a controversy were to develop in the Council as to whether a particular matter came within the terms of Article 27, paragraph 3, it would be first necessary for the Council to make a determination on both these points, i.e. whether the question involved a dispute within the sense of Chapter VI of the Charter

¹³⁶ Capítulo II del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad.

¹³⁷ BAILEY, Sydney y Sam DAWS. “The procedure of the UN Security Council”. Oxford: Clarendon. 1998. pp. 90-91.

¹³⁸ SCHULTE, Constanze. Op. cit. p. 55.

¹³⁹ “(...) if there is a doubt whether a proposal submitted to the Council is procedural or substantive, the Council should not proceed to vote on the main question until after the preliminary question has been settled”. BAILEY, Sydney y Sam DAWS. Op. cit. pp. 90-91.

and whether the particular recommendation before the Council fell under Chapter VI. In making these determinations, a permanent member could cast a negative vote and thus prevent any such determination from being made in a sense favorable to that permanent member. Such a determination is, in effect, a matter of substance, not a matter of procedure. This follows from the statement by the Sponsoring Governments at the San Francisco Conference on voting procedure in the Security Council which was to the effect that the determination of whether a matter is one of substance or procedure is subject to the veto (this is known as the 'double veto')¹⁴⁰.

Cabe destacar que algunos estiman que el procedimiento de votación a través del cual un Estado parte en la controversia debe abstenerse de votar cuando se trate de recomendaciones o medidas bajo el capítulo VI resulta cuestionable en tanto que el accionar del Consejo de Seguridad frente al incumplimiento de un fallo de la Corte no se seguiría por lo dispuesto en el capítulo VI o VII sino por el capítulo XIV¹⁴¹.

Resulta evidente que si se debe adoptar una medida sobre el capítulo VII, esta adopción presenta la dificultad de que si el Estado parte en la controversia es, a la vez, miembro del Consejo de Seguridad, éste gozaría de una ventaja frente al otro Estado, en tanto que podría votar en contra o inclusive tener una alianza política con un Estado que sea miembro permanente. Ello llevaría en la práctica a paralizar de facto todo el sistema en virtud del uso del veto al que podría recurrir éste.

Por otro lado, en caso se pretenda aplicar el capítulo VI o el artículo 52.3 de la Carta, cabría la posibilidad de que se interprete que la abstención de votar sólo se refiere a una

“controversia” cuando el incumplimiento de un fallo de la Corte, siguiendo lo dispuesto en el artículo 94.2, sea más bien calificado como una “situación”.

Al respecto, la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ha señalado que: “If the matter is brought before the Security Council under Article 94, it could be argued that the issue of giving effect to the judgment of the Court is not in itself a dispute and therefore no question of the application of Article 27, paragraph 3, arises. Article 94 is considered by several jurists as providing the Security Council with powers and responsibilities independent of those envisaged in Chapter VI, thus reinforcing an argument that Article 27, paragraph 3, has no application when the Council is considering a matter under Article 94, paragraph 2. Thus no member of the Council would be debarred from voting, even though it is a party to the case which has been adjudicated by the Court”¹⁴².

Por su parte, el miembro de las Naciones Unidas que no tenga asiento en el Consejo de Seguridad o no sea miembro de las Naciones Unidas, si fuere parte en una controversia que esté considerando el Consejo, podrá ser invitado a participar pero sin derecho a voto en las discusiones sobre el particular¹⁴³.

Respecto de la tercera etapa, ella dependerá del contenido del proyecto de resolución que se presente. Sin embargo, cabe destacar que el proyecto de resolución se vota como una totalidad, de manera que no se separan los párrafos en función de la aplicación de un capítulo determinado (VI o VII), sino que el conjunto de la resolución se votará siguiendo el procedimiento de alguno de estos capítulos. Lo señalado no implica que no se pueda presentar una situación de votación de párrafo por párrafo (artículo 32

¹⁴⁰ Scope of application of Article 27, paragraph 3, of the Charter of the United Nations –practice of the Security Council in this regard- Question of giving effect to a judgment of the International Court of Justice within the context of Article 94 of the Charter –A determination by the Court that a matter that is a ‘legal dispute’ under Article 36, paragraph 2, of its Statute is not determinative of whether that matter is also a ‘dispute’ within the meaning of Chapter VI and Article 27, paragraph 3, of the Charter. Memorandum to the Secretary General. 18 de julio. 1986. Office of Legal Affairs, ST/LEG/SER.C/24. United Nations Juridical Yearbook. 1986.

¹⁴¹ TANZI, Attila. Op. cit. pp. 552-553.

¹⁴² Scope of application of Article 27, paragraph 3, of the Charter of the United Nations –practice of the Security Council in this regard- Question of giving effect to a judgment of the International Court of Justice within the context of Article 94 of the Charter –A determination by the Court that a matter that is a ‘legal dispute’ under Article 36, paragraph 2, of its Statute is not determinative of whether that matter is also a ‘dispute’ within the meaning of Chapter VI and Article 27, paragraph 3, of the Charter. Memorandum to the Secretary General. 18 de julio. 1986. Office of Legal Affairs, ST/LEG/SER.C/24. United Nations Juridical Yearbook. 1986.

¹⁴³ Artículo 32 de la Carta.

del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad), pero lo que no va a suceder es que la discusión del tipo de votación conforme al capítulo aplicable (VI o VII) se deba presentar a fin de determinar si el Estado que fue litigante debe de abstenerse por ser parte interesada.

El único ejemplo de la solicitud presentada por un Estado sobre la base del artículo 94.2 de la Carta lo constituye el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua¹⁴⁴. En esa oportunidad la Representante Permanente de Nicaragua, Nora Astorga, remitió una comunicación (el 17 de octubre de 1986) al Presidente del Consejo de Seguridad a fin de solicitarle, en base a lo establecido en el artículo 94 de la Carta, una reunión urgente del Consejo para examinar el incumplimiento del fallo de la Corte¹⁴⁵.

Posteriormente se presentó un proyecto de resolución (Congo, Emiratos Árabes Unidos, Ghana, Madagascar y Trinidad y Tobago). Sin embargo, a diferencia de la carta del Representante Permanente de Nicaragua, el citado proyecto no contenía referencia alguna al artículo 94 de la Carta.

En la parte del preámbulo se tomaba nota del fallo emitido por la Corte (del 27 de junio de 1986) y se hacía referencia al examen de los hechos ocurridos en y contra Nicaragua después de emitirse el fallo. En los párrafos operativos se hacía un llamado urgente para que se aplicase en forma cabal e inmediata el fallo de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta y se pedía al Secretario General que mantuviese informado al Consejo de Seguridad acerca de la aplicación de la citada resolución¹⁴⁶.

Las discusiones que se llevaron a cabo en el marco del Consejo de Seguridad, sobre el

proyecto de resolución, resultan sumamente interesantes, ya que no obstante Nicaragua presentó el tema ante el Consejo de Seguridad sobre la base del artículo 94 de la Carta, las intervenciones de las delegaciones participantes en el debate casi no hicieron referencia al citado artículo¹⁴⁷.

Finalmente, el proyecto de resolución fue sometido a votación el cual tuvo 11 votos a favor (Australia, Bulgaria, China, Dinamarca, Ghana, Madagascar, Trinidad y Tobago, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Emiratos Árabes y Venezuela), 1 en contra (Estados Unidos) y 3 abstenciones (Francia, Reino Unido y Tailandia). En su intervención, luego de la votación, el Presidente del Consejo de Seguridad indicó que: “El proyecto de resolución no ha sido aprobado debido al voto negativo de un miembro permanente del Consejo de Seguridad”¹⁴⁸.

De acuerdo con lo señalado por el Presidente, la decisión adoptada por el Consejo de Seguridad no era una de procedimiento (artículo 27.2 de la Carta), sino que correspondía seguir el procedimiento de votación del artículo 27.3, y por ende requería el voto afirmativo de todos los miembros permanentes. Luego de la intervención, ningún Estado intervino para retar la decisión del Presidente y cuestionar que exista un vicio en su decisión.

La única referencia específica que se puede encontrar sobre el procedimiento de votación y la decisión del Presidente del Consejo de Seguridad de considerar que, por el voto negativo de los Estados Unidos, el citado proyecto no podía adoptarse, fue realizada por el representante de Ghana, quien expresó que: “El Consejo no ha podido tomar una

¹⁴⁴ En el asunto entre Camboya y Tailandia sobre el Templo de Preah Viher, la Carta de fecha 5 de febrero de 2011, dirigida a la Presidenta del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Camboya ante Naciones Unidas, señala que “(...) Estos repetidos actos de agresión contra Camboya por parte de Tailandia violan los siguientes instrumentos jurídicos: (i). La sentencia emitida por la Corte Internacional de Justicia el 15 de junio de 1962. (ii) los artículos 2.3, 2.4 y 94.1 de la Carta de las Naciones Unidas (...)”. Como se puede apreciar, no se hace referencia al artículo 94.2 de la Carta (S/2011/56). Esto fue reiterado en comunicación de fecha 6 de febrero de 2011 (S/2011/58).

¹⁴⁵ S/18415.

¹⁴⁶ S/18428.

¹⁴⁷ Las únicas delegaciones que durante sus intervenciones hicieron referencia al artículo 94 de la Carta fueron: Siria (confirmando la aplicación del artículo 94) y Tailandia (si bien reconoció la aplicación del artículo 94 de la Carta, al mismo tiempo precisó que depender demasiado de éste, a esas altura, resultaba contraproducente. Por lo que se puede inferir que para Tailandia la actuación del Consejo de Seguridad debía realizarse, dada la coyuntura, en aplicación del capítulo VI o VII) (S/PV.2704).

¹⁴⁸ S/PV.2718.

decisión en un caso histórico. Este fracaso ha sido hecho posible por el ejercicio del veto por un miembro permanente del Consejo de Seguridad. Esta acción ésta dentro de la competencia del Consejo y resulta legítima, por lo que respetamos la decisión a la que se ha llegado”¹⁴⁹.

Cabe destacar que las decisiones que el Consejo de Seguridad tienen efectos más allá que para las solas partes en la controversia (esto dependerá del contenido de lo que el Consejo decida como recomendación o medidas a adoptar¹⁵⁰), ya que en virtud del artículo 25 de la Carta sus miembros han convenido en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad¹⁵¹.

Un elemento a considerar es la estrategia que decida adoptar el Estado afectado respecto del procedimiento a seguir para exigir el cumplimiento del fallo de la Corte dentro de las opciones que se presentan en cuanto a la labor del Consejo de Seguridad. Como señaláramos, el artículo 94.2 de la Carta establece un procedimiento específico pero más limitado de actuación del Consejo (con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo). Sin embargo, el Estado podría estimar que esto puede limitar la actuación del Consejo de Seguridad y más bien prefiera acudir a éste bajo el marco del paraguas del artículo 24 de la Carta, dándole en este caso una mayor libertad.

XII. ACTUACIÓN DE OTROS ÓRGANOS DE LAS NACIONES UNIDAS CON RELACIÓN A LOS FALLOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: LA ASAMBLEA GENERAL

Si bien el artículo 94.2 de la Carta establece un procedimiento específico en caso se presente una situación de incumplimiento de

un fallo de la Corte, ello no implica que no se puedan adoptar otras medidas bajo el marco de la Carta en función de las competencias generales que le han sido asignadas a los diferentes órganos de las Naciones Unidas.

En ese sentido, cualquier Estado podrá llevar la situación a conocimiento de la Asamblea General, en tanto que este órgano puede discutir cualquier asunto o cuestiones dentro de los límites establecidos por la Carta a fin de hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad, o a éste y a aquellos¹⁵². Sin embargo, mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

Un ejemplo de esta situación lo constituye el referido Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en donde luego de enfrentarse a una situación de entrampamiento en el Consejo de Seguridad (como resultado del veto de los Estados Unidos), Nicaragua decidió presentar un proyecto de resolución a fin de exigir el cumplimiento del fallo.

La Asamblea General adoptó una resolución sobre el particular por 94 votos a favor, 3 en contra (Estados Unidos, Honduras e Israel) y 47 abstenciones. Así, a través de la Resolución A/RES/31/41¹⁵³ se hizo un “llamamiento urgente para que se aplique en forma cabal e inmediata el fallo de la Corte Internacional de Justicia emitido el 27 de junio de 1986 en el caso ‘Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua’, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”. Asimismo, se pidió al

¹⁴⁹ Adicionalmente, se puede señalar que Nicaragua indirectamente reconoció la decisión del Presidente al indicar lo siguiente: “El Consejo de Seguridad no ha podido adoptar hoy una resolución por el veto de los Estados Unidos. Con ese pronunciamiento, una vez más los Estados Unidos han vetado la Carta de las Naciones Unidas” (S/PV.2718).

