

APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR INEFICACIA CONTRACTUAL

(El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)*

Freddy Escobar Rozas**

¿Cómo se regula en el Código Civil peruano la responsabilidad precontractual por la ineficacia contractual? En el presente artículo el autor realiza un análisis sobre este supuesto de responsabilidad precontractual, sugiriendo a la luz del origen de la teoría, su regulación en el sistema alemán e italiano y la necesidad indispensable de guardar coherencia cuando se regula una figura, una interpretación adecuada del artículo 207 del Código.

* A la amistad de Mappy, Silvia, María Julia, Nacho y José Juan.

** Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la responsabilidad pre-contractual nace para tutelar la confianza contractual que, por sus propias características, puede quedar lesionada como consecuencia (i) de la ruptura injustificada de las tratativas¹, (ii) de la ineficacia (permanente o temporal) del contrato celebrado o (iii) de la falta de adecuación del reglamento contractual a los intereses de una o ambas partes².

El fundamento de la referida teoría –de trascendencia eminentemente reparadora– se encuentra en la violación del deber de buena fe, que en materia contractual supone la necesidad de actuar leal y diligentemente.

El Código Civil peruano recoge la teoría de la responsabilidad pre-contractual, al establecer que las partes deben actuar de buena fe en todas las etapas del *iter* contractual³. Sin embargo, a diferencia de otros códigos civiles, el Código Civil peruano no sólo no contiene norma alguna que regule de manera específica la consecuencia reparadora que ha de derivarse de la violación del deber en cuestión, sino que además excluye, de manera inexplicable, dicha consecuencia para el caso de la anulación del contrato por error.

A pesar de que la responsabilidad pre-contractual encierra una problemática bastante compleja y sumamente interesante, estos apuntes no están destinados a abordar –en términos generales– dicha problemática, sino

solamente una de sus manifestaciones: la relativa a las consecuencias reparadoras que deben derivarse de la anulación del contrato por causa de error. Las líneas que siguen, entonces, están dedicadas al problema que, en el sistema general de la responsabilidad pre-contractual, ha generado la inclusión de la regla contenida en el artículo 207 del Código Civil.

2. ORIGEN

La teoría de la responsabilidad pre-contractual fue creación de uno de los juristas más lúcidos de todos los tiempos: Rudolph von Ihering⁴. En efecto, la partida de nacimiento de la teoría en cuestión se encuentra en el libro que el insigne pensador alemán publicó en 1861 con el título de “*Culpa in contrahendo oder Schdensersatz bei nichttingen order nicht zur Perfection gelangten Vertragen*”. En este libro Ihering analizó la posibilidad de que la parte perjudicada con la invalidez del contrato reclamara a la otra el pago de una indemnización en caso que esta última fuese la causante del vicio. Como siempre, Ihering basó su construcción con el fin de solucionar un caso real. Se trataba de un sujeto que, deseando adquirir cien libras de cierta mercadería, recibió cien quintales de la misma, debido a que a la hora de enviar el pedido confundió el signo de la libra con el del quintal. Dicho sujeto probó que se había equivocado, así que anuló el contrato celebrado. Ante este hecho, el vendedor preguntó si podía reclamar el pago de una indemnización que cubriera los costos de embalaje y transporte de la

¹ En un reciente evento académico un expositor local afirmó que la aplicación de la teoría de la responsabilidad precontractual al caso de la ruptura injustificada de las tratativas lesionaba seria e injustificadamente la libertad contractual. Como ocurre cada vez que en el medio alguien critica un “instituto” (empleo este término y no el término “código” debido a que –desafortunadamente– entre uno y otro existe un abismo infranqueable: mientras uno es el resultado de la reflexión jurídica que a lo largo de la historia realizan los pueblos para resolver conflictos de intereses, el otro es el resultado de una combinación inconexa y en muchos casos absurda de preceptos tomados de modelos comparados antagónicos, aunque ello no quiera ser aceptado por quienes, sin poder si quiera leer un texto en un idioma distinto del nativo –como si el código regulase instituciones mestizas!–, se dan el lujo de atacar personalmente a todo aquel que quiere modificar el *statu quo*, demostrando un fanatismo exacerbado que recuerda, aunque sólo en este aspecto, claro está, a ciertos juristas italianos de fines del siglo XIX, que rechazaban brutalmente cualquier contacto con la doctrina alemana, por el solo hecho de ser foránea), el expositor en cuestión presentó una imagen absolutamente deformada e irreal del concepto “ruptura injustificada de las tratativas”. Y claro, procediendo de tal modo no le fue muy complicado “demostrar” la “obsolescencia” del instituto. Como se podrá entender, sin embargo, cualquier desistimiento no califica como “ruptura injustificada de las tratativas”. Para que un desistimiento sea ilícito y genere responsabilidad, es necesario que se cumplan dos condiciones. La primera condición supone que el desistimiento se configure después de que, por el grado de avance en las negociaciones u otras circunstancias, la parte defraudada pueda razonablemente alegar que confió en la conclusión del contrato (por eso, si la parte compradora decide apartarse de las negociaciones por que los resultados del *due diligence* que practicó no son satisfactorios, la parte vendedora no puede válidamente pretender el pago de una indemnización por ruptura injustificada de las tratativas, ya que en esa etapa del proceso de compra ninguna de las partes puede alegar confianza razonable en la conclusión de la operación). La segunda condición, por su parte, supone que el desistimiento se encuentre desprovisto de una justificación. Según el desarrollo jurisprudencial europeo, se considera que existe justificación para romper las tratativas en caso se presente una causa externa (sobrenvenida o hasta entonces desconocida) que resulte idónea para modificar la valoración sobre la conveniencia de celebrar el contrato (por eso, aun si se ha suscrito un *Memorandum of Understanding*, la parte compradora puede desistirse de la operación en caso que las acciones materia de la operación sufran una pérdida de valor). Los que se escandalizan de la protección que el *Civil Law* tradicionalmente concede a la confianza deberían estudiar las reglas de la doctrina de la *promissory estoppel* que, en el país de la libertad, pueden incluso, para proteger la expectativa de la otra parte, evitar la revocación de la oferta, a pesar de que las normas del *Common Law* establecen que la misma es revocable. Ver: CALAMARI, John D. y Joseph M. PERILLO. “The Law of Contracts”. St. Paul. Minn: West Group. 1998. p. 258 y siguientes.

² El contrato no realiza *per se* los intereses de las partes. En realidad, sólo la correcta actuación de los efectos contractuales provoca la satisfacción de las necesidades de los contratantes. Por consiguiente, de nada les sirve a las partes el hecho de haber celebrado el contrato si es que el mismo no va a generar los efectos que aquéllas requieren o si tales efectos no van a “reproducir” correctamente su voluntad.

³ El artículo 1362 del Código Civil establece que las partes deben negociar, celebrar y ejecutar el contrato con arreglo a las reglas de la buena fe. Sobre la base de este artículo, la doctrina nacional ha reconocido que el Código Civil adopta la teoría de la responsabilidad pre-contractual. En tal sentido: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Tomo I. Lima: Palestra Editores. 2001. p. 361; ARIAS SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo I. Lima: San Jerónimo Ediciones. p. 75 y p. 112; HARO, José Juan. “¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. En: *Advocatus-Revista* editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima 7. 2002. p. 135.

⁴ Conviene notar, sin embargo, que la exigencia de adoptar una conducta leal en la etapa de las tratativas ya se encontraba prevista en el Derecho romano (ver: Dig. 11,7,8,1 y Dig. 18,1,23).

mercadería. Ihering consideraba justo que el comprador causante del vicio asumiera los referidos costos. Sin embargo, no encontraba en el derecho vigente respuesta alguna al caso planteado, pues tanto la *actio de dolo* como la *actio legis Aquiliae* exigían la existencia de un daño causado a cosas corporales.

Ante el vacío, Ihering decidió sumergirse en las fuentes romanas, específicamente en el *Corpus Iuris*. Ahí encontró varios casos en los que una de las partes respondía frente a la otra como consecuencia de haber ocultado hechos que provocaban la invalidez del contrato⁵. Sobre la base de los casos indicados, Ihering formuló su famosa teoría de la *culpa in contrahendo*, según la cual el contratante que culposamente causa la invalidez o la inexistencia del contrato debe responder frente al otro, indemnizando el “interés contractual negativo”⁶.

3. DERECHO COMPARADO

a) Sistema alemán

El BGB adoptó sin miramientos la tesis de Ihering. En efecto, como quiera que el Derecho alemán permitía anular una declaración (viciada) aun cuando la parte receptora no hubiera advertido el error, tenía sentido preguntarse por la situación de dicha parte en caso que hubiese confiado en la validez de la referida declaración.

Consciente de que la anulación de la declaración viciada podía perjudicar seriamente a la parte receptora, el legislador alemán decidió tutelarla, aunque bajo ciertas condiciones. Así, estableció que si la parte receptora había confiado razonablemente en la validez de la declaración del *errans*, aquélla tenía derecho al pago de una indemnización en caso que este último decidiera

ejercer el derecho de anulación⁷. Evidentemente, la parte receptora no podía alegar que había confiado razonablemente en la validez de la referida declaración si el *errans* demostraba que el error había sido conocible.

Aun cuando el tratamiento que el legislador alemán dispensó al error era cuestionable debido a que privilegiaba la teoría de la responsabilidad en desmedro de la teoría de la confianza, lo cierto es que el sistema de responsabilidad pre-contractual acogido por el BGB resulta intachable. En efecto, dicho sistema resuelve coherentemente el conflicto de intereses generado por la falta de conformidad entre lo exteriorizado y lo querido, pues, reconociendo el derecho del *errans* de anular su declaración, concede tutela a la parte receptora en caso que haya actuado de buena fe. En consecuencia, bajo supuesto alguno el hombre honesto y cuidadoso queda desprotegido frente a la situación perjudicial que genera la declaración de invalidez del negocio.

b) Sistema italiano

A diferencia del BGB, el Codice se apartó ostensiblemente de la tesis de Ihering. Y ello por una razón muy simple: el legislador italiano de 1942 introdujo la necesidad de que el error fuera conocible a efectos de que el declarante pudiera anular el contrato.

En efecto, a pesar de que el Código Civil de 1865 seguía el modelo francés, que a semejanza del alemán no exigía la conocibilidad del error⁸, el legislador italiano, influenciado por la teoría de la confianza⁹, decidió introducir el requisito de la conocibilidad del error, modificando drásticamente el sistema de los vicios de la voluntad que imperaba en Europa.

⁵ Se trataba de la venta de cosas sagradas, públicas o inexistentes, en las cuales el vendedor conocía de antemano la causa de la nulidad.

⁶ Para un detallado análisis del pensamiento de Ihering: TURCO, Claudio. “Interesse Negativo e Responsabilità Precontrattuale”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1990. p. 54 y siguientes. También: GARCIA RUBIO, María Paz. “La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español”. Madrid: Tecnos. 1991. p. 34 y siguientes.

⁷ El sistema alemán de responsabilidad pre-contractual básicamente reposa en los parágrafos 119 y 121 del BGB. De acuerdo con el primer párrafo, “Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.” [Quien al emitir una declaración de voluntad estaba en error sobre su contenido, o en líneas generales no quiso emitir una declaración de tal contenido, puede impugnar la declaración si ha de entenderse que no la habría emitido con conocimiento de la situación verdadera y con apreciación razonable del caso]. Por su parte, de acuerdo con el segundo párrafo, “Anfechtung muß in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist.” [Si una declaración de voluntad es nula según el párrafo 118 o está impugnada en base a los parágrafos 119 y 120, el declarante, si la declaración había de emitirse frente a otro, ha de indemnizar a éste o en otro caso a todo tercero el daño que el otro o el tercero sufra por la circunstancia de que confían en la validez de la declaración, no excediendo, sin embargo, la cuantía del interés que el tercero o el otro tengan en la validez de la declaración. La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si el perjudicado conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, o no la conocía a consecuencia de negligencia (debía conocer)].

⁸ A pesar de que el Código Civil italiano de 1865 no establecía la obligación de resarcir a la parte receptora, la doctrina italiana concedía ese remedio a la luz de las reglas generales de responsabilidad aquiliana. En tal sentido: DE RUGGIERO, Roberto. “Istituzioni di Diritto Civile”. Vol. II. Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato. 1930. p. 125; BRUGI, Biagio. “Instituciones de Derecho Civil”. Traducción de Jaime Simo Bofarull. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. 1946. p. 131.

⁹ La teoría de la confianza terminó imponiéndose en Italia gracias a la valoración jurisprudencial y doctrinal del principio de equidad. En esto evidentemente colaboraron los propios defensores del dogma de la voluntad, al admitir la inequidad que producía la aplicación rigurosa de dicho dogma a casos extremos como el del error. La teoría de la *culpa in contrahendo* de Ihering fue sumamente importante en el juego de los debates, ya que la misma reconocía la necesidad de tutelar a la parte que razonablemente había confiado en la validez de la declaración del *errans*. Es verdad que dicha teoría propugnaba una tutela meramente reparadora. Pero es verdad también que de reconocer la necesidad de prestar tutela en el plano de la reparación a reconocer la necesidad de prestar tutela en el plano de la validez, no había un paso demasiado largo. Para una exposición sumamente clarificadora del proceso histórico de adopción de la teoría de la confianza: PIETROBON, Vittorino. “El Error en la doctrina del Negocio Jurídico”. Traducido por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1971. p. 92 y siguientes.

Como consecuencia de la modificación experimentada, carecía de sentido preguntarse por la situación de la parte receptora de la declaración; más bien cobraba sentido preguntarse por la situación de la parte emisora. En efecto, como el error era causa de anulación sólo cuando la parte receptora actuaba con mala fe (objetiva), el legislador italiano se preguntó si el *errans* podía, además de anular el contrato, exigir el pago de una indemnización.

La cuestión fue resuelta en sentido positivo, de modo tal que el referido legislador consagró un segundo sistema de responsabilidad pre-contractual, en el cual no era la parte receptora sino la parte emisora la que podía exigir el pago de una indemnización¹⁰.

Al igual que en el caso anterior, el sistema de responsabilidad pre-contractual acogido por el Codice resulta intachable. En efecto, dicho sistema resuelve coherentemente el conflicto de intereses generado por la falta de conformidad entre lo exteriorizado y lo querido, pues, al establecer que el derecho del *errans* de anular el contrato depende de la conocibilidad (y excusabilidad) del vicio, no permite que la parte receptora de la declaración (viciada) sufra perjuicios en caso que haya actuado de buena fe. Pero por otro lado, no deja en desamparo al *errans* en caso que la parte receptora de la declaración (viciada) actúe de mala fe, ya que, además del remedio de la anulación, le concede al primero el remedio de la reparación. En consecuencia, bajo supuesto alguno el hombre honesto y cuidadoso queda desprotegido frente al comportamiento malicioso de la otra parte¹¹.

4. DERECHO PERUANO

a) El Código Civil de 1936

Siguiendo la línea trazada por los códigos civiles europeos de la época, el Código Civil peruano de 1936 permitía anular un contrato por error aun cuando el

mismo no hubiese sido conocible por la parte receptora de la declaración viciada.

Sin embargo, a diferencia del BGB, nuestro código anterior no establecía la obligación de indemnizar a la parte receptora en caso que la misma hubiese razonablemente confiando en la validez de la declaración viciada. No obstante ello, la doctrina nacional aceptaba la posibilidad de que el receptor de la declaración viciada exigiera el pago de una indemnización en caso que el *errans* ejerciera el derecho a anular el acto¹².

b) El Código Civil de 1984

El Código Civil peruano de 1984 adoptó –parcialmente– el modelo italiano de 1942 en lo referente a los requisitos del error como causa de anulación del negocio jurídico. En efecto, el legislador nacional estableció que la anulación del negocio por error sólo procedía si el mismo era esencial, determinante y conocible (por la parte destinataria de la declaración).

Inexplicablemente, sin embargo, el legislador nacional, no contento con mutilar el modelo italiano, al dejar de lado la regla contenida en el artículo 1338 del Codice, decidió efectuar un aporte histórico, al establecer que la anulación del negocio por error no daba lugar a indemnización entre las partes.

Según se ha reconocido¹³, la norma bajo comentario fue tomada del Proyecto de la Comisión Revisora¹⁴. Al margen del origen de esta contribución del Derecho peruano, importa saber cuál ha sido la explicación ofrecida por la doctrina nacional para justificarla.

Para evitar el peligro de tergiversar opiniones, voy a reproducir literalmente las explicaciones ofrecidas por Fernando Vidal y Guillermo Lohmann.

El primero de los nombrados afirma que “[e]l Código introduce una norma novedosa, contenida en el art. 207

¹⁰ La fórmula está consagrada en el artículo 1338 del Código Civil italiano de 1942, que establece lo siguiente: “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto [1418 ss], non ne ha dato notizia all’altra parte e tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto [1038].” [La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia a la otra parte tendrá que resarcir el daño por ésta sufrido como consecuencia de haber confiado sin su culpa en la validez del contrato].

¹¹ Para una visión comparativa de la racionalidad de los sistemas alemán e italiano: JORDANO FRAGA, Francisco. “Falta Absoluta de Consentimiento, Interpretación e Ineficacia Contractuales”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 1988. p. 169 y siguientes.

¹² Así lo reconocían: LEÓN BARANDIARÁN, José. “Comentarios al Código Civil Peruano”. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editores. 1954. p. 148; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Los Vicios de la Voluntad”. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1978. p. 57.

¹³ Así consta en la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984, compilada por Delia Revoredo.

¹⁴ El proyecto preparado originalmente por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 contenía una disposición según la cual la anulación del acto por error no daba lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Dicho proyecto no especificaba si la exoneración de responsabilidad favorecía a una o a ambas partes. El anteproyecto sustitutorio preparado por Manuel de la Puente y Susana Zusman contenía la misma disposición. No obstante ello, en la exposición de motivos de ese anteproyecto, los autores indicados cuidaron de precisar lo siguiente: “El artículo 73, por su parte, impide la indemnización de daños y perjuicios en el caso de anulación por error. Dado que el Anteproyecto protege al receptor de la declaración, en base a la teoría de la confianza, el receptor no podría, en caso de que llegara a anular el acto jurídico (sic), intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció el error y, por tanto, no confió totalmente en la validez de tal declaración. El artículo 73 es otra fórmula de la lograr el equilibrio de protección para ambas partes” (ver: “Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1980, p. 103). Se sabe que fue la Comisión Revisora la que acordó modificar las propuestas previas y establecer que la anulación del acto por error no daba lugar a indemnización entre las partes.

(...) Y decimos que es novedosa sólo porque tradicionalmente se ha considerado que el errans que obtenía la declaración de nulidad del acto, si infringía perjuicios a la contraparte, se los debía indemnizar¹⁵ (...) Manuel de la Puente y Susana Zusman consideran que si bien el receptor está (sic) protegido por la teoría de la confianza no puede, en caso de que llegara a anular el acto jurídico (sic), intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció el error y, por lo tanto, no confió totalmente en la validez de tal declaración. Explicada y justificada la norma sub examine, nosotros reparamos que la misma sólo alcanza a las partes, por lo que ambas podrían responder, eventualmente, ante terceros¹⁶.

El segundo de los nombrados afirma que “[c]omo se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios (sic) pues si se ha anulado el negocio se debe a que el error fue esencial y conocible. Si es así, el precepto da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración. Hubo una falta de su parte. Por la comisión de esa falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios (sic). No ha de ser esta, empero, la única interpretación válida; también ha de verse de otro lado. Es decir, que quien yerra no puede reclamar del destinatario de la declaración daños y perjuicios (sic) por no haberle hecho notar el vicio que era reconocible”¹⁷.

Las opiniones transcritas dejan entrever la causa del error. En efecto, tanto Vidal como Lohmann aceptan la bondad de la norma sobre la base de un argumento débil. En efecto, según los autores citados es lógico que se excluya la posibilidad de que la parte receptora exija el pago de una indemnización debido a que la misma pudo conocer la existencia del error. Como se podrá entender, sin embargo, al haber adoptado el modelo italiano, carece de sentido preocuparse por la parte receptora de la declaración viciada. El hecho de establecer el requisito de la conocibilidad del error genera de manera automática la exclusión de toda responsabilidad del *errans* frente a la parte receptora de la declaración.

A diferencia de Vidal, que guarda silencio al respecto, Lohmann explica por qué es lógico que la norma bajo comentario no conceda a la parte que yerra la posibilidad de exigir el pago de una indemnización. Su

posición, sin embargo, es harto discutible, por no decir inaceptable. En efecto, según este autor, quien yerra no tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización debido a que no puede pretender que la otra parte le haga notar la existencia del vicio. Si se tiene en cuenta que el error debe ser conocible para la otra parte, yo no encuentro razón alguna para que el *errans* no pueda pretender lo que a Lohmann le parece inadmisibles. En efecto, a no ser que la buena fe objetiva no tenga utilidad ni aplicación en el ámbito de las tratativas, la parte receptora no puede dejar de advertir a la parte emisora acerca de la existencia del error (que ha podido advertir). Si dicha parte, por cualquier circunstancia, nota el equivoco de la otra y luego conscientemente guarda silencio, es claro que incurre en un supuesto grosero de mala fe y el Derecho no puede no reaccionar ante tal hecho.

El artículo 207 del Código Civil, tal como está redactado, consagra una fórmula que no encuentra cabida en ningún sistema coherente, pues permite que el destinatario de la declaración viciada quede exonerado de responsabilidad aun cuando haya conocido la existencia del error. Puedo aceptar que la regla de exoneración de responsabilidad contenida en el artículo en cuestión se aplique al caso en el que ambas partes proceden con negligencia (una se equivoca y la otra no presta atención). Lo que no puedo aceptar, sin embargo, es que la regla de marras se aplique al caso en el que una de las partes procede con negligencia y la otra con dolo (conciencia y voluntad de actuar incorrectamente); lo que ocurre cuando una de las partes se equivoca y la otra omite voluntariamente hacer notar el equívoco.

5. EL VALOR DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA NECESIDAD DE EFECTUAR UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El principio de buena fe supone, en términos generales, la necesidad de actuar leal y diligentemente. En la etapa de las tratativas, el referido principio se descompone en una serie de deberes específicos, entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) el deber de suministrar información, (ii) el deber actuar con veracidad, (iii) el deber de actuar con claridad, (iv) el deber de mantener la confidencialidad y (v) el deber de custodiar bienes entregados para pruebas o demostraciones¹⁸.

¹⁵ Se equivoca Vidal al afirmar que tradicionalmente se hacía responsable al *errans* por los perjuicios que infringía a la otra parte al anular su declaración. Como resultará claro, a partir de 1942 no hubo en esta materia una solución tradicional sino dos. En efecto, en el sistema alemán, el *errans* respondía frente al destinatario de la declaración viciada (en caso que decidiera anular la declaración). Pero en el sistema italiano era este último el que respondía frente al primero por la invalidez del contrato. En consecuencia, al momento de la elaboración del Código Civil de 1984 no existía una tendencia legislativa generalizada, como lo sugiere el autor citado.

¹⁶ VIDAL, Fernando. “Acto Jurídico”. Tratado de Derecho Civil. Universidad de Lima, tomo III, vol. II. pp. 635-636.

¹⁷ LOHMANN, Guillermo. “El Negocio Jurídico”. Lima: Librería Studium Ediciones. 1987. p. 359.

¹⁸ En tal sentido: ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2001. p. 177 y siguientes; CUADRADO, Carlos. “Oferta, Aceptación y Conclusión del Contrato”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 2003. p. 48 y siguientes.

El alcance de la actuación del principio de buena fe depende de la naturaleza del contrato materia de las tratativas y de las condiciones subjetivas de las partes¹⁹. De este modo, la conducta leal y diligente que se puede esperar de la otra parte varía en función del grado de experiencia y profesionalidad de la misma, así como de la complejidad de la operación²⁰.

De todos los deberes indicados, el de suministrar información es el que, sin duda, juega un papel trascendental en el ámbito de la responsabilidad por ineficacia contractual. Como ha sido reconocido²¹, el deber de informar encuentra su justificación en la necesidad de corregir la situación de asimetría que usualmente se presenta en las negociaciones. Por tal razón, en cumplimiento de dicho deber la parte que conoce (o que debiera conocer) ciertos datos relevantes de la operación tiene que hacérselos saber a la otra, en caso esta última no los conozca (o no debiera conocerlos).

Evidentemente, el deber en cuestión no tiene un alcance ilimitado. En efecto, dicho deber está sujeto a un fin, que consiste en crear una situación de simetría informativa. Esta última situación, sin embargo, no supone que ambas partes tengan el mismo grado de conocimiento respecto de todos los aspectos objetivos y subjetivos involucrados en la operación.

En efecto, nadie puede razonablemente oponerse a la exigencia de que cada parte revele a la otra aquellas circunstancias que puedan influir en la decisión de esta última de efectuar o no la operación contractual. Pero al mismo tiempo nadie puede razonablemente oponerse a la protección de aquella información que, adquirida legítimamente, necesita ser mantenida en reserva para no perder su valor.

En mi opinión, pues, no es posible pretender la creación de una situación de simetría informativa en términos absolutos: existen hechos que, en función de ciertos principios del ordenamiento (básicamente los que protegen la libertad de empresa y la propiedad), no tienen por qué ser revelados. En otros términos: existen hechos que legítimamente pueden ser mantenidos en

reserva por una de las partes, aun cuando la otra pudiese estar interesada en conocerlos. La clave para determinar cuándo es legítimo no revelar cierta información depende básicamente de la posición contractual: el que enajena tiene que informar todo aquello que razonablemente la otra parte deba conocer sobre el derecho (a ser transferido) y sobre el bien. Y ello porque no resulta legítimo que oculte la existencia de embargos o de vicios ocultos. El que adquiere, sin embargo, no tiene por qué informar acerca de las razones que lo impulsan a contratar²². Tampoco tiene por qué informar acerca de las cualidades que ha descubierto en el bien, pues resulta legítimo que aproveche aquello que, por su esfuerzo o fortuna, ha podido conocer.

Ahora bien, evidentemente ninguna de las partes puede considerar que resulta legítimo ocultar a la otra una causa de invalidez o de ineficacia contractual²³. En efecto, no es admisible que una de las partes considere legítimo el reservarse para sí el conocimiento de un hecho que puede afectar la utilidad del contrato, pues de este modo lesiona abiertamente el principio de solidaridad contractual. El convencimiento de la ilicitud de una conducta como la descrita es de tal magnitud, que la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a destacar la existencia de un nuevo deber, que consistiría en cumplir los actos necesarios para lograr la validez y la eficacia del contrato²⁴. Ese deber se derivaría del principio de buena fe objetiva.

Sobre la base de lo indicado, resulta claro que si durante las tratativas una de las partes sufre un vicio y la otra se percató de ello, esta última debe revelar la existencia del mismo y evitar de este modo la invalidez del contrato. Si no lo hace, viola abiertamente el principio de la buena fe y, por consiguiente, lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil vigente. Siendo esto así y en aras de mantener un mínimo de coherencia en el sistema, resulta claro que el artículo 207 del Código Civil no puede aplicarse literalmente.

En efecto, el referido artículo no puede exonerar de responsabilidad a quien advirtiendo el error del

¹⁹ En tal sentido: MONATERI, Pier Giuseppe. "La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale". Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1998. p. 381.

²⁰ Por tal razón, el hecho que ambas partes adopten una regla contractual inválida no determina necesariamente que ambas sean responsables de la anomalía. Si una de las partes tiene mayor conocimiento y experiencia que la otra, entonces el peso de evitar la anomalía recae exclusivamente en la primera. De este modo, el arquitecto no puede liberarse de responsabilidad argumentando que el cliente estuvo de acuerdo con los planos de la obra, pues mientras aquél, por razones profesionales, debió saber que las normas municipales impedían la construcción del edificio proyectado; este último no tenía por qué conocer las limitaciones impuestas por las normas en cuestión. En consecuencia, si el contrato de obra es nulo por imposibilidad, el arquitecto debe responder frente al cliente.

²¹ ROPPO, Vincenzo. Op. cit., p. 177; LLOBET I AGUADO, Joseph. "El Deber de Información en la Formación de los Contratos". Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 41.

²² De acuerdo: MONATERI, Pier Giuseppe. Op. cit., p. 382.

²³ En tal sentido: RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I Contratti in Generale". Tomo I. A cura di Enrico Gabrielli. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1999. p. 222.

²⁴ Así: MONATERI, Pier Giuseppe. Op. cit., p. 398.

declarante decide guardar silencio, en lugar de evitar la invalidez del contrato. Por consiguiente, a no ser que no se quiera dar valor alguno al contenido del artículo 1362 del Código Civil y se esté dispuesto a pasar por alto la mala fe, la regla contenida en el artículo 207 del referido código debe ser reinterpreta.

Tomando en cuenta lo hasta aquí expuesto, propongo, pues, reducir, a través del recurso de la interpretación restrictiva, el ámbito de aplicación del artículo en cuestión, de modo tal que la exoneración de responsabilidad que prevé sólo opere cuando ambas partes han actuado negligentemente, esto es, cuando una se equivoca y la otra no advierte, por descuido, tal circunstancia²⁵.

6. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD

Desde que Ihering publicó su libro sobre la *culpa in contrahendo*, la responsabilidad pre-contractual ha sido empleada únicamente para reparar la lesión del llamado "interés contractual negativo". Se considera que el interés contractual negativo es aquel que tiene por objeto evitar o eliminar toda tratativa infructuosa. Por consiguiente, se lesiona dicho interés cuando se inician tratativas sin seriedad, cuando se frustra el éxito de las mismas, etc. Obviamente, la lesión al interés contractual negativo sólo es tutelada cuando la parte lesionante actúa de mala fe.

Tradicionalmente, se acepta que la parte dañada exija una indemnización por los gastos realizados en la etapa de las tratativas, por el tiempo invertido en las negociaciones e incluso por las oportunidades desaprovechadas²⁶. Por consiguiente, en sede de responsabilidad pre-contractual es indemnizable tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Evidentemente, la concreta determinación del alcance de la actuación de la responsabilidad pre-contractual depende, fundamentalmente, de la posición que se adopte en torno a las reglas que por asimilación deben aplicarse a la misma.

A pesar de que en algún momento se sostuvo que la responsabilidad pre-contractual constituía un *tertium genus*²⁷, hoy básicamente se discute si la misma debe ser asimilada a la responsabilidad contractual o a la responsabilidad extracontractual²⁸.

El argumento empleado por los contractualistas es el siguiente: cuando la norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe no hace otra cosa que imponer (a los sujetos que entran en contacto) la obligación de actuar de manera leal y diligente. Si alguno de los sujetos obra de mala fe, entonces incumple una obligación. Por consiguiente, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la inexecución de obligaciones (responsabilidad contractual)²⁹.

Por su parte, el argumento empleado por los extracontractualistas es el siguiente: cuando la norma jurídica impone el deber de actuar de buena fe no hace otra que tutelar de manera específica el genérico interés en no sufrir daño alguno. En consecuencia, si alguno de los sujetos obra de mala fe, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la responsabilidad aquiliana³⁰.

A mi modo de ver, el asunto debe resolverse a favor de la corriente que postula la aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual³¹. En efecto, como indica Sacco³², es verdad que por mandato de la ley los protagonistas de las tratativas se encuentran vinculados por una relación calificada, que los obliga a proteger sus recíprocos intereses. Pero es verdad también que eso es lo que exactamente acontece en tantos otros casos en los que se desarrollan las más variadas actividades y relaciones. Y a nadie se le puede ocurrir que esos otros tantos casos sean juzgados a la luz de reglas distintas de las de la responsabilidad extracontractual. Así, los conductores de vehículos motorizados o los competidores que actúan en un mismo mercado tienen que observar, por mandato de la ley,

²⁵ Como resultará claro, lo mejor sería reformar el Código y establecer una regla como la contenida en el artículo 1338 del Codice, de modo que la parte que advierte o pueda advertir el error sea responsable de la invalidez contractual. Evidentemente, sin embargo, la adopción de una regla como la indicada tendría que ir acompañada de la adopción del requisito de la excusabilidad del error, pues no resultaría justo que mientras el *errans* pueda actuar torpemente, el destinatario de la declaración deba en todo momento, bajo pena de pagar una indemnización, proceder diligentemente.