¹⁵⁰ El carácter obligatorio de las decisiones del Consejo no se limita a las establecidas bajo el Capítulo VII de la Carta.

¹⁵¹ El Artículo 48 de la Carta establece que: (i) La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad; (ii) dichas decisiones serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte.

¹⁵² artículo 10 de la Carta.

¹⁵³ 3 de noviembre de 1986.

Secretario General que mantuviera informada a la Asamblea General acerca de la aplicación de la resolución.

Adicionalmente, existen diversas instancias en el marco del Sistema de Naciones Unidas a las cuales los Estados podrán recurrir a fin de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la Corte. Así, en ampliación a las ya señaladas (Consejo de Seguridad y Asamblea General) los Estados podrán acudir a otros órganos principales, o subsidiarios de ser el caso, de la Organización en tanto que exista una relación entre la materia y las competencias que han sido previstas por la Carta para estos órganos.

XIII. LAS “CONTRAMEDIDAS” COMO RECURSO PARA EXIGIR LA EJECUCIÓN DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El incumplimiento, ya sea total o parcial, de un fallo de la Corte conlleva a su vez la violación de la Carta y por tanto da lugar a activar los mecanismos que el Derecho Internacional, en particular el régimen de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, pone a disposición de los Estados a fin de corregir esta situación. Al respecto, Schulte señala que: “Non-compliance with the obligation under Article 94(1) of the Charter will normally constitute an International wrong entailing state responsibility, as in other cases of violations of international obligations; moreover, it takes on increased significance in its challenge to the authority of the ICJ, the principal UN judicial organ”¹⁵⁴.

En cuanto a las contramedidas¹⁵⁵ que el Estado puede adoptar a fin de buscar el cumplimiento del fallo de la Corte éstas dependerán de las circunstancias específicas de cada caso en virtud de lo dispuesto en el fallo por la Corte, así como por otras condiciones fácticas y

jurídicas que puedan verse envueltas. En este sentido, Sands considera que: “It must be noted, nevertheless, that institutional enforcement remains unlikely and a successful litigant will be left with such measures of self-help as are consistent with its obligations under the Charter, especially Article 2.4”¹⁵⁶.

Por su parte, Rosenne señala que: “It is the inevitable consequence of the complete absence, in international practice, of a ready-made set of judgments enforcement measures placed at the disposal of the judgment creditor by an external agency and deriving its powers from a superior sovereignty, that the doctrine of self-help supplies the theoretical basis for the actions of the injured judgment creditor”¹⁵⁷.

En cuanto a las contramedidas que un Estado lesionado puede adoptar, el artículo 49 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos dispone que: “(i) El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte; (ii) Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable; (iii) En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones”¹⁵⁸.

Para la aplicación de contramedidas, el Estado deberá tener presente que éstas deberán cumplir una serie de requisitos¹⁵⁹. Así, las contramedidas deberán ser proporcionales al perjuicio sufrido (cuantitativa y cualitativamente), ser de carácter provisionales (hasta verificarse que el hecho

¹⁵⁴ SCHULTE, Constanze. Op. cit. p. 36.

¹⁵⁵ “Las contramedidas son un elemento de un sistema descentralizado por el cual los Estados lesionados pueden buscar la vindicación de sus derechos y la restauración de la relación jurídica con el Estado responsable que ha sido rota por el hecho internacionalmente ilícito”. Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10).

¹⁵⁶ SANDS, Philippe y Pierre KLEIN. Op. cit. p. 363.

¹⁵⁷ ROSENNE, Shabtai. Op. cit. p. 232.

¹⁵⁸ A/56/10.

¹⁵⁹ “Las contramedidas suponen un comportamiento que va en derogación de una obligación convencional subsistente, pero que se justifica como respuesta necesaria y proporcionada a un hecho internacionalmente ilícito del Estado contra el que se adoptan las contramedidas. Son esencialmente de carácter temporal, se adoptan para lograr un fin concreto, y su justificación termina una vez alcanzado ese fin”. Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10).

internacionalmente ilícito haya cesado) y no podrán afectar determinadas materias (implicar la amenaza o uso de la fuerza en forma contraria a lo dispuesto en la Carta, afectar obligaciones derivadas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, afectar obligaciones imperativas –*ius cogens*)¹⁶⁰.

Cabría analizar si para la adopción de contramedidas el Estado tendría que haber seguido como primer paso el mecanismo previsto en el artículo 94.2 de la Carta¹⁶¹. Al respecto, se presenta una situación particular en tanto que citado artículo lo que establece es un derecho del Estado parte en la controversia, de poder acudir al Consejo de Seguridad. Sin embargo, como ya señaláramos, el Consejo de Seguridad no está obligado a tomar acción alguna sobre el particular, teniendo un control discrecional. Lo cual permite concluir que no se puede exigir acudir al artículo 94.2 de la Carta para que el Estado afectado adopte contramedidas, situación que es reforzada por la propia práctica que se ha dado sobre el particular.

Cabe destacar que el Proyecto de Artículos reconoce que un Estado no podrá adoptar contramedidas cuando exista una obligación que le incumbe en virtud de un mecanismo de solución de controversias entre ambos Estados (responsable y lesionado)¹⁶², debiendo adicionalmente existir una relación entre el mecanismo de solución de controversias y la materia que se discute¹⁶³.

XIV. LA EXPERIENCIA DEL PERÚ EN LA EJECUCIÓN DE FALLOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: EL CASO DE ASILO HAYA DE LA TORRE

Hacer un análisis del cumplimiento de todas las decisiones de la Corte resultaría una

labor que supera los alcances del presente artículo, en tanto que éste no sólo se limita a los aspectos jurídicos de cada decisión sino que tendrían que estudiarse también las condiciones históricas y políticas de cada uno de ellos. Por otro lado, no sería correcto medir el éxito de la labor de la Corte sobre la base de un marco temporal, en el que se debe verificar el cumplimiento de los fallos, sino quizá resultaría preferible asumir que como resultado de la actuación de la Corte la controversia pudo ser solucionada de manera pacífica y sin que haya dado lugar a posteriores conflictos.

Sin perjuicio de ello, dado que el Perú fue Estado parte en una controversia resuelta por la Corte, resulta oportuno analizar el Caso Relativo al Derecho de Asilo -Haya de la Torre (entre Perú y Colombia) (en sus dos etapas) para efectos de tratar de encontrar elementos que nos puedan servir de referentes para un futuro caso en que deba verificarse la ejecución de un fallo.

El caso relativo al Derecho de Asilo se originó luego que el gobierno de Colombia le otorgara el 3 de enero de 1949 asilo a Víctor Raúl Haya de la Torre tras haber ingresado éste al local de la Embajada de Colombia en el Perú (sobre la base de la Convención de La Habana sobre Asilo). Luego de haberle sido concedido el asilo, la Embajada de Colombia procedió a solicitar a las autoridades peruanas que otorgaran un salvoconducto para permitir que Haya de la Torre pudiera abandonar el local de la Embajada y salir del Perú. Por su parte, el gobierno del Perú denegó el otorgamiento del citado salvoconducto alegando que éste había cometido delitos comunes y no podía beneficiarse de la institución del asilo.

¹⁶⁰ Al respecto, se pueden consultar los artículos 49, 50 y 51 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por hechos ilícitos.

¹⁶¹ "There is no indication that this recourse is meant as mandatory or sets restrictions to other mechanisms normally available". SCHULTE, Constanze. Op. cit. p. 73.

¹⁶² "La referencia a 'una corte o tribunal', en el parágrafo 3, comprende cualquier procedimiento de solución de controversias por decisión vinculante de terceros, cualquiera que sea su designación. No se refiere sin embargo, a órganos políticos como el Consejo de Seguridad". Informe de la Comisión de derecho Internacional (A/56/10).

¹⁶³ "La primera disposición contenida en el apartado a) del párrafo 2, se aplica a 'cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable' entre el Estado lesionado y el Estado responsable. Esa frase se refiere sólo a los procedimientos de solución de controversias relacionados con la controversia en cuestión y no con otras cuestiones entre los Estados de que se trate que no estén relacionados con la controversia. Con tal objeto, debe considerarse que la controversia abarca tanto la controversia inicial sobre un hecho internacionalmente ilícito como la cuestión de la legitimidad de la o las contramedidas adoptadas como respuesta". Informe de la Comisión de derecho Internacional (A/56/10).

Ambos Estados acordaron remitir el caso a la Corte mediante una Declaración Conjunta el 31 de agosto de 1949 (para los efectos del presente análisis no es necesario entrar a discutir la naturaleza de la citada Declaración como medio para determinar la competencia de la Corte)¹⁶⁴. Sin embargo, cabe destacar que en la Declaración no se hizo referencia a la etapa de ejecución del fallo.

Por su parte, la Corte rechazó que Colombia tuviera el derecho de calificar unilateralmente y de modo obligatorio para el Perú la naturaleza de la ofensa. Asimismo, declaró que el Gobierno del Perú no estaba obligado a expedir un salvoconducto al asilado. Por otro lado, la Corte rechazó la tesis de que Haya de la Torre estuviera acusado de delitos comunes (la Corte constató que la única acusación era por rebelión militar), pero estimó que las condiciones necesarias para conceder el asilo, de conformidad con los tratados pertinentes, no se daban cuando la Embajada de Colombia acogió a Haya de la Torre¹⁶⁵.

Luego de que la Corte emitiera su fallo, Colombia presentó una solicitud de interpretación. Finalmente, la Corte, luego de analizar la solicitud de interpretación, resolvió que Colombia no estaba obligada a entregar a las autoridades peruanas a Haya de la Torre. Asimismo, manifestó que el asilo otorgado a Haya de la Torre debía cesar a partir de la emisión del fallo (20 de noviembre de 1950) y por ende darse por concluido¹⁶⁶.

La Corte señaló luego de definir, de conformidad con la Convención de La Habana,

el marco legal entre las partes con relación al caso que le fuera presentado, que ésta había culminado su labor. Asimismo, precisó que no se encontraba en capacidad de otorgar propuestas prácticas relativas a las diversas medidas que podrían seguirse a fin de dar por terminado el asilo, en tanto que de hacer ello se estaría apartando de su labor judicial. Pero se podía asumir que ahora que el marco legal entre las partes había sido clarificado, éstas se encontrarían en capacidad de encontrar una solución práctica y satisfactoria si buscaban orientación en las consideraciones de cortesía y buena vecindad que en materia de asilo siempre había ocupado un lugar predominante entre los países de América Latina.

Como se puede apreciar del caso, el fallo de la Corte si bien desarrollaba los fundamentos jurídicos para el otorgamiento del asilo, éste no resolvía en términos concretos la situación que las partes en la controversia tenían que afrontar. Por un lado se indicaba que no existían las bases para que Colombia otorgara el asilo (por ende el Perú no estaba obligado a tener que emitir un salvoconducto); pero del otro lado, no se establecía que Colombia estuviera obligada a entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas¹⁶⁷.

Así, el 18 de noviembre de 1953, Colombia llevó el caso a conocimiento de la Comisión Interamericana de la Paz¹⁶⁸. Finalmente, el 22 de marzo de 1954, se llegó a un acuerdo a través del cual las autoridades de Colombia entregarían a Haya de la Torre y por su parte las autoridades peruanas procederían, luego

¹⁶⁴ Acta Compromisoria de 31 de agosto de 1949: "Primero: Que han examinado con espíritu comprensivo la controversia existente, la que, por acuerdo de ambos Gobiernos, han convenido en someter a la decisión de la Corte Internacional de Justicia; Segundo: Que en vista de que no ha sido posible a los Plenipotenciarios del Perú y Colombia llegar a un acuerdo sobre los términos en que hubieran de someter conjuntamente a la Corte Internacional de Justicia el caso que se discute, convienen en que pueda iniciarse el procedimiento ante la Jurisdicción reconocida de la Corte, por solicitud de cualquiera de las Partes, sin que constituya un acto inamistoso hacia la otra Parte ni altere las buenas relaciones de los dos países. La Parte que ejercite ese derecho anunciará amistosamente a la otra, con prudencial antelación, la fecha de la presentación de la solicitud; Tercero: Que convienen desde ahora: a) En que el procedimiento de juicio que se inicie sea el ordinario; b) Que ambas Partes podrán ejercitar el derecho a designar jueces de su nacionalidad según lo estatuye el artículo 31, numeral 3, del Estatuto de la Corte; c) Que el idioma que se use sea el francés; Cuarto: Que la presente Acta sea comunicada a la Corte por las Partes, una vez firmada (...)". "Proceso sobre Asilo entre el Perú y Colombia ante la Corte Internacional de Justicia". Lima: Ministerio de Relaciones Exteriores. 1951. pp. 68-69.

¹⁶⁵ "Colombian-Peruvian asylum case, Judgement of November 20th. 1950. I.C.J. Reports 1950". p. 266.

¹⁶⁶ "Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951. I.C.J. Reports 1951". p. 71.

¹⁶⁷ Respecto al intercambio de comunicaciones entre el Gobierno del Perú y Colombia sobre la ejecución del fallo de la Corte se puede consultar: "Proceso sobre Asilo entre el Perú y Colombia ante la Corte Internacional de Justicia". Lima: Ministerio de Relaciones Exteriores. 1951. pp. 777-811.

¹⁶⁸ La Comisión Interamericana de Paz es un organismo creado en virtud de una Resolución de la Segunda Reunión de Consulta realizada en 1940 en La Habana. Sin embargo, en 1948 no fue incluida en la Carta de Bogotá

de que un juez interrogase a Haya de la Torre, a expulsarlo del territorio nacional¹⁶⁹, situación que se cumplió.

XV. EL TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS (PACTO DE BOGOTÁ)

Durante la Novena Conferencia Internacional Americana se elaboró, el 30 de abril de 1948, el “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” (en adelante el “Pacto de Bogotá”)¹⁷⁰. El Pacto de Bogotá dispone en su artículo 50 que: “Si una de las Altas Partes Contratantes dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte Internacional de Justicia o un laudo arbitral, la otra u otras partes interesadas, antes de recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, promoverá una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores a fin de que acuerde las medidas que convenga tomar para que se ejecute la decisión judicial o arbitral”.

Al respecto, el Consejo de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores constituye, de conformidad con el artículo 53 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, la “OEA”), uno de los órganos de la OEA. Las reuniones de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se celebrarán con el objeto de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos. Estas reuniones serán convocadas por cualquier Estado miembro de la OEA, para lo cual las solicitudes deberán dirigirse al Consejo Permanente de la Organización, el cual decidirá por mayoría absoluta de votos si es procedente la reunión.

Cabe destacar que hasta la fecha el Consejo de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores no ha sido convocado para efecto de abordar el incumplimiento de un fallo de la Corte¹⁷¹.

XVI. LA EJECUCIÓN DE LOS FALLOS EN EL ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO

En el caso de la Corte, ésta ha sido constituida, como señaláramos, sobre la base de la Carta, la cual dispone que sus fallos son obligatorios para las partes en la controversia, por lo que de incumplirse éstos se generaría una situación de violación de un tratado del cual el Perú es Estado parte¹⁷².

El artículo 55 de la Constitución Política del Perú establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. En este sentido, las obligaciones impuestas a través de un fallo de la Corte pasarían a formar parte del Derecho nacional en tanto que el Perú sigue la tesis monista de incorporación y no requiere de un acto posterior para ello (para quedar obligado). Sin embargo, dependerá del contenido de las obligaciones que se deriven del fallo de la Corte para efectos de determinar si se requieren adoptar medidas internas de implementación para poder llevar a cabo éstas. Este será el caso cuando las obligaciones no resulten de carácter auto ejecutivas (*self-execution*).

Cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los Estados están obligados a cumplir las obligaciones contenidas en los tratados en virtud del principio *pacta sunt servanda*¹⁷³. Asimismo, el artículo 27 de la citada Convención reconoce que el Estado no podrá invocar una disposición de su normativa interna como justificación para no cumplir con sus obligaciones bajo un tratado.

Por su parte, la Ley 27775 regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales. Así, en el artículo 1 se declara de interés nacional

¹⁶⁹ Mediante Decreto Supremo 2679.

¹⁷⁰ Son Estados Parte: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. La lista detallada se puede consultar en: www.oas.org/dil/esp/header.htm

¹⁷¹ Las actas de las reuniones del Consejo de Consultas se pueden consultar en: <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/RCactas.asp>

¹⁷² “Conviene recordar al respecto que la obligación de ejecutar una decisión de la Corte constituye una obligación convencional y que, por lo tanto, le resultan aplicables las reglas sobre tratados”. AZAR, Aida. Op. cit. p. 46.

¹⁷³ Yearbook of International Law Commission. 1996. Volumen 2.

el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por tribunales internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política. Para lo cual se dispone un procedimiento específico dependiendo de las obligaciones que se deriven de las sentencias (por ejemplo, si se trata de pago de dinero o si se trata de sentencias meramente declarativas).

El artículo 2 dispone que la sentencia emitida por el Tribunal Internacional deberá ser transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema quien dispondrá que un Juez Especializado o Mixto competente conozca la ejecución de la resolución (en tanto no existiría un proceso previo)¹⁷⁴. Las pretensiones de la parte sobre reparaciones distintas a la condena o declaración contenidas en la sentencia del tribunal internacional se sujetan a la competencia y vía procedimental señaladas en el Código Procesal Civil.

Como se puede apreciar, la citada ley sólo ha previsto los casos en los cuales el Perú participa en un proceso ante un tribunal en calidad de sujeto demandado (“procesos seguidos contra el Estado peruano”) sin que se haya previsto la posibilidad de que sea el Estado peruano quien actúe como demandante (sea porque presentó la demanda o reconvenido). Por otro lado, no pareciera que este mecanismo fuese el más adecuado para ejecutar internamente un fallo de la Corte.

XVII. CONCLUSIONES

No cabe duda que la creación de la Corte ha contribuido al fortalecimiento de la paz internacional, permitiendo que los Estados puedan acudir a un mecanismo pacífico de

solución de controversias. Este sistema se encuentra lejos de ser perfecto, pero ha venido funcionando relativamente bien, lo que permite afirmar que hoy en día la Corte goza en la comunidad internacional de un reconocido prestigio (que se refleja tanto en la composición regional de Estados que acuden a ésta cuanto en la variedad de materias que le son presentadas¹⁷⁵).

La ejecución de los fallos de la Corte es un tema complejo que abarca tanto la perspectiva jurídica como la política. En este sentido, el mecanismo creado a través de la Carta resulta un híbrido, ya que aborda ambos aspectos, los hace coexistir e, inclusive, los superpone. Por otro lado, este mecanismo también termina siendo un reflejo del carácter desconcentrado del Sistema Internacional y de la distribución de poderes.

Cabría analizar, entonces, la posibilidad de efectuar un ejercicio de reflexión sobre cómo se podría mejorar el mecanismo de ejecución e implementación de fallos de la Corte en el marco del Derecho Internacional. Para ello, un proceso de reforma de la Carta o del Estatuto de la Corte enfrenta la barrera de la dificultad de poder activar este procedimiento¹⁷⁶. Otra opción sería regular el mecanismo en las Reglas Provisionales del Consejo de Seguridad a fin de abordar específicamente la implementación del artículo 94.2 de la Carta. Sin embargo, nuevamente nos encontraremos ante la dificultad que el proceso de enmiendas presenta¹⁷⁷.

También, podría contemplarse la posibilidad de que la Corte establezca una práctica de requerir a los Estados que le informen sobre cómo vienen ejecutando el fallo. Con ello, se podría incluir una referencia específica sobre el particular en el Informe Anual que elabora la Corte y que el Presidente presenta en la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁷⁸.

¹⁷⁴ En el caso específico de sentencias de tribunales internacionales en materia de derechos humanos, se ha dispuesto mediante Resolución Administrativa 089-2010-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la creación de un Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales.

¹⁷⁵ Report of the International Court of Justice (1 de agosto 2010 - 31 de julio 2011), párrafo 10 (A/64/4).

¹⁷⁶ Artículo 108 de la Carta: “Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.

¹⁷⁷ Artículo 30 de la Carta.- “El Consejo de Seguridad dictará su propio reglamento” lo cual hace que se requiera el voto de nueve miembros del Consejo, incluidos los miembros permanentes.

¹⁷⁸ Esta práctica se inició a partir de 1968 y desde entonces el Presidente de la Corte Internacional de Justicia efectúa una presentación de su Informe Anual a la Asamblea General (artículo 15.2 de la Carta).

Otra alternativa, si bien más limitada sería que los Estados, unilateralmente o de manera conjunta, establezcan regulaciones específicas respecto de la ejecución e implementación de los fallos de la Corte. Esto es algo que se ha dado en anteriores oportunidades (por ejemplo, en el citado asunto de la Disputa Territorial) pero que de adoptarse antes de que el fallo sea emitido permitiría conocer de antemano, y evitar posibles reacciones contrarias por falta

de incentivos, los procedimientos para hacer de esto un proceso más fluido.

Finalmente, existe un aspecto más de fondo, que es el reforzamiento de una cultura enraizada en el respeto al Estado de Derecho, en donde los propios actores reconocen los beneficios que de éste se deriva no sólo para ellos mismos, sino para la comunidad internacional en su conjunto.

ENTREVISTAS

LA EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA A RAÍZ DE LA CRISIS FINANCIERA

Entrevista a Richard Posner*

Luego de la última crisis financiera que vivió Estados Unidos y el mundo, la economía parece haber tenido un viraje tanto en su concepción cuanto en su aplicación. La macroeconomía habría perdido cabida, al menos en Estados Unidos, desde el punto de vista del juez Posner.

Richard Posner conoce casos de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el séptimo circuito, desde sus oficinas en la Corte Federal de Chicago. En ese mismo lugar recibió a John Cassidy, quien orientó la entrevista a averiguar o corroborar su visión sobre cómo la crisis financiera afectó la economía de Chicago y la de todo Estados Unidos.

* La presente entrevista fue realizada por John Cassidy, del periódico estadounidense The New Yorker, y publicada en el mismo diario el 13 de enero de 2010. Su traducción estuvo a cargo de Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

1. Habiendo pasado cierto tiempo desde la caída de la bolsa, ¿cuál fue la naturaleza del reto intelectual que conllevó?

Creo que el reto se presentó para la profesión económica como un todo, pero sobre todo para Chicago.

2. ¿Ha existido un amplio autoanálisis o reevaluación crítica de posiciones largamente mantenidas en Chicago?

No lo creo. Hay personas acá que no pertenecen al grupo ortodoxo de la escuela de Chicago –grupos de Bob Lucas y Gene Fama– como Raghu Rajan, Luigi Zingales, y Dick Thaler. Pero no creo que haya habido mucho en cuanto al autoanálisis.

3. Respecto de tu crítica sobre algunos aspectos de la economía de Chicago, la cual detalló en su libro “A Failure of Capitalism”, ¿Ha notado algún tipo de reacción?

He intercambiado opiniones con Lucas y Fama –algunas en mi blog en The Atlantic. Todo es muy alturado, nada personal. Pero considero que ellos están manteniéndose considerablemente firmes su posición. [Risas.] Incluso antes de esto, la macroeconomía era vista como un campo débil, y la teoría de mercados eficientes ha recibido muchas embates: La escuela conductual de finanzas –Andrei Shleifer, Bob Shiller. La posición ortodoxa de Chicago ya había estado cargada de críticas. Pero el colapso financiero del pasado septiembre [2009] fue un gran *shock* a la profesión.

4. ¿Qué son las llamadas *Chicago macroeconomics* y qué les pasó?

En la época de Milton Friedman, circulaba la idea de que la Gran Depresión fue producto de políticas monetarias ineptas y se podría haber evitado si tan solo el gobierno federal no hubiera limitado el suministro de dinero. Esa idea sigue siendo controvertida, pero tampoco preparó a nadie para lo que ha pasado recientemente. La preocupación en el momento radicaba en el incremento de las tasas por parte del gobierno federal durante la Gran Depresión. No obstante, ahora la preocupación gira alrededor de las bajas tasas de interés a inicios de la década

del 2000, y eso es lo que ha ocasionado todo el problema. Para eso, los monetaristas no estaban preparados. Cuando la crisis empezó, Bernanke redujo la tasa de los fondos federales básicamente a cero, y nada pasó. Ese fue el momento en el que la teoría *macro* de Friedman, en conjunto con la teoría *macro* de Lucas, no pudieron determinar qué fue lo que pasó. Eso fue bastante negativo.

Asimismo, y aún más interesante para mí, cuestionó todo un enfoque de la economía –uno muy formal, formulando asunciones bastante austeras sobre el raciocinio humano: Las personas llevan mucha información, mucha previsión. Es muy difícil para el gobierno afectar la conducta, pues el mercado actuará para compensar lo que hace. La economía más informal de Keynes ha reaparecido, ya que las personas se dan cuenta que si bien es una teoría incompleta y difusa, parece ser eficiente en determinar qué es lo que pasa con la economía.