²⁶ En tal sentido: MONATERI, Pier Giuseppe. p. 469; RICCIUTO, Vincenzo, Op. cit., p. 239.

²⁷ En 1951 Rodolfo Sacco propuso esta tesis. Luego, sin embargo, la abandonó.

²⁸ Existen quienes no aceptan la disyuntiva planteada, pues consideran que en algunos casos la responsabilidad pre-contractual debe ser asimilada a la responsabilidad contractual y en otros a la responsabilidad extracontractual. En tal sentido: GARCIA RUBIO, María Paz. Op. cit., p. 89 y siguientes.

²⁹ Defienden esta postura, entre otros: Mosco, Stolfi, Mengoni y Galgano. Ver por todos: SAGNA, Alberto. "Il Resarcimento del Danno nella Responsabilità Precontrattuale". Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2004, p. 22. En nuestro medio defiende esta postura: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 371.

³⁰ Defienden esta postura, entre otros: Greco, Mirabelli, Carresi y Osti. Ver por todos: SAGNA, Alberto, Loc. cit.

³¹ Así, por lo demás, lo entiende la gran mayoría de la doctrina. A modo de ejemplo: BIANCA, Massimo, "Diritto Civile". Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1984. pp. 162-163; ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 185; SCOGNAMIGLIO, Renato. "Teoría General del Contrato". Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1991. p. 121; BREBBIA, Roberto. "La Responsabilidad Precontractual". Buenos Aires: Ediciones La Rocca. 1987. p. 96.

³² Op. cit., p. 185.

una serie de conductas dirigidas a salvaguardar los intereses ajenos. En caso que no lo hagan, la responsabilidad aplicable al caso no puede ser otra que la responsabilidad extracontractual, pues ni el conductor que ha colisionado el automóvil del otro, ni el competidor que ha dañado la reputación del otro pueden considerar, por razones obvias, aplicables las reglas de la responsabilidad contractual.

Y es que, como resultará claro, la obligación y la responsabilidad contractual protegen un interés específico: el interés del acreedor en obtener la prestación³³. Ese interés es absolutamente diferente del interés del sujeto (de derechos) en no ser lesionado como consecuencia del contacto social (no deseado)³⁴. En efecto, mientras el primero se encuentra dirigido a obtener un resultado provechoso (como consecuencia de la actuación de la prestación), el segundo se encuentra dirigido a mantener indemne la esfera propia. Por consiguiente, la satisfacción del primero sólo puede ser exigida a ciertas personas (básicamente a las que voluntariamente hayan

aceptado hacerlo); mientras que la satisfacción del segundo puede ser exigida a cualquier persona que – por cualquier circunstancia– ingrese en la esfera del “contacto social”.

El deber de actuar de buena en la etapa de las tratativas no es otra cosa que una manifestación específica del deber genérico de no causar daño, pues, siendo exigible a todos los que intenten celebrar un contrato (o que efectivamente consigan su objetivo), tiene como finalidad mantener indemne la esfera de los protagonistas, de modo que éstos no sufran daños injustos como consecuencia de haber invertido recursos y tiempo en tratativas no serias, de haber celebrado un contrato ineficaz, etc³⁵.

Sin perjuicio de lo indicado, y aunque este dato no sea definitorio *per se*, conviene hacer notar que en una reciente sentencia, la Corte de Justicia Europea ha declarado que la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de tratativas no es de naturaleza contractual sino de naturaleza extracontractual³⁶.

³³ BRECCIA, Humberto. “Le Obligación”. Dott. Milano: A. Giuffrè Editore. 1991. p. 13.

³⁴ RESCIGNO, Pietro. “Obligación”. Enciclopedia del Diritto Dott. Milano: A. Giuffrè Editore, tomo XXIX. 1979. p. 140.

³⁵ Si el deber de actuar de buena fe tuviese naturaleza obligacional, cualquiera de las partes podría, oponiendo la compensación (ya que se trataría de dos obligaciones recíprocas, fungibles y homogéneas), liberarse de la *necesitas* de actuar leal y diligentemente. Evidentemente, sin embargo, esto es inadmisibile. Pero a esa absurda conclusión se llegaría si se considerase correcta la premisa mayor indicada.

³⁶ Para una exposición del caso y de las motivaciones de la Corte: SAGNA, Alberto. Op. cit. p. 30 y siguientes.

ERROR, DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN Y DERECHO DE CONTRATOS*

Anthony T. Kronman**

El presente artículo constituye un clásico en el ámbito académico norteamericano. En éste, el profesor Kronman aborda la temática del deber de revelar información en el Derecho contractual desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, presentándonos una teoría acerca de cuándo resulta eficiente imponer un deber de esta naturaleza y cuándo no.

En ese sentido, la figura conocida como “dolo omisivo” en el sistema jurídico peruano, aparece tratada en este artículo de una manera novedosa para nuestro medio, la cual, esperamos, contribuirá a darnos, a los operadores del Derecho en general, una visión más amplia y precisa que nos permita una mejor comprensión de esta materia.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Journal of Legal Studies 7, 1978, bajo el título “Mistake, Information, Disclosure and the Law of Contracts”. La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa de Anthony T. Kronman. La traducción fue realizada por Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión de Carlos A. Patrón, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS y Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho (LL.M.), Yale Law School y Master en Políticas Públicas (M.Sc.), Oxford University.

El autor agradece en el texto original a Gerhard Casper, Richard Epstein, Walter Hellerstein, Thomas Jackson, Edmund Kitch, William Landes, Richard Posner, George Priest y George Stigler por sus generosos comentarios a los borradores tempranos de este trabajo. Asimismo, señala que trabajar en este tema ha sido posible gracias a una beca de la Fundación Charles R. Walgreen.

** Al escribir este artículo Anthony T. Kronman era *Assistant Professor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. En la actualidad es *Sterling Professor of Law* y ex Decano (1994-2004) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

“[La mayor parte de los autores del Derecho natural] opinan que la buena fe que debería gobernar el contrato de compraventa sólo requiere que el vendedor presente la cosa vendida tal como es, sin disimular sus defectos, y sin venderla a un precio mayor al que tiene al tiempo de contratación; que no comete injusticia en venderla a este precio, a pesar de que conoce que dicho precio podría ser menor en poco tiempo; que no está obligado a revelar al comprador conocimientos que pueda tener de las circunstancias que podrían producir la disminución del precio; el comprador tendría tanto derecho a demandar que el vendedor comparta este conocimiento como a demandar que le regalase su propiedad...”¹.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta explicar una aparente contradicción en el Derecho de contratos. Por un lado, hay muchos casos –generalmente clasificados bajo el rubro de errores unilaterales– en los cuales se sostiene que quien se ha obligado se puede librar de la ejecución de la prestación o del pago de los daños y perjuicios causados cuando ha incurrido en error acerca de algún hecho fáctico importante y éste es conocido (o debió serlo) por la otra parte. Por otro lado, también pueden encontrarse casos en los que, en algunas circunstancias, una de las partes está legitimada para retener información que conoce que la otra parte no tiene. Estos últimos casos típicamente se apoyan sobre la preposición que la parte con mayor información no tiene respecto a la otra un “deber de revelar información”.

No obstante que estas dos líneas de casos emplean diferentes técnicas doctrinales, ambas se dirigen esencialmente a resolver el mismo problema: si una de las partes en un contrato sabe o tiene razones para conocer que la otra parte está en error acerca de algún hecho en particular, ¿tiene la parte que conoce del error el deber de informar a la otra parte acerca del mismo o puede mantener silencio y capitalizar el error de la otra parte? Este trabajo persigue formular una

teoría para explicar por qué en algunos contratos existe este deber y por qué en otros no.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera se discute el problema del error unilateral y se ofrece una justificación económica para la regla según la cual quien incurre unilateralmente en error puede librarse de responsabilidad cuando su error es conocido, o debió serlo, por la otra parte. En la segunda parte propongo una distinción entre dos clases de información –la información que es resultado de una búsqueda deliberada y la información que es adquirida casualmente. Argumentaré que el privilegio legal de no revelar información es en efecto un “derecho de propiedad” e intentaré demostrar que cuando este conocimiento especial es el fruto de una búsqueda deliberada, la asignación de un “derecho de propiedad” de esta naturaleza es necesaria a fin de asegurar la producción de información a un nivel socialmente deseable. Luego intentaré demostrar que la distinción entre información adquirida por una búsqueda deliberada y la adquirida casualmente es útil para explicar por qué el deber de revelar información es requerido en algunos casos, pero no en otros.

En la tercera, y última parte del trabajo, retomo brevemente el problema del error unilateral, con el objeto de reconciliar el aparente conflicto entre las dos líneas jurisprudenciales antes descritas. Argumentaré que este aparente conflicto desaparece cuando los casos de error unilateral son vistos desde la perspectiva expuesta en la segunda parte de este trabajo.

I. EL ERROR Y LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO

Todos los contratos son celebrados asumiendo una serie de hechos fácticos acerca del mundo. Algunas de esas presunciones son compartidas por las partes en el contrato y otras no. Siempre es posible que un hecho fáctico asumido en particular resulte errado². Desde una perspectiva económica, el riesgo de incurrir en error (sea que una o ambas partes incurran en él) representa un costo³. Este es un costo de las partes

¹ POTHIER, “Traité du Contract de Vente”. Así reseñado en *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 187-88, note b.

² En un sentido económico estricto, no todos los errores predecibles son equivocaciones. Un individuo podría fallar en predecir correctamente determinado suceso, porque su conocimiento del mundo es incompleto. Sin embargo, a no ser que económicamente le resulte justificado reducir lo poco completo de su conocimiento, adquiriendo nueva información acerca del mundo, sería incorrecto –desde un punto de vista económico– considerar un error predecible de esta naturaleza como una equivocación genuina. Un economista podría definir una equivocación como un error en la predicción, resultado de un estado de incertidumbre que la misma parte equivocada podría aceptar como subsanable a un costo razonable (aumentando su conocimiento del mundo). En el lenguaje ordinario, el término equivocación es usado de una manera más amplia hasta confundirse con el error, en el cual no se habría incurrido, en primer lugar, si el conocimiento del mundo de parte de la persona equivocada, hubiera sido más completo. Uso el término en este sentido ordinario.

³ Tradicionalmente, escritores académicos han sustentado diferentes factores para decidir cuándo la equivocación o error de un oferente debe ser excusado. Lo siguiente ha sido pensado como especialmente importante: 1) la “naturaleza” del error: WILLISTON, Samuel. “A Treatise on the Law of Contracts 13”. Tercera Edición. 1970. § 1544, 1569, 1570 (en adelante citado como WILLISTON); CORBIN, Arthur Linton. “Corbin on Contracts 3”. § 597, 1960 (en adelante citado como CORBIN); “Restatement of Restitution”. § 9, comentario c, § 16, comentario c. 1937; “Restatement of Contracts”. § 502. 1932; 2) la posibilidad de un enriquecimiento indebido si la promesa es forzada: THAYER, James Bradley. “Unilateral Mistake and Unjust Enrichment as a Ground for the Avoidance of Legal Transactions”. En: *Harvard Legal Essays*. 1934. pp. 467-499; PALMER, George E. “Mistake and Unjust Enrichment”. 1962. pp. 8, 53, 96 (en adelante citado como PALMER); 3) la magnitud de las pérdidas potenciales del oferente: SEAVEY, Warren A. “Problems in Restitution”. En: *Oklahoma Law Review* 7. 1954. p. 267; RABIN, Edward H. “A Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargaining Transactions”. En: *Texas Law Review* 45. 1967. pp. 1288-1291 (en adelante citado como RABIN);

contratantes y de la sociedad en su conjunto dado que la ocurrencia de tal error siempre (potencialmente) aumenta los recursos que deben ser dedicados al proceso de asignación de bienes a aquellos usuarios que más los valoran.

Hay básicamente dos formas mediante las cuales se puede reducir este costo en particular hasta llegar a un nivel óptimo. Primero, una de las partes o ambas pueden adoptar medidas para prevenir la ocurrencia del error. Segundo, en caso que el error no pueda ser prevenido, cualesquiera de las partes (o ambas) puede asegurarse contra el riesgo de su ocurrencia mediante la contratación de un seguro de parte de un asegurador profesional o auto-asegurándose⁴.

En lo sucesivo, me dedicaré exclusivamente al tema relativo a la prevención de los errores. No obstante que esta limitación puede parecer arbitraria, la misma está respaldada en el hecho que la mayoría de los casos de error involucran errores que pueden ser prevenidos a un costo razonable. Cuando un riesgo no puede ser prevenido a un costo razonable –lo cual es cierto respecto a muchos riesgos asociados con lo que el Derecho llama “imposibilidad sobrevenida”– tomar un

seguro es la única manera efectiva de reducir el riesgo (esto explica por qué el concepto de seguro inevitablemente juega un papel más importante en el tratamiento de la imposibilidad que en el del análisis del error)⁵.

La información es el antídoto del error. No obstante que la producción de información es costosa⁶, un individuo puede estar en posición de obtener información relevante a un menor costo que otro. Si las partes en un contrato actúan de maneja racional, ellos pueden minimizar el costo conjunto de un error potencial asignando el riesgo de su ocurrencia a la parte que está en mejor posición para recolectar información a un menor costo (quien pueda obtenerla a un menor costo). Cuando las partes hayan asignado el riesgo –ya sea de manera explícita, o de manera implícita a través de su adhesión a la “costumbre mercantil” y sus anteriores experiencias contractuales– tal asignación debe ser respetada⁷. Cuando no lo hayan hecho –y, en ese caso, se produce un vacío en el contrato⁸– una corte preocupada por la eficiencia económica debería imponer el riesgo en cabeza del mejor recolector de información. Esto es así por razones conocidas: asignando el riesgo de esta manera, una corte

4) la dificultad de compensar al oferente por cualquier costo que haya incurrido por confiar en la promesa: “American Law Reports 59”. *Annotations*. 1929. p. 89; RABIN. Op. cit., p. 1299; y 5) la distribución –a una parte o a la otra– de los riesgos de un error: RABIN. Op. cit., pp. 1292-1294; POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Segunda Edición. 1977. pp. 73-74 (en adelante citado como POSNER).

Se ha asumido, usualmente, que a cada uno de estos factores se le debería otorgar un peso no precisado para decidir cuándo excusar a un ofertado que yerra. RABIN. Op. cit. p. 1275. Tratados recientes sobre el error ponen énfasis en la importancia de determinar cuál de las partes debe llevar la carga del error en cuestión. La tendencia a poner énfasis en la distribución del riesgo es bastante aparente, por ejemplo, en la parte propuesta sobre el error en el “Restatement (Second) of Contracts”. § 294-296 y Nota Introductoria (Borrador Tentativo 10). 1975.

La idea de que la ley usualmente realiza funciones de asignación del riesgo no es nueva. Ver PATTERSON, Edwin W. “The Apportionment of Bussines Risks Through Legal Devices”. En: *Columbia Law Review* 24. 1924. p. 335. Empero, una sofisticada literatura sobre la materia ha enriquecido nuestro conocimiento sobre el concepto de riesgo y ha refinado su uso como herramienta analítica. Ver, por ejemplo, a POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 83; ASHLEY, Stephen S. “The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility”. En: *Hastings Law Journal* 26. 1975. p. 1251; JOSKOW, Paul L. “Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 119; POSNER. Op. cit., pp. 73-74; BROWN, John P. “Product Liability: The Case of an Asset with Random Life”. En: *American Economic Review* 64. 1974. p. 149; SCHWARTZ, Alan. “Sales Law and Inflation”. En: *Southern California Law Review* 50. 1966. p. 1; ARROW, Kenneth J. “Insurance, Risk and Resource Allocation, in Theory of Risk-Bearing”. 1971. Un viejo, pero útil libro es el de HARDY, Charles O. “Risk and Risk-Bearing”. 1923.

Hasta ahora nadie ha empleado la idea de la asignación del riesgo para dar cuenta sistemática de la ley del error como un todo. POSNER y ROSENFELD, sin embargo, ofrecen tal enfoque en el problema, muy relacionado, sobre la imposibilidad y la frustración. La teoría del error basada en la noción de la asignación del riesgo podría ser fácilmente construida partiendo de lo que ya se ha dicho sobre estas materias relacionadas.

Desde que descansa sobre el principio de eficiencia y se ha inspirado en los trabajos de académicos escribiendo sobre lo que se ha dado en llamar campo del “análisis económico del Derecho”, yo suelo caracterizar el punto de vista adoptado en este trabajo como el punto de vista “económico”. La teoría económica de la ley en general y del Derecho de contratos en particular abarca mucho más que de la noción de la distribución del riesgo. Ver, por ejemplo, POSNER. Op. cit. pp. 65-69, y POSNER, Richard A. “Gratuitous Promises in Economics and Law”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 411.

⁴ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-79; POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*.

⁵ Muchos de los eventos que constituyen imposibilidades sobrevenientes no pueden ser prevenidos a un costo razonable por cualquiera de las partes contratantes. Por ejemplo, es imposible prevenir el estallido de una guerra (*Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647), *Société Franco Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.P.A.* [1961] 2 Q. B. 278), una cosecha arruinada (*Howell v. Coupland*, (1874) 9 Q. B. 462, *Anderson v. May*, 50 Minn. 280, 52 N.W. 530 (1892)), el establecimiento de una regulación gubernamental (*Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153 P. 2D 48, 153 p.2d 47 (1944)) o la cancelación de una ceremonia de coronación (*Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740 (C.A.)). Cuando no se puede prevenir la ocurrencia de un evento, los riesgos de su producción sólo pueden ser efectivamente reducidos a través de un seguro. Esta es la principal razón del por qué el seguro juega un papel más importante en los casos de imposibilidad que el que logra cuando se trata del error. POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. p. 91.

⁶ STIGLER, George J. “The Economics of Information”. En: *Journal of Political Economy* 9. 1961. p. 213. Reimpreso en *The Organization of Industry* 171. 1968.

⁷ Para una discusión sobre los modos en que las costumbres comerciales afectan la distribución del riesgo, ver BERMAN, Harold J. “Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade”. En: *Columbia Law Review* 63. 1963. p. 1413, y “Note, Custom and Trade Usages: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law”. En: *Columbia Law Review* 55. 1955. p. 1192.

⁸ Si tal vacío existe dependerá de las intenciones de las partes tal y como se reconstruyen durante el proceso de interpretación judicial. El hecho que un contrato no cubra un aspecto específico no significa que las partes hayan omitido alcanzar un entendimiento sobre el tema en cuestión. Sólo si ese entendimiento no existe podría decirse que el contrato contiene un vacío o laguna. Los problemas de difícil interpretación que están envueltos en la identificación y luego la subsanación de tales vacíos son explorados en dos artículos del Profesor Farnsworth. Ver FARNSWORTH, Allan. “Meaning in the Law of Contracts”. En: *Yale Law Journal* 76. 1967. p. 939, y “Disputes Over Omissions in Contracts”. En: *Columbia Law Review* 68. 1968. p. 860.

preocupada por la eficiencia reduce los costos de transacción del proceso contractual mismo⁹.

La distinción doctrinal más importante respecto a las normas relativas al error es la del error "mutuo" y del "unilateral". Tradicionalmente, las cortes han sido más reticentes para eximir a un oferente equivocado cuando él es el único que ha incurrido en error que en casos en que la otra parte ha incurrido en error respecto al mismo hecho¹⁰. Pese a que el dispendio del error bilateral ha sido liberalizado el último medio siglo¹¹ (a tal punto que algunos comentaristas han cuestionado la utilidad de la distinción entre errores unilaterales y mutuos y unos cuantos de ellos hasta reclaman su abolición¹²), aún es un principio no cuestionado el que sea menos probable que se le dispense de su obligación al oferente cuyo error no es compartido por la otra parte que al oferente cuyo error resulte ser mutuo¹³.

Visto de manera amplia, la distinción entre error unilateral y mutuo tiene sentido desde un punto de vista económico. Cuando ambas partes de un contrato incurren en error acerca de un mismo hecho o estado de las cosas, decidir cuál de ellos pudo haber estado en mejor posición para prevenir el error puede requerir una detallada investigación concerniente a la naturaleza del error y el rol (económico) o posición de cada una de las partes involucradas¹⁴. Sin embargo, cuando sólo una de las partes ha incurrido en error, es razonable asumir que ésta está en mejor posición que la otra para prevenir su propio error. Como veremos, esto no es cierto en todos los casos, pero nos provee de un útil punto de partida para el análisis y nos ayuda a explicar las diferencias generales entre el error mutuo y el unilateral.

El caso *Bowser v. Hamilton Glass Co.*¹⁵ nos provee de un ejemplo simple. En *Bowser*, el demandante era un contratista trabajando en un proyecto gubernamental. Él solicitó ofertas de subcontratistas para la producción, entre otras cosas, de "variados lentes reflectores". En respuesta a esta solicitud, el demandado presentó una oferta de 1400 lentes a 22 dólares cada uno. El demandante envió al demandado una "orden de compra" formal, que constituyó su oferta para celebrar

un contrato obligatorio. Las especificaciones relativas al contrato y los planos fueron adjuntadas a la orden de compra. El demandado acusó recibo de la orden de compra y produjo los lentes. Al conocer que los lentes acabados no estaban conforme a las especificaciones contractuales, el demandado informó al demandante que "cancelaría" el acuerdo. El demandante obtuvo los lentes de otro fabricante y demandó con el objeto de recobrar la diferencia entre lo que eventualmente tuvo que pagar por los lentes y lo que había acordado pagar al demandado. El demandado afirmó que había incurrido en error respecto a la naturaleza de los bienes a ser producidos. La corte, fallando a favor del demandante, dijo que el error del demandante no justificaba ser dispensado, estableciendo que el error unilateral únicamente liberará de la obligación cuando es conocido por la otra parte.

Claramente, el resultado del caso *Bowser* tiene sentido en términos económicos. El demandado estaba en la mejor posición para tomar precauciones contra su propio error siendo cuidadoso al leer las especificaciones y examinar los planos. No obstante que el demandante pudo prevenir el error, sea adquiriendo él mismo la habilidad necesaria para producir los bienes, sea supervisando desde un principio la correcta lectura de la propuesta por parte del demandado y periódicamente supervisando para asegurarse que los bienes producidos estén acordes a las especificaciones del contrato, ello hubiera sido demasiado costoso para él. El costo conjunto de un error de esta naturaleza es minimizado asignando el riesgo del error a la parte que incurre en él. Esta es la solución a la que las propias partes hubieran llegado si el riesgo hubiese sido conocido al momento de celebrar el contrato. Ésta es también la solución óptima desde un punto de vista social.

En el pasado, siempre se argumentó que, fuera de los casos de fraude o engaño, un error unilateral nunca justificaba liberar a la parte que haya incurrido en él de su obligación de ejecutar la prestación o pagar los daños¹⁶. Esa, ciertamente, ya no es la norma legal, y Corbin ha demostrado que probablemente nunca la fue¹⁷. Una excepción arraigada protege al oferente

⁹ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-79; POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. pp. 88-89.

¹⁰ "Restatement (Second) of Contracts". 1975. § 295, comentario A (Borrador Tentativo 10).

¹¹ *Ibidem*.

¹² CORBIN. Nota 2 *supra*. p. 608; PALMER. Nota 2 *supra*. pp. 67, 96-98; RABIN, Nota 2 *supra*. pp. 1277-1279.

¹³ A pesar de liberalizar la exigencia del error unilateral, el "Restatement (Second) of Contracts" conserva la distinción básica en doctrina entre error unilateral y error mutuo, y logra que la exigencia esté menos al alcance del primero que del segundo. Sobre el particular, compare el "Restatement (Second) of Contracts". 1975. §§ 294-295 (Borrador Tentativo 10) con el "Restatement of Contracts". 1932. §§ 502-503.

¹⁴ Las discusiones del Profesor Posner respecto a *Sherwood v. Walker* ilustran este punto. Ver POSNER. Nota 2 *supra*.

¹⁵ 207 F. 2d 341 (7th Cir. 1953).

¹⁶ CORBIN, Nota 2 *supra*. § 608; "Restatement of Contracts". 1932. § 503.

¹⁷ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 608. "Son muy comunes las afirmaciones, en textos y en opiniones de las Cortes Legales, en el sentido que la liberación de responsabilidad no se dará sobre la base del error a menos que el error sea "mutuo". Una generalización así de gruesa no es verdadera. Raras veces es acompañada sea por una definición o un análisis. Los casos no siempre se presentan como pertenecientes a una clase, sea ésta la del "error mutuo" o la del "error unilateral". Y aun cuando eso suceda, las soluciones no siguen mecánicamente reglas distintas para cada caso. Muy pocas veces la liberación ha sido o será garantizada ahí donde el error es unilateral".

unilateralmente equivocado cuyo error es conocido o razonablemente debió serlo por la otra parte¹⁸. La dispensa tradicionalmente ha sido posible en este caso aun cuando el error del oferente no sea compartido por la otra parte en el contrato.

Por ejemplo, si un postor presenta una oferta que contiene un error de transcripción o de cálculo, y el error es evidente a la luz del contenido de la oferta o pudo ser razonablemente inferido por la discrepancia entre ésta y otras ofertas, típicamente se le permitirá al postor retractarse de la oferta sin tener que pagar daños (incluso después de que la propuesta haya sido aceptada por la otra parte y, en algunos casos, cuando haya generado confianza en la otra parte)¹⁹. Igualmente, por dar otro ejemplo, supongamos que *A* presenta una propuesta de contrato por escrito dirigida a *B* y conoce que *B* no ha leído bien el documento. Si *B* acepta la propuesta de contrato, luego de descubrir su error, él podrá liberarse de la obligación a su cargo y no tendrá el deber de compensar a *A* por sus expectativas defraudadas²⁰. Una situación muy cercana involucra una oferta que es “muy buena para ser cierta”. Uno recibe una oferta tal que no se puede “dejar pasar”; si ese es el caso, el oferente puede retirar la oferta pese a que ésta haya sido aceptada²¹.

En cada uno de los casos que acabamos de describir, una de las partes ha incurrido en error y la otra conoce o tiene razones para conocer de dicho error. La parte que incurre en error en cada uno de los casos es eximida de sus obligaciones contractuales frente a la parte que conocía el error.

Una regla de esta naturaleza resulta ser sensata. Si bien es cierto que en los casos descritos es probable

que la parte que ha incurrido en error haya estado en la mejor posición para prevenir el error desde un primer momento (sea ejerciendo cuidado preparando su oferta o al leer el contrato propuesto que ha sido sometido para su evaluación), la otra parte puede evitar el error a menor costo en el ínterin entre el momento en que éste ocurre y la celebración del contrato. En un momento determinado, la parte que incurre en error está en mejor posición para prevenir el error (para recopilar información). En un momento subsiguiente, sin embargo, la otra parte puede estar en mejor posición para prevenirlo debido a su acceso superior a información relevante que puede revelar el error y, por tanto, permitir su corrección. Esto puede ser así, por ejemplo, si tiene otras ofertas para compararlas con la errada, dado que esto le proveerá de información de la que el mismo postor carece²². Por supuesto, si el error es tal que no podría ser razonablemente conocido por la parte que no ha incurrido en él (esto es, si él hubiese tenido que incurrir en costos sustanciales para descubrir el error), no hay razón para asumir que la parte que no ha incurrido en error se encuentra en la mejor posición (la más eficiente) para prevenir el daño al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, si el error es conocido o pudo serlo a un costo reducido, el principio de eficiencia es mejor asistido por una regla de responsabilidad compuesta que impone responsabilidad inicial por el error a la parte que ha incurrido en él, pero se la traslada a la otra parte si ésta conocía el error o tenía motivos para hacerlo. Este tipo de reglas de responsabilidad compuesta son conocidas en otras áreas del Derecho: la doctrina de la responsabilidad extracontractual de “la última clara oportunidad” es un ejemplo²³.

¹⁸ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 610; LUBELL, Benedict I. “Unilateral Palpable and Impalpable Mistake in Construction Contracts”. En: Minnesota Law Review 16. 1932. p. 137 (en adelante citado como LUBELL); RABIN. Nota 2 *supra*. pp. 1279-1281.

¹⁹ “Supongamos, primero, un caso en el cual un constructor de obra por licitación hace una oferta para suministrar determinados bienes o para realizar ciertas obras por un precio fijo, fijando el precio indebidamente por un error de computación. Si, antes de aceptar, quien recibe la oferta conoce, o tiene razones para conocer, que un error material se ha producido, él, generalmente, no tendrá una conducta artera para aceptar; pero, si acepta, las Cortes de Justicia no tendrán dificultades para despojarlo de lo obtenido. A él no se le permite “auparse” a esa oferta y enriquecerse indebidamente. CORBIN. Nota 2 *supra*. § 609. Para un caso en el que al constructor de obra por licitación se le permitió retirar la oferta a pesar de la aceptación y confianza de la parte que recibió la oferta, ver *Union Tank Car Co. v. Wheat Brothers*, 15 Utah 2d 101, 387 P. 2d 1000 (1964).

Sería irracional, desde un punto de vista económico, permitir que la parte que conoce (o tiene razones para conocer) del error obligue a la otra parte a mantener su aceptación bajo el pretexto de haber actuado en base a la confianza. Una regla de esta clase alentaría la confianza justamente donde debe ser desalentada.

Si la parte que no ha caído en el error *no tiene razones para conocer* del error, sin embargo, su confianza determinará la reparación por daños a que sea acreedor. Si ha confiado substancialmente en la oferta de la parte bajo error, la parte que no está en el error tendrá usualmente el derecho a forzar el cumplimiento del contrato (demandando para recuperar sus expectativas perdidas). Si, de otro lado, la parte que no está en error no depende, por la confianza depositada, de la aceptación, antes de que el error sea descubierto, él compensará a la parte por gastos efectuados (como los de realizar una nueva convocatoria).

²⁰ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 607; WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1577. Ver también, “Restatement of Contracts”. 1932. § 505, Comentario A (negociar con los derechos de la parte en error de reformar el contrato).

²¹ WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 94. Ver *Bell v. Carrol*, 212 Ky. 231, 278 S.W. 541 (1925), *German Fruit Co. v. Western Union Tel Co.*, 137 Cal. 598, 70 P. 658 (1902), *United States v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947).

²² Ver LUBELL. Nota 17 *supra*. pp. 147-154.

²³ Ver POSNER, Richard A. “A Theory of Negligence”. En: Journal of Legal Studies. 1972. pp. 29-58; GREGORY, Charles O., KALVEN, Harry Jr. y Richard A. EPSTEIN. “Cases and Materials on Torts”. Tercera Edición. 1977. pp. 400-406. Podría argumentarse que una regla de responsabilidad compuesta de esta clase alentaría a la parte en error a reducir sus inversiones iniciales en la prevención de errores. Esto podría ser cierto sólo hasta cierto punto. Sin embargo, desde que la parte (potencialmente) en error no tiene forma de conocer si los posibles errores que cometa serán conocidos o posibles de ser conocidos por la otra parte, ella toma riesgos substanciales al reducir los niveles de sus propios esfuerzos para prevenir errores. A riesgo más grande, más pequeña deberá ser la reducción. Para una discusión más global sobre cómo las reglas de responsabilidad afectan la conducta individual y la prevención de accidentes en el contexto de una actividad individual, ver DIAMOND, Peter. “Single Activity Accidents”. En: Journal of Legal Studies 3. 1974. p. 107.

Los casos en los que se exige al oferente que unilateralmente incurra en error sobre la base de que su error es conocido o pudo ser razonablemente conocido por la otra parte, parecen, sin embargo, entrar en conflicto con otro tipo de casos. Estos casos tratan con los problemas relativos al fraude y al deber de revelar información: si una de las partes en el contrato conoce que la otra ha incurrido en error respecto a algún hecho material, ¿es fraudulento que la parte con conocimiento no revele la existencia del error y puede la otra parte liberarse del contrato arguyendo que se le debía revelar información?²⁴ Esta pregunta no siempre es respondida de la misma forma. En algunos casos, las cortes típicamente consideran que existe un deber de información y en otros no²⁵. Es este último grupo de casos –aquellos en donde no se requiere revelar información– el que parece entrar en conflicto con la regla según la cual el error unilateral libera de la obligación si la otra parte conoce o tiene razones para conocer de su existencia.