5. Durante el otoño, escribiste un artículo en *The New Republic* en el que te autoproclamabas un keynesiano. ¿Cuál fue la reacción a ese artículo?

No he notado una gran reacción de parte de mis colegas. Bob Barro (un economista conservador de Harvard) me envió un correo electrónico en el cual compartía conmigo un artículo de su autoría. Era un buen artículo.

Creo que hay una interrogante sobre si la economía moderna, incluyendo la de Chicago, es muy formal y abstracta. Otra pregunta se suscita en torno a la pérdida de interés por parte de los economistas, en cuanto al detalle institucional que podría ser muy importante. No sé cuántos de estos economistas realmente sabían algo sobre cómo la banca moderna opera, cómo la nueva inversión financiera opera –obligaciones de deuda colateral, cobertura de riesgo creditico, etcétera.

6. Entonces la economía moderna es muy formal, y ha perdido interés en la realidad institucional: ¿Es eso lo que estás diciendo?

No queremos generalizar a toda la economía en ese sentido. Lo que tendemos a pensar, desde la óptica de Chicago, es en un gran escepticismo hacia el gobierno y fe en las características autoregulatoras del mercado:

esa es la perspectiva esencial de Chicago. Más aun, hay una creciente matematización de la economía. Eso no es necesariamente conducido por la escuela de Chicago. A Chicago ya le tocó resistir ello –personas como Ronald Coase y George Stigler. Incluso Gary Becker –él es más matemático que los anteriores, pero no es tan matemático como, por ejemplo, economistas de M.I.T. o Berkeley.

La economía moderna es, por un lado, muy matemática; y, por el otro, muy escéptica sobre el gobierno y muy crédula sobre las propiedades auto-reguladoras de los mercados. Esta combinación es peligrosa porque significa que no se tiene mucho conocimiento sobre el detalle institucional, prácticas particulares e instrumentos financieros, entre otros; por otro lado, se tiene una recargada fe en el mercado.

Esa fue una combinación peligrosa.

Pero eso no es todo lo que hay en la economía. También existe la economía conductual, que ha presentado un gran progreso. Se trata de poner a prueba los dogmas sobre los mercados debido a la irracionalidad humana. A mí no me gusta mucho, porque me parece que esa economía es muy vaga en cuanto al significado que le da a la racionalidad. Usan términos como *fairness*¹, que en realidad carecen de contenido. Pero cierto escepticismo está garantizado. A las finanzas conductuales las encuentro bastante convincentes. Es obvio si es que observamos cómo el hombre negocia en los mercados: No son máquinas calculadoras que descuentan perfectamente las utilidades corporativas futuras.

Pongo bastante énfasis en la visión de incertidumbre de Frank Knight (un famoso economista chicagüense que enseñó en Chicago² desde la década de 1920 hasta la de 1960) y Keynes. Eso hace sentir muy incómodos a los economistas, pues es

bastante complicado de graficar y modelar. Una vez que se introduce la incertidumbre, significa que mucho del comportamiento del consumidor no será fácilmente modelado en un análisis costo-beneficio.

7. En ese sentido, entonces, ¿tu versión de keynesianismo es lo que algunos economistas profesionales denominan “post-keynesianismo”?

Así es. He leído a Davidson³. He leído a algunos de ese grupo. Pero, realmente, no logro encontrar mucho de allí que no esté en Keynes. Yo estoy, de cierta manera, atascado en “General Theory” y su ensayo en el *Quarterly Journal of Economics*⁴.

8. En ese sentido, ¿te ves reviviendo una antigua tradición chicagüense – la economía knightiana– que es, en cierto modo, más cercana a Keynes?

No sólo eso, más hay un enlace curioso entre Keynes y Coase, si bien son extremos opuestos en el espectro político. Nunca oí a Coase mencionar a Keynes, pero estoy seguro que lo hubiera considerado un dudoso personaje de izquierda. Coase es sumamente conservador, sin embargo son muy similares en su informalidad. Coase siempre dijo que no creía en la maximización de la utilidad. No creía en el equilibrio. Ambos obvian preocuparse por el tipo de razonamiento axiomático que inicia con los humanos siendo considerados como portadores de calculadoras racionales. Son mucho más partidarios de tomar a las personas como son.

De todos modos, Knight era un economista para nada formal. Su libro “Risk, Uncertainty and Profit”, es excelente. No hay matemáticas. Coase en sus producciones posteriores: Sin matemáticas. Keynes en “General Theory”: Matemáticas en poca proporción, pero sin ser uno de los ejes centrales del argumento.

¹ Nota del Traductor: El término *fairness* se usa hoy en día en el mundo financiero para determinar la confiabilidad que se tiene en las entidades financieras, tomando en cuenta la imparcialidad y la justicia de parte de éstos.

² Nota del Traductor: Frank Knight fue catedrático en la Universidad de Chicago y fundador del Chicago School de economía.

³ Paul Davidson, un profesor en la universidad de Tennessee, es uno de los líderes del post-keynesianismo.

⁴ En 1937, un año después de la publicación de “The General Theory of Employment, Interest, and Money”, Keynes escribió un artículo expositor en el *Quarterly Journal of Economics*.

9. ¿Te consideras un economista?

No. [Sonríe] No soy un economista profesional. No tengo un entrenamiento económico. Sin embargo me interesa bastante, y no soy nada tímido para escribir al respecto.

10. Has recibido algunas críticas por parte de economistas profesionales –de parte de Brad De Long, de Berkeley, entre otros.

Sí. Esa gente es imposible. No he leído el trabajo académico de De Long, tan sólo su blog. Sus críticas hacia mí eran chifladas. Me presentaba como realizando una última defensa obstinada por Chicago –exactamente lo opuesto a lo que yo había escrito.

Sí tengo molestias hacia algunos economistas –no sólo (Paul) Krugman y De Long–; no es tan solo una rivalidad liberal v. conservador. Hay escritos de algunos conservadores que también me molestan. No son para nada renuentes al tomar posiciones extremas en artículos periodísticos y en blogs. Realmente degrada la profesión. Krugman es obviamente un buen economista. Tiene un libro, “The Return of Depression Economics”. Es muy bueno... Pero su columna en The New York Times es realmente irresponsable y grotesca. Algunas veces formula acusaciones a través de su blog. En una de sus columnas, sugirió que los conservadores eran unos traidores. Usó la palabra *traición*. Eso me molesta. Si uno tiene una profesión académica muy politizada, se pierde la confianza en su objetividad.

11. Bueno, otros economistas de Chicago expresaron también enérgicos puntos de vista. John Cochrane (un profesor en Chicago’s Booth School of Business), por ejemplo, sostiene que los programas estímulo del gobierno no tienen impacto alguno en el desempleo y en el Producto Bruto Interno.

Esa es otra razón para desconfiar en la profesión. Ellos adoptan irresponsables posiciones acerca del estímulo en ambos lados. ¿Qué se supone que debería creer la gente?

12. ¿La crítica que hiciste de la hipótesis de mercados eficientes te hizo volver a pensar desde otra óptica para los mercados al margen de la financiera?

Incluso antes de este, ya me había vuelto menos doctrinario con respecto a los mercados. Por ejemplo, uno de los temas que Gary Becker y yo debatimos en nuestro blog fue la proscripción de las grasas *trans* por parte de la ciudad de Nueva York. Yo apoyé aquello. El país tiene un problema de obesidad. No creía que tan sólo listando la cantidad de grasas *trans* en un menú se podría lidiar con el problema –la gente no sabe esto. Consideré que tal prohibición, si bien violaba la libertad de contratar, tenía sentido.

13. ¿Cuál ha sido la reacción de Becker a tus puntos de vista?

Te refieres a la economía, sobre Keynes. Yo creo que él discrepa. Tuvimos un debate antes del *women’s board* de la universidad algunos meses atrás. Él está bastante de acuerdo con el estímulo. Esa es una de las cosas en las que coincidimos. Yo creí que el programa *cash-for-clunkers* no tenía sentido.

14. Ahora que parece que estamos saliendo de la recesión, la derecha dice que las cosas no están tan mal después de todo, y que los mercados son resistentes. La izquierda está diciendo que sin la intervención estatal estaríamos de vuelta en la década de 1930. ¿Qué opinas sobre esto?

Depende de lo que consideremos como intervención estatal. Si el gobierno se hubiera limitado a sí mismo reduciendo la tasa de fondos federales y no rescatando a los bancos, podríamos habernos dirigido fácilmente rumbo a la década de 1930. Por otro lado, si sólo hubiese habido un rescate a los bancos y ningún estímulo, entonces, no, no hubiéramos retrocedido tanto, porque la economía es diferente ahora. En lo particular, ha habido una contracción de las industrias de construcción y de manufactura. Ahí es donde el desempleo fue mayor durante la Depresión. Y tenemos los estabilizadores automáticos –seguro de desempleo, entre otros. No hubiera sido tan malo, pero podría haber sido considerablemente peor sin los estímulos. Uno no puede nunca estar seguro de qué tanto va a caer una economía.

15. Después de todo lo que el gobierno federal ha hecho, ¿no te preocupa la cantidad de intervención pública en la economía?

Creo que es inquietante. Hay muchas cosas que han hecho y yo no apruebo. No me gusta la idea de tomar acciones de propiedad en General Motors: Creo que está muy mal. No me gusta este juego con compensación: no es saludable. Y estoy particularmente preocupado sobre el déficit, y lo que la reforma de salud va a afectar a lo que ya son déficits masivos. Entonces, no creo que la forma en la que el gobierno ha manejado esto haya sido perfecta, de ninguna manera. Pero considero que el estímulo probablemente era esencial.

16. Como un resultado de todo lo que ha pasado, ¿qué ha aprendido la economía como profesión?

Bueno, una posibilidad es que no hayan aprendido nada. Porque las correctivas de mercado funcionan lentamente cuando lidian con mercados académicos. Los profesores se aseguran su permanencia. Tienen muchos estudiantes graduados con miras a obtener sus doctorados. Tienen técnicas que dominan y les acomoda. Toma bastante alejarlos de su acostumbrado modo de hacer negocio.

Robert Lucas toma una postura difícil en esto. Sostiene que la teoría de depresiones es algo en lo que la economía no es buena. Él no ha estado viendo economía de depresión, por lo que se quedará en lo suyo sin pedir disculpas.

17. Pero, ¿no está Lucas ofreciendo consejo sobre políticas sobre la base de estas teorías?

Si, ocasionalmente. Pero es realmente académico. Está contento con su carrera académica, sus modelos, etcétera. Y es claro qué es lo que reemplaza esta visión moderna. No es como si hubiera una escuela de economía que tenga grandes ideas y técnicas para lidiar con nuestra situación económica.

18. Y sobre la economía de Chicago en particular, en este punto, ¿qué es lo que queda de Chicago School?

Bueno, Chicago School ha perdido ya su distintividad cuando empecé en la academia –en aquellos días la Universidad de Chicago era muy distintiva. Era distintiva por su conservadurismo, por su teoría de fidelidad

del precio de 1968, por su interés en estudios empíricos, pero no tanto en el modelamiento formal. Solíamos decir que la diferencia entre la Universidad de Chicago y Berkeley era que Chicago era economía sin modelos, mientras que Berkeley era modelos sin economía. Pero después de años, Chicago se volvió más formal, y las otras escuelas se volvieron más orientadas a la teoría del precio, hacia la economía *micro*. Entonces, ahora no hay una gran diferencia.

Ronald Coase está vivo, pero bastante anciano, ya no está activo. Stigler está muerto. Friedman está muerto. Está Gary (Becker), por supuesto. Pero no estoy seguro sobre la actual distintividad de Chicago School en estos días. Salvo que hay, probablemente, un mayor porcentaje de personas conservadoras acá, pero no todos. Jim Heckman –para nada conservador– es muy distinguido. Steve Levitt –es muy famoso–, no creo que sea conservador. Tenemos personas como Richard Thaler. Así que probablemente el término Chicago School debería ser removido.

Hubo personas –como Stigler y Coase, Harold Demsetz, Reuben Kessel, y personas en otras escuelas como Armen Alchian. Éstas eran personas rebelándose contra la economía liberal de la década de 1950 –muy keynesiano, muy regulatorio, un *antitrust* bastante agresivo, un poco de fe en la naturaleza auto-reguladora de los mercados. Frances Bator, un distinguido economista de Harvard, escribió un famoso ensayo titulado “The anatomy of market failure”. Y dio tantos ejemplos de falla del mercado que no podrías creer que el mercado pudiera existir. Se debe tener un infinito número de competidores, información completa, no puede tenerse ninguna economía de escala, etcétera. Era muy austero. Esa era la gente de Chicago, con su enfoque informal, rebelándose en contra. Entonces, tuvimos nuestro momento de gloria, pero para la década de 1980 las ideas básicas de Chicago School habían sido aceptadas mundialmente.