En los casos en los que no se requiera revelar información, una parte incurra en error y la otra lo conoce o tiene razones para conocerlo. ¿Pueden estos casos ser reconciliados con aquellos que sostienen el principio de que el error unilateral conocido o que puede ser conocido liberarán a la parte que ha incurrido en él? Específicamente, ¿puede esta aparente divergencia entre estos dos tipos de casos ser explicada en términos económicos?

El resto de este trabajo está dedicado a responder estas dos preguntas. En resumen, la respuesta que propongo es la que sigue. Cuando se permite no revelar información (o dicho de otro modo, cuando los derechos contractuales de la parte con conocimiento son hechos valer pese a su omisión de revelar un error conocido), el conocimiento involucrado es típicamente el producto de una búsqueda costosa. Una regla que permita no revelar la información es la única manera efectiva de incentivar la inversión en la producción de tal conocimiento. Por contraste, en los casos en que se requiere revelar información²⁶, y aquellos en los que

se libera al oferente que ha incurrido unilateralmente en error porque la otra parte lo conocía o tenía razones para conocerlo, la información especial con la que cuenta la parte que conoce el error usualmente no es el resultado de una búsqueda deliberada. A pesar de que la información de esta naturaleza también es socialmente útil, el deber de revelar esta información no causará una reducción significativa de la cantidad de información de esta naturaleza que es actualmente producida. Si uno toma en cuenta los costos de las inversiones incurridas para la producción deliberada de información, los dos tipos de casos aparentemente divergentes antes descritos pueden ser entendidos (*a grosso modo*) como parte del principio de eficiencia, que exige que el riesgo de un error unilateral sea puesto en quien lo pueda prevenir de manera más efectiva.

II. LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN Y EL DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN

A. Consideraciones generales

Es apropiado comenzar la discusión acerca del fraude y la omisión de revelar información en el Derecho de contratos con el célebre caso de *Laidlaw v. Organ*²⁷. Organ era un comerciante a comisión en Nueva Orleans involucrado en la compra y venta de tabaco. Temprano en la mañana del 19 de febrero de 1815, Organ fue informado por el señor Shephard que un tratado de paz había sido suscrito por los oficiales americanos y británicos en Ghent, poniendo fin formalmente a la Guerra de 1812. El señor Shephard (quien estaba, él mismo, interesado en las ganancias de la transacción materia de *Laidlaw v. Organ*) había obtenido información reservada acerca del tratado de su hermano quien, junto con otros dos caballeros, trajo la noticia de la flota británica (qué hacían el hermano de Shephard y sus compañeros con la flota británica no es información conocida).

El tratado fue hecho de conocimiento público a través de un panfleto distribuido alrededor de las ocho de la mañana del día diecinueve. Sin embargo, antes que la

²⁴ A pesar de que los casos que exigen no revelar información son a menudo discutidos en conexión con el problema de los errores unilaterales, la relación entre la doctrina que no obliga a revelar información y la doctrina del error ha intrigado a los comentaristas. Así, en un artículo clásico un comentarista escribe: "Un caso de cierta dificultad se presenta cuando el error unilateral es conocido por la otra parte y ella ayuda en la formación del contrato sin haber corregido el error. La cuestión sobre qué tanto está obligada a revelar la información sobre su conocimiento superior está determinada por principios de la ley y no por aquellos bajo discusión [esto es, los principios del error], y cuando existe la obligación de revelar información y no la respetamos, estamos generalmente ante un caso de fraude". FOULKE, Roland R. "Mistake in the Formation and Performance of a Contract". En: *Columbia Law Review* 11. 1911. p. 229. Ver también a RABIN. Nota 2 *supra*. p. 1279; PALMER. Nota 2 *supra*. pp. 80-89.

²⁵ WILLISTON. Nota 2 *supra*. §§ 1497-1499. Ver las notas 49-76 *infra*.

²⁶ A pesar de que a través de este trabajo he usado la expresión "obligación de revelar información", la obligación envuelta es, típicamente, no una verdadera obligación legal. Si la parte dueña del conocimiento no revela información sobre el error incurrido por la contraparte, su actitud negativa dará lugar a que la parte en error tenga piso en que apoyarse para anular cualquier contrato que haya sido concluido entre las partes. En la ausencia de un contrato de esa naturaleza, la parte con el conocimiento no está obligada a revelar información –esto es, el hecho de no revelar información no facultará a la parte en error para demandar por los daños causados. Por supuesto, en algunos casos, cuando se presenta una relación de confianza, una obligación positiva de esta naturaleza existirá. Cuando esto ocurre, la reticencia a revelar información no es solamente una defensa a la demanda de la parte conocedora para imponer a la otra las obligaciones contractuales; también provee a la parte en error de una causa independiente de acción por daños.

²⁷ *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 *Wheat.*) 178.

existencia del tratado fuese publicitada (“poco después de la salida del sol”, de acuerdo al reporte del caso), Organ, conociendo acerca del tratado, buscó a un representante de la firma Laidlaw y celebró un contrato para la compra de 111 barriles de tabaco. Antes de aceptar vender el tabaco, el representante de Laidlaw “preguntó si existía alguna noticia a ser tomada en cuenta para calcular el precio del artículo que iba a ser adquirido”. No es claro cuál fue la respuesta de Organ, si la hubo, ante esta interrogante²⁸.

Como resultado de la publicación de la noticia acerca del tratado –que ponía fin al bloqueo naval de Nueva Orleans– el precio de mercado del tabaco rápidamente se incrementó entre 30 a 50 por ciento. Laidlaw se rehusó a entregar el tabaco en los términos originalmente ofrecidos. Organ, subsecuentemente, demandó para que se le resarzan los daños e impedir que Laidlaw disponga de los bienes materia de controversia. No obstante que el reporte del caso es poco claro, aparece que el juez del caso falló a favor de Organ. El caso fue apelado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos quien, en una decisión del Presidente de la Corte, Marshall, “devolvió” el caso con instrucciones para que se efectúe un nuevo juicio. La Corte concluyó que la pregunta “acerca de si el comprador ejerció alguna imposición en el vendedor debió ser sometida al jurado” y como resultado “el íntegro de la instrucción dada por el juez fue errada”. La opinión de Marshall es más famosa, sin embargo, por su fundamento que por su fallo:

“La pregunta en este caso es si la información acerca de circunstancias extrínsecas que podían influir en el precio del bien y que era exclusivamente de conocimiento del comprador, debió ser comunicada

por éste al vendedor. La Corte es de la opinión de que él no estaba obligado a comunicarla. Resultaría difícil delimitar adecuadamente una doctrina contraria, cuando los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Sin embargo, al mismo tiempo, cada una de las partes debe cuidar no decir o hacer algo que le permita obtener una ventaja indebida sobre la otra”.

A pesar que la fundamentación de Marshall en *Laidlaw v. Organ* ha sido fuertemente criticada²⁹, aún es generalmente considerada una precisa declaración de la ley (cuando es bien interpretada)³⁰. La regla general que Marshall avoca usualmente ha sido justificada sobre la base de tres consideraciones relacionadas entre sí: se dice que es conforme a las legítimas expectativas de los comerciantes y, por tanto, refleja la (dura) moralidad del mercado³¹; que en un contrato para la venta de bienes cada una de las partes asume el riesgo de que su propia valorización de los bienes involucrados puede ser errada³²; o, finalmente, que recompensa con justicia la inteligencia y la habilidad de la parte con el conocimiento especial (en este caso, el comprador)³³. Esta última idea puede ser explicada de la siguiente manera.

Las noticias del tratado de Ghent afectaban el precio del tabaco en Nueva Orleans. El precio mide el valor relativo de los bienes: información concerniente al tratado revelaba un nuevo estado de cosas en el que el valor del tabaco –comparado a otros bienes y, en particular, a los sustitutos del tabaco– se había alterado³⁴. Es altamente probable que una alteración de esta naturaleza afecte la asignación de los recursos sociales³⁵. Si aumenta el precio del tabaco para los proveedores, por ejemplo, los agricultores tendrán

²⁸ Si Organ hubiese negado que él había escuchado noticias de esta especie, hubiese cometido fraude. Esto pareciera ser, a la luz de la pregunta directa de Laidlaw, que el silencio de parte de Organ fue fraudulento. STORY, William W. “A Treatise on the Law of Contracts”. Segunda Edición. 1847. p. 444. En mi discusión de este caso, y teniendo en cuenta la regla general que sentó Marshall en su famoso fallo, yo he puesto fuera de lugar cualquier postura fraudulenta de parte de Organ. Ver nota 49 *infra*.

²⁹ Ver, por ejemplo, PALMER. Nota 2 *supra*. p. 84.

³⁰ WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1497; “Restatement of Contracts”. 1932. § 472, Comentario B; RABIN. Nota 2 *supra*. p. 1279; KEETON, W. Page. “Fraud-Concealment and Non-Disclosure”. En: Texas Law Review 15. 1936. pp. 21-23 (en adelante citado como KEETON); PATTERSON, Edwin W. “Essentials of Insurance Law”. 1957. p. 447.

³¹ Pronunciamientos clásicos de esta idea pueden ser encontrados en STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 442-443; y KENT, James. “Commentaries 2”. Décimo segunda edición. 1873. §§ 484-485.

³² “Si en una transacción negociada de poca monta A ha asumido los riesgos con respecto a la existencia o falta de ella de ciertos hechos, y cae en error con respecto a tales hechos, sin haber existido fraude o imposición, A no podrá rescindir el contrato, sin tomar en cuenta el conocimiento de B del error incurrido por A” (*Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817)). RABI. Nota 2 *supra*. p. 1279.

³³ En su excelente artículo de revisión de la ley sobre fraude y el no revelar información, el Profesor Keeton llama la atención sobre el hecho de que las Cortes de Justicia, al decidir cuando imponer la obligación de revelar información especial, han sido influenciadas por los modos en que dicha información ha sido adquirida. En cierto momento, por ejemplo, él precisa que: “la forma en que el comprador adquiere la información que le oculta al vendedor debería ser una circunstancia material. La información podría haber sido adquirida como resultado de la suma de conocimiento superior, inteligencia, habilidad o juicio técnico; podría haber sido adquirida por mera casualidad; o podría haber sido adquirida por medio de acciones de dudosa calidad de su parte”. KEETON. Nota 29 *supra*. p. 25. El propósito mayor del presente artículo es desarrollar la distinción entre las diferentes clases de información de una forma más rigurosa, para justificar la distinción sobre bases económicas, y demostrar su poder de explicación como principio para ordenar los casos en que se revele información.

³⁴ Ver HIRSHLEIFER, Jack. “The Private and Social Value of Information and Reward to Inventive Activity”. En: American Economic Review 61. 1977. p. 561 (en adelante citado como HIRSHLEIFER).

³⁵ Esto no sería verdadero en un régimen de “intercambio puro”, esto es, en un régimen en el que los bienes sólo son intercambiados y no producidos (manteniendo constante el stock de bienes intercambiables). En “el régimen más realista en el cual la producción y el intercambio, ambos, tienen lugar”, sin embargo, información de esta naturaleza involucrada en el caso *Laidlaw v. Organ* tendrá consecuencias distributivas. HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*. pp. 566-567.

incentivos para plantar una mayor cantidad de tabaco y los comerciantes de tabaco pueden estar dispuestos a pagar más para transportar sus bienes hacia y desde el mercado. De esta manera, la proporción de los recursos (limitados) de la sociedad destinados a la producción y transporte de tabaco se incrementará. La información que revela un cambio en las circunstancias que altera el valor relativo de un bien en particular siempre tendrá algún (quizás inconmensurable) impacto en su asignación (adicionalmente, por supuesto, información de esta naturaleza tendrá consecuencias distributivas: los dueños de tabaco o de derechos sobre él resultarán relativamente más ricos luego del incremento del precio del tabaco, asumiendo que los otros precios no han incrementado o no lo han hecho con tanta rapidez).

Desde un punto de vista social, es deseable que la información que revela un cambio en las circunstancias que afectan el valor relativo de los bienes llegue al mercado lo antes posible (o dicho de otro modo, que el lapso entre el momento del cambio en sí mismo y el de su comprensión y valuación sea minimizado)³⁶. Si un agricultor que hubiese plantado tabaco de haber conocido el cambio, decidiera en su lugar plantar maní, ahora tendrá que decidir entre cosechar prematuramente un cultivo y sustituirlo por otro (lo cual podría ser prohibitivamente caro o, en todo caso, costoso), o dedicar su tierra a un uso no óptimo. En cualquier caso, tanto para el agricultor individualmente considerado como para la sociedad en su conjunto, esta situación es aun peor a la de si él hubiese plantado tabaco desde el principio. Mientras más pronto llegue la información acerca del cambio al agricultor, menor será la probabilidad de que recursos sociales sean desperdiciados.

Consideremos otro (quizá más realista) ejemplo del mismo punto. *A* es el dueño de un barco que normalmente transporta bienes entre Nueva Orleans y varios otros puertos. Sin embargo, debido al bloqueo naval, le es imposible ingresar en la bahía de Nueva Orleans. En algún momento después de la firma del

tratado, pero antes de que su existencia sea publicitada, *A* celebra un contrato para transportar algodón desde Savannah hasta Nueva York. Después de que la noticia del tratado llega a Nueva Orleans, un comerciante de tabaco de esta ciudad le ofrece a *A* un “bono” si acepta transportar un cargamento de tabaco a Baltimore. Si asumimos que la oferta es suficientemente atractiva para inducir a *A* a incumplir su primer contrato y resarcir los daños resultantes³⁷, a pesar de que su embarcación va a estar correctamente asignada a quien más la valora, el costo de asignar la embarcación resultará mayor al que hubiese resultado si la información del tratado hubiese llegado a *A* antes de que éste celebre el primer contrato. *A* consumirá recursos para negociar su salida del primer contrato; desde un punto de vista social, este consumo representa una pérdida pura.

La eficiencia en la asignación de recursos es promovida haciendo llegar información acerca del cambio en las circunstancias al mercado lo más rápido posible. Por supuesto, la información simplemente no “llega” al mercado. Como todo lo demás, la información es suministrada por individuos (ya sea directamente al ser publicitada, o indirectamente, cuando es inferida de las señales del comportamiento individual de un agente del mercado).

Algunas veces, los individuos que suministran la información la han obtenido mediante una búsqueda deliberada; en otros casos, la información ha sido adquirida casualmente³⁸. Un analista de valores, por ejemplo, adquiere información acerca de una compañía en particular de modo deliberado –estudiando cuidadosamente evidencia acerca de su desempeño económico. Por el contrario, un hombre de negocios que “sobre escucha” una conversación a bordo de un autobús, adquiere la información casualmente³⁹.

Como lo hemos usado en este trabajo, el término “información adquirida deliberadamente” significa información cuya adquisición implica costos en los que no se hubiera incurrido si no fuera por la probabilidad de que la información en cuestión realmente será

³⁶ “Obtener una ventaja desde un mejor conocimiento o facilidad de comunicación o de transporte es considerado algunas veces como casi deshonesto, a pesar de ser casi tan importante que la sociedad haga uso de las mejores oportunidades al respecto como de usar los últimos descubrimientos científicos. Este prejuicio ha afectado de una manera considerable la actitud hacia el comercio en general comparado con la inclinación a la producción. Incluso economistas que se consideran asimismo por encima de las crudas falacias materialistas del pasado cometen el mismo error cuando las actividades dirigidas a la adquisición de este conocimiento práctico deben tomarse en cuenta –aparentemente porque en su esquema de las cosas todo este conocimiento es considerado o supuesto como “dado”. La idea común ahora parece ser que dicho conocimiento debería estar fácilmente al alcance de cualquiera, y los reproches sobre irracionalidad que se etiquetan contra el actual orden económico son frecuentemente basados en el hecho que éste no es fácilmente obtenible. Este punto de vista no observa el hecho que el método por el cual tal conocimiento puede ser lo más difundido posible es precisamente el problema para el cual tenemos que encontrar una respuesta”. HAYEK, F.A. “The Use of Knowledge in Society”. En: *American Economic Review* 35. 1945. p. 522.

³⁷ Lo que sería si la nueva oferta es por un monto más grande que en el contrato original o antiguo sumado a cualquier daño que *A* tendría que pagar a *B* por rompimiento de su promesa original de cargar el algodón de *B* a Nueva York. Ver BARTON, John H. “The Economic Basis of Damages of Breach of Contract”. En: *Journal of Legal Studies* 1. 1972. p. 277. POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 88-93.

³⁸ Compare la distinción entre rescatadores “profesionales” y “altruistas” trazada por LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism”. En: *Journal of Legal Studies*. 1978. p. 83. Los costos de buscar información son analizados en STIGLER, George J. “The Economics of Information in the Organization of Industry”. 1968.

³⁹ A menos que, por supuesto, él conduzca ómnibuses para este mismo propósito. En este caso improbable, él adquirirá su información deliberadamente.

producida. Estos costos incluyen, por supuesto, no sólo los costos directos de la búsqueda (el costo de examinar los reportes anuales de una empresa), sino también los costos de desarrollar la habilidad inicial (por ejemplo, el costo de asistir a una escuela de negocios). Si el costo incurrido para obtener la información (el costo del boleto del autobús en el segundo ejemplo) hubiera sido incurrido en cualquier caso—esto es, sea o no que la información iba a ser obtenida— podríamos decir que la información ha sido adquirida casualmente. La distinción entre información adquirida casualmente e información adquirida deliberadamente es una forma concisa de expresar esta diferencia económica. A pesar que en la realidad pueda ser difícil determinar si una pieza particular de información ha sido adquirida de una forma u otra, la distinción entre estos dos modos de adquirir información tiene—como espero demostrar—una considerable utilidad para el análisis.

Si la información ha sido adquirida deliberadamente (en el sentido definido anteriormente), y se niega a su poseedor los beneficios de poseerla y usarla, éste tendrá un incentivo para reducir (o eliminar por completo) su producción de información en el futuro. Esto es en los hechos una mera consecuencia de definir “información adquirida deliberadamente” de la manera en que lo hemos hecho, desde que aquel que adquiere información de esta manera por definición incurre en costos que hubiera evitado si no fuera por el prospecto de los beneficios que ahora se le deniegan. Al denegársele los mismos beneficios, una persona que ha adquirido la información casualmente no se verá desalentada de hacer —lo que por motivos independientes— hubiera hecho en cualquier caso.

Podría decirse que cuando los beneficios de poseer cualquier clase de información disminuyen o incrementan, uno podría esperar *algún* ajuste en el nivel de inversión en la producción de tal información. Si a la persona no se le permite beneficiarse con la información que adquiere, incluso el pasajero del autobús quizás en el futuro preste menos atención a las conversaciones a su alrededor (no obstante sería extraño que él, además, dejase de viajar en autobús). Sin embargo, mientras que es cierto que en la realidad cualquier ajuste (hacia arriba o hacia abajo) en los beneficios de poseer un particular tipo de información

podrá tener, de alguna manera, un efecto motivador, tal efecto podría variar en magnitud —podría ser mayor o menor. En sentido estricto, la información adquirida casualmente (como se ha usado el término arriba) representa el punto ideal de un *continuum*—el caso en que el cambio de magnitud que resulta de la eliminación de los beneficios de poseer cierta clase de información es cero. En cualquier caso real habrá efectos de incentivos que caerán situados en algún punto a lo largo del *continuum*. No obstante, cuando la disminución en la producción de cierto tipo de información, como causa de negarle a su poseedor el derecho de apropiarse de información para su propio beneficio, es pequeña, es probable que aquella se compense con el correspondiente beneficio social resultante de evitar errores. En lo sucesivo, usaré “información adquirida casualmente” en un sentido algo más amplio que el empleado anteriormente para referirme a la información de este tipo.

Una forma efectiva de asegurar que un individuo se pueda beneficiar mediante la posesión de información (o de cualquier otra cosa) es asignándole un derecho de propiedad sobre la información misma —un derecho que lo faculte a invocar la maquinaria coercitiva del Estado a fin de excluir a otros del uso y disfrute de tal información⁴⁰. Los beneficios de la posesión se vuelven seguros sólo cuando el Estado transforma al poseedor de información en propietario, invistiéndolo de algún tipo de derecho de propiedad legalmente exigible. La asignación de derechos de propiedad sobre la información es un tema familiar en nuestro sistema legal. La protección legal dada a las patentes de invención y a ciertos secretos comerciales son dos ejemplos obvios⁴¹.

Una manera (raramente percibida) en la que el sistema legal puede establecer derechos de propiedad sobre la información es permitiendo a la parte que la posee celebrar —y exigir el cumplimiento de— contratos cuya información le sugiere pueden ser rentables, sin tener el deber de revelar dicha información a la otra parte⁴². Imponer un deber de revelar información sobre la parte con conocimientos lo priva de la ventaja que le da el conocer dicha información. Un deber de revelar información es equivalente a exigirle al beneficiario de la información que la publique y esto es antitético con

⁴⁰ Ver DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. En: American Economic Review 57. 1967. p. 347 (Trabajos & Procedimientos).

⁴¹ Ver PLANT, Arnold. “The Economic Theory Concerning Patents and Inventions, in Selected Economic Essay and Addresses”. 1974. p. 35.

⁴² Esta noción es sugerida, pero no desarrollada por Hirschleifer. Al discutir el futuro de Eli Whitney, quien “inviertió recursos considerables con la intención de proteger sus patentes y procesar las infracciones” (sin provecho alguno), Hirschleifer dijo lo siguiente:

“Pero lo que pareciera haber sido dejado de lado es que habían otras rutas para que Whitney obtuviera utilidades. La desmotadora del algodón tuvo obvias implicancias especulativas para el precio del algodón, el valor de los esclavos y el de los cultivos algodonereros, los prospectos económicos de las firmas envueltas en el almacenaje del algodón y su puesta a bordo de los barcos, los valores de los sitios precisos en el conglomerado de transportes que surgió. También hubo implicaciones predecibles para industrias competidoras y otras complementarias (textiles, maquinarias). Al parecer, algunos avisados individuos obtuvieron ganancias especulativas de estos desarrollos pero aparentemente Whitney no lo consiguió. Aun así, él fue el primero en tener conocimiento, poseedor de una oportunidad sin igual para obtener ganancias especulativas. Alternativamente, por supuesto, Whitney habría podido mantener su proceso como secreto excepto para aquellos que le compraran la información”. HIRSCHLEIFER. Nota 33 *supra*. p. 571.

la noción de derecho de propiedad que –con todo lo demás que puede implicar– siempre requiere de protección legal frente a la amenaza de apropiación privada⁴³.

Por supuesto, diferentes clases de derechos de propiedad pueden ser más aptos para proteger la posesión de diferentes tipos de información⁴⁴. Es poco probable, por ejemplo, que el tipo información involucrada en el caso *Laidlaw v. Organ* pueda ser efectivamente protegida mediante un sistema de patentes⁴⁵. La única manera factible de asignar derechos de propiedad respecto a información de mercado de corta duración es permitiendo a quienes tengan tal información contratar libremente, sin revelar lo que conocen.

Del reporte del caso, no se desprende si el comprador en *Laidlaw* adquirió la información casualmente o realizó una investigación deliberada para obtenerla (por ejemplo, cultivando una red de valiosas amistades comerciales). Si asumimos que el comprador adquirió casualmente la información acerca del tratado, requerirlo para que revele la información al vendedor (esto es, negándole un derecho de propiedad sobre la información) no tendría un efecto significativo sobre su comportamiento futuro. Dado que alguien que adquiere información casualmente no realiza ninguna inversión para adquirirla, sujetarlo a un deber de revelar información probablemente no reducirá el monto de información socialmente relevante que éste realmente genere. Por supuesto, si el comprador en *Laidlaw* adquiere la información acerca del tratado como resultado de una búsqueda deliberada y costosa, requerirlo para que revele tal información lo podría privar de cualquier beneficio que de otro modo podría obtener gracias a la posesión de la información y podría desalentarlo a realizar similares inversiones en el futuro.

Adicionalmente, toda vez que el vendedor podría apropiarse de la información del comprador sin costo y se eliminaría el riesgo de que el primero sea inducido por la parte con mejor información a celebrar un contrato en malas condiciones, un requerimiento de revelación de información podría, además, reducir el incentivo del vendedor a obtener información. Denegar al comprador un derecho de propiedad cuando la información ha sido adquirida de modo deliberado

podría, por lo tanto, desalentar tanto al comprador como al vendedor a invertir en el desarrollo de conocimientos y en la búsqueda real de información. La asignación de tal derecho no sólo protege la inversión de la parte que posee especial conocimiento, sino también impone un costo de oportunidad a la otra parte y por ende la incentiva a realizar una (justificada) búsqueda propia.

Si asumimos que las cortes pueden fácilmente discriminar entre aquellos que han adquirido la información casualmente y aquellos que la han adquirido de modo deliberado, existen consideraciones económicas plausibles que justifiquen imponer un deber de revelar información haciendo una evaluación caso por caso (imponiéndolo cuando la información haya sido adquirida casualmente, negando su imposición cuando la información es el fruto de una búsqueda deliberada). La parte que ha adquirido la información casualmente probablemente está, al momento de la transacción, en mejor posición para prevenir el error que su contraparte que ha incurrido en el error (es quien puede evitar el error a menor costo) –sin tomar en cuenta que al inicio ambas partes tuvieron el mismo acceso a la información en cuestión. Alguien que ha adquirido la información de modo deliberado igualmente se encuentra en posición de prevenir el error de la otra parte. Pero en la determinación del costo en que debe incurrir la parte con información para prevenir el error (revelando la información que conoce), debemos incluir cualquier inversión que aquella haya realizado para adquirir la información en un primer momento. Esta inversión representará una pérdida para él si la otra parte puede resolver el contrato basándose en que la parte con información tenía el deber de revelarla.

Si tomamos en cuenta este costo, ya no es tan claro que la parte con información es la que puede prevenir el error a menor costo cuando su conocimiento ha sido adquirido de manera deliberada. De hecho, la conclusión opuesta parece ser más acertada. En este caso, por lo tanto, una regla que permita no revelar la información (que tiene el efecto de asignar el riesgo de un error a la parte que lo comete) corresponde al arreglo al que las partes probablemente hubieran llegado si hubieran negociado explícitamente la asignación del riesgo al momento de celebrar el

⁴³ Si una parte de un contrato está bajo obligación de revelar información, ésta debe revelarla, sea o no que la otra parte en el contrato le pregunte sobre lo que conoce. El hecho de que la parte dueña del conocimiento no se encuentre bajo la obligación de revelar información no significa, ni mucho menos, que él pueda mentir cuando se le pregunte por cuestiones relacionadas al negocio. Eso sería fraude. Sin embargo, la parte dueña del conocimiento que no está bajo la obligación de revelar información podría negarse a responder a las inquisiciones de la otra parte, y ponerla en el riesgo de decidir si va adelante con el contrato o no (la parte dueña del conocimiento podría, por supuesto, simplemente venderle la información a la otra parte si ese fuera su deseo).

⁴⁴ Sobre los costos generales de establecer derecho de propiedad sobre la información, ver DEMSETZ, Harold. "Information and Efficiency: Another Viewpoint". En: *Journal of Law & Economics* 12. 1969. pp. 10-11.

⁴⁵ Ver PLANT, Arnold. Nota 40 *supra*, para una discusión de los costos del sistema de patentes, comparados con otras formas legales para la asignación de derechos de propiedad sobre la información.

contrato. Las partes en un contrato siempre se encuentran en libertad de asignar el riesgo incluyendo una exoneración apropiada en los términos de sus acuerdos. Cuando las partes no lo hacen, sin embargo, el objeto del Derecho de contratos debería ser (como siempre lo es) reducir los costos de transacción proporcionando una regla legal que se aproxime al arreglo al que las partes hubieran llegado si hubiesen tratado deliberadamente el problema⁴⁶. Esta consideración, conjuntamente con la reducción en la producción de información socialmente relevante que probablemente resultará en caso de imponer un deber de revelar información, sugiere que la eficiencia distributiva es mejor servida permitiendo a quien posee información deliberadamente adquirida celebrar y exigir el cumplimiento de contratos beneficiosos sin revelar la información que conoce⁴⁷.

Es probable, sin embargo, que una regla que permita la aplicación caso por caso del deber de revelar información, conlleve problemas fácticos que serían difíciles (y caros) de resolver. El propio caso *Laidlaw* ilustra este punto fácilmente. De acuerdo a los hechos del caso, tal como los tenemos, es imposible determinar si el comprador de hecho realizó una investigación deliberada para adquirir la información del tratado. El costo de administrar un deber de revelar información caso por caso probablemente sea sustancial⁴⁸.

Como alternativa, uno podría aplicar uniformemente una regla general (para revelar o no la información) a categorías de casos que involucren el mismo tipo de información (por ejemplo, información acerca de las condiciones del mercado o sobre defectos en productos). Para determinar la regla general apropiada para un particular grupo de casos, sería necesario primero decidir si es más probable que la información

involucrada (en su conjunto) sea generada por casualidad o por una búsqueda deliberada. Mientras mayor sea la probabilidad de que la información sea adquirida de modo deliberado y no de modo casual, más plausible será asumir que una regla general que permita no revelar la información tendrá mayores beneficios que costos.

En *Laidlaw*, por ejemplo, la información involucrada tenía que ver con condiciones de mercado cambiantes. El resultado del caso se puede justificar (desde la perspectiva más general que acabamos de describir) sobre la base que la información acerca de las condiciones de mercado es típicamente (aunque no en todos los casos) el producto de una búsqueda deliberada. El gran número de individuos que están dedicados a la producción de tal información presta soporte empírico a esta proposición⁴⁹.

B. El tratamiento jurisprudencial

La distinción entre información adquirida de modo deliberado y la adquirida casualmente nos ayuda a entender el patrón exhibido en los casos en los cuales el deber de revelar información es impuesto a una parte o a la otra. Generalmente, los casos en los que se requiere revelar información involucran información que probablemente ha sido adquirida de modo casual (en el sentido definido anteriormente). Los casos en los que se permite no revelar la información, por otro lado, involucran información que, por lo general, ha sido probablemente producida de modo deliberado. Tomados en conjunto, los casos en los que se requiere revelar información por lo menos aparentan promover una eficiente asignación de recursos limitando la asignación de derechos de propiedad a aquellos tipos de información que probablemente sean el fruto de

⁴⁶ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 65-69; POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. pp. 88-89.

⁴⁷ En recientes años ha habido un desacuerdo considerable entre los economistas con respecto al nivel óptimo de la inversión privada en la producción de la información. Este problema ha sido discutido en ARROW, Kenneth J. "Higher Education as a Filter". En: *Journal of Public Economics* 2. 1973. p. 193; DEMSETZ, Harold. "Information and Efficiency: Another Viewpoint". En: *Journal of Law & Economics* 12. 1969. pp. 1; MARSHALL, John M. "Private Incentives and Public Information". En: *American Economic Review* 64. 1974. p. 373; FAMA, Eugene F. y Arthur B. LAFFER. "Information and Capital Markets". En: *Journal of Business* 44. 1971. p. 289; HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*; y BARZEL, Yoram. "Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs". En: *Journal of Law & Economics* 20. 1977. p. 291.

Los economistas que han discutido el problema están de acuerdo que bajo un sistema legal que no reconoce derechos de propiedad sobre la información, muy poca información será producida. Varios economistas, de otro lado, han expresado la preocupación de que un sistema de derechos de propiedad sobre la información podría, bajo algunas circunstancias, inducir a una sobre inversión en la producción de la información. Ver, por ejemplo, HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*. p. 573. Asumiendo que nuestras normas legales no pueden ser afinadas adecuadamente, sobre el hecho de permitir la no revelación de cierta información (esto es, garantizar un derecho) nosotros podríamos vernos forzados a escoger entre invertir e invertir inadecuadamente, siendo ambas alternativas poco óptimas. Sin embargo, en tanto es cierto que la eliminación de los derechos de propiedad resultarán en una baja producción, y es sólo un peligro el que el reconocimiento de dichos derechos llevarían a una sobreproducción, sería un fuerte (pero no conclusivo o final) caso económico para reconocer derechos de propiedad de la información, por lo menos ahí donde la información ha sido adquirida deliberadamente. Desde un punto de vista económico ésta podría no ser una solución óptima, pero es más atractiva que las otras (prácticas) alternativas.

⁴⁸ Para una discusión general de los costos (y beneficios) de las especificidades en la formulación de reglas legales, ver EHERLICH, Isaac y Richard A. POSNER. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking". En: *Journal of Legal Studies* 3. 1974. p. 257. Una de las desventajas del acercamiento a un caso por caso es que esto incentivaría a los buscadores de información a invertir más que lo que de otra manera simplemente invertirían para "fijar" sus demandas sobre la propiedad. Para una discusión sobre este problema, en el contexto de los derechos sobre aguas, ver HIRSHLEIFER, Jack; DEHAVEN, James C. y Jerome W. MILLIMAN. "Water Supply: Economics, Technology, and Policy". 1960. pp. 59-66.

⁴⁹ En el 42 reporte anual para el año fiscal que terminó el 30 de junio de 1976, la Comisión de Mercado de Valores e Intercambio declaró que al final del año fiscal de 1976 el total de registro de los *broker-dealer* llegaba a 5,308 y el total del registro de los consejeros de inversión llegaba a 3,857; *Security Exchange Commission Annual Report* 42. 1976. p. 182. El número de personas actualmente trabajando en la recolección deliberada y la diseminación de la información de mercado es, por supuesto, más larga que lo que las cifras podrían indicar desde que un simple *broker-dealer* o consejero de inversiones podría ser muy bien una firma grande con muchos empleados.

una inversión deliberada (sea mediante el desarrollo de una habilidad o mediante la búsqueda real de información)⁵⁰.

La racionalidad económica detrás de permitir no revelar información se encuentra bien ilustrada en varios casos que involucran la compra de propiedades inmobiliarias donde el comprador tenía razones para creer en la existencia de petróleo o de un depósito mineral desconocido por el vendedor⁵¹. Por ejemplo, en *Neill v. Shamburg*⁵², las partes eran concesionarios⁵³ de un terreno de 200 acres. El comprador (Shamburg) compró la participación de su co-concesionario por \$550 (con la reserva de tener que pagar \$100 más en caso sean encontrados seis o más barriles por día en la producción del pozo). Al momento de la venta, Shamburg se encontraba operando diversos pozos petroleros en terrenos aledaños. Uno de los pozos era bastante valioso. Shamburg “dio una directiva a sus empleados para que no revelen esta información” y no le dijo nada a su co-concesionario acerca de este pozo cuando compró su participación en el terreno de 200 acres. La Corte sostuvo que Shamburg no le debía a Neill ningún deber de revelar información y rechazó resolver la venta de su mitad de la participación en la explotación del petróleo. La Corte respaldó esta resolución con el siguiente argumento:

“El demandante [el vendedor] no tenía participación en el terreno de 50 acres, pero podemos conceder que, cuando estaba a punto de vender parte del otro terreno a su co-concesionario, estaba en su derecho de conocer aquellos hechos relativos a su producción que podían

incidir en el valor del terreno. [A la luz de lo que sigue, el significado de esta oración no es del todo claro]. Sin embargo, salvo que existan circunstancias excepcionales que impongan a una persona el deber de hablar, es derecho de todos los hombres el conservar sus negocios para sí mismos. Posiblemente, Shamburg se encontraba indebidamente sospechoso en este punto, pero la naturaleza y posición de sus negocios sugieren tener cautela. Fogle testificó que Shamburg era la única persona operando en el sector vecino, y *James dijo que Shamburg le dijo que había gastado cerca de \$150,000 en desarrollar ese territorio, “y ahora todos estos compañeros están ansiosos por inmischirse en mi negocio”. Nosotros encontramos que los actos de Shamburg, bajo las circunstancias, no constituyen nada más que una intención positiva y un esfuerzo para obtener los beneficios de su esfuerzo, conservando la información acerca de sus resultados para sí mismo, y estamos de acuerdo en que esta actitud “está lejos de constituir un fraude”⁵⁴.*

Un caso más reciente –y ciertamente más dramático– de esta naturaleza sucedió en conexión con el descubrimiento por parte de Texas Gulf Sulphur de la fabulosamente rica mina Kid Creek cerca a Timmins, Ontario⁵⁵. Después de conducir extensos estudios aéreos que revelaron una anomalía geológica que indicaba la presencia de un masivo depósito de sulfuro, Texas Gulf Sulphur compró opciones para el derecho a explotar los minerales y el subsuelo de varios terrenos adyacentes a donde la anomalía fue localizada. Una de las opciones cubría una parcela de terreno que pertenecía al patrimonio de Murray Hendrie. La opción

⁵⁰ Yo precisé, antes de ingresar a los casos de revelar información, que muchos de estos casos nos hacen ver dos problemas que no han sido tratados en este trabajo. El primer problema envuelve la existencia o inexistencia de una relación confidencial o de confianza entre las partes en el contrato. Donde tal relación existe, las Cortes de Justicia son más proclives a requerir la revelación de información que lo que serían en otro contexto. “Cuando existe una relación de confianza entre las partes como la que se presenta entre el abogado y su cliente, el guardián y el protegido, el fideicomitente y el fiduciario, ejecutor y legatario, principal y agente, parte y contra-parte, *joint venturer* y compañeros *joint venturer*, existe una obligación positiva de revelar información sobre los hechos materiales; una reticencia de hacerlo es fraudulento desde sus bases. Como lo mencionábamos líneas arriba una obligación similar existe cuando un agente negociando en valores o corretaje inmobiliario representa a un principal.

Asimismo, la naturaleza de la transacción o la relación de las partes debe ser igual a la transacción particular en cuestión, los deberes de un fiduciario son impuestos sobre una de las partes, y dicha relación envuelve una obligación de revelar información”. WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1499. Ver, también, KERR, William W. “Law of Fraud and Mistake”. Séptima Edición. 1952. pp. 185-186; BOWER, George Spencer. “Actionable Non-Disclosure”. 1915. pp. 273-274.

El segundo problema concierne a la línea entre la no revelar información, de un lado, y el fraude o falta de representación positiva, del otro. Aun si una parte de un contrato no tiene la obligación de revelar información, fraude o representación indebida de la otra parte invariablemente le dará las bases legales para tratar de anular el contrato. WILLISTON. Nota 2 *supra*. §§ 1487, 1488; KEETON. Nota 29 *supra*. pp. 1-6 (describe especialmente la distinción que se hace entre la no obligación de revelar información y el “ocultamiento activo”).

Cada una de estas reglas generales o principios tiene sentido desde un punto de vista económico: una relación de confianza podría ser vista como una forma deliberada de compartir el riesgo (el beneficiario en efecto compra la información de la otra parte), y el fraude no es deseado económicamente porque incrementa positivamente la cantidad de desinformación en el mercado y es de esa manera proclive a reducir la eficiencia del mercado como un mecanismo de distribución de recursos. Ver DARBY, Michael R y Edi KARNI. “Free Competition and the Optimal Amount of Fraud”. En: *Journal of Law & Economics* 16. 1973. p. 67.

Yo he escogido no discutir estos dos problemas porque están centrados en cuestiones de hecho difíciles (¿cuándo existe una relación de confianza? ¿Dónde se debe trazar la línea entre la no obligación de revelar información y el fraude?), acerca de lo cual es difícil hacer generalizaciones de una manera tal que sea interesante en lo teórico. Los casos seleccionados para discusión han sido escogidos, en parte, porque no levantan preguntas o reflexiones de esta suerte.

⁵¹ *Fox v. Mackreth*, 2 Bro. Ch. 400, 420, 30 Eng. Rep. 148 (1788) (dictum); *Smith v. Beatty*, 2 Ired. Eq. 456 (N.C. 1843); *Harris v. Tyson*, 24 Pa. 347 (1855); *Stackpole v. Hancock*, 40 Fla. 362m 24 So. 914 (1898); *Holly Hill Lumber Co. v. McCoy*, 201 S.C. 427, 23 S.E. 2d 372 (1942); *STORY*, William W. Nota 27 *supra*. p. 442; WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1498.

⁵² *Neill v. Shamburg*, 158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893).

⁵³ La Corte falló, *inter alia*, que su acuerdo comercial no creaba una relación fiduciaria entre las partes.

⁵⁴ *Neill v. Shamburg*, 27 Atl. 993 (1893). Cursivas añadidas.

⁵⁵ Para un recuento del descubrimiento, y los eventos subsiguientes ver SHULMAN, Morton. “The Billion Dollar Windfall”. 1969.

de Hendrie (que fue obtenida por \$500) dotaba a Texas Gulf Sulphur de la posibilidad de adquirir derechos mineros sobre la propiedad pagando \$18,000 en cualquier momento durante los dos años siguientes a la celebración de la opción⁵⁶. La opción también incluía que, en caso fuera descubierto un depósito comercial de hierro, Hendrie recibiría 10 por ciento de cualquier ganancia. Después de que la existencia del depósito fuera de conocimiento público, los representantes de Hendrie protestaron porque Texas Gulf Sulphur los había intencionalmente engañado para que vendiesen, ocultando informar de que ellos tenían “indicadores inusuales que hacían creer que existía una mineralización económica en la propiedad de Hendrie”. La demanda presentada por los representantes fue finalmente transada fuera de la Corte⁵⁷.

Tanto Shamburg como Texas Gulf Sulphur tuvieron razones para creer que la propiedad que estaban comprando era mucho más valiosa que lo que sus propietarios creían. En cada caso, la información obtenida por el comprador, en relación con el valor de la propiedad, era el producto de una búsqueda deliberada en la que el comprador había invertido una suma considerable de dinero (en los cuatro años anteriores al descubrimiento de los depósitos en Kid Creek, Texas Gulf Sulphur gastó casi tres millones de dólares explorando otras fallas sin resultados)⁵⁸. La información, en ambos casos, revelaba ciertas características de la propiedad que incrementaban la eficiencia de su utilización y, por consiguiente, su valor para la sociedad en su conjunto.

La mayoría de las veces, la información relativa a la posible existencia de petróleo en el subsuelo, o de depósitos mineros, resulta ser fruto de inversiones deliberadas, sea en exploración real o en el desarrollo de habilidades geológicas. A fin de propiciar la producción de tal información, nuestro sistema legal

permite al poseedor de esa información tomar ventaja de la ignorancia de otros, negociando con éstos sin tener un deber de revelar información.

Un resultado similar usualmente se alcanza cuando la información concierne un desarrollo urbanístico anticipado de alguna naturaleza que hará la propiedad más valiosa⁵⁹. En el caso *Guaranty Safe Deposit & Trust Co. v. Liebold*⁶⁰, por ejemplo, la compañía fiduciaria compró una opción sobre una propiedad de Liebold. Trust Co. ejerció la opción y compró la propiedad por \$ 15,000. Liebold pretendió resolver la venta alegando “que al tiempo en que la opción se aseguraba, una compañía conocida como la Standard Steel Car Company contemplaba afincarse en la ciudad de Butler [Pa.] para construir una planta manufacturera; que el señor Reiber (un agente de Trust Co.) había tomado conocimiento del asunto, y que el demandado, si bien escuchó que cierta compañía venía a establecerse, su conocimiento era genérico e indefinido, y mientras que la demandada tenía conocimiento certero de tal hecho, que ocultó al demandado”. La Corte en primera instancia sostuvo que ambas partes habían conocido el “rumor” sobre el establecimiento de una planta manufacturera en Butler, y que, en consecuencia, habían ajustado el precio de la opción de acuerdo a sus conveniencias. La Corte Suprema de Pennsylvania, al confirmar el fallo a favor de la empresa fiduciaria, dijo lo siguiente:

“Supongamos que Reiber conoció con certeza que la planta se instalaría en Butler, y que Liebold lo ignoraba, ¿tenía el primero el deber de revelar dicha información al segundo, y puede sostenerse que, sin la mencionada revelación, el contrato con Liebold no podría considerarse válido por un principio de equidad? En esta era comercial, las opciones son diariamente buscadas, por aquellos que están en posesión de información, de las que esperan obtener ganancias,

⁵⁶ Ibid. p. 82.

⁵⁷ Como parte del acuerdo, Texas Gulf Sulphur accedió a comprar el 10% de las acciones de Hendrie en los beneficios de la mina. El valor de las acciones de Hendrie ha sido estimado en cerca de \$ 100,000,000. Este hecho, por supuesto, debilitó considerablemente su demanda por representación errada de la realidad; en suma la provisión del 10% deberá ser considerada, probablemente, como un recurso para distribuir deliberadamente el riesgo en cuestión.

Es interesante notar que, en un litigio surgido de una transacción relacionada, la Suprema Corte de Justicia de Ontario precisó que Texas Gulf Sulphur solamente estaba haciendo “Lo que cualquier compañía minera prudente podría haber hecho para adquirir una propiedad en la que conocía que una anomalía podría presentarse” cuando compró la propiedad “sin hacer sospechar a los eventuales vendedores que un descubrimiento había sido hecho”. *Leitch Gold Mines, Ltd. v. Texas Gulf Sulphur*, 1 Ontario Reports. 1969. pp. 492-493.

⁵⁸ SHULMAN, Morton. Nota 54 *supra*. p. 7. Es muy improbable que Texas Gulf Sulphur se hubiera beneficiado de alguna otra manera que comprando la propiedad en la que la anomalía se situaba. Si hubiese intentado vender esta información a los dueños de la tierra, Texas Gulf Sulphur hubiese encontrado 2 dificultades. En primer lugar, habría tenido que convencer a los dueños de la tierra sobre el valor de la información sin efectivamente revelarla. En segundo lugar, habría tenido que persuadir a todos los dueños involucrados a comprar la información conjuntamente —desde que, desde cualquier punto de vista, ningún propietario particular sería capaz de compensar a la corporación por los costos en que incurrió en obtenerla. Una transacción de muchas partes como esta involucraría evidentes problemas de *free-riders*, y sería especialmente difícil por el hecho que revelar la información a una parte haría casi imposible esconderla de las otras partes involucradas. Si un propietario obtiene la información y comienza los trabajos mineros, ésta pasará la información y aquellos otros no tendrán motivo alguno para comprar la información para sí mismos. En tanto es razonable asumir que la única forma efectiva en la que Texas Gulf Sulphur se podía beneficiar de la información era comprando los derechos sobre la propiedad en sí, una norma que le exigiera revelar la información hubiese frustrado su única esperanza real de recuperar los costos incurridos en adquirir la información en primer lugar.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, *Burt v. Mason*, 97 Mich. 127, 56 N.W. 365 (1893), y *Furman v. Brown*, 227 Mich. 629, 199 N.W. 703 (1924). Ver también WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1498, n. 6.

⁶⁰ *Guaranty Safe Deposit and Trust Co. v. Liebold*, 207 Pa. 399, 56 A. 951 (1904).

simplemente porque los que otorgan las opciones ignoran la información. Cuando comprador y vendedor tienen información semejante, las opciones, raramente, o casi nunca, se buscan, por lo que la regla perseguida por los apelantes haría que nosotros prácticamente las aboliésemos⁶¹.

Las cortes frecuentemente han señalado que, en la ausencia de un pacto de confidencialidad o de una relación fiduciaria entre el vendedor y el comprador, “un comprador (de bienes raíces), pese a contar con un juicio superior acerca del valor de los bienes, no comete fraude simplemente por comprar sin revelar su conocimiento sobre el valor⁶². Una regla de esta suerte tiene sentido económico cuando el juicio del comprador se basa en las predicciones de los posibles usos a los que la propiedad puede ser destinada. Pese a que el “conocimiento sobre el valor” del comprador no siempre se basa en información deliberadamente adquirida, la cantidad de empresarios involucrados en la especulación inmobiliaria (profesional) nos permite asumir que tal tipo de conocimiento es usualmente (si no típicamente) adquirido de una manera deliberada (los corredores inmobiliarios, quienes unen a los vendedores y compradores, facilitan el movimiento de inmuebles hacia su uso cada vez más eficiente. La información sobre la que basan sus predicciones del futuro uso de las propiedades debe ser considerada como un valioso activo social).

Una tercera línea de casos en los que se permite no revelar información, parece, a primera vista, no ser consistente con la tesis argumentada hasta el momento. Estos casos involucran la venta de una propiedad que de alguna manera conlleva un defecto *manifiesto*; las Cortes regularmente han encontrado que el vendedor de dicha propiedad no tiene el deber de informar sobre el defecto al comprador⁶³.

En el caso *Gutelius v. Sisemore*⁶⁴, por ejemplo, el demandante compró una casa y descubrió posteriormente que el agua de lluvia, acumulada bajo los pisos, causaba que la residencia “estuviera penetrada con olores nocivos y ofensivos”. El comprador señaló que la tendencia hacia la acumulación de agua era un defecto oculto, y que el vendedor demandado tenía el deber de ponerlo sobre aviso de su existencia. Fallando a favor del demandado, la Corte manifestó que una inspección de las instalaciones (que el demandante, en los hechos, realizó), debería haberlo puesto sobre aviso de las condiciones del inmueble responsables de la

acumulación de agua (las condiciones citadas incluían la instalación de ductos de ventilación, las inclinaciones del terreno que rodeaban la casa, y la composición del terreno en el patio o jardín). “Cuando los medios que revelan el conocimiento se encuentran a la mano y son asequibles a ambas partes”, la Corte concluyó, “y el bien materia de compra se encuentra disponible para su inspección, si el comprador no toma ventaja de estos medios y oportunidades, mal podría luego sostener que resultó defraudado por un engaño del vendedor”.

Si asumimos que el vendedor en el caso *Gutelius* conoció o tuvo razones para conocer que el comprador no se percató de los defectos (a pesar de que inspeccionó las instalaciones), él se encontraría en la misma posición que el receptor de una oferta evidente errada, y si su conocimiento del error del comprador no fuera el fruto de una búsqueda deliberada, podría ser razonable suponer que el vendedor era quien podía evitar errores de una manera más económica, al menos al momento de la celebración del contrato. Por razones que serán puestas en consideración en un momento, es impensable suponer que el conocimiento del defecto de una propiedad propia es el resultado de una búsqueda intencionada del vendedor, búsqueda en la que no hubiera invertido si hubiera sabido que podría ser requerido para revelar la información sobre la existencia de los defectos en cuestión. Si éste fuera el caso, si asumimos que el vendedor en el caso *Gutelius* tenía motivos para conocer el error de parte del comprador, podría tener algún sentido, desde una perspectiva económica, requerir que el vendedor elimine el error poniéndolo en consideración del comprador. Esto es así a pesar de que ambas partes inicialmente tuvieron igual oportunidad para descubrir el defecto por sí mismas –de la misma forma en que es eficiente imponer el riesgo de un error en la oferta a la parte que la recibe cuando tuvo formas de conocer el error, a pesar de que el postor era quien se encontraba en mejor posición para prevenir la ocurrencia del mismo.

Pero si un vendedor no tiene motivos para suponer que el comprador ha incurrido en error, podría ser antieconómico requerirle que notifique al comprador sobre los defectos latentes, porque, con toda seguridad, sólo le estaría diciendo al comprador lo que ya éste sabe. Comunicaciones de esta naturaleza incrementan innecesariamente el costo de las transacciones. El tema central, en casos como el *Gutelius*, no reside en saber si la información acerca del defecto se encontraba “disponible a ambas partes por igual” en algún

⁶¹ Ibid. p. 405. 56 A. p. 93.

⁶² *Pratt Land & Improvement Co. v. McClain*, 135 Ala. 452, 33 So. 185 (1902).

⁶³ Ver “American Jurisprudence”. Segunda Edición. § 157, y casos citados allí.

⁶⁴ *Gutelius v. Sisemore*, 365. p. 2d 732 (Okla. 1961).

momento previo, sino conocer si el vendedor, al momento de la celebración del contrato, realmente conocía o tenía razones para conocer que el comprador había incurrido en error. La regla que señala que el vendedor de un inmueble no tiene el deber de revelar información sobre defectos manifiestos, tiene sentido económico pues –como usualmente ocurre– el vendedor no tiene motivos para conocer que el comprador ha incurrido en un error. Estos casos (de los cuales *Gutelius* es un ejemplo) parecen entrar en conflicto con la interpretación hasta el momento ofrecida sólo porque dejan de discutir el tema central, enfocándose, en su lugar, en la paridad inicial de las partes para acceder a la información concerniente al defecto.

En lo que concierne a defectos *latentes*, las autoridades más antiguas son inconsistentes. En algunos casos se establece que el vendedor que conoce del defecto debe revelarlo a su comprador o renunciar al trato⁶⁵. En otros fallos se establece que el vendedor tiene derecho a permanecer callado si tal es su deseo⁶⁶. En los últimos veinticinco años, sin embargo, ha habido una marcada expansión del deber de revelar la información acerca de defectos latentes⁶⁷. Un ejemplo dramático involucra la venta de una casa infestada por termitas. Un vendedor de una casa en Massachusetts obtuvo en 1942 un pronunciamiento en el sentido de no tener deber legal de revelar información sobre una infestación de termitas desconocida por el comprador⁶⁸. Si se tuviera que imponer tal deber, declaró la Suprema Corte de Massachusetts, se haría responsable a todo vendedor “que omita revelar información sobre cualquier defecto no aparente conocido por él durante la venta, que materialmente reduzca su valor y que el comprador no logre descubrir”. De manera similar, continuó la Corte diciendo, “todo comprador podría ser responsable por no revelar información sobre virtudes no aparentes conocidas durante el proceso de compraventa que materialmente incrementen el valor y que son desconocidas por el vendedor”.

Dieciocho años después, en el caso *Obde v. Schlemeyer*⁶⁹, se consideró que un vendedor de la ciudad de Washington tenía un deber de revelar información en circunstancias idénticas. La Corte de Washington concluyó que el vendedor tenía la

obligación de hablar, “sin importar que el comprador haya omitido preguntar acerca de la posibilidad de termitas” toda vez que la condición era “claramente latente –no siendo posible observarla durante una inspección razonable”. La Corte apoyó su argumentación con una larga cita de un artículo del Profesor Keeton:

“Es, por supuesto, aparente que el contenido de la máxima “caveat emptor”, usada en su significado más amplio de imponer riesgos en ambas partes de una transacción, ha sido limitada extensamente desde sus orígenes. Cuando Lord Cairns precisó en *Peek v. Gurney* que no había deber alguno de revelar información sobre hechos, sin importar lo moralmente censurable que fuera esta no revelación, él estaba interpretando la ley modelada por una filosofía individualista, basada en la libertad contractual. Ésta no mostraba preocupación por la moral. En el presente estado de la ley, las decisiones se alejan de esta idea, y se podría estar viendo un intento por muchas Cortes de alcanzar un resultado justo, en la medida de lo posible, pero manteniendo el grado de certidumbre que la ley debe tener. A menudo se afirma que si una parte en un contrato de compraventa esconde o suprime un hecho material que la buena fe exige revelar, entonces su silencio es fraudulento.

La actitud de las Cortes con respecto a la no revelación de información está experimentando un cambio, contrariamente a lo expresado por Lord Cairns en su célebre cita, pareciera ser que el objeto de la ley en estos casos debería ser la imposición, en las partes de un contrato, del deber de hablar cuando la justicia, la equidad, y trato leal lo demande”⁷⁰.

Sin importar lo que se piense del reclamo moral del Profesor Keeton, requerir revelar información sobre defectos latentes tiene sentido desde la perspectiva más limitada que ofrecemos acá. En primer lugar, es probable que el descubrir los defectos resulte costoso para el comprador; el descubrimiento de un defecto latente muchas veces requerirá más que una inspección ordinaria. Aun cuando ninguna de las partes tenga conocimiento del defecto, sería eficiente asignar al vendedor el riesgo de una creencia equivocada de que no existen defectos, sobre la base

⁶⁵ Ver, generalmente, STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 444-445; KENT, James. “Commentaries 2”. 1873. § 482, n.1.

⁶⁶ *Swinton v. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver también *Perin v. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S. 2d 647 (1957).

⁶⁷ GOLDFARB, William B. “Fraud and Nondisclosure in the Vendor-Purchaser Relation”. En: Western Reserve Law Review 8. 1956. p. 5; BEARMAN, Leo Jr. “Caveat Emptor in Sales of Realty—Recent Assaults Upon the Rule”. En: Vanderbilt Law Review. 1961. p. 541. Dos casos ilustrativos son *Kaze v. Compton*, 283 S.W. 2d 204 (Ky. 1955), y *Cohen v. Vivian*, 141 Colo. 443, 349 P.2d. 366. (1960).

⁶⁸ *Swinton v. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver también *Perin v. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S.2d 647 (1957).

⁶⁹ *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960). Ver también *Williams v. Benson*, 3 Mich. App. 9, 141 N.W. 2d 650 (1966); *Cohen v. Blessing*, 259 S.C. 400, 192 S.E.2D 204 (1972), *Annot*, 22 A.L.R. 3d 972.

⁷⁰ Nota 29 *supra*. p. 31.

que de las dos partes, él sería quien puede evitar el error a menor costo⁷¹.

Cuando el vendedor conoce del defecto, y el comprador no, el vendedor es claramente la parte más apta para evitar el error del comprador a un menor costo –a menos que el vendedor haya realizado esfuerzos deliberados para adquirir sus conocimientos, los cuales no habría realizado si hubiera sabido que iba a ser requerido para revelar los defectos descubiertos a los potenciales compradores de la propiedad. Un vendedor, por supuesto, puede hacer inversiones substanciales para adquirir información sobre un defecto particular: por ejemplo, podría contratar exterminadores para detectar la existencia de termitas en la propiedad. Pero aun en ese supuesto no debería pensarse que su principal objetivo para adquirir tal información es obtener una ventaja sobre sus eventuales compradores. Típicamente, los propios dueños de los inmuebles conducen investigaciones de esta suerte para proteger sus inversiones. En la mayoría de los casos, el dueño de la casa tendrá un incentivo adecuado para hacer una inspección de termitas, aun cuando la ley lo obliga a revelar la información sobre su descubrimiento⁷²; por lo demás, muchas infestaciones de termitas son descubiertas simplemente por el hecho de vivir en la casa –algo que el dueño hará en cualquier caso. El requerimiento de revelar información no tendrá un efecto substancial en el nivel de inversión por parte el propietario en la detección de termitas: el punto no es que la información sobre las termitas no sea costosa (lo es), sino que un requerimiento de revelar información no reducirá, necesariamente, la producción de tal información. Esto representa una gran diferencia entre casos como *Obde*, de un lado, y casos como *Laidlaw*, *Shamburg*, y *Guaranty Safe*, del otro.

Un vendedor de mercancías podría argumentar que una regla requiriéndolo revelar información sobre defectos latentes lo desanimará para desarrollar conocimientos (socialmente útiles) especializados acerca de los atributos o cualidades de los productos que está vendiendo: si no puede gozar de los frutos vendiendo sin revelar información, ¿qué incentivos tendrá para adquirir el grado de conocimiento especializado en primer lugar? Este argumento no es convincente. Un vendedor se beneficia de muchas maneras del conocimiento de los muchos atributos que poseen sus productos. Por ejemplo, conocimientos de este tipo le permiten ser más

eficiente en la compra de materiales, reduciendo la posibilidad de que falle en identificar cualquier ventaja que sus productos puedan tener (y, por consiguiente, los venda por debajo de su precio). Como quiera que los beneficios que derivan de este tipo de conocimientos son muchos y variados, no resulta creíble que el deber de revelar información sobre defectos latentes constituya, por sí mismo, un impedimento para invertir en la adquisición de conocimientos acerca de los atributos de lo que vende.

Por contraste, la utilidad de la información de mercado (distinta de la información acerca de los atributos de los productos en venta) es sustancialmente reducida como consecuencia de imponer a sus poseedores un deber de revelar tal información. Resulta dudoso si los beneficios de la información de mercado, que no son eliminados por requerimientos de revelar información, son suficientes por sí mismos para justificar una inversión en su producción. En consecuencia, aun si consideramos estas dos clases de información –información de mercado e información del producto– como igualmente útiles desde un punto de vista social, una regla legal que requiera revelar la información adquirida probablemente producirá diferentes impactos en la producción de cada una. Esto trae como consecuencia que una regla que permite que no se revele información de mercado sea sensible tanto si la parte en posesión de la información es la compradora o la vendedora⁷³. Así, si el vendedor en *Laidlaw* hubiese conocido que el tratado traería un efecto depresivo sobre el precio del algodón y hubiera vendido al comprador sin revelar la información sobre estos hechos, las consideraciones económicas que favorecían la exigibilidad del acuerdo serían las mismas a las del caso en que el comprador hubiera adquirido información especial. Si bien consideraciones económicas parecerían apoyar un tratamiento similar para compradores y vendedores poseyendo información de mercado, las mismas consideraciones podrían justificar un trato diferente cuando se trate de información sobre productos. Debería resultar claro, de lo ya dicho, que no es inconsistente el requerir a los vendedores revelar información sobre defectos latentes y no requerir a los compradores revelar información sobre ventajas latentes.

Los casos sobre defectos latentes tienen interesantes analogías en el campo de los seguros. Un solicitante de seguro de vida usualmente se encuentra obligado a revelar información sobre defectos conocidos en su

⁷¹ Por su acceso superior a la información relevante. Ver POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-75.

⁷² Esto no será verdad en todos los casos. No lo será, por ejemplo, si el propietario planea vender su casa en el futuro inmediato.

⁷³ Este punto ha sido reconocido desde tiempo atrás. Ver STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 444-445. Ver también la discusión clásica del problema en TULLIUS CICERO, Marcus. "De Officiis". Volumen 3. Loeb Classical Library. 1975.

propia constitución física⁷⁴. Por ejemplo, si el solicitante tiene una historia de problemas al corazón que exámenes médicos practicados por la misma compañía de seguros no detectan, y si él no revela la información sobre los problemas cardíacos, la compañía aseguradora estaría permitida de resolver el contrato⁷⁵. En muchos casos, por supuesto, la no revelación de parte del solicitante podría constituir fraude (esto sería así, por ejemplo, si dentro del cuestionario se le preguntara sobre problemas cardíacos y él respondiera negativamente)⁷⁶. Pero, aun en la ausencia de fraude, usualmente se estima que el solicitante está en la obligación de hablar y revelar información, aun en el caso extremo de no habersele preguntado algo de forma específica⁷⁷. De esta manera, el mismo deber de revelar información es requerido de quien compra una póliza de seguros como del que vende una casa con un defecto latente (como una plaga de termitas). Desde un punto de vista económico, los dos casos son similares y es comprensible que los mismos requerimientos de revelar información sean aplicados a ambos. Derivado de su íntima familiaridad con su propia historia médica y sintomatología, el solicitante de una póliza de seguros estará en mejor posición que la compañía de seguros para prevenir la ocurrencia de un error de parte de la compañía sobre defectos latentes en la constitución del solicitante. Más importante aun, el solicitante debería tener un fuerte incentivo para adquirir información sobre su salud, sea que se imponga o no el deber de revelar información sobre sí mismo⁷⁸. En ese sentido, él se parece al dueño de la casa, quien tiene un incentivo para proteger la misma de la destrucción por las termitas, ya sea que fuese o no requerido a revelar información sobre la plaga de termitas. Ambos, el dueño de casa y el solicitante de la póliza de seguros, tienen razones independientes para producir información de esta clase, y el valor para ellos de la información no se verá

mermado, en la mayoría de los casos, por un requerimiento de revelar información.

C. El Deber de revelar información y los "Restatements"

Además de haber generado una sustancial jurisprudencia, el problema de revelar información en transacciones negociadas ha sido considerado por los compiladores de tres diferentes "Restatements". Resulta instructivo comparar el trato dado al problema de revelar información en manos de estos compiladores. El análisis desarrollado en este trabajo nos sugiere que los diferentes compiladores estuvieron más cercanos en su pensamiento acerca del deber de revelar información de lo que se aparenta.