Donde continua la división es en *macro* –en la economía de ciclo de negocios. Ahí es donde se tiene a personas muy liberales en Berkeley, Harvard, M.I.T., etcétera; y, personas muy conservadoras como son Lucas, Fama, entre otros, en Chicago.

- 19. Eres famoso por extender el análisis económico, y un enfoque de libre mercado, del Derecho. ¿La crisis financiera ha minado tu fe en el mercado y el sistema de precios fuera del sector financiero?**

No. Pero por supuesto, una de las (posiciones) más significativas de Chicago fue a favor de la desregulación, basada en la noción de que los mercados son básicamente auto-regulados. Eso está bien. El error fue ignorar externalidades en la banca. Todos sabían que habría externalidades de contaminación. Eso estaba bien. No creo que hayamos notado que habían externalidades bancarias, y que el grado de riesgo de la banca podría facilitar una crisis financiera global. Ese fue un gran error. No me hace sentir diferente acerca de

la desregulación de las telecomunicaciones, o de los oleoductos, etcétera.

- 20. Hablando de las externalidades bancarias, ¿no es esa una aplicación de la teoría de precios tradicional? Retrocediendo hacia Pigou, los economistas han hablado sobre externalidades en muchas partes de la economía.**

No hay nada inconsistente con la teoría económica básica en externalidades. En efecto, se debe saber bastante sobre banca, que no era el caso de los economistas. Extraño de cierto modo, ya que los macroeconomistas y los teóricos financieros han estado siempre interesados en la banca, pero no creo que hayan entendido mucho al respecto.

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN EN LA REALIDAD: PERSPECTIVAS Y COMENTARIOS*

Entrevista a Federico Salazar Bustamante**

El Análisis Económico del Derecho es una corriente interpretativa que ha ganado protagonismo en nuestro país durante los últimos años. En la presente entrevista analizamos con un filósofo liberal las distintas perspectivas humanistas del Análisis Económico del Derecho, la necesidad que tiene el mismo de abrirse a otros campos disciplinarios y la importancia de ver en este análisis aspectos tan importantes como la cultura y la historia más allá del simple análisis racional en la aplicación del Derecho en la sociedad.

Federico Salazar comenta, además, temas polémicos para el Análisis Económico del Derecho como lo son la tenencia legal de armas o el aborto, y por último nos brinda una reflexión sobre cuáles serían los grandes retos de esta disciplina. Sin duda, una perspectiva interesante para el análisis de la necesidad de abrir esta disciplina en diálogo interdisciplinario con las humanidades.

* La presente entrevista fue realizada por Marco Zaldívar, miembro del Consejo Directivo de THEMIS y Carlos Fernando de Trazegnies, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Filósofo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Periodista de América Televisión.

1. El Análisis Económico del Derecho intenta darle un sentido práctico a la aplicación del Derecho en las actividades cotidianas. De hecho, muchos de los temas políticos actuales pueden ser vistos desde un enfoque económico-legal. ¿Está usted de acuerdo con esta corriente interpretativa?

Yo no soy un seguidor del Análisis Económico del Derecho, pero sí sé que tiene un aporte que en realidad parte de llevar el análisis microeconómico a todos los ámbitos de la vida de los seres humanos, lo cual es bastante razonable, pues todos tomamos nuestras decisiones en todos los ámbitos de nuestra vida sobre la base de un análisis costo-beneficio. Entonces, claro, si el sistema de reglas, morales o legales, nos puede facilitar, dificultar, elevar los costos o elevar los beneficios de cierto tipo de decisiones, entonces es obvio que el impacto de la legislación va a orientar un cierto tipo de actividades. Toda conducta humana, todo hecho económico o jurídico, debe poder pasar por el tamiz del Análisis Económico del Derecho. Yo creo que cuando alguien quiere circunscribir su análisis a los temas de Derecho, claro, es Análisis Económico del Derecho, pero en realidad lo mismo podríamos hacer con la cultura, con el arte, la ciencia, con todo.

2. El Análisis Económico del Derecho está ganando protagonismo como una corriente interpretativa, algo que es un poco más importante que ligar el Derecho con la moral. ¿Qué opina usted al respecto?

Eso por un tema de las academias. Hay gente que hace más trabajos al respecto y eso va a hacer que esa corriente sea más famosa, pero esos son períodos. Creo que el valor más comprehensivo es el de la acción humana, que es una teoría que viene de la economía, y habla justamente de la racionalidad de las acciones en todo ámbito de la vida. Se puede aplicar a la antropología, lingüística, o a cualquier orden complejo. El Análisis Económico del Derecho está bien, pero para mí es un ámbito parcial, no debe ser tomado como un explicativo de todo el quehacer social.

Las modas traen algo bueno y algo malo. Las modas traen de malo que a veces ves

demasiado por un solo prisma y trae de bueno que nos trae conocimientos nuevos. Entonces, todo hay que tomarlo a su medida, no es malo que tenga su momento y su fama, después las cosas se ponen en su nivel y recuperamos perspectiva. En ciencias sociales, lo que tenemos que hacer es no tomar una metodología que es para un ámbito parcial como si fuera el interpretante de todo el mundo porque eso nos lleva a dejar de ver otras cosas y a ver solamente un tipo de resultado. Desde el punto de vista de las ciencias sociales hay que saber descremar lo que es tendencia, lo que es momento, de lo que es algo que va a quedar para siempre.

3. Teniendo en cuenta el análisis costo-beneficio de la legalización de armas, ¿considera usted que sería recomendable legalizar el no ejercer un control efectivo sobre la adquisición y tenencia de armas?

Son dos cosas distintas, digamos, de lo que se trata es que la gente tenga derecho a portar armas, pero así como tú tienes derecho a manejar un carro, no tienes derecho a manejar un carro y estrellarte contra el mío. Las sociedades van descubriendo mecanismos de control dentro del Derecho, no de control fuera del Derecho. Cuando vamos hacia un esquema de prohibición, hacemos un control estatal fuera del Derecho, o sea “yo no te reconozco ningún derecho y por lo tanto te controlo”. Eso es totalmente distinto a decir, “reconozco tu derecho de propiedad, pero tu también reconoces la propiedad del vecino”. El Derecho controla pero reconociendo el ámbito privado y además reconociendo –sobre todo– los métodos de convivencia. Tener un arma no es disparar un arma, entonces, una cosa es el derecho a tener armas, y otra cosa es el derecho a disparar armas. El derecho a tener armas permite un mejor control del derecho a disparar armas. Más bien la prohibición hace que la tenencia sea ilegal y clandestina, y si ya es ilegal y clandestina, y tú ya asumiste el costo de ser ilegal, el costo de disparar es más fácil de asumir. Entonces, al contrario, la prohibición facilita; y es un juego de reglas que va a hacer que el análisis costo-beneficio de cada individuo –al margen de los temas morales– vaya a ser a favor de disparar.

Ahí hay dos elementos importantes y que no considera el Análisis Económico del Derecho: El elemento cultural y el elemento histórico.

Nosotros no solamente nos guiamos por los incentivos que nos dan las leyes, sino también por los incentivos y desincentivos que nos da la moral. Por ejemplo, un judío que no come carne de cerdo, la ley le permite comerla, pero él no la va a comer. Él tiene una restricción moral, que funciona tan vinculantemente como una norma legal –y hasta más. Ésta la aprendió de chiquito.

En las sociedades funcionan las dos cosas. Funciona el esquema normativo, o el marco institucional del Derecho formal, pero también el marco institucional normativo de las morales. Y digo “las morales” porque no hay una sola moral, si no, hay muchas morales, por ejemplo las de las religiones o las de las culturas. Una cosa es seducir a una niña de trece años acá y otra en la selva. En la selva eso es normativo, está aceptado socialmente porque se reproducen más tempranamente. Tiene que ver con muchas cosas de raíz sociológica, antropológica, cultural, y ese es un esquema normativo distinto al nuestro. El problema es que el Estado tiene que abarcar a todos los grupos, entonces la Ley a veces hace rajatablas en las diferencias culturales cuando muchos ámbitos culturales de circuito reducido tienen su propio esquema normativo, entonces a veces calza y a veces no calza. Cuando descalza muchas veces, ahí vienen los conflictos y a veces hasta las revoluciones. Entonces la Ley tiene que ser tan abierta y tan abstracta como para que quepan los marcos normativos pequeños.

Una cosa es, por ejemplo, las normas sobre danza en Puno que en Lima o que en Chiclayo, o Trujillo. Entonces los incentivos y desincentivos son distintos. Entonces para tú estudiar cuál es el impacto de la ley, tienes que estudiar qué es lo que pasa en cada ámbito cultural y social. Eso es un poco lo que se olvida en el Análisis Económico del Derecho.

4. **Hace algunos meses, en junio, hubo un episodio en Colorado, en el cual un individuo entró a un cine, durante el estreno de la última película de “Batman” y disparó contra los asistentes. En Colorado está permitido portar armas, y sin embargo está prohibido disparar si no hay un caso de defensa personal (legítima defensa). ¿Hasta qué punto sería perjudicial poder permitir la tenencia?**

Siguiendo su punto de vista, el margen entre estar en posesión de un arma (a pesar de la prohibición) y dispararla, no significa una gran diferencia pero ¿no cree usted que el desregular la tenencia de armas puede resultar en que alguna persona, como James Holmes, llegue a disparar contra terceros?

Claro, pero eso es como pretender que la no tenencia de armas de pronto elimine la locura del cerebro de este señor. Eso es absurdo. Yo entiendo la preocupación de la gente que ve disparar a alguien y dice “¡Ah! El problema está en la tenencia” (o en la adquisición), pero el problema no está allí, el problema está en la cabeza. Es decir, ¿qué estamos haciendo que en la cabeza de una gente es bueno disparar a los demás?, y eso va a funcionar con tenencia o sin tenencia, es decir, alguien que quiere disparar a los demás va a conseguir el arma como sea. Ahora, cuando les decía que el Derecho controla, claro, el Derecho controla si es que tenemos una formalización del Derecho. Es como los títulos de propiedad de las casas, o sea, yo respeto al vecino porque mi título de propiedad define claramente la frontera o el ámbito de división de los derechos. El problema con la tenencia de armas es que, tanto en Estados Unidos cuanto en otros países, se ha relajado el sistema del control de la tenencia legal. Por ejemplo, aquí también, para dar armas uno puede conseguirlas si consigue la licencia, pero resulta que eso es un saludo a la bandera, o sea, realmente no se trata seriamente el tema de la entrega de armas.

Tener un arma es como manejar un vehículo. En ese sentido, uno no puede darle un vehículo, por lo pronto, a un menor de dieciocho años. Incluso para mayores de edad, con los que también hay un montón con problemas y por eso hacemos los exámenes de manejo que hoy en día han mejorado mucho con respecto a los exámenes de manejo que teníamos en mi época –en mi época eran estatales–, hoy día por lo menos son privados otorgados en concesión. Quizás por ahí se pueden buscar mecanismos de competencia en el otorgamiento y definición de estos derechos de estas cartas, o digamos licencias tanto de manejo cuanto de uso de armas, para tener un mayor registro, un mayor control, desde dentro del Derecho. Sin embargo, como les digo, nada de eso va a

hacer que una persona mentalmente enferma se cure, o sea los enfermos mentales vienen por otra razón, no vienen porque existan las armas, vienen porque algo está fallando en la cabeza y eso hay que analizarlo, no digo que hay que olvidarlo, pero eso ya pertenece a otro ámbito.

5. ¿Pero entonces sí tendría que haber – claro, privado sería mejor– ese control mínimo de capacidades?

Más que control es una fijación del Derecho, todo derecho tiene que ser claro, tiene que ser cierto, porque si yo te digo “de acuerdo, tu casa es la de allá”, y no digo en qué parámetro, cuántos metros, no funcionaría el derecho de propiedad. Tiene que ser muy claro y muy certero, entonces, en este caso para la entrega de las armas también. Primero, se tiene que saber quién tiene cada arma, que estén debidamente registradas –como un automóvil– y, de acuerdo a las normas culturales del lugar, el tipo de calificación. ¿Por qué las normas culturales? Porque es muy diferente tener un arma en Tocache, que tener un arma en Lima o en Trujillo o en Arequipa. Lo que pasa es que en Estados Unidos –por eso les decía que no es sólo el Análisis Económico del Derecho– tiene mucho que ver la historia. O sea, la historia de los Estados Unidos tiene mucho que ver, allí la tenencia del arma ha sido muy importante porque en un momento era la forma en que cada uno defendía sus derechos, entonces eso se sancionó como sagrado derecho fundamental constitucional –acordémonos del *far west*. En ese sentido, todo el mundo tenía que estar armado en un momento; y, después, por supuesto, la ley restableció el orden y mejoraron la seguridad jurídica y los derechos, perfecto; pero en el origen de su historia hay una marca genética que es el derecho a portar el arma, que es un derecho de defensa. Entonces, por eso les digo, no basta el Análisis Económico del Derecho, tiene que entroncarse con la historia y con la cultura, para mí son dos ámbitos bien importantes.

6. Entonces, el hecho de poder portar armas y el hecho de tener una, y poder usarla como defensa personal podría generar el que uno termine exponiéndose más. Digamos, por ejemplo, que unos ladrones me interceptan y me piden todo mi dinero; si yo no tuviese arma, quizás

me arriesgaría menos al momento de defenderme. ¿Qué opina al respecto?

Pero si estuviéramos en una cultura de tener armas legales, eso sería disuasivo. Entonces, el delincuente diría “éste también tiene arma”, entonces tendría que ir a un arma de mayor envergadura y así. Por eso les digo, las cosas no se pueden analizar fríamente sobre la base de hoy día nada más, eso sería un corte –que en lingüística se llama– sincrónico. Aquí lo que tenemos que hacer es un análisis diacrónico, o sea en el tiempo, porque yo no puedo imponer normas ahora si no tienen base sobre la historia. Si yo de la noche a la mañana, por ejemplo, una semana atrás ponía el derecho absolutamente libre y sin registro a portar armas, pues moríamos todos asesinados por los delincuentes, o sea las cosas hay que hacerlas inteligentemente. El tema teórico de reconocer derechos y qué es lo que hay que hacer con la ley está muy bien, pero hay que analizarlo en la situación porque una cosa es la teoría y los ideales y otra cosa es el programa de cómo convertir esos ideales en una cuestión efectiva, práctica.

7. Cambiando de tema, en el Perú, el Derecho Penal sólo acepta el aborto terapéutico, es decir, cuando la vida de la madre peligra por el crecimiento del concebido. ¿Considera que el Derecho Penal debería aceptar el aborto sentimental, el cual implica que el embarazo sea producto de una violación?

No, de ninguna manera. Por una cosa bien difícil de entender, porque éste es un tema muy emocional. La gente dice “violaron a una mujer ¿Cómo la mujer va a tener el hijo del violador?”, pero el problema es el siguiente: Una vez que se produce la concepción, sea la fuente cual fuera, se produce un ser humano y en el Derecho peruano el concebido es sujeto de derecho. Entonces, si ya es concebido, no hay vuelta que darle. El embrión es un ser humano, no está del todo desarrollado, pero es un ser humano y por lo tanto podría ser sujeto de derecho.

Es como un niño: Un niño no es un adulto, pero sabemos que va a ser un adulto. Bajo el argumento de que no es un adulto yo no podría decirle “tú no vas a votar nunca”, o “te voy a negar la licencia de conducir de por vida”. ¿Por qué? si más tarde va a llegar a ser

adulto. Es igual en un embrión, acaba de ser concebido, tiene ya el programa instalado para ser un ser humano completo, entonces ya es un ser humano, sólo que no completo. Una sociedad civilizada tiene que proteger la vida, sobre todo del que no se puede defender. Ese ser humano concebido producto de la violación, no es culpable de la violación, ni es culpable de la casualidad, del atropello, del asalto producto del cual viene este embarazo. Entonces, yo entiendo que la madre no quiera tener a este hijo, pero, de acuerdo a nuestro grado de sensación, esa madre debería dar a luz a ese hijo, y en todo caso entregarlo en adopción o a las autoridades, si es que verdaderamente no quiere criarlo.

El problema con el tema del aborto y la concepción es que el recién concebido necesita de las instalaciones anatómicas de la mujer durante nueve meses, entonces es como –yo lo comparo un poco a– la idea del inquilino precario, o sea, que está ocupando un sitio sin que lo hayan llamado, más aun en el caso de la violación. Pero aun en el caso del inquilino precario, nosotros no reconocemos el derecho del dueño de entrar a balazos y sacarlo, entonces en éste caso igual: No creo que se deba reconocer el derecho de la madre, por más que haya sufrido –y todos lo reconocemos– una infracción a sus derechos, su integridad sexual y su libertad sexual. Si bien ella tiene derecho a ser resarcida, ese resarcimiento no debe transferirse a matar a una persona.

Yo creo que de hecho ella lo puede dar en adopción. El Estado debe poder encargarse de eso, y por supuesto, castigar al autor y resarcir a la madre, pues es un daño tremendo. Sin embargo, darle la opción a ella de elegir criarlo o no criarlo, mas no disponer de la vida del ser humano. Creo que es una situación muy lamentable la que tiene que pasar una mujer violada, pero yo creo que no le queda otra, porque la otra opción sería matar a alguien. Entonces, no porque yo haya sido violada tengo derecho a matar a una tercera persona que no es la que me violó.

8. Y en ese sentido, la pena por el aborto por violación –tres meses como máximo según el Código Penal– quizá termina siendo un poco baja. ¿Qué opina?

Bueno, eso ya puede ser un poco más discutible porque hay que entender que una mujer, primero, violada, y segundo

embarazada, sufre una alteración de las dimensiones de la realidad, una persona bajo el *baby blues*, se torna en una persona con una depresión tremenda, entonces habría que analizar caso por caso. Yo creo que el juez debería ser muy discrecional en eso y tener un rango más amplio porque sí pueden haber madres que son unas malditas, o personas que son malas, y pueden haber madres que simplemente están bajo una influencia emocional muy fuerte. Esa alteración me la trato de imaginar, pero no la he vivido, y cuando converso con las mamás parece que sí es una cosa bien sensible, bien impactante.

9. Luego, existe otro tipo de aborto: El aborto eugenésico, que suele ocurrir cuando el embrión o feto presenta serias malformaciones que comprometen o amenazan con comprometer la calidad de su vida, tanto psíquica cuanto físicamente. ¿Estaría también en contra de ese tipo de aborto?

Totalmente, porque eso es ponernos en la época de Esparta, en donde a los chicos malformados los tiraban del Monte Taigeto porque eran cojitos o tenían algún tipo de retraso mental. Y como ellos querían la raza pura, y querían que todos fueran soldados capaces de defender a la patria, eliminaban a los que tenían alguna minusvalía. Yo creo que hoy día estamos en un nivel de civilización en el que, más bien, nosotros los protegemos, los cuidamos, tenemos estacionamientos especiales para ellos. Cómo vamos a facilitar el aborto porque vienen con defectos estas personas, más bien, tenemos que ayudar a que esas personas superen los defectos y convivan con nosotros normalmente.

10. Existe, sin embargo, un matiz, que se trata de los casos de los bebés anencefálicos, es decir, que nacen sin cerebro. Esto también está contemplado dentro del aborto eugenésico. Se dice, además, que la madre va a pasar por un trauma muy fuerte para finalmente dar a luz a un niño que prácticamente tiene horas de vida. ¿En este caso estaría de acuerdo?

Yo creo que el derecho a la vida pertenece al sujeto, no a la madre ni a nosotros, entonces si bien es un trance muy difícil, yo creo

que la vida nos enseña, por ejemplo a los padres, a estar con nuestros hijos hasta el último momento. Yo creo que si bien puedo entender los sentimientos de alguna madre o algún padre —y conozco además casos de padres que porque su hijo sufre algún tipo de anomalía, han querido que el hijo muera—, eso no lo podemos permitir. Pasándolo al caso de bebés anencefálicos, yo creo que si el bebé tiene un transcurso de vida, pues que lo cumpla, pues el destino, la naturaleza o Dios, o lo que le haya dado esa vida, le ha dado lo único que tiene y debe tener derecho a vivir su corta vida, en vez de un tercero acortarle más la vida. No solamente es que nació sin cerebro, sino que nosotros le quitamos la vida. Eso no se puede.

11. Respecto a la tenencia y uso de drogas, ¿considera que las sustancias psicotrópicas como la marihuana deben ser legalizadas?

Yo estaría en contra de la legalización sólo de la marihuana y no de todas las demás drogas. Creo que todas las drogas deberían tener el mismo tratamiento legal que tienen todas las drogas con receta, porque las que consumimos con receta, son drogas, y también causan daños. Pero, claro, una señora que tiene dinero para irse a su psiquiatra y que le recete unas pastillas para dormir, esa señora sí está muy bien, y no está muy bien el que no tiene tanta plata, se mete su *pye* y quiere tranquilizarse con eso. Pero la señora que tiene para el psiquiatra sí puede y él no puede.

Lo único que hay que hacer allí, es el mismo tratamiento que con el alcohol, o sea nuevamente, es un derecho cuyos controles van a venir por el reconocimiento formal de ese derecho. Por ejemplo, la mayoría de edad. No podemos aceptar inducir a niños al consumo de drogas, o a la adicción a las drogas, número uno. Número dos, no podemos aceptar que un policía dirija el tránsito bajo el efecto de una droga: Eso debe tener una sanción gigante. Un juez no puede resolver bajo los efectos de la cocaína.

Pero, digamos, en un planteamiento de reconocimiento del derecho de tener, consumir, comerciar y producir drogas —todas las drogas—, va a ser mucho más fácil tener un control sobre los usos de la droga, como lo tenemos con el alcohol, con la licencia, etcétera. Además, el

hecho de que muchos casos de muerte por sobredosis se deben justamente a este problema de la inestabilidad en el control de calidad de la droga. Uno puede comprar en la calle, un gramo de droga con 8% o 10% de cocaína y el resto es basura, y puede comprar en la calle lo mismo, pero viene con 30% de cocaína, es algo que no se sabe. Entonces, ese que está acostumbrado a su dosis, consume 30% en vez de 8%, y lo hace dos veces: Le da una sobredosis. Es todo por la ilegalidad.

Un esquema en el que hubiera cocaína de marca hecha por laboratorios que se dediquen a ello, allí vendrían las indicaciones, los componentes exactos, las advertencias, todo. Como todas las drogas, sólo que unas se usan para el placer y otras se usan para supuestamente curar. Pero, en realidad la medicina no es tan “ciencia” como se dice, y por ejemplo todo lo que estamos viviendo con los antibióticos hoy día es producto de que las industrias han estado muy interesadas en que la gente consuma sin pensar en los efectos. Pero, lo que tenemos ahora lógicamente es terrible, por el uso indiscriminado de los antibióticos.

12. La discusión sobre la legalización de la marihuana está bastante avanzada en Uruguay. Teniendo en cuenta que dicho país tiene un índice de alfabetización bastante alto —el más alto de Sudamérica— y, de hecho, tiene una cultura envidiable. ¿En qué capacidad estaríamos los peruanos de poder legalizar la marihuana, y las otras drogas también, y tener éxito en ello?

Yo no creo que eso tenga que ver con la cultura formal, en el sentido de la cultura letrada. A lo que se refieren ustedes en el nivel de Uruguay es a la cultura letrada, la gente que lee libros y esas cosas. Nosotros tenemos cultura, lo que pasa es que tenemos cultura popular, o sea la cultura de la danza en Puno, las culturas agrícolas en la sierra... Son culturas, lo que pasa es que son culturas tradicionales, son culturas que tienen su conocimiento popular, su conocimiento tradicional, tienen sus literaturas orales, tienen sus tradiciones; lo que pasa es que no es, pues, la cultura letrada.

Hay que tener una visión bastante amplia de lo que es la formación cultural. ¿Por qué? Porque tiene que ver mucho con la cuestión de las normas. Es decir, que porque nuestras culturas populares no sean letradas, no

significa que no sean normativas, no significa que a los chicos no les enseñen a distinguir entre el bien y el mal. Eso se da en todo el mundo: En el África subsahariana y el Perú andino, de manera que creo que ahí no hay ninguna diferencia.

Ahora, nuevamente, ésta no es una cosa que la puedas poner de la noche a la mañana. Se tiene que informar mucho, se tiene que debatir mucho; pero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, yo creo que nadie podría negar el derecho de un adulto a ingerir la sustancia que él crea conveniente —o no conveniente— para su cuerpo. Es decir, yo veo que hay gente que vuela parapente, y eso es peligrosísimo, se pueden matar, pero yo no le voy a quitar a un adulto el derecho a subirse a un parapente porque él lo crea entretenido. Entonces, las cosas no son solamente si hacen daño o no, es si nos gustan o no nos gustan. Uno asume sus costos y beneficios.