La Sección 472 (1) (b) del "Restatement of Contracts (First)" indica que "no hay obligación de revelar información por la parte que conoce que la otra actúa en error respecto a información sobre hechos materiales no revelados, y si el error es mutuo la transacción originada sobre la base del mismo podría ser resuelta...". Como muchos de los principios compilados en los "Restatements", éste no muestra una figura clara, y sólo adquiere un contenido a la luz de los ejemplos que se ofrecen para ilustrar su significado. Dos de los cinco ejemplos que se anexan a la Sección 472 involucran situaciones que aparecen dentro de los parámetros contemplados de la Sección 472 (1) (b). Los dos ejemplos son los siguientes:

"A es propietario de dos terrenos, Blackacre y Whiteacre. B hace una oferta por escrito para comprar Blackacre por \$ 10,000. A sabe que B está equivocado sobre los nombres de los terrenos y que el terreno más valioso, Whiteacre, es aquel que B tiene en mente. A acepta la oferta de B sin revelar información sobre el

⁷⁴ Para una completa discusión sobre la obligación de revelar información en el contexto de los contratos de seguros, ver PATTERSON, Edwin W. "Essentials of Insurance Law". 1957. pp. 444-473. En un punto de su discurso, el Profesor Patterson realiza un punto de vista "económico", similar al desarrollado en este trabajo:

"La doctrina del ocultamiento en relación a los contratos de seguros es, y ha sido así de tiempo atrás, una regla de excepción en los contratos comerciales, y en todos los otros entre personas que negocian con inmediatez, A, una parte, no está requerida, por propia voluntad al tiempo de negociar el contrato, de revelar información a la otra parte, B, desde que el conocimiento que posee A del hecho X, que él sabe que le es desconocido a B, y que A conoce que B consideraría materia de importancia para la confección del contrato. Por ejemplo, si A ofrece vender a B una cantidad grande de granos de café, conociendo, y B no, que el reporte prospectivo de una falla del cultivo de café en el Brasil es falsa, B, contratando la compra en la ignorancia de este hecho no podría solicitar la nulidad del contrato bajo la premisa del silencio de A. [Citado en *Laidlaw v. Organ*]. La política que apoya esta regla está basada en la función económica del "mercado", como un proceso en el que el comerciante mejor informado provee un medio para la actividad de la compraventa de propiedad al "mejor" precio posible de obtener y por este servicio público son premiados permitiéndoseles utilidades por su conocimiento especializado. El proceso de negociación en un "mercado libre" sería tedioso e inestable si cada negociador tuviera que comunicar a los otros todas sus razones por los precios que pide u oferta". Ibid. pp. 446-447.

⁷⁵ Ver *Equitable Life Assurance Soc'y of United States v. McElroy*, 83 Fed. 631 (8th Cir. 1897) (la obligación de no revelar información de una operación de apendicitis en el periodo comprendido entre la firma de un formulario de seguro y la firma final del contrato); *Stipich v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 277 U.S. 311 (9th Cir. 1928) (*dictum*).

⁷⁶ PATTERSON, Edwin W. Op. cit., p. 458.

⁷⁷ Asumiendo que él no tiene razones para creer que no revelar los hechos es materialmente relevante al riesgo asumido por el asegurador. Ibid. p. 456.

⁷⁸ Esto no sería verdad en cada caso si nosotros conociéramos que él se obliga a revelar información cada vez que la descubre, un asegurado con síntomas de disturbios podría evitar un examen médico por miedo a lo que podría revelar (de la misma manera que un requerimiento de revelar información podría, en algunas circunstancias, desanimar a un propietario que contempla vender de someterse a una inspección por termitas).

¹ Nota del traductor: Los "Restatements" son compilaciones a modo de codificación, ilustrados con ejemplos, de las normas contenidas en la jurisprudencia, que son periódicamente efectuadas por renombrados académicos por encargo del *American Law Institute*. Si bien no tienen valor normativo, son una fuente de consulta para jueces, abogados y académicos norteamericanos.

error de B. Aunque A, de ningún modo, podría ser reputado como causante del error original de B, el no revelar información es fraudulento”.

“A conoce que el negocio C, una corporación, ha sufrido serias pérdidas. Él sabe que B ignora las pérdidas y, sin revelar la información a B, contrata para venderle a B acciones de la compañía. A no tiene ninguna relación fiduciaria frente a B. El no revelar información de parte de A no constituye fraude. Si el error hubiese sido mutuo no hubiese resultado en la resolución del contrato”⁷⁹.

En cada uno de los casos, una parte está equivocada y la otra lo sabe. En ambos casos la parte que tiene el conocimiento exacto es el vendedor. Lo que distingue los dos casos es el tipo de conocimiento que poseen. Únicamente el conocimiento que se posee en el segundo caso (una especie de información de mercado) es probable que sea el fruto de una búsqueda, en la que la parte poseedora del conocimiento correcto ha hecho una inversión deliberada. El conocimiento especial que se posee en el primer caso ha sido obtenido por el vendedor –en su sentido más literal– por accidente. Requerir al vendedor, en el primer caso, que revele la información sobre el error de la otra parte, no lo desincentiva a hacer algo que igual hubiese hecho; imponer un requerimiento similar al vendedor en el segundo caso sí tendría un efecto desincentivador de este tipo. Aunque en nuestros días el resultado en el segundo caso hubiese sido afectado, sin ninguna duda, por nuestras complejas leyes de mercado de valores, sugiere que al diseñar una regla apropiada para revelar información, los compiladores del “Restatement of Contracts (First)” intuitivamente otorgaron una gran importancia a la distinción esbozada aquí entre las dos diferentes clases de conocimiento o de información.

El tratamiento dado a la revelación de información en el “Second Restatement of Torts” no contradice el análisis ofrecido aquí. La Sección 551 (2) (e) expresa que “una parte en una transacción comercial está obligada a revelar información a la otra, antes que la transacción quede consumada, sobre hechos básicos de la transacción, si sabe que la otra celebrará la transacción en error sobre los hechos, y que la otra parte, por la relación que los une, las costumbres mercantiles u otras circunstancias objetivas, razonablemente esperará que se le revele información sobre tales hechos⁸⁰”. En un comentario aclaratorio

que acompaña la Sección 551, el compilador expresó lo siguiente:

“Por lo general, como es extensivamente aceptado por las costumbres y principios de la comunidad, información superior y una mejor inteligencia para los negocios, constituyen ventajas legítimas que no conllevan responsabilidad. El demandado, razonablemente, esperará que el demandante haga sus propias investigaciones, llegue a sus propias conclusiones, y que se proteja a sí mismo; y si el demandante es indolente, inexperto o ignorante, o si su juicio es malo, o si no tiene acceso a información adecuada, el demandado no tiene obligación alguna de suplir sus deficiencias. Esto es generalmente cierto, cuando es el comprador de tierras o bienes muebles quien tiene la mejor información y omite revelarla; es, en todo caso, menos frecuente cuando se trata del vendedor”⁸¹.

La Sección 551 (2) (e) es ilustrada con el siguiente ejemplo:

“A es un experto en violines. Él visita casualmente la tienda de B donde se venden instrumentos musicales de segunda mano. Él encuentra un violín que, por razones de su conocimiento especializado y experiencia, reconoce como un Stradivarius legítimo, en buenas condiciones y valorizado, cuando menos, en \$50,000. El violín se encuentra a la venta por \$100. Sin revelar la información o su identidad, A compra el violín a B por \$100. A no es responsable frente a B”⁸².

A pesar de que la visita de A a la tienda de B se describe como “casual”, A, con certeza, ha incurrido en costos para obtener sus conocimientos acerca de instrumentos musicales y uno de los beneficios que anticipaba era el descubrir una obra maestra subvaluada (si esto es o no cierto, dependerá, en parte, del significado de ser un “experto en violín”. ¿Es un “experto en violín” alguien que toca el instrumento o el que lo colecciona? De ser lo segundo, entonces el descubrimiento de un desconocido Stradivarius probablemente constituirá uno de los beneficios que el experto anticipa derivar de su conocimiento especial). Sin tomar en cuenta los motivos que llevaron a A a convertirse en un experto, es posible asumir que muchos descubrimientos como el que nos ha servido de ejemplo son el resultado de una búsqueda deliberada en el sentido que le hemos atribuido líneas arriba.

Localizar valiosos instrumentos que han sido incorrectamente identificados por sus propietarios,

⁷⁹ “Restatement of Contracts”. 1932. § 472, Ilustraciones 2 y 4.

⁸⁰ “Restatement (Second) of Torts”. 1965. § 551, (2) (e) (Borrador Tentativo 11).

⁸¹ Ibid. Comentario e.

⁸² Ibidem.

tiene un útil propósito social: después que el Stradivarius ha sido descubierto, sin duda hallará su camino a las manos de un usuario que le dará un uso más valioso (por ejemplo, un concertista de violín o una universidad con una colección de instrumentos raros). Un Stradivarius no descubierto ciertamente será un bien mal asignado. Al traerlo a luz, un negociante acucioso y experto en instrumentos musicales promueve la eficiencia en la asignación de los escasos recursos de la sociedad. Si él ha incurrido en costos para lograr sus objetivos (y el desarrollo de destreza es uno, quizás el más importante, de estos costos), el cazador de gangas será desincentivado de realizar futuras búsquedas si no se le reconocen derechos de propiedad sobre cualquier información que adquiera (en la forma del privilegio de negociar sin revelar su información).

Del otro lado de la moneda, en tanto se le permita beneficiarse (sin costo) de la información que posee la otra parte y se elimina el riesgo de verse imposibilitado de recuperar una valiosa pieza subvaluada que ha vendido por error, el requerimiento de revelar información también reduce el incentivo del vendedor de buscar información (esto es, de identificar correctamente los atributos de su propiedad). En tanto reduce los incentivos, tanto del vendedor como del cazador de gangas, de iniciar una búsqueda deliberada, la obligación de revelar información incrementa las posibilidades de que el instrumento permanezca sin descubrirse y, por lo tanto, se encuentre mal asignado.

Los compiladores del "Second Restatement of Torts" ofrecen cuatro ejemplos para ilustrar las circunstancias en las cuales la Sección 551 (2) (e) requerirá a una parte con información especial revelarla. En el primer caso un vendedor vende una casa "sin revelar información de que el silo debajo de la casa está construido de tal manera que, a intervalos periódicos, acumula agua debajo de la casa"; en el segundo caso, el propietario de un negocio lo vende sin revelar información sobre el hecho de que el gobierno de los Estados Unidos le ha ordenado descontinuar su principal actividad; en el tercer caso, el propietario de un centro de diversiones lo vende "sin revelar el hecho de que ha sido materia de una redada policial y está siendo procesado por permitir prostitución y venta de marihuana en la localidad comercial", y, en el último caso, una parte vende un lugar de veraneo a otra sin revelar información de que una parte substancial del *resort* invade una carretera pública. El conocimiento especial involucrado en cada uno de los cuatro ejemplos dados difícilmente podría ser atribuido a una búsqueda deliberada de la información en la que la parte con el

conocimiento especializado ha realizado una inversión que de otra manera no hubiera efectuado. Todos ellos deben ser distinguidos, en este aspecto, del caso hipotético del violín. La línea que el compilador del "Second Restatement of Torts" ha trazado entre el deber de revelar información y el privilegio de permanecer en silencio es trazada ahí donde el análisis desarrollado en este trabajo nos sugiere que así debería ser.

El "Restatement of Restitution" trata el problema de revelar información en la Sección 12: "Una persona que confiere un beneficio a otra, manifestando que lo hace como una oferta para negociar que la otra parte acepta, o como la aceptación de una oferta que la otra ha hecho, no tiene derecho a solicitar restitución por un error que el otro no comparte y de cuya existencia el otro no conoce o sospecha". En el Comentario c de la Sección 12 el compilador afirma: "Cuando el transferido conoce o sospecha el error del transferente, la restitución está garantizada si, y sólo si, el hecho sobre el que se produce el error es uno que sirve de base transaccional, a menos que haya una relación especial entre las partes". El Comentario c es ilustrado con dos ejemplos.

"A, mirando joyería barata en una tienda que vende joyas baratas y caras, descubre una joya que reconoce como valiosa teniendo un valor no inferior a \$100, joya que reconoce haber sido colocada en ese lugar por error. Él le pregunta al vendedor por la joya y le ofrece 10 centavos por ella. El vendedor pone los 10 centavos en la caja registradora y le entrega la joya a A. El dueño de la tienda tiene derecho a la restitución porque no pretendió, y A lo sabía, negociar sino tan solo la joyería barata".

"A entra a un negocio de venta de libros de segunda donde, entre los libros vendidos a un dólar cada uno, descubre uno raro, con un valor de mercado que A sabe no baja de lo 50 dólares. Él le extiende el libro al propietario con un billete de un dólar. El propietario lee el título del libro y la tarjeta con el precio, se queda con el dólar y devuelve el libro a A. El librero no tiene derecho a restitución alguna, desde que no hubo error sobre la identidad del libro y ambas partes pretendieron negociar basados en la habilidad de cada uno para hacer la debida valuación del libro⁸³.

El segundo ejemplo nos recuerda el hipotético caso del violín en el "Second Restatement of Torts" y nos remite a valoración económica por las mismas razones. El primer ejemplo es de mayor intriga académica. La más resaltante diferencia fáctica entre el primer y el

⁸³ "Restatement of Restitution". 1936. § 12, Comentario c, Ilustraciones 8 y 9.

segundo ejemplo es que en este último sólo se vende libros usados, mientras que en el primero se vende joyas de primera y de segunda calidad. ¿Por qué este hecho debería hacer la diferencia en lo que respecta a la obligación de revelar información de parte del comprador? El compilador distingue dos situaciones en lo que concierne a las intenciones de negocio de las partes. Esta explicación no es satisfactoria, desde que falla en indicar por qué las intenciones deberían ser diferentes en los dos casos. Una forma alternativa de reconciliar los dos ejemplos aparentemente contradictorios podría ser la siguiente.

Uno puede imaginar con facilidad a un experto (en violines o libros) husmeando en tiendas de venta de segunda mano, con la esperanza de encontrar una pieza maestra subvaluada. No sería corriente que un cazador de oportunidades comerciales gaste su tiempo en las cajas de una tienda que vende tanto piezas de joyería finas como baratas, en la esperanza de encontrar una gema que haya sido mal clasificada.

El dueño de una tienda de joyas valiosas ciertamente será un experto discriminador entre las joyas valiosas y las que no lo son. Desde que él es un experto, y se toma un gran trabajo en escoger su mercadería, es improbable que cometa un error en la clasificación. Si errores similares ocurren más frecuentemente en tiendas de venta de objetos de segunda mano (sea porque sus dueños, generalmente, no tienen la habilidad o son descuidados al clasificar), un experto buscador de gangas descubrirá más fácilmente un objeto subvaluado en este tipo de tiendas que en una que vende joyería fina y barata. Asumiendo que esto sea verdadero, uno esperaría encontrar más búsquedas deliberadas en el primer caso que en el segundo. De aquí se podría desprender que el requerimiento de revelar información es más apropiado en la joyería que en la tienda de venta de libros usados.

Esta explicación es ciertamente endeble porque se apoya en una asunción indemostrable sobre la incidencia de errores de clasificación en los dos casos. Si la explicación no resulta satisfactoria, podría, por sí misma, ser una razón para rechazar el punto de vista de los compiladores o para creer que éstos no han compilado la ley con precisión.

III. ERROR UNILATERAL Y DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN

La regla que señala que el error unilateral del oferente será excusado cuando dicho error es conocido o debiera ser conocido por la otra parte, se encuentra tipificada en los casos de ofertas erradas en un concurso y por aquellos otros en los cuales la parte incurre en error como consecuencia de no haber leído adecuadamente

un documento en particular (usualmente, el mismo contrato propuesto). En ambos casos, el conocimiento especial poseído por la parte que no incurre en error (el conocimiento del error de la otra parte) es poco probable que sea el fruto de una búsqueda deliberada. Puesto de otra manera, una regla que lo obligue a revelar la información que posee, no causará que modifique su conducta, de tal manera que la producción de información relevante sea reducida.

Un contratante que recibe una oferta equivocada, por ejemplo, usualmente se dará cuenta del error (en caso de percatarse) al comparar la oferta que recibe con otras que han sido presentadas, o percatándose de un error evidente a la luz de la oferta misma. En cualquiera de los casos, su conocimiento del error surge en el curso de un examen rutinario de la oferta que efectuaría de cualquier manera. La parte que recibe la oferta tiene un incentivo independiente de analizar con agudeza las ofertas que le llegan: la rentabilidad de su negocio requiere que actúe de esa manera. Es por supuesto cierto que la habilidad del receptor de la oferta hará que le sea más fácil identificar ciertos errores en las ofertas que le sean remitidas. Sin embargo, el hecho de detectar errores de redacción o de cálculo no será una de las razones principales por las que se convirtió en un experto desde un principio. Una regla que obligue a revelar información sobre errores de este tipo no servirá de obstáculo, ni desanimará las inversiones destinadas a desarrollar el nivel de destreza que facilita la detección de tales errores.

En la primera parte de este trabajo, argumenté que una regla que requiriera se revele información cuando un error unilateral es conocido o susceptible de ser conocido por la otra parte tiene sentido económico puesto que la parte con conocimiento es –al momento de la celebración del contrato– quien puede prevenir los errores a menor costo. Si la parte que posee información especial ha invertido deliberadamente en su producción –y si esta información es socialmente útil (de tal manera que su producción resulte deseable desde un inicio)– los costos de su búsqueda deben ser considerados al determinar si es en realidad el que puede prevenir los errores a menor costo. En los casos más citados para apoyar la tesis de que un error unilateral será eximente cuando es conocido o pudo ser razonablemente conocido por la otra parte (por ejemplo, la oferta errada en un concurso y los casos de documentos mal leídos), es poco probable que la información especial en cuestión sea fruto de una inversión deliberada. Así presentadas las cosas, las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este trabajo se confirman.

Los casos de errores unilaterales no se distinguen, en principio, de los otros casos contractuales discutidos

en la segunda parte de este trabajo, que imponen el deber de revelar información. Estos casos se distinguen como grupo por el hecho de que en cada uno de ellos el interés social en la eficiencia es mejor servido al asignar los riesgos de un error unilateral a la parte que posee el conocimiento (habida cuenta que no es probable que esta situación lo desanime de producir información socialmente útil). En los casos en que se permite que la información no sea revelada, una asignación similar del riesgo –como he intentado demostrar– eliminaría el incentivo privado para producir tal información y, por tanto, trabajaría en desmedro de la sociedad en su conjunto. Cuando se miran las cosas de esta manera, tanto los casos que requieren que la información sea revelada (incluyendo los casos de errores unilaterales) y los que permiten que no se revele información, parecen sujetarse a (o por lo menos son consistentes con) el principio de la eficiencia.

CONCLUSIÓN

En este trabajo he puesto énfasis en la manera en que una rama del Derecho de los contratos promueve la eficiencia alentando la búsqueda deliberada de información socialmente útil. Esto es así, como lo he argumentado, al ofrecer a los poseedores de la información el derecho de negociar con otros sin verse obligados a revelar la información que conocen. Este derecho es, en esencia, un derecho de propiedad, y he tratado de demostrar que la ley tiende a reconocer un derecho de esta naturaleza cuando la información es el resultado de una búsqueda deliberada y costosa, y a no reconocerlo cuando la información es obtenida casualmente. La distinción básica entre los dos tipos de información (y la teoría de los derechos de propiedad que se basa en ella) introduce un orden en los casos en que existe un deber de revelar información y elimina el aparente conflicto entre los casos que permiten que

no se revele información y la bien establecida regla que señala que los errores unilaterales cometidos por el oferente serán eximibles si el error es, o razonablemente pudo ser, conocido por la otra parte.

Aun a pesar de haber confinado mi discusión al Derecho de los contratos –aunque debe admitirse, a una parte pequeña de éste– el acercamiento teórico desarrollado en la segunda parte de este trabajo puede probar ser útil en el análisis de problemas relacionados en otras áreas del Derecho. Por ejemplo, ¿hasta qué grado puede decirse que los requerimientos de revelar información en nuestras normas de mercado de valores, las cuales están destinadas a frustrar el *insider trading*, se sustentan (y se justifican) en la idea de que la información privilegiada ha sido obtenida casualmente y no por un intento consciente de producirla?⁸⁴ Si esto resulta ser, en efecto, uno de los principios en que se apoyan los requerimientos para revelar información contenidos en nuestras leyes del mercado de valores, ¿qué conclusiones, si alguna, podrían trazarse sobre el alcance de estos requerimientos? Por ejemplo, ¿cuánta información debería un oferente público de adquisición revelar públicamente acerca de sus planes para la compañía que espera adquirir? ¿El análisis ofrecido en este trabajo, acaso, da luces sobre los requerimientos de “no evidencia” de las leyes de patentes?⁸⁵ (¿Será ésta, quizás, una herramienta legal para discriminar entre la información que es el resultado de una búsqueda deliberada y la que no lo es?) ¿Acaso las distinciones que se sugieren aquí nos ayudan a comprender la proliferación de requerimientos para revelar información en el campo de los productos para el consumidor y darnos una mejor idea sobre si son deseables o no? Una teoría legal que nos de un marco común para el análisis de esta y otras preguntas tendría un atractivo considerable.

⁸⁴ Discusiones útiles de la economía de los requerimientos de revelar información en el campo del Mercado de Valores podrá ser encontrado en MANNE, Henry G. “Insider Trading and the Stock Market”. 1966; FAMA, Eugene F. y Arthur B. LLAFFER. “Information and Capital Markets”. En *Journal Business* 44. 1971. pp. 297-298.

⁸⁵ Ver KITCH, Edmund W. “Graham v. John Deere Co: New Standars for Patents”. En: *Supreme Court Review*. 1966. p. 293.

¿PERICULUM EST DUBITABILIS? ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PAPEL DEL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA*

José Juan Haro Seijas**

La Teoría del Riesgo debe ser uno de los temas que más se repiten dentro de las aulas universitarias. Sin embargo, pocas veces se llega a un estudio concreto que revele los verdaderos alcances de esta institución dentro de nuestra legislación, más allá de simples aproximaciones abstractas y generales.

¿Debe el Código Civil establecer la presunción de responsabilidad subjetiva general en el sistema contractual o debe analizar el riesgo considerando una perspectiva distinta?

A lo largo del presente artículo, el autor, utilizando diferentes aproximaciones como la del análisis económico del Derecho, el Derecho Comparado y una serie de casos puntuales, se acerca nuevamente a esta figura, dejándonos de paso una interesante propuesta.

* Para Patricia, Miguel, Javier y Christian, con nostalgia de los tiempos vividos en la conducción de THEMIS. Y para la actual generación, con la admiración de quien descubre día con día que es inagotable la capacidad de superarse a uno mismo.

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

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del año 1992 habría de confrontarme por primera vez con la teoría del riesgo. Me aprestaba, entonces, a cursar el tercer ciclo de la carrera de Derecho y había decidido tomar “Obligaciones” con el doctor Carlos Cárdenas Quiroz quien, por ostentar el raro privilegio de haber asesorado a la Comisión Reformadora del Código Civil desde los veintiún años, por el vasto trabajo académico que ya para entonces había realizado, pero también por la severidad que mostraba en la calificación de sus exámenes, se encontraba precedido de fama suficiente como para atraer a los estudiantes interesados en la materia que mostrarán una particular proclividad por las actividades peligrosas. Debo confesar ahora que la decisión que en aquel momento adoptamos un conjunto bastante nutrido de estudiantes fue acertada. Al menos para mí, terminó por delinear una opción profesional que me ha conducido desde entonces por los caminos del Derecho Privado, a los que nunca pensé en aproximarme cuando ingresé a la Facultad de Derecho con el expreso propósito de convertirme en penalista. Y debo admitir también, para que mi interés personal por el tema que me propongo discutir en este ensayo quede perfectamente delineado que, aunque no guardo claro recuerdo de la clase en la que el doctor Cárdenas nos transmitió por primera vez las nociones fundamentales sobre la teoría del riesgo, en el curso de mi itinerario por las aulas universitarias, tanto como alumno como profesor, habría de comprobar una y otra vez cómo así las ideas de mi profesor de Obligaciones habían quedado para siempre registradas en el conjunto de mis incipientes conocimientos.

El semestre siguiente, esta vez en el curso de Contratos que tenía a su cargo el doctor Hugo Forno Flórez, la teoría del riesgo habría de ser convocada nuevamente por tan distinguido profesor y no podría evitar entonces que mi memoria se desplazara hacia el ciclo inmediatamente anterior para recuperar con relativa facilidad lo que en ella había sido impreso. La experiencia se repetiría nuevamente un ciclo después, en el curso de Contratos Típicos I que, con dedicación poco usual en aquellos tiempos, habría de ser impartido a mi generación por el doctor Miguel Torres Méndez.

Al evocar episodios tan gratos de mi paso por la Pontificia Universidad Católica del Perú no intento tanto justificar ante el lector la importancia que puede tener el asunto que me propongo discutir aquí (que, como se observará seguidamente, poco tiene que ver realmente

con la teoría del riesgo) cuanto poner en evidencia el hecho mismo de que, por decir lo menos, resulta absolutamente inusual que una figura jurídica como esta teoría hubiera recibido (y continúe recibiendo hasta el día de hoy, me atrevería a decir) una atención tan especial en nuestro proceso educativo. Estoy seguro de que ello no se debe a una elección consciente. Como la explicación más sencilla es siempre la mejor, pienso que quizá pueda atribuirse a la usanza de los profesores de Derecho Privado en nuestro país quienes, por una o por otra razón, nos sentimos naturalmente inclinados a seguir la secuencia del Código Civil y solemos resistirnos a considerar debidamente cumplido el encargo que la Facultad nos ha conferido sino hasta el momento en que adquirimos la certeza de que todas las normas que nuestro codificador dedicó a cada una de las materias que componen el campo de estudio han sido debidamente interpretadas y sometidas a crítica en clase. Ocurre que la teoría del riesgo aparece mencionada, algunas veces de modo directo y otras por implicación, tanto en el Libro de las Obligaciones, cuanto en las secciones dedicadas a los contratos en general y a los contratos nominados del Libro de Fuentes de las Obligaciones; sobre los que versan, respectivamente, los cursos de Obligaciones, Contratos y Contratos Típicos (que, en la Universidad Católica, se denomina ahora “Contratos Especiales”)¹. Es, pues, la ubicación sistemática de las normas y la inveterada costumbre de “perseguir” al Código como si de un plan de clases se tratara lo que ha llevado a que una hipótesis que no resulta tan relevante como uno podría pensar en principio merezca tanta atención en el proceso de formación de los futuros abogados del Perú.

Transcurridos más de diez años de mi primera aproximación al tema, estimo que la dedicación que recibe en nuestras clases la teoría del riesgo es no sólo inmerecida sino que además resulta perjudicial en cuanto induce a los estudiantes a desviarse de la problemática del riesgo en general, que –como nos proponemos demostrar en las líneas que siguen– atraviesa horizontalmente un importante conjunto de instituciones relacionadas con la contratación privada. Por supuesto que –más allá de su pomposo nombre– la teoría del riesgo no describe sino un supuesto muy específicamente delimitado. Se trata, como es bien sabido, del caso que se presenta en la ejecución de contratos de prestaciones recíprocas, cuando una de las prestaciones se hace imposible sin culpa de las partes, pero la contraprestación todavía puede ejecutarse. Y lo que en tal hipótesis intentan dilucidar nuestras normas legales es cuál de las partes debe asumir “el riesgo”,

¹ Al hablar de “mención directa” me refiero, como es de suponerse, a las normas contenidas en el inciso 5 del artículo 1138 y en el artículo 1431 del Código Civil. La mención indirecta, que es aprovechada usualmente por los profesores de Contratos Típicos (o Especiales) para reintroducir la discusión, se encuentra en la regulación sobre la transferencia del riesgo de la cosa en la compraventa, que corre entre los artículos 1567 y 1570 del Código Civil.

término que, las cosas rectamente entendidas, se hace sinónimo en ese supuesto del “riesgo de imposibilidad sobreviniente de la prestación”. Ciertamente es, en definitiva, que los riesgos que las partes asumen normalmente en relación con un contrato exceden largamente los estrechos límites de la teoría del riesgo. Al celebrar un contrato, los privados deben ser conscientes de que una serie de eventos de posible ocurrencia podrían afectar el modo en que el contrato será cumplido o (acaso) incumplido. El bien materia de la compraventa podría no sólo perderse ineluctablemente, sino que también sería posible que fuera materia de una abultada apreciación o depreciación en el mercado que pudiera alterar la inclinación de las partes a dar ejecución a sus compromisos. El costo de construcción de una obra contratada previamente podría incrementarse no sólo debido a fluctuaciones en los precios sino también como efecto de otras circunstancias no controlables por los contratantes: huelgas, ataques terroristas, incendios, etc. Quien haya contratado alguna vez, habrá de reconocer casi intuitivamente que contratar es, entre otras cosas, el arte de distribuir adecuadamente entre las partes los riesgos que podrían afectar a la transacción. No obstante ello, es muy poco lo que los juristas peruanos han elaborado sobre el riesgo en general y ésta es, a mi juicio, una de aquellas omisiones que conviene subsanar.

Con el único propósito de contribuir a la discusión sobre un asunto que se me antoja de la mayor relevancia, me ha parecido recomendable dividir el presente artículo en cuatro secciones. En la primera de ellas intento explicar cómo es que nuestro codificador construyó un sistema de responsabilidad contractual fundado en la noción de diligencia y

prevención, omitiendo la consideración de que en materia contractual resulta absolutamente recomendable asignar responsabilidad también sobre la base de la capacidad que una de las partes tiene para enfrentar de mejor forma los riesgos vinculados a la transacción. La segunda parte del trabajo analiza algunas instituciones de nuestro Código Civil y demuestra cómo, no obstante la consciente apuesta del codificador por un sistema subjetivo de responsabilidad, la legislación peruana admite supuestos en los que la responsabilidad se atribuye objetivamente, sobre la base del riesgo. La tercera parte del trabajo discurre sobre la naturaleza recíproca del problema del riesgo y desnuda el equívoco en el que se sustenta la concepción extendida en nuestro país según la cual la regla *periculum est debitoris* (el riesgo es del deudor) constituye el precepto “más justo” que pueda imaginarse para resolver la hipótesis de la teoría del riesgo. En la última sección delinea algunas conclusiones que podrían orientar la investigación en torno a la responsabilidad contractual en el Perú.

1. LA DIFERENCIA ENTRE “PRECAUCIÓN” (O “PREVENCIÓN”) Y “RIESGO”

Como es harto conocido, los artículos 1314 y 1321 del Código Civil peruano definen un sistema de responsabilidad contractual de corte subjetivista². Bajo nuestro texto legal, sólo resulta responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento tardío o defectuoso quien actúa con dolo o culpa. A diferencia del sistema anglosajón³ o de ciertos ordenamientos que en la familia romano-germánica reconocen, aunque fuera con restricciones, regímenes objetivos de responsabilidad

² Código Civil. Artículo 1314.- “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Artículo 1321.- “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve...”. Desarrollando el contenido del precepto, el ponente del Libro de Obligaciones en la Comisión Reformadora ha afirmado lo siguiente: “La norma se refiere a la causa no imputable, es decir a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa”. Posteriormente, el mismo autor ha sostenido lo que a continuación se transcribe: “El principio general, en conclusión, es que el deudor sólo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad”. OSTERLING, Felipe. “Las obligaciones”. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. pp. 198-202.

³ La inclinación objetivista del *common law* en materia de incumplimiento contractual se encuentra ampliamente reconocida. Ratificando que los casos en los que se admite excusar el incumplimiento son más bien excepcionales en las cortes anglosajonas, Richard Posner ha intentado explicar el mayor rol que la responsabilidad objetiva cumple en el derecho contractual en su sistema, por oposición a lo que ocurre en el ámbito extracontractual, en el que la culpa constituye la regla general. Sostiene Posner: “La diferencia [entre uno y otro sistema] puede reflejar la mayor disponibilidad de seguros para casos de responsabilidad extracontractual (y, en consecuencia, el menor valor de proveer aseguramiento a través del sistema legal) y el hecho de que en los casos de contratos existe menos probabilidad que en los casos de responsabilidad extracontractual de que la disputa tenga que ver con eventos infortunados que cualquier parte hubiera podido prevenir (...) Ordinariamente una de las partes contratantes es la ejecutante y la otra la pagadora. La primera tiene completo control sobre el cumplimiento, la segunda completo control sobre el pago. La presunción es en consecuencia que el incumplimiento es evitable a menor costo por el promitente que por el promisorio, o si no es evitable, sí asegurable por el primero a menor costo. En cambio, la mayor parte de las situaciones de responsabilidad extracontractual tratan de colisiones entre dos actividades, como manejar y caminar, y no existe base para una presunción general, tal que pudiera sostener una regla general de responsabilidad objetiva, de que el dañador estaba en mejor posición que la víctima para haber evitado la colisión”. POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York: Aspen. 1998. p. 197.

Sobre el tradicional punto de vista anglosajón resulta particularmente interesante considerar los siguientes pasajes del clásico libro de Oliver Wendell Holmes: “Las consecuencias de una promesa vinculante en el *common law* no son afectadas por el grado de poder que el promitente tenga sobre el evento prometido. Si el evento prometido no llega a ocurrir, la propiedad del demandado es vendida para cubrir los daños, con ciertas limitaciones, que la contraparte ha sufrido por el incumplimiento. Las consecuencias son del mismo tipo ya sea que la promesa fuera que lloverá mañana, o que otra persona pintará un cuadro, o que el mismo promitente entregará una paca de algodón.

Si la consecuencia legal es la misma en todos los casos, parece apropiado que todos los contratos sean considerados desde el mismo punto de vista legal. En el caso de una promesa vinculante de que lloverá mañana, el inmediato efecto legal de lo que promitente promete es que éste asume el riesgo del evento, dentro de ciertos límites definidos de mutuo acuerdo por el mismo con la contraparte. No ocurre nada distinto cuando promete entregar una paca de algodón”. HOLMES, Oliver Wendell. “The Common Law”. New York: Dover. 1991. pp. 299-300.

en materia contractual⁴, el codificador peruano ha considerado prudente conceder al deudor la posibilidad de exonerar su propio incumplimiento alegando que actuó con diligencia para producir el resultado buscado por el acreedor. Las implicancias prácticas de la opción legislativa se observan mejor con un ejemplo.

Supongamos que un transportista debe entregar un paquete con papeles que resultan muy importantes en un proceso civil. Para evitar cualquier discusión relacionada con la posibilidad de que el daño resulte (o no) indemnizable, asumamos además que el transportista conoce perfectamente la relevancia que tienen los documentos y ha sido informado que, para poder presentarlos como evidencia en el proceso, sería necesario que los entregara antes de una determinada fecha. Imaginemos ahora que el transportista incumple con la entrega oportuna de los documentos debido a que una de las llantas del vehículo que utilizaba para ejecutar su prestación resultó pinchada y no contaba con una llanta de repuesto. La respuesta a una hipótesis de este tipo resulta casi intuitiva: el transportista es responsable porque pudo haber evitado la entrega tardía si es que hubiera tomado medidas de prevención razonables dadas las circunstancias; o, lo que es lo mismo, es responsable debido a su negligencia.

La contraposición de los conceptos de culpa y diligencia se evidencia en el Perú de una simple lectura del artículo 1320 del Código Civil. Con arreglo a dicha norma,

“actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Aunque la noción jurídica de diligencia no aparece explícitamente desarrollada en nuestra codificación civil, el término es lo suficientemente comprensible en el lenguaje cotidiano como para considerar confiable la definición provista por la Real Academia de la Lengua Española, de acuerdo con la que la diligencia alude al “cuidado y actividad en ejecutar algo”⁵.

La doctrina romano-germánica ha abundado, además, en la definición teórica del concepto. Como detalla Corsaro: “La culpa es entendida como la voluntad de la lesión del derecho del otro (dolo), o bien como la negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglas de conducta, que califican un comportamiento como dañoso, llevado a cabo sin la específica voluntad de dañar a otros (culpa en sentido estricto o propio); un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso, esto es, una “notoria oposición a la ley, como una negligencia o imprudencia imperdonables”⁶.

Lo que las definiciones antes anotadas no proporcionan, como puede observarse fácilmente, es un estándar para distinguir los casos en los que la adopción de precauciones es exigible (de modo que si tales prevenciones no fueran adoptadas se incurriría en negligencia) de aquellos en los que las medidas de cuidado no son exigibles⁷. La utilidad

⁴ En el ordenamiento italiano, el artículo 1218 del Codice Civile (“el deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él”) y las ideas de Giuseppe Osti, el artífice de las disposiciones sobre contratos del mencionado cuerpo normativo, han servido a un muy relevante sector de la doctrina para defender la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad en materia de inejecución de obligaciones y para sostener que la “causa no imputable” (esto es, la ausencia de culpa) cumple un muy limitado propósito en tal sistema jurídico, dado que sólo exonera al deudor de responsabilidad en caso de imposibilidad sobrevinida de la prestación. De ello da cuenta VISINTINI, Giovanna. “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil”. Traducción, edición y notas de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: ARA. 2002. p. 93.

La tesis subjetiva se ha defendido en Italia sobre la base de lo establecido en el artículo 1176 del Codice, en el que se prescribe que “en el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia”, y en otros preceptos (particularmente, el contenido en el artículo 2236 del Codice) que hacen expresa referencia a la culpa. Algún sector de la doctrina ha sabido recurrir a la tradicional distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, formulada por Demogue en los años veinte, para postular que sólo en la primera categoría adquiere la diligencia relevancia como contenido de la prestación ex-artículo 1176 del Codice, mientras que en la segunda la responsabilidad debe seguirse objetivamente de la simple demostración del cumplimiento inexacto. Cfr. FRANZONI, Máximo. “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”. En: ALPA y otros. “Estudios sobre la responsabilidad civil”. Traducción y edición a cargo de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: ARA. 2001. p. 382; quien en su sistema jurídico considera manifiesto –en tesis que parece compartir Giovanna Visintini en lo sustancial– que el régimen de responsabilidad es objetivo en cuanto toca a las obligaciones de resultado y subjetivo en lo relativo a las obligaciones de medios.

En el ordenamiento germano, por su parte, las modificaciones introducidas en el Código Civil por la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones) que entró en vigor el 1 de enero de 2002, han dejado firmemente encuadrado el precepto contenido en el artículo 276 del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) según el cual “el deudor es responsable por actos u omisiones deliberados y negligentes, a menos que la existencia de un grado más estricto o menos estricto de responsabilidad haya sido establecido o deba inferirse del contenido de la obligación, en particular del otorgamiento de una garantía o de la asunción de un riesgo”; norma que –como puede observarse– si bien reconoce la responsabilidad por culpa como regla general en materia de incumplimiento, admite regímenes objetivos cuando deba estimarse que el deudor otorgó, explícita o implícitamente, una garantía (término que aquí debe entenderse en el sentido tradicional de “prestaciones de garantía”, como las que contrae una empresa de seguros frente a sus asegurados) o asumió un riesgo. Para una explicación más detallada sobre la noción de “prestaciones de garantía” –término que designa en general a las situaciones jurídicas que suponen la asunción de una garantía por riesgos– puede consultarse: FORNO FLÓREZ, Hugo. “Precisiones conceptuales en torno a la promesa del hecho ajeno”. En: *Advocatus* 4. Año 3. 1992. p. 50; y BETTI, Emilio. “Teoria Generale delle Obligatione”. Vol. I. Milán: Giuffrè. 1953. p. 44.

⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésimo segunda edición.

⁶ CORSARO, Luigi. “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”. En: ALPA y otros. Op. cit., pp. 145-146.

⁷ La falta de un criterio claro para distinguir el comportamiento diligente del negligente puede generar actitudes ineficientes en el deudor que, considerando la posibilidad de que ciertas precauciones, aún siendo económicamente adoptables, sean entendidas por el juez como extrañas a la obligación de diligencia, puede verse inducido a conformarse simple y llanamente con seguir a pie juntilla las medidas tradicionales de cuidado o a actuar de un modo menos cuidadoso que el potencialmente alcanzable. Ver, al respecto: TRIMARCHI, Pietro. “Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual”. En: THEMIS-Revista de Derecho 29. Segunda Época. 1994. p. 98.

de la definición de un estándar que permita trazar una clara línea divisoria es innegable cuando se tiene en cuenta que, si es que no existieran restricciones presupuestarias y no fuera necesario efectuar un análisis-costo beneficio en cada caso, cualquier potencial daño podría ser evitado mediante la adopción de alguna prevención⁸. Para demostrarlo, basta con retornar a nuestro ejemplo original y preguntarnos si la conclusión intuitiva que habíamos formulado a favor de la responsabilidad contractual debería mantenerse si en lugar de haberse pinchado una llanta se hubieran pinchado las cuatro. Nótese que, al igual como ocurría en la hipótesis que propusimos líneas arriba, la entrega tardía también podría ser evitada en este caso si es que el transportista contara con neumáticos de repuesto, aunque ahora éstos deberían ser cuatro. Si para establecer que un individuo actuó con negligencia bastara con demostrar que éste podría haber evitado el accidente adoptando alguna medida de cuidado, la imputación de responsabilidad bajo la regla de la culpa resultaría pocas veces controvertida. Ese no es, por cierto, el criterio que propone nuestro Código Civil: cualquier indagación sobre el nivel de diligencia de un sujeto debe considerar “la naturaleza de la obligación” y “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Encuadrados en el marco delineado por los antes referidos parámetros, a nuestro parecer resultaría inapropiado que se adjudicara responsabilidad en un sistema subjetivo como el nuestro bajo el argumento de que el transportista podría haber tomado la precaución de contar con cuatro llantas de repuesto. Tal nivel de cuidado parecería inexigible en un mundo en el que la posibilidad de que los cuatro neumáticos se pinchen al mismo tiempo es bastante remota y en el que, por lo tanto, una prevención de tal naturaleza parecería incongruente con “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Por supuesto que sería posible alegar en sentido contrario y sostener que si se tomara en cuenta la tremenda relevancia de los documentos cualquier medida de cuidado parecería justificable, pero una propuesta de ese tipo no parece admisible puesto que –por esa vía– podríamos terminar aceptando que el transportista estaba obligado a comisionar dos vehículos, uno para el cumplimiento

del encargo y el otro para cubrir cualquier contingencia que pudiera presentarse.

En la jurisprudencia del *common law* el estándar de la culpa (más precisamente, de la diligencia exigible) fue formalizado con mayor precisión por el juez Learned Hand, aunque con ocasión de una disputa sobre responsabilidad extracontractual, en el famoso caso *United States v. Carrol Towing Co.*⁹. La regla propuesta en tal caso –conocida como la fórmula de Hand en memoria de su autor– postula que un individuo incurre en negligencia únicamente en el supuesto en el que el costo de la medida de cuidado (que llamaremos “*c*”) es inferior al “costo esperado de un evento dañoso” (o “*pD*”), siendo *pD* la resultante de multiplicar la probabilidad de ocurrencia del daño (o “*p*”) por la magnitud de tal daño en el caso de suscitarse (o “*D*”). Aunque Hand nunca formalizó su razonamiento en términos matemáticos, los textos más difundidos de Análisis Económico del Derecho coinciden en puntualizar que –bajo criterios económicos– existe culpa (o negligencia) cuando $c < pD$, mientras que no la hay cuando $c > pD$ ¹⁰.

Sin dejar de reconocer la necesidad de efectuar ajustes en el modelo propuesto en el párrafo precedente a fin de encontrar soluciones más consistentes con la racionalidad económica, la intuición básica tras la fórmula de Hand puede ayudarnos a explicar con relativa sencillez por qué puede estimarse que existe negligencia cuando se pincha una sola llanta y no se cuenta con un repuesto y debe concluirse que no hay culpa cuando son cuatro las llantas afectadas. La distinción tiene que ver, como resulta evidente, con la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del evento dañoso (*p*): la posibilidad de que se pinche una llanta es relativamente más alta que la probabilidad de que se pinchen las cuatro. Contar con una llanta de repuesto resulta tan razonable que todos los vehículos que se producen el día de hoy vienen con el repuesto instalado desde fábrica. Instalar cuatro llantas de repuesto, en cambio, supondría un gran costo (*c*) en términos de espacio que no parecería justificado frente a la reducida probabilidad de que todos los neumáticos resulten afectados en un accidente.

⁸ En igual sentido, DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. p. 70: “Pero, en última instancia, todos los accidentes pueden evitarse; la diferencia está en el costo en que se incurre para evitarlos: hay accidentes que son evitables a un costo razonable y otros que sólo serían evitables a un costo excesivo. Por consiguiente, si el principio subjetivo establece que sólo se incurre en culpa por negligencia cuando no se ha adoptado una precaución de costo razonable, era necesario cuantificar la razonabilidad; en otras palabras, había que determinar hasta cuánto un hombre razonable debe gastar en precauciones para evitar un accidente”.

⁹ 159 F2d 169 (2nd Circ. 1947).

¹⁰ Aunque reconocen la intuición económica en la regla, Landes y Posner critican la formulación en estos términos porque sitúa el problema en términos absolutos y no en términos marginales. Señalan los autores, en opinión que compartimos, que lo que importa no es la confrontación del monto total del daño potencial con el costo total de la prevención, sino más bien la evaluación conjunta de los beneficios marginales de la adopción de la medida de cuidado bajo análisis (lo que supone determinar cuánto se reduce el costo potencial del daño con la introducción de una cierta precaución) y los costos marginales de la prevención. Otra forma de expresar la crítica es sostener que lo que interesa no es tanto que el valor absoluto de *c* sea superior o inferior a *pD*, sino que de lo que se trata es de minimizar el costo social del evento dañoso, lo que supone exigir que el potencial causante de un daño elija el nivel de precauciones que minimice $c + pD$. Para una explicación más detallada de este refinamiento en el análisis, puede consultarse: LANDES, William y Richard POSNER. “The Economic Structure of Tort Law”. Cambridge: Harvard. 1987. pp. 87-88.

En un sistema de responsabilidad contractual objetivo, el transportista debería responder aun cuando no hubiera podido evitar el daño mediante la adopción de precauciones razonables. Bastaría con constatar que los documentos no fueron entregados oportunamente para obligar al deudor a pagar una indemnización por los daños causados, sin importar que el incumplimiento haya sido originado por la pinchadura de una o de cuatro llantas. Es verdad que los criterios de imputación objetiva admiten normalmente defensas relacionadas con la imposibilidad sobrevenida de la prestación (de modo que la responsabilidad queda exonerada si el deudor puede probar que el comportamiento comprometido no resultaba objetivamente ejecutable), pero no es menos cierto que en la realidad económica –ya sea dentro de los límites del sistema de responsabilidad civil o fuera de éstos– es posible identificar supuestos en los que la obligación de asumir el peso económico del daño resulta inexcusable y en los que, de esta forma, puede afirmarse que el riesgo de no consecución del resultado querido por una parte se hace recaer íntegramente en la otra.

Piénsese, para empezar con las situaciones más evidentes, en el contrato de seguro, en el que una de las partes –la compañía aseguradora– se obliga a cubrir los daños en el supuesto que la otra –el asegurado– sufra un siniestro perfectamente determinado. No se encuentra objeción en este caso a aceptar la tesis de que, no obstante que la producción del evento se encuentra totalmente fuera del control de la compañía aseguradora, es perfectamente válido que ésta asuma el riesgo del siniestro y soporte el peso económico de un daño que ninguna medida de cuidado de su parte hubiera podido evitar. Es verdad que el caso de los seguros excede *stricto sensu* el problema de la responsabilidad objetiva porque el pago de la “indemnización” por la compañía aseguradora no supone la existencia de un incumplimiento previo sino más bien la ejecución de una garantía otorgada. No obstante ello, con el análisis de otras figuras contractuales podrá verse cómo es que lo único que distingue los casos de mero otorgamiento de garantía de los verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva es que en estos últimos la garantía –con el límite o no de la imposibilidad sobrevenida, dado que ésta no tiene por qué ser absoluta– viene otorgada por el propio deudor. Más allá de estos refinamientos, en general es perfectamente imaginable que las partes en un negocio

convengan en pagar una cierta indemnización o en ejecutar algún otro remedio cuando el resultado esperado por la contraria no se alcance a pesar de haberse adoptado todas las precauciones razonables para la consecución del fin querido.

Una hipótesis muy interesante es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en los artículos 1470 y siguientes de nuestro Código Civil, respecto de la que se admite explícitamente, como ocurre en los contratos de seguro, que una de las partes (el promitente) se obligue a pagar una indemnización a la otra (el promisario) en el caso que un cierto evento querido por esta última no se verifique, lo que, por supuesto, ocurrirá con prescindencia de todas las gestiones que –de considerarlo necesario– podría haber desplegado el promitente frente al tercero para inducirlo a ejecutar el hecho prometido. Y si es perfectamente posible que un privado asuma el riesgo de que un evento ajeno por completo a su esfera jurídica ocurra (o no ocurra), parecería absurdo que se objetara la posibilidad de que cualquier persona convenga en asumir objetivamente el riesgo de que un determinado evento usualmente bajo su control (este es el caso de la ejecución de una prestación en una relación obligatoria) no llegue a producirse, con prescindencia de la causa a la que esto pueda atribuirse¹¹. La realidad nos ofrece, una vez más, una serie de situaciones como la que aquí se propone.

Un buen ejemplo –al que nos referiremos con mayor atención posteriormente– viene dado por las garantías de consumo que, bien vistas las cosas, constituyen estipulaciones contractuales insertas en contratos de compraventa por las cuales una de las partes (el proveedor) asume, en un inobjetable caso de responsabilidad objetiva, la obligación de reparar o sustituir el bien que ha vendido en el caso que éste sufra algún desperfecto. Nótese cómo es que la garantía compele a la reparación o sustitución por el proveedor sin importar que éste haya puesto toda la diligencia posible en la fabricación del bien y, siendo ello así, la cobertura debe otorgarse con prescindencia de que se haya actuado (o no) negligentemente en el cumplimiento. Que se afirme tal cosa no implica, por cierto, que la adopción de un criterio de imputación objetivo no sea capaz de inducir al proveedor a adoptar precauciones, sino todo lo contrario: como quiera que el proveedor deberá remediar siempre el defecto del producto, tendrá incentivos suficientes para invertir en medidas de cuidado (c) hasta el punto en que se minimice

¹¹ En la misma línea apunta el ejemplo propuesto por Hugo Forno: “Piénsese en el caso de un médico. El paciente requiere de una intervención quirúrgica muy delicada y el médico se obliga a practicarla. Esto constituye una obligación con prestación de hacer (de medios), en cuya ejecución debe poner todos sus conocimientos y aptitudes. Pero el médico no puede prometer que como consecuencia de su obrar se obtendrá la curación del paciente porque en el proceso intervienen factores externos e incontrolables para él. Precisamente en esto consiste el riesgo que pesa sobre el paciente porque es posible que a pesar de la inobjetable intervención del médico, el paciente muera. Entonces, si el médico promete la curación del paciente lo que en realidad está haciendo es otorgarle una garantía de ese resultado incierto asumiendo el riesgo de que no se obtenga el resultado esperado. Si esto ocurre, el médico tendrá que pagar una indemnización (eventualmente a los herederos del paciente)”. FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit., p. 49. El supuesto de una obligación de medios a la que se añade una prestación de garantía respecto del resultado no controlable por el deudor constituye a nuestro juicio (al menos en sustancia) un verdadero caso de responsabilidad objetiva.

$c + pD$. Los defectos que no puedan ser evitados con tal nivel de prevención constituyen parte del riesgo puro asumido por el proveedor, dado que éste deberá pagar de cualquier forma la indemnización¹².

De una u otra forma, todos los contratos comprenden al mismo tiempo “elementos de prevención” y “elementos de riesgo”. Si las partes pudieran redactar un contrato perfecto¹³ de modo que el peso económico de todas las contingencias que pudieran afectar la relación se hicieran recaer en una o en la otra, algunas veces la asignación podría justificarse sobre la base de un criterio de “prevención” bajo el entendido de que la parte a la que se hace soportar la contingencia está en mejor posibilidad de adoptar precauciones para evitar el daño¹⁴. Otras veces, en cambio, la asignación debería justificarse bajo criterios de “puro riesgo”: aunque la parte que lo soporta no pueda finalmente adoptar precauciones para evitar el evento dañoso, sí puede estar en mejor aptitud para estimar su magnitud o para diluir su peso económico¹⁵.

Los contratos de mensajería, lo mismo que los contratos de transporte, pueden estructurarse de modo tal que el riesgo no evitable¹⁶ de pérdida de los bienes transportados (supuesto que, de un modo lato, puede calificarse como incumplimiento del contrato) se haga recaer indistintamente en una parte o en la otra. Piénsese por un momento en las distintas modalidades de servicio que ofrecen empresas de *courier* como DHL o Federal Express. Si el consumidor no está particularmente interesado en un servicio rápido y si no tiene inconveniente en asumir el riesgo de que sus bienes se pierdan en el curso del viaje por un evento externo incontrolable por el proveedor, puede elegir libremente el servicio básico que normalmente ofrece este tipo de empresas. Si el cliente desea, en cambio, que el proveedor se comprometa a transportar las mercaderías con particular rapidez y asuma además el costo de la pérdida sin limitación de ninguna especie, es perfectamente posible elegir un servicio que –por una contraprestación más elevada– proporcione precisamente esas características. En el extremo, es factible incluso que el cliente elija coberturas variables

dependiendo del valor de la mercadería cuyo transporte encarga (a la usanza de un seguro común y corriente)¹⁷.

Las distintas opciones que el mercado ofrece en relación con los servicios de *courier*, pero también en lo relativo a otras manifestaciones contractuales (contratos de obra, contratos de corretaje, contratos de asesoría financiera, etc.), dejan al descubierto una serie de cuestiones que parece absolutamente atinado considerar en lo tocante al modo en que los privados asumen el peso económico de eventos contingentes. En primer lugar, la distribución de los riesgos (y en este aspecto no nos estamos refiriendo únicamente al riesgo de incumplimiento) no siempre es homogénea entre tipos contractuales: de la misma forma en que puede imaginarse un contrato de obra en el que el riesgo de elevación del precio de los insumos se haga recaer en el comitente, también es concebible que ese mismo riesgo sea asumido por el contratista. En segundo término, la asunción de un cierto riesgo por una de las partes supone un costo económico intangible cuyo valor puede ser estimado y que normalmente origina el incremento de la contraprestación exigida por quien asume el riesgo (o, cosa también probable cuando la contraprestación no resulta incrementada, genera una disminución correlativa del beneficio esperado del contrato para quien asume el riesgo). Finalmente, el requerimiento de que la contraparte asuma el riesgo no obstante la posible exigencia por ésta de una mayor contraprestación supone que existen circunstancias en las que un privado puede preferir pagar más por un bien o un servicio a condición de quedar liberado anticipadamente de un cierto evento dañoso que resulta contingente.

Para explicar cada una de estas cuestiones y definir sus implicancias en el diseño del sistema legal, es necesario adentrarse en la concepción económica del riesgo. Es verdad que, desde un punto de vista intuitivo, el riesgo puede definirse como la probabilidad de la ocurrencia de un daño a causa de la verificación (o no verificación) de un evento¹⁸ o, más sencillamente, como la contingencia o proximidad de sufrir un daño¹⁹. Desde un punto de vista técnico, los economistas prefieren

¹² Nótese cómo, en los casos de responsabilidad objetiva, es razonable tomar precauciones sólo hasta el punto en el que el costo marginal de una medida de cuidado se haga igual al beneficio marginal generado por dicha medida en términos de reducción del costo esperado de los accidentes. Cuando la adición de una nueva medida de cuidado genera más costos que beneficios, la decisión racional consiste en no invertir en tal medida y asumir –en su lugar– el riesgo del pago de una indemnización.

¹³ Se habla de “contrato perfecto” o “contrato completo” para aludir a un contrato cuyas estipulaciones cubren todas las contingencias que pueden afectar a la relación jurídica. Cfr. COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y economía”. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 265-266.

¹⁴ Cuando la responsabilidad se asigna a la parte que puede adoptar precauciones a más bajo costo, suele decirse que la asignación responde al criterio del *cheapest cost avoider*.

¹⁵ Cuando la responsabilidad se asigna a la parte que se encuentra en mejor capacidad de estimar la magnitud del riesgo o de diversificarlo y, por tanto, puede asegurar el evento a más bajo costo, el criterio económico que se emplea es el del *cheapest risk bearer*.

¹⁶ La expresión “riesgo no evitable” debe entenderse aquí equivalente de riesgo no evitable en términos razonables bajo el estándar de diligencia.

¹⁷ Para constatarlo, sugerimos revisar las siguientes páginas web: www.dhl.com y www.fedex.com.

¹⁸ Así, en FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit., p. 50.

¹⁹ Como, recurriendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, prefiere definirlo algún otro autor. Ver: PATRÓN, Carlos. “Advertencia: la regulación del riesgo puede ser dañina para la salud. La percepción y regulación del riesgo en la sociedad”. En: *Ius et Veritas* 19. p. 64.

distinguir el concepto de “incertidumbre” del concepto de “riesgo” en sentido estricto: “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades”²⁰. Cooter y Ulen describen dos tipos de incertidumbre: la primera, que denominan incertidumbre primaria, existe porque algunos eventos futuros que son cruciales para las decisiones económicas tomadas hoy son desconocidos; la segunda, en cambio, surge porque la información acerca de ciertos eventos futuros o presentes es conocida por algunos agentes económicos, pero no por todos²¹.

Al celebrar un contrato que deberá ejecutarse posteriormente, las partes normalmente estiman los costos o beneficios relacionados con el negocio, aunque la magnitud exacta de tales variables se encuentre sujeta a incertidumbre. Cuando la incertidumbre a la que se halla sometida una variable se toma en cuenta para estimar la utilidad de ésta, nace el concepto de “utilidad esperada”. Una persona a la que se le solicite definir si preferiría recibir S/. 1,000 o uno de los diez boletos emitidos en una lotería en la que se sorteará S/. 10,000 normalmente tomará la primera alternativa porque ésta se le representa como más segura. Desde un punto de vista estrictamente matemático, sin embargo, el valor monetario esperado de ambas opciones es exactamente el mismo: S/. 1,000 resulta equivalente a una probabilidad de 10% de obtener S/. 10,000 (ó $0.10 \times S/. 10,000$)²². Nótese cómo, en el ejemplo que se propone, el riesgo relacionado con la lotería es perfectamente conocido y, a pesar de ello, podemos aceptar que un individuo común y corriente estaría inclinado a considerar que la opción más segura le produce una mayor utilidad esperada, aunque ésta no sea la que mayores beneficios le puede proporcionar en todas las circunstancias imaginables. Que el valor monetario esperado de dos opciones (una cierta y la otra incierta) sea el mismo no importa, como puede observarse, que la “utilidad esperada” de las alternativas sea equivalente para todos los individuos.

La discrepancia entre el valor monetario esperado y la utilidad esperada de un resultado incierto puede explicarse mejor cuando se consideran las actitudes hacia el riesgo que pueden presentar los agentes económicos. La mayor parte de los individuos parecen ser adversos al riesgo lo que, puesto en otros términos,

supone que consideran que la utilidad de una perspectiva cierta de un ingreso monetario es mayor que la utilidad esperada de una perspectiva incierta de un valor monetario esperado igual²³. Los economistas explican la aversión al riesgo recurriendo al concepto de *utilidad marginal decreciente del ingreso*, con el que se quiere denotar que las últimas unidades de un determinado bien generan menos utilidad que las primeras unidades. Uno puede imaginar, por ejemplo, que el primer plato de comida reporta para un sujeto hambriento mayor utilidad que el segundo; en el extremo, el primero podría haberle salvado la vida y el segundo sólo haber satisfecho un capricho de gula. De la misma forma, una persona pobre extraerá mayor utilidad de los primeros S/. 100 que obtenga que de los segundos S/. 100: cuando un agente económico sufre graves restricciones presupuestarias, sus escasos ingresos se dirigen a satisfacer en primer lugar las necesidades más urgentes; pero, conforme el ingreso se incrementa, pueden cubrirse necesidades cuya satisfacción origina menor utilidad. Cuando una persona exhibe una utilidad marginal decreciente en su ingreso, la perspectiva de arriesgar S/. 100 que se poseen en una apuesta que otorga un 50% de probabilidades de ganar S/. 200 resulta absolutamente irracional. La explicación del fenómeno ahora es sencilla: los primeros S/. 100 otorgan una mayor utilidad en este caso que los segundos S/. 100 que se obtendrían de ganarse la apuesta.

Por más común que parezca la aversión al riesgo, no puede negarse que algunos individuos (este es el caso de los apostadores) muestran una especial predilección por el riesgo mientras que otros (podría ser el caso de las organizaciones empresariales) son capaces de adoptar decisiones sin denotar una particular inclinación a favor o en contra del riesgo. La preferencia por el riesgo se encuentra correlacionada con una utilidad marginal del ingreso creciente: cuando un individuo obtiene más utilidad de la misma suma monetaria conforme su ingreso se va incrementando puede verse tentado, a diferencia de lo que ocurriría con una persona adversa al riesgo, a jugar al “doble o nada” con tal de duplicar su capital. La neutralidad hacia el riesgo, en cambio, se vincula con una utilidad marginal del ingreso constante, lo que implica que el individuo se muestra indiferente entre una perspectiva cierta de ingreso y una expectativa incierta de un valor monetario esperado igual.

²⁰ KAFKA, Folke. “Teoría económica”. Tercera edición. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 1996. p. 76.

²¹ COOTER y ULEN. Op. cit., p. 67.

²² El valor esperado es la suma de las probabilidades de cada resultado posible multiplicadas por el valor de cada uno de tales resultados. En el caso que la persona de nuestro ejemplo optara por jugar la lotería, existirían hasta diez resultados esperados (nueve perdedores y uno ganador), cada uno de los cuales estaría afectado por una igual probabilidad de realización (10%). El valor esperado (VE) del juego sería entonces:

$VE = 0.1 (S/0) + 0.1 (S/10,000) = S/. 1,000.$

²³ COOTER y ULEN. Op. cit., p. 70.

Hasta este punto hemos supuesto, aunque sólo para explicar los conceptos, que la probabilidad de ocurrencia del evento contingente era conocida de antemano. Dicho en otros términos, nuestros ejemplos sobre loterías y apuestas tenían que ver con casos de “riesgo” en sentido estricto, en los que el individuo que debía elegir había sido informado previamente de cuántos boletos habían sido emitidos. Por regla general, sin embargo, no es posible establecer con certeza absoluta cuál es la distribución de probabilidades entre cada uno de los posibles resultados de una acción o decisión. A lo más que podemos aspirar es a realizar una estimación del riesgo comprometido. Está bastante claro que –en condiciones de incertidumbre– quien posea mayor información estará en capacidad de predecir con mayor exactitud el riesgo involucrado en una transacción. Piénsese, una vez más, en el mercado de seguros. Al emitir una póliza contra accidentes vehiculares vigente por un año, la compañía de seguros no sabe a ciencia cierta si el asegurado sufrirá (o no) un siniestro durante la vigencia del contrato. Como quiera que la compañía tiene muchos otros clientes, empero, sí está en capacidad de estimar –usando modelos matemáticos– cuántos siniestros sufrirá aproximadamente el conjunto de sus clientes. Para realizar tales estimaciones, la compañía puede recurrir a información estadística sobre accidentes vehiculares ocurridos en la misma jurisdicción durante los años anteriores (la que será tanto más valiosa en cuanto muestre un mayor patrón de regularidad), evaluar el nivel de siniestralidad previa de sus propios asegurados, etc. La idea que soporta este tipo de estimaciones es la denominada *ley de los grandes números*, según la cual “los eventos imprevisibles para los individuos se vuelven previsible entre grupos grandes de individuos”²⁴.

El hecho de que la técnica de los seguros se sustente en el agrupamiento de clientes (llamado *pooling* en inglés) no sólo se justifica en que ello permite una mejor estimación del riesgo, sino también en que es esa misma agrupación la que habilita que los siniestros sean cubiertos con los fondos que proporcionan los asegurados, de modo que el peso económico de los daños se distribuya entre ellos. Imaginemos que la compañía de seguros ha asegurado contra accidentes 1,000 vehículos de las mismas características. Supongamos, además, que la compañía puede predecir con absoluta certeza que en el curso del ejercicio anual se producirán, al interior de este grupo, 100 siniestros

por un valor monetario total de S/. 100,000. Ello significa que, sólo con el propósito de cubrir los siniestros, la compañía debería recaudar de cada asegurado un monto igual a $S/. 100,000 \div 1,000$ ó S/. 100. En la terminología propia del negocio de seguros, se diría que éste es el monto de la *prima pura de riesgo*. Por supuesto que las compañías de seguros existen para obtener beneficios y, siendo ello así, suman a la prima pura de riesgo otros conceptos (prima comercial, margen de ganancia, etc.). Aun así, la imposibilidad de que cada asegurado pueda establecer a ciencia cierta el nivel de riesgo que confronta aunada a la normal aversión al riesgo de los individuos puede hacer aparecer la contratación de un seguro como deseable, no obstante que es altamente probable que el valor monetario esperado de los siniestros sea inferior a la prima que se deba pagar a la compañía.