Lo único que resuelve mucho mejor las cosas —más que la prohibición— es la información. La prohibición es enemiga de la información: Si algo está prohibido, no hay buena información, hay información mediatizada, hay información tergiversada, hay mala información. Y, más bien, lo que nos va a ayudar a resolver las cosas, en todos estos temas, es la información, que la gente sepa, realmente, qué es la cocaína, qué es la marihuana. La cocaína es muy mala. La marihuana, que tiene una fama de “la linda”, también es muy mala en el largo plazo, tiene una serie de efectos. Pero nada de esto se va a saber bien si es que la droga es prohibida, entonces hay que reconocer primero el derecho constitucional, fundamental y hasta natural, de las drogas —de los adultos—, y sobre esa base ir construyendo un esquema en el que la Ley vaya reconociendo el derecho no solamente a drogarse bajo un régimen de control social, “poder drogarme acá en mi casa pero no salir a manejar drogado”. Y eso, dentro de un esquema de la historia y la cultura.

13. Bajo esta premisa de la información, es decir, que nos va a dar una mejor posibilidad de decidir si consumir o no una u otra droga y en qué medida, colaboraría también bastante para el control del narcotráfico, que es un tema socialmente preocupante...

No sólo se controla, ¡se acaba el narcotráfico! Porque ya las empresas que venden serían los

laboratorios conocidos. Toda la parte criminal de las drogas desaparece en un momento. La parte criminal de las drogas está asociada a la clandestinidad. O sea, el narcotraficante usa armas, lava activos, busca blanquear el dinero, etcétera, ¿por qué? Porque es ilegal. Si no fuera ilegal, pagaría impuestos. Además, de eso se tendrían que encargar los laboratorios; nuestros laboratorios, que vemos ahí que los intervienen, y que son unos laboratorios limpios, no como los productores clandestinos que a veces venden basura. Es como un trago. Un trago preparado en la calle, y un buen whisky de dieciocho años, los dos son alcohol y por lo tanto en gran medida hacen daño, pero mucho menos daño hace un whisky bien tratado, que un trago de la calle. Es lo mismo con las drogas. Hoy día vivimos con las drogas lo que vivimos con el alcohol en la época de la prohibición.

14. Varios de los temas planteados a lo largo de la entrevista están relacionados a conceptos más morales que jurídicos. ¿Qué opinión le merece esta sinergia?

Bueno, como hablábamos al principio, la moral está antes que el Derecho. Es decir, la gente normalmente no mata ni viola a las personas en la calle, porque considera que es malo; y, dado que es malo, está en el Código Penal. No es al revés, no es que la gente leyó el Código Penal y dice “no voy a matar porque la Ley me lo prohíbe”, entonces la moral precede al Derecho. Yo no digo que la moral deba sustituir al Derecho, pero sí lo precede naturalmente hablando, históricamente.

Entonces, lo que tiene que hacer el Derecho es interpretar las normas morales y consagrarlas en un aparato positivo que permita el *law enforcement*, porque ese *law enforcement* mejora cualitativamente el efecto vinculante de las normas meramente morales. Una cosa es que diga “matar es malo y por lo tanto no mato”, pero por ahí alguien no tiene ese escrúpulo moral. ¿Cómo controlamos a ése? Entonces, por eso el Derecho es necesario, pero siempre que se adapte a la moral de los grupos, de las culturas, de las naciones, y de eso tienen que hacer una especie de norma abstracta que involucre o acepte a todos los distintos grupos morales o culturales, como hablábamos al principio. Para que sea una ley estatal, tiene que ser suficientemente

amplia para que quepan todas éstas, y no entre en conflicto con las normas morales.

15. Entonces, la idea sería que el Derecho englobe y le ponga ese *enforcement* a las normas morales, ya preexistentes en el ordenamiento...

Claro, por eso ese famoso dicho en el Derecho anglosajón que dice “la Ley no se crea, sino se descubre” porque descubres lo que ya está funcionando como prohibición o como negativo, como una regla de justa conducta. Entonces, los legisladores tienen que tratar de ver qué es lo que está pasando y los jueces también. Lo que pasa es que en el Derecho anglosajón, la norma viene por el lado judicial, porque el juez dice “bueno, acá hay un principio, y por lo tanto sanciono”, y de ahí sale la Ley, más bien. En cambio, en nuestro Derecho es al revés. El Derecho comienza con la legislación y termina con la judicialización. Entonces, los legisladores tendrían que ser gente que sepa interpretar las normas morales, para sobre esa base sancionar las normas legales.

16. Pasando a temas un poco más teóricos, ¿podría explicarnos brevemente la evolución histórica del Derecho como ciencia jurídica?

Bueno, yo no soy abogado, pero en lo que ha pasado en las distintas culturas, mucho tiene que ver, por supuesto, el Derecho romano, y antes que el romano, el Derecho antiguo griego, que está muy relacionado, además, con el ámbito de jurisdicciones, y los ámbitos jurisdiccionales. En Roma, se logra establecer este Derecho clásico gracias al desencuentro y al conflicto permanente de los distintos poderes. Poderes que venían de los terratenientes, de la plebe, de los militares que tenían gran influencia luego de las conquistas. Entonces, comienzan a tener que establecerse reglas de juego entre ellos, y eso hace que comiencen a reconocerse jurisdicciones distintas.

Y eso mismo pasa a Europa, a través del encuentro, después, del Derecho romano con los derechos vernaculares –los derechos de los pueblos germánicos, francos, godos, visigodos, etcétera– y se va desarrollando lentamente todo lo que es el Derecho occidental en dos vertientes. El Derecho anglosajón, que es basado en el Derecho

consuetudinario, y el Derecho estatutario, reglamentario, que es, digamos, germánico pero sobre todo francés. Y ahí nosotros, en el Perú, hemos heredado la tradición estatutaria, a través del Código napoleónico, que trata de codificarlo todo para resolverlo todo. Por eso, el problema nuestro con los jueces es que la ley les dice absolutamente todo y no le da mucho ámbito a su poder discrecional, y por lo tanto el juez que pasa ya no investiga. A veces ya ni siquiera lee el expediente, porque todo está en la ley. Entonces viene dictado su actuar en la ley.

En cambio en el Derecho anglosajón, durante mucho tiempo –ya en las últimas décadas ha cambiado un poco– el juez era el que resolvía el conflicto sobre la base del conocimiento de la causa, y esa sanción pasaba a ser parte del acervo del cual surgían las normas, que tenían que interpretar los legisladores, y por eso durante mucho tiempo, por ejemplo, en el Reino Unido se hablaba de la Constitución, y no había una Constitución, no había un texto constitucional. Claro, nosotros somos todos formales, tenemos el texto creyendo que el Derecho proviene de la emisión del texto, cuando el Derecho proviene de las personas, y más bien el texto puede ayudarnos a reforzar. Y el texto es, entonces, un efecto del Derecho, en realidad.

Cuando Fujimori, en 1992, intervino los medios, sacó los tanques y los militares estaban dentro de los medios, ya había depuesto al Congreso, había intervenido el Poder Judicial, o sea que había atropellado la Constitución. Y, sin embargo, en un momento tuvo que retroceder. Él tenía, en ese momento, setenta por ciento de aprobación de la gente, o sea, la gente quería que haga eso. Pero en un momento retrocede, sobre todo con respecto a los medios de comunicación. Yo me he preguntado, ¿por qué retrocedió? ¿Por qué retrocedió, si él tenía los tanques, tenía la opinión pública, y tenía el poder? Entonces, en los hechos –punto de vista fáctico, ¿por qué retrocede?– retrocede porque se topa con un principio constitucional, no con un texto, sino con un principio constitucional que en la historia del Perú estaba muy claro, que era el tema de los medios de comunicación.

En los años setenta, habíamos pasado el problema con el gobierno de Velasco. El gobierno de Velasco empieza a caer cuando intervino los medios. Él los intervino en 1974

y cae en 1975. Y, la oposición que se hizo, por haber intervenido los medios, fue muy grande porque es muy visible. Puedes intervenir las haciendas, pero los medios es visible.

Ahí la gente opina en contra, entonces Fujimori en un momento va tanteando –porque él se manejaba mucho con encuestas– y retrocede abiertamente con respecto a los medios. Desde mi punto de vista, se topó allí con un principio constitucional más fuerte que el texto constitucional porque la Constitución textual ya la había derrumbado, pero se topa con algo, y ese algo está en la gente. Y esa, que está en la gente, es la Constitución verdadera, la Constitución real, la que nos da el poder. El poder de la Constitución no está en el papel, en el texto; está en la gente, lo que la gente esté dispuesta a defender o no defender.

17. Bueno, allí tenemos una pregunta que casi cae por su propio peso. Usted ha estado gran parte de su vida en la prensa, y de hecho su familia en general, ¿cómo cree que se manifiesta esta influencia de los medios de comunicación en una sociedad como la nuestra? ¿Qué aportes da a la sociedad y al Derecho también?

El medio tiene un poder, pero ese poder está limitado por la propia gente porque en el momento que yo comienzo a hacer propaganda, a informar algo que la gente no quiere, la gente cambia, y el gran instrumento para que eso funcione así es la competencia. O sea, si no hubiera la cantidad de medios que hay, podríamos arreglarnos entre nosotros, y dar un solo tipo de mensaje. De hecho, cuando Velazco interviene los medios y los maneja directamente, todos los medios bajaron de circulación. El diario La Prensa, por ejemplo, antes de que lo tomaran los militares, vendía más de 200,000 ejemplares diarios. Cuando se recuperó, en 1980, vendía 16,000 ejemplares. Entonces, ese poder de los medios es relativo: lo tendrás mientras sirvas a la gente. En el momento en que dejas de servir a la gente, lo pierdes rapidísimo.

La gente no es tonta, se da cuenta rápidamente cuando una información está manipulada o cuando algo está bien o mal. Estas teorías de la influencia de los medios parten de un televidente que supuestamente es una tabla rasa y que todo lo que recibe lo aplica, y no es así pues, por más que yo pase el asesinato

de Fulano que le tiró treinta puñaladas a su cónyuge, no va a hacer que otro agarre a puñaladas a su esposa. Al contrario, lo que va a hacer es que va a mirar eso y va a decir “¡qué horror!”, es decir, hay una evaluación moral sobre lo que ve. Lo importante es que el televidente sí es crítico con lo que ve y reflexiona en torno a ello.

18. Hoy en día existe una tendencia a realizar un análisis interdisciplinario al momento de estudiar los diversos fenómenos que puedan generarse. ¿Qué opinión le merece esta tendencia?

Eso sí me parece que es algo muy bueno porque –justamente lo que hablábamos sobre no parcializar– más bien hay que absorber todo. No se puede ser solamente abogado, o solamente físico, o solamente literato, o lo que fuera. De hecho, Einstein decía que un físico que es sólo físico no puede ser un buen físico.

Tienes que mirar el universo más ampliamente, yo por eso creo que la formación humanística es decisiva para cualquiera de las carreras universitarias. Particularmente, los abogados tendrían que tener una formación humanística muy sólida, en sentido contrario a lo que está sucediendo hoy en día, que es que se están reduciendo los estudios generales, cuando yo creo que tendríamos que ampliarlos, ampliar los estudios generales, y más bien, los estudios de especialización convertirlos en lo que son hoy día. Tú después de diez años regresas a la universidad porque lo que aprendiste ya está obsoleto, más aun si hablamos de leyes, entonces más bien tiene que ser una universidad abierta en la que tú te puedas reciclar, concursos de actualización en la parte especializada, pero la parte básica, tus humanidades, eso no va a cambiar. No va a cambiar lo que escribió Aristóteles, o lo que escribió Cicerón o la historia de Roma y la relación del Derecho canónico con el Derecho romano, eso no va a cambiar. Entonces, más bien, allí tenemos que reforzarlos, para ir a una especialización renovable.

Yo creo que la interdisciplinariedad es esencial. Yo estudié con un profesor que tenía esta visión, que es el profesor Enrique Ballón, que ahora está en la Universidad de Arizona, y él enseñaba en el departamento de lingüística de la Universidad de San Marcos, pero en sus cursos de semiótica, habían antropólogos, educadores, yo venía

de filosofía, historiadores, lingüistas, y era una discusión muy rica porque tú aprendías de las otras disciplinas en la discusión sobre los temas que íbamos tratando. Yo creo que ese debería ser un esquema de enseñanza y de aprendizaje, que es un poco el intercambio de las varias disciplinas para ampliar nuestra visión y no tener estos especialistas que sólo son especialistas. En economía, por ejemplo se ve muchísimo, que los que son solamente economistas generalmente se pierden en el camino y no logran tener una visión general de las cosas. Los que generalmente se ganan los premios Nobel son gente que tiene una formación mucho más amplia, son más creativos.

- 19. Siempre es interesante ampliar los conocimientos que uno pueda tener, viéndolos desde estudios generales, incluso desde el colegio. Asimismo, hoy en día es posible aprender mucho con los programas de Bachillerato Internacional, Alemán, Francés e Italiano.**

Así es, en realidad el bachillerato y sobre todo los estudios generales le dan sentido a todo lo que se vio en el colegio. En el colegio no te explican muy bien el porqué de las cosas, los colegios están muy mal. Pero en realidad, un buen profesor de historia universal que te cuente, por ejemplo, el origen del Derecho romano mezclado con la historia de Roma y las invasiones de César, es fabuloso. Podría ser tan lindo, pero ahí falta mucha vocación, esa tiene que ser la base. Y, finalmente, si no te la da la universidad, tienes que cogerla tú mismo. Siempre les digo a mis alumnos ¿si no está en el *syllabus*, vas a decir 'no estudié eso porque no me lo enseñaron'? A la hora de buscar un trabajo vas a competir con gente que sabe francés, inglés... ¿Y tú qué? ¿Vas a quedarte de brazos cruzados porque nunca te enseñaron? Si no te enseñan, apréndelo tú, haz tu propio programa de estudios." Yo siempre los empujo a que hagan su propio programa de estudios, aparte del de la universidad.

20 MEJORES ARTÍCULOS DE DERECHO DE BANCA Y FINANZAS

La Asociación Civil THEMIS presenta el disco compacto “20 Mejores artículos de Derecho de Banca y Finanzas”, el cual contiene una selecta compilación de artículos sobre la materia. Se trata de artículos que, a lo largo de la historia de nuestra asociación, han sido publicados en THEMIS-Revista de Derecho.

La compilación ha estado a cargo de Fátima de Romaña Miro Quesada y María José Higuera Chicot, miembros del estudio Lazo, de Romaña & Gagliuffi Abogados. En ella presentamos artículos de autores reconocidos nacional e internacionalmente, tales como Steven Schwarcz, John Coffee, Ismael Noya, Jorge Lazo, José Antonio Payet, Alberto Rebaza, entre otros. Este disco compacto es el segundo que realizamos en colaboración con el Estudio Lazo, de Romaña & Gagliuffi Abogados, a quienes agradecemos por su gentil apoyo.

ENFOQUE DERECHO

EnfoqueDerecho.com es el primer portal web jurídico del Perú, producto de la Asociación Civil THEMIS. Fue fundado en el año 2002 como un boletín impreso, y en el año 2009 se trasladó al formato virtual. Es un espacio en el que se discuten los temas de actualidad vinculadas al mundo del Derecho, tanto desde una perspectiva jurídica como desde otras disciplinas como la política o la economía. Se publican semanalmente varios artículos jurídicos así como entrevistas y videos. Actualmente recibe visitas de una multitud de países de Latinoamérica y el resto del mundo, y tiene entre sus colaboradores a estudiantes de Derecho u otras carreras, abogados e intelectuales de primer nivel.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho estuvo conformada por Marco Zaldívar Chauca (Director), Camilo Clavijo Jave, Carlos Fernando de Trazegnies Valdéz, Carolina Pérez Harm y Luis Fernando Roca Lizarzaburu.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

THEMIS-Revista de Derecho tiene el agrado de presentar a la Comisión de Publicaciones, la cual inició sus labores este semestre. Ésta tendrá como objetivo la difusión de la cultura jurídica a través de productos distintos a nuestra revista, como medios electrónicos y publicaciones cortas. Ésta nueva comisión está conformada por Marco Zaldívar Chauca (Director), Alejandro Cavero Alva, María Paz Delgado Yábar, Mario Lercari Bueno y Christian Wong Vargas.

Miembros honorarios de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr • Javier Albán González • César Antonio Alcorta Suero • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • María Cristina Alva Noriega • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Joao Arbildo Caro • Guillermo Arribas Irazola • Andrés Avelino Aramburú Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Diana Arciniega López • Sergio Emilio Arellano Gonzáles • Fernando Arias-Stella Castillo • Cristina Arizmendi Bellido-Tagle • Arturo Arróspide Villarán • Patricio Ato del Avellanal Carrera • Lucía Ávila Bedregal • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Juan Luis Balarezo Revilla • Fabiola Baquerizo Micheline • Alonso Barreda Ayllón • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • María del Carmen Bedoya Valdez • Alberto de Belaunde de Cárdenas • Javier de Belaunde de Cárdenas • María Lucía Bellido Bertie • Úrsula Ben-Hammou Novoa • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Carla Bengoa Rojas • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea • Gonzalo Bernal Neumann • Gabriela Bernales Wuan • Luis de Bernardis Llosa • María Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostroza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Mayra Bryce Alberti • Alfredo Bullard González • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Andrea Cadenas Cachay • Héctor Calero Ramírez • Jorge Antonio Calle Brush • Analía Calmell del Solar del Río • Javier Calmell del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Federico de Cárdenas Romero • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoeßel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • GianPaul Castañeda Carruitero • Diego Castro Panes • Enrique Del Castillo Fernandez • José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Carolina Chipollini Román • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • María Andrea Colina Cardozo • Úrsula Collimboy Sayán • Jorge Contreras Condezo • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Micaela Cortés Cabieses • Carlos Cornejo Vargas • Carlos Eduardo Cotera Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Chantal Deleplanque Sánchez • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva Gisella Domecq Garcés • Andrea Domínguez Noriega • Mario Fernando Drago Alfaro • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Javier Echeopar Sabogal • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egüez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Stephanie Espejo Espinal • Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Gustavo Fierro Campos • Alejandra Flecha Corvetto • Fernando de la Flor Koechlin • Nicolás de la Flor Puccinelli • Daniel Flores Consiglieri • Rodrigo Flores Benavides • Hugo Forno Odría • Laura Francia Acuña • Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Viviana Gálvez Córdova • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Gabriela García Arcia • Domingo García Belaunde • Juan García-

Montúfar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Mijael Garrido-Lecca Palacios • Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzáles Barrón • Daniel Gonzáles la Rosa • Arabella Gonzáles Netto • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melisa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín de Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamann García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higuera Chicot • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Úrsula Indacochea Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero • Rosario Isasi Morales • José María de la Jara Plaza • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Roselló • Rúzika Kresalja Santos • Antonio Kuljevan Pagador • Diego la Rosa Gonzáles del Riego • Sheila la Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros • Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Camila de Lasa Larrea • Erick Lau Gastelo • Anthony Laub Benavides • Claudia Isabel Lazarte Abarca • Elsa Marina Lazarte Zababurú • Denise Ledgard Antúnez de Mayolo • Alexandra Lelouch Loeb • Sebastián León Saavedra • Mario Lercari Bueno • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Francisco Lira Miró Quesada • Isabel Lira Miró Quesada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Alejandra Llosa Parró • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres • Eduardo Loret de Mola Ugarte • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers • Roberto Guillermo MacLean Martins • Kiana Maggiolo Cook • Alejandro Manayalle Chirinos • María Teresa Marroquín Manrique • Chiara Marinelli Tagliavento • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortíz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Fernando del Mastro Puccio • Elías Maya Zusman • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Mariana Mendoza Benza • Patricia Mendoza Franco • Daniela Meneses Sala • Marilú Merzthal Shigyo • Francisco Miranda Aguilar • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Ñique • Fernando Molina Rey de Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Óscar Montezuma Panes • Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Andrea Morelli Ferreyros • Jorge Luis Morelli Ferreyros • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz Bazán • Jaime Mur Campoverde • Fabio Nuñez del Prado Chaves • Manuel Núñez Farfán • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri Mendiola • Paul Nina Nina • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente • Diego Ocampo Acuña • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Pia Gabriela Olea Ubillús • Pilar Oliva Rocca • Antonio Olórtogui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Valeria Osorio Véliz • Andrés Osterling Letts • Claudia Pacora Rodríguez • Giselle Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Xavier Palao Carrera • Valentín Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • César Augusto Parodi • Mario Pasco Lizárraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Milan Pejnovic Delgado • Eduardo Peláez Santillán • Macarena Penny Yrigoyen • Fernando Peña Nevon • Carolina Pérez Harm • Diego Pérez Terry • Mariela Pérez-Costa Piscocoya • Luz María Pérez-Garland Gamio • Mariano Perú Mayandía • Alejandro Peschiera Bonifaz • Chiara Pescetto Bustamante • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Milagros de Pomar Saettone • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorbo • José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koehlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Berta Prado Manrique • Rafael Prado Bringas • Manuel Fabricio Privat Colla • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper • Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker • María Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero • Rodrigo Rabines Matta • Pedro

Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Fernando Ramírez-Gastón Lecca • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaita • Viviana Ritchie Martínez • Eduardo de Rivero Santana • Carla Rizo-Patrón Labarthe • Ricardo Rizo Patrón Olaechea • André Robilliard Escobal • José Luis Rodríguez Guardamino • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor Rodríguez Macedo • Diana Roig Trelancia • Carlos Rojas Klauer • Miguel Ángel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Milo Ruíz González • Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Sebastian De Rutté Boiset • Rosario Saco Oliva • María Gracia Sáenz González • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rafael Sánchez Ríos • Rocío Saux Valdez • Mauricio Santa Cruz Vásquez • Luis Andrés Schrader Mindreau • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissler • Sebastián Soltau Salazar • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavallo • Luis Stucchi Díaz • Óscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutiérrez • Luciana Tataje Villalobos • Gonzalo Villanueva Llanos • Martín Tayro Cuba Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendivil • Óscar Trelles de Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Andrés Valdivia Montes • Eduardo Valdizán Sala • José Agustín Valencia-Dongo Medina • Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes Nicolás Vassallo Burneo • Javier de la Vega Gómez • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Mario Vera Ortiz • Verónica Vergaray Béjar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal Felip • Ramón Vidurizaga de Amézaga • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán Ascenzo • Milagros Villavicencio Pachas • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Deborah Woll Castañeda • Rocío Yépez Minaya • Marco Ismael Zaldívar Chauca • Bruno Zanoló Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Gloria Zubizarreta Rondón • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones 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:

Gonzalo Bonifaz Tweddle, Alfredo Bullard González, Guillermo Cabieses Crovetto, Andrés Calderón López, Enrique Cavero Safra, Christian Chávez Verástegui, Freddy Escobar Rozas, Alejandro Falla Jara, José Carlos Fernández Salas, Eduardo Hernando Nieto, Fernando Liendo Tagle, Mariano Perú Mayandía, Richard Posner, Mario Reggiardo Saavedra, Gustavo Rodríguez García, Carlos Rojas Klauer, Nicole Roldán Barraza, Federico Salazar Bustamante, Armando Sánchez-Málaga Carrillo, Óscar Súmar Albújar, Cass Robert Sunstein, Róger Yon Ruesta, Laura Zúñiga Aleman.

Estudio Aurelio García Sayán - Abogados S.CIV.R.L., Miranda & Amado Abogados, Estudio Luis Echecopar García S.R.L., Estudio Castillo Freyre, Hernández & Cía. Abogados, La Unión Corredores de Seguros S.A.C., Euro Motors S.A., Editorial Economía y Finanzas S.R.L., Estudio Olaechea, Duany & Kresalja Abogados S.CIV.R.L., Avenda Ingenieros E.I.R.L., Envasadora San Gabriel S.R.L., Lazo, de Romaña & Gagliuffi Abogados S.CIV.R.L., Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales, Ernst & Young S.R.L., Consorcio Róger Yon & SMB Abogados.

THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor.

Joao Arbildo Caro, GianPaul Castañeda Carruitero, Stephanie Espejo Espinal, Mario Lercari Bueno, Mariana Mendoza Benza, Mary Cielo Núñez Minaya, Carlos Peña Salas, Carolina Pérez Harm, Fernando Ramírez-Gastón Lecca, Mauricio Santa Cruz Vásquez, Marco Zaldívar Chauca.

PARTICIPACIÓN EN THEMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THEMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a nuestra oficina en el Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a **editor@themis.pe**

THEMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se terminó de imprimir en:



 (511) - 3366699
www.printing.com.pe
ventasinkos@gmail.com
Av. Venezuela 2344 - Lima 1
Diciembre 2012