Tal como ocurre en el mercado de los seguros, en el que los ofertantes se encuentran en mejor capacidad de estimar el riesgo o de distribuir su peso económico entre la pluralidad de demandantes, en un contrato privado es posible identificar cuál de las partes cuenta con mejor información que la otra para estimar ciertos riesgos o se halla en capacidad de diluir (distribuir o diversificar) más fácilmente el peso económico de éstos, lo que puede orientar la distribución de las contingencias dispuesta por las partes o por la ley.

La responsabilidad por productos defectuosos, regulada por la Ley de Protección al Consumidor en términos objetivos²⁵, ofrece algunos ejemplos interesantes. En el año 1995, mientras me desempeñaba como asistente legal de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, tuve noticia de un caso particularmente curioso. Una consumidora se presentó ante la Secretaría Técnica de la Comisión portando una botella vacía de una conocida bebida negra en cuyo interior podía observarse (aunque es verdad que sólo luego de especial esfuerzo) el cuerpo inerte y completamente calcinado de un pequeño roedor. Según indicaba la consumidora, como quiera que el animal mostraba una extraña coloración negruzca, su presencia no había podido ser detectada por sus hijos cuando la botella estaba llena, lo que había ocasionado que bebieran desaprensivamente el líquido. Creo recordar que el asunto se solucionó por la vía de la conciliación. Hasta que el acuerdo final quedó concluido, sin embargo, nuestras pesquisas nos habían conducido a establecer que la empresa que

²⁴ Ibid., p. 76.

²⁵ Que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos definido por la Ley de Protección al Consumidor es objetivo se encuentra fuera de discusión en nuestro ordenamiento. Así se deriva de lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo 716 que establece que “el proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos” sin admitir que el proveedor pruebe su diligencia. La naturaleza objetiva de la responsabilidad ha sido ratificada por los órganos funcionales del INDECOPI en reiterada jurisprudencia administrativa. Puede verse, al respecto: BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra. 2003. pp. 324-325.

producía la bebida había instalado todo tipo de controles humanos y tecnológicos para evitar la presencia de cuerpos extraños en sus productos. De hecho, todo hacía indicar que la tecnología desplegada era de las más modernas que estaban a disposición y que, no obstante ello, no era posible garantizar que el 100% de los productos estuvieran libres de fallas. Si el régimen de responsabilidad por productos defectuosos fuera subjetivo, a la empresa embotelladora le bastaría para exonerar su responsabilidad con demostrar que adoptó todas las precauciones razonables para minimizar la probabilidad de eventos similares. ¿Cómo explicar que nuestro Derecho opte por un sistema objetivo a pesar de que daños como los sufridos por los hijos de la consumidora de nuestro ejemplo no podían evitarse en términos costo-eficientes? La respuesta puede fundarse en la superior capacidad de la empresa embotelladora para asumir el riesgo: ella puede estimar más fácilmente el valor implicado (embotella cientos de miles de bebidas al año) y está en mejor posición para diluir el costo de los daños esperados entre todos los consumidores mediante el sistema de precios.

Como los ejemplos propuestos hasta este punto sugieren, si las partes pudieran invertir tiempo y recursos infinitos en la celebración de contratos perfectos, la distribución de riesgos entre ellas hallaría soporte en criterios eficientes de “prevención” o de “puro riesgo”. Así, cuando una de las partes pudiera adoptar medidas de cuidado para prevenir a menor costo un evento dañoso (por ejemplo, el deudor respecto de la posibilidad de incurrir en incumplimiento), dicha parte debería asumir el riesgo. Cuando el riesgo no fuera controlable por ninguna de

las partes, en cambio, sería esperable que éste se trasladara a la parte que pudiera estimarlo o diluirlo con mayor facilidad.

Toda vez que entre nosotros rige el principio de autonomía privada y las normas sobre contratos son por regla general dispositivas (lo que incluye, salvo ciertas restricciones²⁶, a las reglas de responsabilidad contractual), la razón nos induce a pensar que los preceptos del Código Civil deben ser diseñados tratando de reproducir lo que las partes estipularían si pudieran negociar sobre un determinado asunto²⁷. En este contexto, parece curioso que nuestro ordenamiento haya optado por afirmar de un modo tan radical un sistema general de responsabilidad subjetiva cuando en el campo de las obligaciones contractuales se presenta, aunque fuera con matices, una situación similar a la de los productos defectuosos: si bien es cierto que existen supuestos en los que la colaboración del acreedor es imprescindible para que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo²⁸, en la mayoría de escenarios la ejecución exacta de la prestación dependerá casi exclusivamente del comportamiento del deudor²⁹. A esto se suma, por supuesto, el hecho que – precisamente porque se halla en control de la consumación– el deudor se encuentra normalmente en mejor capacidad para estimar la probabilidad de incumplimiento³⁰ y, posiblemente, para diluir su efecto en el mercado (sobre todo si celebra cotidianamente contratos de la misma especie). Si se considera con atención la naturaleza económica de los riesgos asociados al incumplimiento no debería extrañar que nos parezca necesario promover una seria discusión sobre la posibilidad de adoptar en

²⁶ Entre las más relevantes restricciones merecen destacarse las siguientes: (i) prohibición de estipulaciones que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga (artículo 1328 del Código Civil); (ii) posibilidad de que el juez reduzca equitativamente la penalidad convencional (artículo 1346 del Código Civil) y (iii) imposibilidad de introducir cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en contratos de adhesión (artículo 1398 del Código Civil).

²⁷ Sobre el particular puede consultarse CRASWELL, Richard. “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”. En: Michigan Law Review 88. 1989. p. 489. Craswell sugiere que las reglas supletorias que se elijan sobre la base de este criterio tenderán a resultar coincidentes con las que pudieran haberse establecido sobre la base de criterios de eficiencia. En cualquier caso, si la regla coincide con lo que la mayoría de individuos pactaría en una sociedad, aquellos que no estuvieran de acuerdo con la regla podrían estipular en contrario.

²⁸ Existen diversas hipótesis que dan cuenta de esta posibilidad (el caso del pintor a quien se ha comisionado la elaboración de un retrato del acreedor y que requiere que éste pose para completar la obra es uno claro) y a ellos se refiere implícitamente el artículo 1338 de nuestro Código Civil cuando señala que “el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

²⁹ Que el riesgo de incumplimiento sea evitable por regla general a menor costo por el deudor (criterio de “prevención”) justificaría ya de por sí la introducción de un sistema objetivo de responsabilidad. Como explica el análisis económico del Derecho, el recurso a un sistema subjetivo parece recomendable cuando ambas partes pueden tomar medidas de cuidado (supuesto que se denomina de “precaución bilateral”) o cuando no puede establecerse *ex-ante* con carácter general cuál de las partes podría tomar las medidas de cuidado (supuesto de “precaución alternativa”). Cuando la experiencia demuestra, en cambio, que el control de la situación se encuentra normalmente a cargo de una de las partes (el deudor, en el caso del cumplimiento) el mantenimiento de un régimen de culpa puede generar ineficiencias. En primer término, la administración de un régimen subjetivo de responsabilidad es más costosa para el sistema de justicia porque exige un nivel de evaluación de las pruebas mucho mayor del que se requeriría en un régimen objetivo (en el que sólo hay que evidenciar la causalidad). En segundo lugar, la implantación de un sistema subjetivo en casos de “precaución unilateral” no supone ningún diferencial en términos de eficiencia que justifique los mayores costos asociados a su administración: cuando sólo una de las partes puede tomar precauciones, tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad subjetiva pueden inducirla a adoptar un eficiente nivel de cuidado. En el caso de la responsabilidad subjetiva, ello se deriva de la expectativa que tiene el dañador de que su comportamiento diligente lo exonere de la obligación de reparar los daños que cause. En el caso de la responsabilidad objetiva, en cambio, la consecuencia se produce porque –como quiera que el dañador siempre habrá de asumir la obligación de reparar el daño– la mejor estrategia disponible para éste consiste en adoptar el mismo nivel de precauciones que adoptaría bajo un régimen de culpa, ya que (por definición) la adopción de mayores niveles de cuidado supondría que incurriera en mayores costos de prevención (*c*) que el valor esperado de los daños (*pD*).

³⁰ Esto es verdad en la mayor parte de los casos, aunque no necesariamente conozca a ciencia cierta el nivel de los daños que produciría al acreedor en caso de incumplimiento, como explicamos *infra* en el numeral 2.2.

nuestro ordenamiento una regla general de responsabilidad contractual objetiva³¹.

Al proponer esta idea, quisiera por supuesto superar la insólita confrontación entre el Derecho Civil y el análisis económico del Derecho que algunos han querido ver en nuestro medio³², como si quienes utilizan herramientas económicas en su razonamiento estuvieran analizando un fenómeno jurídico distinto cuando discurren sobre responsabilidad civil extracontractual o sobre contratos. Y si no podemos compartir este tipo de objeciones –por más que ellas se hagan pasar por científicas mediante la mera invocación del nombre de Hans Kelsen³³– mucho menos suscribiríamos la tesis de aquellos que pretenden negar valor a una idea por el simple hecho de que ésta tenga origen anglosajón³⁴. Las ideas resultan aceptables o no, al menos en el Derecho, no según su origen, sino en función de la utilidad práctica que su aceptación pueda producir: si un régimen subjetivo sirve mejor a determinados propósitos (como pienso que ocurre, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual), entonces ese es el sistema que debemos defender; si, en cambio, es el régimen objetivo el que parece más recomendable en materia contractual dadas las particulares necesidades del tráfico y las ventajas que reportaría para una mejor administración de justicia, no se comete una herejía si se plantea revisar las bases de los dogmas que nos han sido legados por nuestros mayores, sino que se

contribuye a mantener vivo su pensamiento³⁵.

Dicho lo anterior, habría que dejar en claro (aunque esto no se haga con propósito de hacer parecer la idea más “atractiva” sino sólo como circunstancia de hecho que merece ser tenida en cuenta) que, como recuerda Visintini, la tesis objetiva ha sido receptada en Francia por vía jurisprudencial³⁶ y se encuentra fuertemente arraigada en la cultura jurídica italiana, a pesar de que un importante sector de su doctrina se haya esforzado por defender el punto de vista subjetivo. Es, por cierto, un gran jurista italiano (nos referimos a Pietro Trimarchi) el que sobre la base del razonamiento económico postuló por vez primera en el continente europeo tres razones de peso para justificar la adopción de una regla general de responsabilidad objetiva en materia contractual: ésta contribuye a producir una óptima distribución de recursos productivos (o, lo que es lo mismo, favorece la eficiencia productiva), presiona a favor del progreso técnico y reduce los costos judiciales³⁷. A pesar de que más de treinta años nos separan del tiempo en que Trimarchi expresó su parecer, no parece que tales razones hayan dejado de tener peso.

2. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Contrariamente a lo que podría pensarse con la simple lectura de los artículos 1314 y 1321 del Código Civil, la legislación peruana en materia contractual ha acogido

³¹ Repárese que lo que aquí se plantea es la adopción de un régimen objetivo como regla general. Nada impediría, por cierto, que –en casos en los que el comportamiento del acreedor fuera relevante para el cumplimiento de la prestación– las partes estipularan expresamente una regla de responsabilidad adecuada a las circunstancias (que bien podría estar fundada en la culpa). Las ventajas prácticas de un sistema objetivo, manifestadas en la reducción de las defensas ante imputaciones de incumplimiento y en la correlativa simplificación de procesos judiciales, parecerían lo suficientemente atractivas como para considerar esta posibilidad con especial atención.

³² Así, en: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. “Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. pp. 20-26.

³³ *Ibid.*, pp. 30-38.

³⁴ Así en: TORRES MENDEZ, Miguel. “Jurisprudencia Literaria y Filosófica. La aplicación del movimiento ‘Derecho y Literatura’ en la Jurisprudencia”. Lima: Grijley. 2003. p. 37.

³⁵ En una reciente mesa redonda que tuvo lugar en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tuve el placer de discutir con mis amigos y colegas Freddy Escobar, Leysser León, Eric Palacios, Rómulo Morales y Jorge Beltrán sobre la unificación de la responsabilidad civil, idea que –a fuerza de repetirse irreflexivamente en medios universitarios (que no académicos)– ha llegado a cobrar, como sucede en nuestra provincia con las ideas que provienen de los “lugares correctos”, una relevancia que a todos los nombrados nos parecía innecesaria. Esta experiencia me ha servido para confirmar que, cuando se discute alturadamente sobre ideas y se está dispuesto a considerar seriamente las razones del otro, es perfectamente posible que quienes utilizan herramientas de análisis diferentes lleguen a conclusiones semejantes, lo que por supuesto no debe extrañar en cuanto que el Derecho sólo intenta ser expresión de la racionalidad humana.

³⁶ VISINTINI, Giovanna. *Op.cit.*, p. 87.

³⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 91-101. A tal artículo pertenecen los siguientes párrafos, en los que lo sustancial del pensamiento del autor resulta compendiado:

“En primer lugar es más frecuente el caso en que sea el deudor, antes que el acreedor, el que puede adoptar medidas idóneas para prevenir el daño: sólo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna. En segundo lugar debe considerarse que casi todas las medidas adoptables por el acreedor son adoptables también por el deudor. El adquirente puede controlar las mercaderías que le han suministrado, para comprobar en ellas defectos ocultos antes de que se produzcan daños; pero otro tanto puede hacer el deudor y –por regla (aun cuando no siempre)– lo puede hacer igualmente bien (...) Y nótese que, muy frecuentemente (pero no siempre), la misma medida es menos costosa para el deudor que para el acreedor. Por ejemplo, el control de los defectos de fabricación es –por regla general– menos costoso para el fabricante-vendedor que para el adquirente-usuario. (...)”

Tratándose de responsabilidad objetiva, ella opera aún cuando el incumplimiento no sea evitable, según el estado actual de la técnica. Pero porque se trata siempre de un incumplimiento debido a causas internas a la empresa, o a causas externas que sean manifiestamente irresistibles, es presumible que un desarrollo de la técnica pueda adoptar nuevos métodos para dominar tales causas de mal funcionamiento de la empresa. La responsabilidad objetiva tiene por ello el efecto de estimular el progreso técnico (...)

De otra parte, si los jueces adoptasen un concepto económico de “culpa” (...), y si este concepto debiera aplicarse en toda causa en la que se controvierte sobre la responsabilidad contractual, es claro que los procesos devendrían muy lentos y costosos, haciéndose necesarias complicadas pericias. Además, es por lo menos dudoso que en sede judicial puedan emerger todos los datos relevantes como para fundar valoraciones atendibles. ¿Por qué, por lo tanto, afrontar estas complicaciones, estas incertidumbres y estos costos judiciales, cuando el mismo resultado económico podría alcanzarse de modo más simple a través del instrumento de la responsabilidad objetiva?”.

supuestos que deben resolverse mediante la aplicación de criterios de imputación objetivos. La coexistencia de espacios de responsabilidad objetiva con un régimen general subjetivo no ha generado disputas de particular gravedad (por lo menos no tenemos noticia de ellas) sino que, como nos proponemos demostrar en las líneas que siguen, ha contribuido a simplificar el debate en áreas tan relevantes como los contratos traslativos de propiedad, uso o posesión sobre bienes y la protección al consumidor.

2.1. Las obligaciones de saneamiento

El Código Civil peruano regula, entre sus artículos 1484 y 1528, a las denominadas obligaciones de saneamiento. De conformidad con el artículo 1485 del Código, en nuestro ordenamiento el transferente de la propiedad, la posesión o el uso de un bien en virtud de un contrato “está obligado a responder frente al adquirente por la evicción³⁸, por los vicios ocultos del bien³⁹ o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor”. Se trata, como se ha encargado de puntualizar el distinguido profesor Manuel De la Puente y Lavalle, de supuestos de responsabilidad objetiva que impone la ley, ajenos por completo a que el hecho resulte imputable al deudor bajo criterios subjetivos: “Basta que se produzca una de las causales que señala la ley para el funcionamiento del saneamiento [ha dicho el maestro] para que surja la responsabilidad del transferente, independientemente del dolo o culpa de su parte (...)”⁴⁰.

Como hemos reconocido anteriormente⁴¹, que las obligaciones de saneamiento puedan catalogarse dentro del rubro de las llamadas prestaciones de garantía no parece que niegue la existencia de un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva en este caso. Dos son las razones por las que estimamos tal cosa. La primera es que las consecuencias previstas por la norma se hacen depender (a diferencia de cuanto sucede en los contratos de seguro o en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero) del incumplimiento en sentido estricto en que incurre el deudor al entregar un bien que no resulta conforme con la finalidad para la cual fue adquirido. La segunda pasa por considerar que si el riesgo es asumido por el propio deudor, la distinción entre “garantía” y

responsabilidad objetiva se vuelve difusa y hasta se diría que desaparece por completo (recuérdese, como ha quedado indicado líneas arriba, que el dato característico en los sistemas de responsabilidad objetiva es que el deudor queda obligado a reparar el daño a pesar de que no hubiera podido evitarlo).

Es verdad que la objetividad de la imputación en las obligaciones de saneamiento no admite las defensas típicas de los regímenes legales de responsabilidad objetiva (los que suelen excusar el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida de la prestación debida a eventos incontrolables por el deudor), pero –como nos encargaremos de puntualizar más adelante– nada obsta para que tales defensas sean relajadas, por vía contractual o legal, cuando se encuentra una buena justificación para imponer sobre los hombros del deudor incluso el riesgo de la imposibilidad.

Siendo ello así, pienso que el criterio de imputación objetiva se justifica mejor en materia de saneamiento por recurso al “puro riesgo” antes que a la “prevención”. Es verdad que el transferente podría tomar todo tipo de precauciones con la intención de minimizar la posibilidad de que un vicio oculto se manifieste después de ocurrida la transferencia (y, si actúa racionalmente, normalmente lo hará), pero no es menos cierto que –a pesar de todas las medidas de cuidado que adopte– si el vicio se hiciera evidente dentro de los tres meses de entregado el bien, en el caso de muebles, o seis, en el caso de inmuebles, no habría defensa alguna que podría oponer para liberarse de la obligación de sanear. Poco más o menos ocurre lo mismo en lo relativo al saneamiento por evicción y al saneamiento por hecho propio, que tampoco admiten defensas fundadas en la mayor o menor diligencia del transferente. Debido a esta circunstancia, el nivel de incertidumbre en la asignación de responsabilidad queda por completo minimizado y se simplifica notoriamente el debate ante las cortes, sin que en ello pueda advertirse ninguna afectación de criterios de justicia: si el transferente asume objetivamente la responsabilidad derivada de vicios ocultos o de la evicción no sólo es porque el control que ejercía sobre el bien antes de su entrega lo colocaba en mejor posición para adoptar precauciones, sino porque la información con la que contaba podía permitirle una mejor evaluación del riesgo.

³⁸ Tal como lo establece el artículo 1491 del Código Civil, la evicción se produce cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

³⁹ Según la línea adoptada por los artículos 1504 y 1505, el vicio da lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente, siempre y cuando el adquirente no hubiera podido conocer el defecto actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias.

⁴⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general”. Tomo VI. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. p. 256.

⁴¹ Ver, *supra*, nota 4h 11.

La hipótesis de saneamiento por hecho propio del transferente merece particular atención, puesto que su novedad en nuestro ordenamiento (fue introducida por el codificador de 1984) aunada a la amplitud del supuesto de hecho que la habilita, permiten que se imagine –aunque fuera en sede teórica– la posibilidad de sustituir, al menos en ciertos casos, una eventual demanda judicial por incumplimiento bajo el régimen general de responsabilidad civil (subjetivo) por una demanda fundada en el régimen objetivo del saneamiento. De acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil, “el transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto”. Nótese que, a diferencia del saneamiento por vicio oculto o por evicción, en los que el supuesto de hecho habilitante de la responsabilidad objetiva aparecía perfectamente delineado, el codificador ha optado por no aportar ninguna definición sobre lo que debe entenderse por “hecho propio”. Siendo ello así, cualquier perturbación de la propiedad o posesión que se suscitara dentro del plazo de exigibilidad del saneamiento –como ha sugerido De la Puente⁴²– podría justificar perfectamente que se actuaran los remedios previstos por el codificador, con prescindencia de la inexistencia de culpa.

Es verdad que la presencia del dolo o la culpa no ha pasado por completo desapercibida en la regulación de las obligaciones de saneamiento, puesto que ella debe tomarse en cuenta en el supuesto que el adquirente pretenda que una indemnización por el daño o perjuicio sufrido venga a sumarse a los efectos que se derivan de la mera resolución del contrato (que se actúa en este campo a través de la pretensión redhibitoria⁴³) o a la solicitud de reajuste de la contraprestación (denominada pretensión estimatoria⁴⁴). Esta es, como podrá intuirse de cuanto hemos expresado hasta este punto, una desviación de la imputación objetiva que nos parece injustificable y que oscurece lo que de otro modo podría resultar una regla simple⁴⁵. Obsérvese, sin embargo, que lo dispuesto en los artículos 1495 y 1512 del Código Civil asegura al adquirente que ejerce la pretensión redhibitoria no sólo la restitución del precio pagado

(efecto normal de cualquier resolución), sino la restitución del valor que el bien hubiera tenido de no haber sido afectado por la evicción, el vicio oculto o el hecho propio del transferente, y reconoce todavía el derecho a percibir además intereses legales, frutos devengados, costas del juicio, tributos y gastos y hasta las mejoras hechas de buena fe por el adquirente. Supuesto que el valor del bien pudiera ser mensurado adecuadamente por nuestros tribunales sobre la base de la expectativa (interés positivo)⁴⁶ del adquirente, nos resulta difícil concebir una hipótesis en la que pudiera ser necesario que éste demandara además una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en adición a todos los conceptos antes detallados. Sólo en el raro supuesto en que ello sea imaginable –si acaso– cobraría relevancia el dolo o la culpa con la que el transferente hubiera actuado.

El que se reconozca en las obligaciones de saneamiento un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva no supone, por cierto, que todo el riesgo vinculado al propósito perseguido por el adquirente se haga recaer en el transferente (deudor). Una lectura conjunta de los artículos 1485 y 1486 del Código Civil permite constatar que, fuera del supuesto de disminución de valor (que no resulta particularmente interesante en el curso de nuestro análisis), el saneamiento sólo se debe en cuanto que el bien no pueda ser destinado a la finalidad para la cual fue adquirido, lo que coloca sobre los hombros del adquirente la carga de revelar al menos la tal finalidad. Si ésta no se indica expresa o tácitamente, el riesgo se asigna presumiendo que la voluntad de las partes es dar el bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar. La regla, por supuesto, se encuentra absolutamente injustificada: si la mejor estimación del riesgo depende de la información que cada parte maneje, no puede hacerse reposar en la esfera jurídica del deudor la cobertura de un evento contingente que éste no se encontraba razonablemente en posibilidad de prever. De la misma forma que las compañías de seguros están habilitadas para negar el pago de indemnizaciones en relación con preexistencias que no hubieran sido adecuadamente reveladas, el transferente sólo puede acordar la celebración de un contrato sobre la base de la

⁴² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 571.

⁴³ El término deriva de la voz latina *redhibeo*, derivado de *re* y *habeo*, que significaba primariamente volver a tomar o tener de regreso (*rursus habere*). Así en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ibid., p. 484.

⁴⁴ La pretensión estimatoria se conoce también como acción *quantil minoris* y está destinada a obtener la disminución del precio en proporción a la afectación del bien. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ibid., p. 502.

⁴⁵ Como quiere EPSTEIN, Richard. “Simple Rules for a Complex World”. Cambridge: Harvard University Press. 1997. p. 96, en donde se defiende la responsabilidad objetiva con particular vehemencia: “En este punto es posible volver sobre el principal equilibrio heurístico que define la defensa de las reglas simples: realizar cualquier distinción siempre consume recursos administrativos y, en esa medida, tiene que justificarse en alguna mejora generada sobre los incentivos en su conjunto. Aquí la operación de un sistema de culpa normalmente costará mucho más que un régimen de responsabilidad objetiva: recolectar e interpretar información sobre las (...) variables críticas será muy probablemente un ejercicio en frustración”.

⁴⁶ Para una explicación más detallada del concepto de interés positivo puede consultarse un anterior trabajo mío. HARO SEIJAS, José Juan. “¿Podría usted ‘no hacer’ negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. En: *Advocatus* 7. Nueva Época. pp. 142-143.

información que se encontrara a su disposición. La responsabilidad objetiva por el vicio, por la evicción o por el hecho propio del transferente sólo alcanza, así las cosas, a la afectación de la finalidad que el transferente hubiera podido prever bajo criterios de razonabilidad: si el adquirente compra un auto destartado a un chatarrero con la esperanza de hacerlo funcionar y tal propósito no es adecuadamente revelado, el transferente tiene base suficiente como para presumir que el auto fue adquirido como chatarra y, luego, podrá negarse al saneamiento por vicio oculto relacionado con desperfectos en el motor.

2.2. La irreparabilidad de los daños imprevisibles

El modo en que el peso económico de las contingencias es distribuido en el saneamiento (considerando el bagaje de información que cada parte posee) pone de manifiesto la naturaleza recíproca del problema del riesgo. Es verdad que normalmente el deudor se encontrará en mejor capacidad de adoptar precauciones para asegurar el cumplimiento de su prestación, pero no es menos cierto que –en ocasiones– la estimación del riesgo concretamente ligado a la inejecución puede verse dificultada porque parte de la información relevante se encuentra en poder del acreedor. El sastre que se ha comprometido a confeccionar un traje de gala en el corto lapso de una semana cuenta con mejor información para estimar la probabilidad de incumplimiento (p): conoce, por ejemplo, cuál es la carga de trabajo pendiente en su sastrería; está al tanto del número de trabajadores de su sastrería y el nivel promedio de su productividad; puede proyectar más fácilmente que el cliente si es posible que surjan imponderables en el curso de la confección. Nadie en su sano juicio podría negar, por lo demás, que el sastre también está en mejor posición para adoptar precauciones a más bajo costo (c), de modo que se minimicen los efectos perjudiciales de una entrega tardía⁴⁷. En cambio, el sastre jamás podría conocer, salvo que el cliente se lo revelara, cuál es la magnitud del daño que causaría (D) en caso de incumplimiento y –por tanto– estará en imposibilidad de definir el nivel eficiente de precauciones que debe adoptar: ¿debería, por ejemplo, contratar personal adicional para minimizar todavía más el riesgo de una posible inejecución o tal contratación no tiene sentido porque, de cualquier forma, la posibilidad de incumplimiento es muy pequeña y todo hace indicar que el traje estará listo a tiempo?

Como han sugerido Ayres y Gertner⁴⁸, la regla legal que se adopte al definir la extensión de la responsabilidad por incumplimiento puede influir en el nivel de información que revelen las partes al negociar el contrato. Un cliente puede verse inclinado a no informar al sastre sobre las circunstancias especiales por las que requiere un traje de gala porque ello puede originar que el proveedor pretenda cobrar una prima adicional por la ocasión, como suele ocurrir –por citar sólo un caso– con los trajes de matrimonio. En igual medida, quien contrate a un *courier* para transportar documentos importantes puede tener incentivos para solicitar el servicio básico con intención de ahorrarse los costos que los servicios especiales podrían representar. Si la regla legal de responsabilidad permitiera en ambas hipótesis que los clientes pudieran cobrar una indemnización por el monto total del perjuicio sufrido en caso de incumplimiento, cualquier revelación de información quedaría frustrada. ¿Qué llevaría al consumidor de servicios de *courier* a contratar un servicio especial si, en el caso que sus documentos se pierdan, estaría en capacidad de exigir la misma indemnización por incumplimiento que podría solicitar si contratara el servicio básico? ¿Por qué revelaría el novio que su matrimonio se realizará en la misma fecha prevista para la entrega del traje, si ello podría significar un incremento en el precio?

Una regla legal que –al igual como ocurre en el caso de las obligaciones de saneamiento– limite la indemnización de los daños y perjuicios al nivel de daños normalmente relacionados con situaciones similares podría, en cambio, inducir la revelación de información y favorecer una mejor asignación de los recursos productivos. Esta es, precisamente, la regla que el día de hoy se reconoce en el sistema anglosajón sobre la base del fallo emitido por la Corte de Exchequer en el caso de *Hadley v. Baxendale*⁴⁹. Hadley era dueño de un molino a vapor en Gloucester, que empleaba para prestar servicios a terceros. El molino fue afectado por la rotura de uno de los ejes de transmisión, por lo que se hizo necesario que éste fuera enviado a Greenwich, localidad en la que se encontraba establecido el establecimiento de los fabricantes. El demandado era un transportista reputado en Gloucester, a quien se encargó el traslado del eje afectado y quien –debido a aparente negligencia– no cumplió oportunamente con su comisión. La demanda de Hadley solicitaba que, como indemnización por el incumplimiento, Baxendale asumiera el valor total de

⁴⁷ Podría observarse que el cliente también puede cubrirse frente al riesgo del incumplimiento encargando a otro sastre la confección de un traje semejante en el mismo lapso, pero –más allá de que ello resulta más bien inusual– está claro que la inversión relacionada con este tipo de “cobertura” por el acreedor parece más alta que la inversión en que debería incurrir el deudor para minimizar el riesgo de su propio incumplimiento.

⁴⁸ AYRES, Ian y Robert GERTNER. “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules” [Traducción al español disponible en THEMIS-Revista de Derecho 47. pp. 195-222]. Yale Law Journal 94. 1989. p. 97.

⁴⁹ 9 Exch. 341 (1854).

las ganancias dejadas de percibir debido a la paralización del molino. Baxendale alegaba que los perjuicios sufridos eran exageradamente remotos, que no tenía forma de haberlos previsto y que –siendo ello así– no debía ser responsable por ellos. Al fallar a favor del demandado, la corte inglesa analizó disposiciones del Código Civil francés y llegó a citar a Domat para declarar que “cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, la indemnización que la otra parte debe recibir en relación con tal incumplimiento debe ser tal como justa y razonablemente pueda considerarse originada del curso normal de las cosas (...) o tal como pueda razonablemente suponerse que estuvo en consideración de ambas partes al tiempo en que celebraron el contrato, como el probable resultado del incumplimiento. Si las especiales circunstancias bajo las cuales el contrato fue efectivamente celebrado hubieran sido comunicadas por el demandante al demandado, y en consecuencia fueran de conocimiento de ambas partes, la indemnización resultante del incumplimiento de tal contrato, que ellas razonablemente contemplarían, sería el perjuicio que ordinariamente se seguiría del incumplimiento bajo esas especiales circunstancias así conocidas y comunicadas”.

Similar inclinación se observa en el sistema jurídico italiano, en el que el artículo 1225 del Codice establece que “si el incumplimiento o el retardo no se han debido a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que se podía prever al momento en que surgió la obligación”. Es de lamentar, a nuestro juicio, que el artículo 1321 del Código Civil peruano disponga que el criterio de limitación de la indemnización a los daños previsibles se aplica única y exclusivamente en el caso de culpa leve porque ello importa que en otros casos de omisión de diligencia sería posible que el deudor quedara obligado a indemnizar por daños que no podría haber previsto en atención a la falta de revelación de información por su contraparte. Aunque encuentro, en esta línea de desarrollo, que la regla italiana responde mejor que la peruana a la necesidad de una distribución óptima de los riesgos, me inclino a considerar que la estimación del remedio indemnizatorio sobre la base de las circunstancias

razonablemente previsibles al momento de la contratación debería alcanzar incluso a los supuestos de dolo, de modo que se elimine cualquier incentivo (por mínimo que sea) para que el acreedor oculte información de modo oportunista. Y si se quisiera objetar que el incumplimiento doloso merece una sanción superior a la mera indemnización compensatoria –cosa que, de principio, me parece bastante discutible⁵⁰– parecería más adecuado analizar la posibilidad de admitir excepcionales indemnizaciones punitivas relacionadas con la particular reprobación que produzca la conducta dolosa antes que otorgar al acreedor el virtual derecho de obtener un seguro contra todo riesgo de modo gratuito.

2.3. Idoneidad y “garantía implícita”

En el campo de la protección al consumidor puede detectarse con facilidad la enorme influencia que la doctrina anglosajona de las “garantías implícitas”⁵¹ produjo en la interpretación del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor. La norma en cuestión, caracterizada más bien por su parquedad, establece que “los proveedores son responsables (...) por la idoneidad y calidad de productos y los servicios”. Hasta el año 1996, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI había venido resolviendo la mayor parte de los casos que se sometían a su conocimiento sobre la base de los preceptos contenidos en los artículos 5, inciso b, y 15 de la Ley de Protección al Consumidor, que reconocen el derecho del consumidor a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión de consumo. El precedente aprobado el 30 de noviembre de 1996 por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI con ocasión de la resolución emitida en el caso seguido por Humberto Tori Fernández con Kouros E.I.R.L. vino a alterar radicalmente esta tendencia.

Humberto Tori adquirió un par de zapatos de cuero en el establecimiento comercial de la denunciada. Dos meses después de la adquisición, uno de los zapatos se rompió en la parte superior. A pesar de los constantes reclamos del denunciante, Kouros no cumplió con reparar el zapato y, antes bien, llegó a

⁵⁰ Obsérvese, en especial, que el dolo civil presente en el incumplimiento no es equivalente al dolo penal ni coincide necesariamente con un actuar malicioso. El incumplimiento es doloso, simple y sencillamente, cuando es intencional. Como hemos sostenido en otro trabajo, sin embargo, que la prestación no sea ejecutada conscientemente por el deudor puede –en algunos supuestos– favorecer una mejor distribución de los recursos productivos. Ver: HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüé... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. En: THEMIS-Revista de Derecho 44. Segunda Época. 2002. pp. 92-95.

⁵¹ De acuerdo con la Sección 2-314 del *Uniform Commercial Code* (Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos), salvo que se haya excluido o modificado expresamente, todo contrato de compraventa contiene una garantía implícita de comerciabilidad de los bienes (*implied warranty of merchantability*), con arreglo a la cual se presume, entre otras cosas, lo siguiente: (i) el bien debe ser admisible sin objeciones en el comercio bajo las descripciones contenidas en el contrato; (ii) en el caso de bienes fungibles, el bien debe ser de calidad media; y (iii) el bien debe adecuarse a los propósitos ordinarios para los que bienes similares son usados. Como indican Kessler, Gilmore y Kronman, la noción jurídica de la garantía implícita apareció en el *common law* en fecha más bien reciente, con el advenimiento de la producción masiva. Hasta el surgimiento de este fenómeno económico, la regla acogida por las cortes anglosajonas –que había dado en conocerse como *caveat emptor* (cuidate comprador)– disponía que el vendedor no era responsable por los defectos de la cosa vendida, salvo en caso de fraude o cuando hubiera otorgado una garantía expresa de calidad. Ver, al respecto: KESSLER, Friedrich, GLIMORE, Grant y Anthony KRONMAN. “Contracts. Cases and Materials”. Tercera edición. New York Aspen: 1986, p. 95.

sostener que la duración de sus productos dependía del uso que se les diera, sin que eso significara una menor calidad. Al fallar a favor del denunciante, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor contenía el “principio de garantía implícita, esto es, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso éste no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables”. La Sala indicó, de un modo consistente con la racionalidad económica que hemos defendido previamente, que “la garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible” sino cuando éste no es idóneo “para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan [bienes o servicios] en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados”.

Pienso que el mismo resultado al que arribó la Sala en el caso de Humberto Tori Fernández con Kouros E.I.R.L. podría haber sido alcanzado recurriendo a la institución de las obligaciones de saneamiento a que nos hemos referido previamente en este mismo artículo, sin necesidad de importar ideas que no necesariamente han sido contempladas en nuestra legislación. Como el lector podrá advertir en este punto, en nuestro país no era imprescindible que el tribunal administrativo implicara una garantía (cosa que, de suyo, puede resultar bastante peligrosa) ya que, por virtud de la regla contenida en el artículo 1486 del Código Civil, es perfectamente posible presumir –al menos en la venta de bienes– que, salvo pacto en contrario, la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

Dos diferencias de relevancia deben anotarse entre el concepto de “garantía implícita”, tal cual éste ha sido desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, y el tratamiento que las obligaciones de saneamiento reciben en nuestro Código Civil. La primera de ellas tiene que ver con el ámbito de aplicación: mientras la responsabilidad objetiva en el campo de la protección al consumidor se extiende, por mandato del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, tanto al caso de la comercialización de bienes como al de contratación de servicios (lo cual hace de ella un instrumento mucho más poderoso), el saneamiento civil sólo está presente

en los contratos relacionados con la transferencia de posesión, uso o propiedad sobre bienes (y en estos, por un tiempo bastante limitado contado a partir de la entrega).

La segunda diferencia parece estar relacionada con la extensión de la responsabilidad objetiva. Hemos visto previamente que no existe defensa posible ante la pretensión de saneamiento, de modo que los remedios se conceden a pesar de que el vicio oculto o la evicción se hubieran originado por circunstancias ajenas por completo al control del transferente. A diferencia de cuanto ocurre en materia de saneamiento, el principio de “garantía implícita” fue delineado en el caso de Kouros como un supuesto de responsabilidad objetiva que admite típicas defensas de fractura de nexo causal: “El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable”, dijo la Sala. “Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido”.

Cuando se revisa a profundidad la resolución emitida por la Sala, sin embargo, puede postularse que la segunda diferencia es sólo aparente. La responsabilidad objetiva del proveedor implica que éste debe responder por los defectos de sus productos aun cuando éstos no hubieran podido ser eliminados mediante medidas de cuidado razonables. El productor de la bebida gaseosa en el caso del ratón no podría alegar, por ejemplo, que el animal fue introducido en la botella por un tercero o que la imposibilidad de detectar su presencia se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Cualquier evento ocurrido en el curso del proceso de producción se asume sujeto a su control y no existe posibilidad alguna de demostrar lo contrario. Una vez que el producto es introducido en el mercado, en cambio, las cosas se alteran por completo. A partir de la adquisición, es el consumidor quien se encuentra en mejor posición para adoptar medidas de prevención destinadas a asegurar un adecuado consumo. Que se admita que el proveedor no puede ser responsable por el mal uso del producto, como hace la Sala con buen criterio, poco tiene que ver con las circunstancias internas de la empresa⁵² y es por ello que parecería un sinsentido extender la responsabilidad objetiva incluso a este tipo de casos. Pero esto es lo mismo que ocurre en el caso

⁵² Como ha señalado Visintini, la verdadera causa no imputable debe ser entendida, en un régimen objetivo, no como “causa no atribuible a la culpa del obligado”, sino como “evento extraño a la esfera de control del obligado”. En esta línea de desarrollo, el proveedor sólo puede ser responsable por los defectos del producto y no por el mal uso del consumidor, que –desde esa perspectiva– se considera una circunstancia externa a la empresa. Cfr. VISINTINI. Op. cit., pp. 67 y 75.

del saneamiento por vicios ocultos, el cual –como podría intuirse del simple nombre de la institución– no puede originarse cuando el “vicio” hubiera sido generado por el adquirente⁵³.

Cuando las defensas admitidas por la Sala de Defensa de la Competencia son interpretadas bajo el prisma de este razonamiento, se descubre en realidad que la responsabilidad por productos defectuosos bajo nuestra Ley de Protección al Consumidor no admite ninguna defensa relacionada con las circunstancias internas del proveedor. Cualquier defecto en el producto origina la obligación de repararlo, sustituirlo o, en todo caso, pagar una indemnización⁵⁴. El proveedor puede exonerar su responsabilidad demostrando simple y sencillamente que el producto no era defectuoso, lo que exigiría evidenciar –entre varias otras posibilidades– que el perjuicio sufrido por el consumidor se debió al mal uso de la mercadería o era atribuible a otras circunstancias externas al proveedor suscitadas después de que el bien fue colocado en el mercado.

2.4. Garantías explícitas ofrecidas al consumidor

En un clásico artículo escrito en los Estados Unidos⁵⁵, George Priest sugirió por primera vez que las garantías explícitas ofrecidas por los proveedores en el mercado (como las otorgadas por los fabricantes de automóviles o electrodomésticos) no constituían dispositivos utilizados para explotar a los consumidores mediante la limitación unilateral de las obligaciones legales (como proponía la llamada “teoría de la explotación”) ni debían interpretarse como mensajes destinados a revelar los atributos mecánicos de los bienes (tal como postulaba la “teoría de la señal”). De acuerdo con

Priest, la realidad económica demuestra que –con el fin de maximizar los ingresos provenientes de las ventas– los proveedores diseñan las garantías tratando de distribuir del modo más eficiente posible los riesgos asociados al producto entre el proveedor y el consumidor: “una garantía es [sostiene Priest] el instrumento que expresa las preferencias del consumidor por las inversiones preventivas o de seguro. Es un contrato que divide responsabilidad (...) entre el consumidor y el fabricante. El contenido del contrato está determinado por los costos correspondientes a las dos partes (...) De acuerdo con este enfoque, el fabricante lleva a cabo inversiones preventivas para prolongar la vida del producto hasta el punto en que el costo marginal de tales inversiones iguala el beneficio marginal. Un fabricante, entonces, ofrece seguro de mercado para aquellas pérdidas o elementos del servicio para los cuales el mercado de seguros es menos costoso que las inversiones preventivas o de seguro por parte del consumidor mismo”.

La evidencia empírica que contiene el trabajo de Priest ratifica nuestra tesis sobre la naturaleza recíproca del problema del riesgo⁵⁶. La mayor parte de garantías ofrecidas en el mercado, por ejemplo, limitan la cobertura de partes o repuestos a un cierto período de tiempo y excluyen explícitamente ciertos componentes. Los fabricantes de refrigeradores usualmente no garantizan las bombillas o el acabado exterior. Cosa similar ocurre con los fabricantes de cocinas, que no garantizan los adornos. La explicación que aporta Priest es que los proveedores tienden a excluir aquellos componentes más vulnerables a las intensidades de uso por parte de los consumidores. Puesto en otros términos: los proveedores están dispuestos a asumir responsabilidad por elementos internos de los

⁵³ Otras diferencias en el tratamiento de las garantías implícitas bajo la Ley de Protección al Consumidor y la regulación de las obligaciones de saneamiento en el Código Civil pueden destacarse: (i) en primer lugar, el plazo durante el cual pueden ejercerse las pretensiones, que es bastante limitado en el ordenamiento civil, mientras que no existe límite explícito en el caso de las normas de protección al consumidor; (ii) en segundo término, el modo en que han sido dispuestos los remedios admisibles, que sigue un orden secuencial de acuerdo con el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor de modo que la devolución del dinero sólo puede solicitarse si la reposición del producto no es posible y ésta sólo puede exigirse si no es factible la reparación, mientras que el Código Civil autoriza –al menos en lo relativo a los vicios ocultos– a ejercer indistintamente y casi sin ninguna limitación, los remedios conferidos por el ordenamiento.

Las diferencias que hemos puntualizado en el cuerpo de este escrito y las que detallamos en esta nota parecen no tener justificación. No llegamos a comprender las razones por las que la responsabilidad objetiva debe tener una extensión mucho más amplia en el ámbito de las relaciones de consumo ni podemos explicar –con algún nivel de razonabilidad– el distinto modo en que han sido configurados los remedios en ambos regímenes. Pensamos, por ello, que bien podría acometerse en nuestro país la tarea de discutir sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual.

⁵⁴ Ley de Protección al Consumidor. Artículo 31.- Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto; y, cuando ello no sea posible a su reposición; o, de no ser ello posible, a la devolución de la cantidad pagada, en los casos siguientes:

1. Cuando los que ostenten una certificación de calidad no cumplan con las especificaciones correspondientes.
2. Cuando los materiales, elementos, substancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten;
3. Cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indique.
4. Cuando el producto se hubiese adquirido con determinada garantía y dentro de la vigencia de la misma, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la cualidad o propiedad garantizada.
5. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,
6. Cuando el producto o servicio no se adecua a los términos de la oferta, promoción o publicidad.

⁵⁵ El trabajo, publicado originalmente en el volumen 90 del Yale Law Journal cuenta con una excelente traducción en castellano, que es la que hemos consultado para este artículo: PRIEST, George. “Una teoría de la garantía del producto para el consumidor”. En: THEMIS-Revista de Derecho 35. Segunda Época. 1997. p. 285.

⁵⁶ Ver: PRIEST, George. Op. cit., pp. 301-321.

productos, que no se encuentran normalmente expuestos a mal uso por el consumidor, pero renuncian a extender la garantía a aquellos elementos sobre los que el consumidor tiene mejor control una vez que el producto ha sido adquirido. Esta distribución de los riesgos alinea eficientemente los incentivos a los que se ven sometidas las partes: el consumidor es consciente, de este modo, que está en la obligación de revisar el producto al momento de la adquisición (para asegurar que éste no tiene ningún vicio externo) porque en caso contrario no podrá reclamar por defectos tales como raspaduras, abolladuras, etc.; el proveedor, que ha otorgado la garantía sobre los componentes internos con la esperanza de reducir la desconfianza del consumidor a adquirir el producto, se ve inducido a realizar inversiones en su proceso productivo de modo que se minimice el número de productos defectuosos colocados en el mercado.

Las garantías explícitas –cuyo uso se ha generalizado en el mercado al punto que los comercializadores han empezado a ofrecer garantías adicionales a las comprometidas por el fabricante (también llamadas “garantías extendidas”⁵⁷)– constituyen también uno más de los mecanismos mediante los cuales los privados manifiestan sus preferencias respecto del riesgo. Cuando el proveedor se obliga a asumir responsabilidad objetiva mediante el otorgamiento de una garantía, al menos sobre aspectos respecto de los cuales el consumidor no tiene mayor control, lo hace en su propio beneficio. Piénsese, por ejemplo, en las nuevas tecnologías: es altamente probable que, de no ser por las garantías, los consumidores adversos al riesgo podrían verse tentados a posponer la adquisición de nuevos productos hasta que exista sobre ellos abundante experiencia de mercado. Sin importar el nivel de aversión al riesgo, empero, es poco probable que un consumidor requiera garantías sobre contingencias que él puede controlar a más bajo costo que el proveedor.

3. LA ESTRUCTURA CONTRACTUAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS

Que el cumplimiento de la prestación sea normalmente controlable por el deudor justifica que se haga recaer en éste el riesgo de incumplimiento. De ello no se sigue, como hemos visto, que todos los riesgos relacionados con un contrato deban hacerse reposar sobre el deudor. Los contratos se encuentran sujetos a una serie de eventos inciertos: riesgos de mercado (fluctuaciones en el nivel general de los precios, por ejemplo), riesgos comerciales, riesgo de insolvencia, etc. Dependiendo

de la información que maneje cada parte y de su actitud frente al riesgo, es posible que la distribución del peso económico correlativo varíe de contrato en contrato. Como quiera que no puede formularse una regla de carácter general (salvo para el caso del incumplimiento), parece justificado que los jueces realicen una indagación, caso por caso, sobre las características particulares de la operación contractual antes de definir cuál de las partes debe soportar el riesgo. En ausencia de provisiones específicas en el contrato, parece razonable que –como ocurre en Alemania⁵⁸– se infiera el modo en que cierto riesgo debe asignarse del contenido de la obligación o, más precisamente, tomando en cuenta la forma en que las partes han diseñado la transacción.

3.1. Estructuras básicas

En cuanto refiere a los contratos de construcción, por ejemplo, la industria ha desarrollado –en lo fundamental– dos tipos de estructuras contractuales. En el primer tipo de estructuras –que se identifican con el “contrato de obra a ajuste alzado” o “a suma alzada” a que se refiere el artículo 1776 del Código Civil– el contratista negocia con el comitente una contraprestación por toda la obra y queda cubierto contra el incremento de precios en los insumos. El segundo tipo de estructuras –al que pertenece el “contrato por precios unitarios”, o las distintas modalidades de *cost-plus*– define la contraprestación del constructor como una comisión porcentual sobre el costo de cada elemento de la obra y de esta forma atribuye el riesgo de incremento de los precios al comitente. En la zona intermedia, las empresas involucradas en la industria han sido capaces de diseñar complicadas fórmulas que admiten ajustes en la contraprestación en ciertos casos y que no admiten ajustes en otros.

Es indudable que las diferencias en las estructuras contractuales tienen que ver con el riesgo. Es probable que un comitente inexperto (una persona que no conoce sobre construcción y no tiene tiempo para involucrarse en tareas de supervisión) opte por un esquema contractual a ajuste alzado: en este contexto, el contratista se encuentra en mejor aptitud para asegurar el riesgo, ya que –sobre la base de su experiencia pasada– puede estimar con mayor certeza la posibilidad de que los precios se incrementen y, de esa forma, inducir al comitente a encargar una obra que probablemente no habría encargado bajo otro esquema contractual. Parecería irracional que el ordenamiento legal impusiera cortapisas a lo que las partes consideran una adecuada

⁵⁷ Ver, por ejemplo: <http://www.falabella.com/html/garantia/garantia.html>.

⁵⁸ Ver nota 4 *supra*.

distribución del riesgo, pero eso es efectivamente lo que ocurre en nuestro país como puede advertirse de lo establecido en el inciso 2 del artículo 1441 del Código Civil. La norma en cuestión autoriza a solicitar el reajuste de las prestaciones (precisamente lo que querría evitar el comitente en una operación a suma alzada), incluso en el caso de contratos aleatorios, “cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Lo que el Código no precisa, por supuesto, es qué es lo que se considera una “causa extraña”. Así las cosas, una regla simple –limitarse a ejecutar lo previsto por las partes– se transforma en una regla compleja susceptible de generar litigios oportunistas e incrementar el costo de la administración de justicia.

Una serie de figuras reguladas en nuestro Código Civil ratifican la idea de que los riesgos se distribuyen de modo distinto en cada situación. Piénsese, por ejemplo, en las negociaciones preliminares a las que me he referido en otro trabajo⁵⁹. Cuando los potenciales contratantes se involucran en tratativas deciden unilateralmente realizar ciertas inversiones y asumen el riesgo de que éstas se pierdan en el caso que no llegue a celebrarse un contrato. Considerando esta posibilidad, quien se encuentre interesado en vender un inmueble puede verse inducido a explorar varias alternativas de modo paralelo. El problema es que la existencia de posturas competitivas reduce al mismo tiempo la probabilidad de que cualquiera de los compradores interesados termine adquiriendo el inmueble. Para enfrentar esta situación, el interesado que haya tomado una decisión definitiva puede ofrecer al vendedor la celebración de un contrato de opción. El derecho de opción reduce el riesgo de que el contrato definitivo no se celebre y permite que el potencial comprador lleve a cabo todas las gestiones que requiere para celebrar el contrato definitivo (por ejemplo, obtener un crédito bancario). En el otro lado de la relación, sin embargo, el vendedor ve incrementado su riesgo porque el otorgamiento de la opción implica para él (salvo que quiera actuar de mala fe) la imposibilidad de explorar posibilidades alternativas y

puede terminar alejando por completo a los otros interesados. La entrega de arras de retractación puede servir para balancear los riesgos comprometidos, de modo que el concedente reciba una indemnización por el perjuicio causado en el caso que el optante no ejercite el derecho de opción⁶⁰.

Nótese, una vez más, cómo la distribución de los riesgos sirve perfectamente a los intereses de las partes y responde a la teoría que hemos enunciado anteriormente: con la entrega de las arras el potencial comprador otorga credibilidad a su intención de cerrar la compraventa y asume efectivamente el riesgo de que el contrato no pueda concretarse; el vendedor – por su parte– queda libre de la incertidumbre, en la medida que el tiempo en que su inmueble permanezca fuera del mercado será compensando en caso de no cerrarse la compraventa. Si se observa bien, es natural que el potencial comprador sea quien asuma el riesgo de que el contrato llegue a concretarse: él conoce mejor que el vendedor cuáles son las reales posibilidades de que obtenga un crédito bancario o tiene mejor control de los problemas que podrían conspirar contra la suscripción del contrato definitivo.

Por más tentado que pudiera encontrarse un juez a ordenar al concedente la devolución de la suma recibida como arras en el caso que el contrato definitivo no llegara a celebrarse por un causa externa al optante (por ejemplo, si el crédito bancario le es denegado sin razón aparente), lo más recomendable es renunciar a tales tentaciones. Como regla general parece inadecuado que el Derecho intervenga para alterar las condiciones expresamente negociadas por las partes⁶¹. Si se quiere promover una adecuada distribución de los recursos productivos en nuestra sociedad, el papel de los jueces debe estar dirigido a ejecutar lo previsto por las partes o a establecer, en defecto de pacto, qué es lo que hubieran previsto ellas en caso de haber podido negociar sobre la cuestión en debate. Las cortes deben evitar alterar el equilibrio contractual prefigurado por los participantes en un negocio⁶².

⁵⁹ HARO SEIJAS, José Juan. Op. cit., p. 122.

⁶⁰ Es fácil advertir que la definición contenida en el artículo 1480 del Código Civil encierra algún problema porque allí se indica que la entrega de arras de retractación “concede a las partes [en un contrato preparatorio] el derecho de retractarse”. Fuera de que el optante no está nunca obligado a ejercitar la opción, sin embargo, nada impide que convenga en que el concedente conserve las arras entregadas en caso el derecho no se ejercite.

⁶¹ Excepción hecha, por supuesto, de las prohibiciones establecidas *ex-ante* por el sistema legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1355 del Código Civil.

⁶² El modo en que las partes se distribuyen los riesgos vinculados a una transacción ha sido desarrollado por Eric Posner sobre la base del modelo de agencia en un muy interesante trabajo que bien vale la pena revisar para caer en la cuenta de lo nociva que podría resultar la intervención en el modo en que los privados organizan sus transacciones. POSNER, Eric. “Agency Models in Law and Economics”. En: POSNER, Eric (Editor). “Chicago Lectures in Law and Economics”. New York: Foundation Press. 2000. p. 225. A dicho trabajo, del cual existe una traducción disponible coordinada por quien esto escribe para la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), pertenece el siguiente ejemplo, que –como un lector aguzado podrá advertir– guarda innegable relación con el caso de las arras: “El propietario es el principal y el inquilino es el agente. El propietario quiere que el agente cuide las instalaciones: que las mantenga limpias y que no las someta a mayor desgaste por uso. Pero el propietario no puede observar directamente al inquilino, así que no queda claro si la lavadora de ropa se malogró porque el inquilino metió demasiada ropa o porque estaba funcionando mal. Un depósito de garantía minimiza los costos de agencia. El inquilino sabe que si maltrata el departamento, el propietario se quedará con el depósito de garantía, por lo tanto, tiene un incentivo para tener cuidado. Al mismo tiempo, el inquilino no será responsable si, por ejemplo, todo el edificio se incendia, o en todo caso habría que probar judicialmente su responsabilidad. Así, el inquilino no asume todo el riesgo de un resultado negativo”.

3.2 Repensando la “teoría del riesgo”: ¿*periculum est dubitabilis*?

El tratamiento que los juristas peruanos han concedido a la “teoría del riesgo” pone en evidencia el desinterés de nuestra doctrina por los aspectos económicos de la institución. En noviembre de 1984, tan pronto como entró en vigencia el vigente Código Civil, el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica editó el primer volumen de la Biblioteca “Para Leer el Código Civil”. El libro contenía artículos escritos por insignes profesores de nuestra casa de estudios sobre distintos aspectos regulados en el nuevo código e incluía un trabajo del profesor Manuel De la Puente y Lavalle sobre la teoría del riesgo⁶³. En su ensayo, el maestro de tantas generaciones reconocía que era perfectamente posible que el ordenamiento jurídico asignara el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación al acreedor (bajo la regla *periculum est creditoris*) o al deudor (según la regla *periculum est debitoris*): en el primer caso, explicaba, ello debería significar que el acreedor de la prestación que se hiciera imposible quedara de cualquier modo obligado a desembolsar la contraprestación; en el segundo, en cambio, el deudor perdía el derecho a recibir lo prometido por el acreedor. No obstante la aparente validez de ambas alternativas, De la Puente juzgaba necesario determinar cuál de las dos posibilidades estaba más de acuerdo con la naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas. Sus ideas al respecto se citan a continuación:

“La nota característica del contrato con prestaciones recíprocas es, como su nombre lo indica, la reciprocidad entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor (...), a diferencia del contrato con prestaciones autónomas, donde no obstante haber prestación y contraprestación tal reciprocidad no existe, y del contrato con prestación unilateral, en el cual sólo hay la prestación a cargo del deudor.

En estas condiciones, como la imposibilidad de la prestación determina que ésta no pueda cumplirse, la única manera racional de respetar la naturaleza del contrato de prestaciones recíprocas es que la contraprestación tampoco se cumpla, con lo cual la liberación del deudor está recíprocamente acompañada por la liberación del acreedor. Es injusto, como dice JOSSERAND, que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no (...)

De no ocurrir así, se estaría transformando el contrato de prestaciones recíprocas, sin justificación alguna, en

un contrato con prestación unilateral, donde sólo existiría la contraprestación a cargo del acreedor.

En virtud de estas razones, resulta justificado opinar en el sentido que el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el *periculum est debitoris*, según el cual cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, con la consiguiente extinción de la obligación del deudor, el acreedor queda recíprocamente liberado de la contraprestación a su cargo. Sólo así se respeta el equilibrio entre prestación y contraprestación, que caracteriza el contrato con prestaciones recíprocas”⁶⁴.

Sin perjuicio de que la tesis del profesor De la Puente – repetida en otros trabajos de su autoría– resulta sugerente y fue expuesta con la claridad que caracteriza todo lo que él ha escrito, no puedo compartir el razonamiento que encierra el texto transcrito. Como he intentado explicar en las líneas precedentes, el modo en que las partes se distribuyen los riesgos (y esto incluye, por supuesto, el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación) poco o nada tiene que ver con la naturaleza jurídica del contrato sino que atiende fundamentalmente a las preferencias de las partes y a la capacidad que pueda tener la una o la otra para estimar mejor la magnitud del riesgo y –de ser el caso– diluir su peso económico en el mercado. De la misma manera que no se altera la naturaleza recíproca de un contrato de obra cuando el riesgo del incremento del precio de los materiales se hace recaer en el comitente o en el contratista (con el consiguiente ajuste de la contraprestación), nada hace suponer que la esencia de un contrato de prestaciones recíprocas pudiera verse afectada porque el peso económico de la imposibilidad no sea soportado por el deudor. Si, como sostiene el profesor De la Puente, el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el *periculum est debitoris*, ¿cómo así podría explicarse que el artículo 1431 de nuestro Código Civil establezca expresamente que “las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor”?

Es notorio, por lo demás, cómo –probablemente influido por lo establecido en el artículo 1316 del Código Civil⁶⁵– el profesor De la Puente parece considerar inobjetable que en todo caso de imposibilidad sobrevinida, la responsabilidad del deudor debe quedar exonerada. Como el lector podrá suponer en este estado de la discusión, tal

⁶³ Nos referimos, concretamente, a DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984”. En: “Para Leer el Código Civil”. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 159.

⁶⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Ibid.*, pp. 167-168.

⁶⁵ Código Civil. Artículo 1316.- “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)”.

consideración es inexacta: si el deudor ha otorgado una garantía exigible aun en caso de imposibilidad sobreviniente (como puede ocurrir respecto del servicio especial prestado por un *courier* o en el ejemplo del médico propuesto por Forno o en cualquier otro caso de la misma especie), tal imposibilidad no puede determinar en modo alguno la liberación del deudor dado que ello supondría vaciar de contenido a la garantía. Lo que se impone más bien en tales circunstancias es la estricta asunción del riesgo y el correlativo pago de la indemnización comprometida a favor del acreedor, el que –habiendo recibido el beneficio esperado bajo el contrato– mal podría, por su parte, exigir la devolución de la contraprestación.

Como señala Posner, la simple constatación de que una prestación se ha hecho imposible no puede llevarnos a concluir que el deudor debe quedar liberado de toda responsabilidad. “Mi consentimiento podría haber incluido [explícita o] implícitamente la promesa de asegurar [al acreedor] en el evento en que fuera incapaz de entregar los bienes a tiempo. Y si tal contrato de seguro estuviera implícito en la transacción, debería ser cumplido”⁶⁶. La lección que puede extraerse de este análisis es que la imposibilidad sólo origina la liberación del deudor cuando una conclusión distinta no pudiera ser derivada directamente o por implicación de los términos contractuales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la *emptio spei* (venta de la esperanza) a que se refiere el artículo 1536 del Código Civil, respecto del cual nuestro codificador ha sido capaz de admitir que se pague el íntegro de la contraprestación aun cuando el bien materia del contrato nunca llegue a existir. La norma señala explícitamente, en efecto, que “si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien [más concretamente, de su inexistencia], el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir”. No encontramos justificación alguna para que un razonamiento similar no pueda extenderse al riesgo de imposibilidad de la prestación⁶⁷.

En todas las hipótesis que hemos utilizado para describir cómo el riesgo puede ser asignado totalmente o parcialmente a cualquiera de las partes, hemos demostrado cómo la naturaleza recíproca del problema

se mantiene. No parece, por tanto, que pueda admitirse la tesis con arreglo a la cual la regla *periculum est debitoris* se justifica en la naturaleza especial de los contratos de prestaciones recíprocas. Por definición, cualquier otra regla que eligieran las partes en un contrato de prestaciones recíprocas respetaría la reciprocidad porque originaría ajustes correlativos en las condiciones económicas del contrato: cuanto mayor riesgo asuma una parte, mayor será el pago que a título de “prima implícita” exigirá a la contraparte. La prima implícita bien podría manifestarse en una reducción de la prestación a cargo de la parte que asume el riesgo o en un incremento de la contraprestación que aquella tiene derecho a recibir.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Muchas de las teorías que a diario se enseñan en nuestras aulas universitarias están vacías de contenido práctico. Nuestra doctrina –esperanzada en la búsqueda de conceptos generales y abstractos que pudieran brindar coherencia interna al problema– ha centrado su atención en derivaciones lógicas, antes que dedicarse a reflexionar sobre cuestiones que están presentes en todos los contratos y que, por tanto, requieren urgente análisis. Este es, precisamente, el caso del riesgo.

El simple análisis de cualquier contrato permite descubrir cuáles son los riesgos a los que las partes han prestado atención y cómo los han distribuido entre ellas. Permite también constatar que nuestro Código no impide, sino que reconoce, la posibilidad de que tales pactos asignen totalmente el peso económico relacionado con una cierta contingencia a una de las partes (por eso existen las obligaciones de saneamiento, la promesa del hecho ajeno y las arras).

Aunque es necesario extender el análisis empírico para identificar el modo en que nuestro Código debería enfrentar el problema, me atrevería a postular que en ese camino vale la pena tratar de entender el modo en que los privados atribuyen los riesgos al momento de contratar. Pienso que las decisiones que se adoptan en este campo (y que el sistema legal debería estar en capacidad de reproducir en ausencia de pacto) suponen al menos las siguientes consideraciones:

1. ¿Quién conoce de la existencia del riesgo? Los riesgos conocidos por una sola de las partes –esto es,

⁶⁶ POSNER, Richard. Op. cit., p. 115.

⁶⁷ Conviene anotar, por lo demás, que es inexacto que la regla *periculum est debitoris* haga recaer en el acreedor todo el riesgo de imposibilidad sobreviniente de la prestación. Si se observa con atención, se descubrirá que lo que el precepto hace en realidad es distribuir los riesgos entre las partes: el deudor pierde el valor que la prestación tenía para él, pero el acreedor no llega a realizar su expectativa de ganancia. Un ejemplo permite observar más claramente el efecto que aquí describimos. Supongamos que A vende a B un producto en \$/ 100. Imaginemos, además, que A piensa que fabricar el producto le costará \$/ 80 y que, en consecuencia, el contrato le permitirá ganar \$/ 20. Asumamos, finalmente, que B estima que – una vez adquirido el producto – podrá venderlo en el exterior a un precio de \$/ 130, obteniendo una ganancia de \$/ 30. Si el bien se perdiera después de haber sido fabricado, pero antes de su entrega y se aplicara la regla *periculum est debitoris*, A (el deudor) perdería \$/ 100 (los \$/ 80 correspondientes al costo de fabricación más los \$/ 20 que esperaba ganar con el contrato), pero B también sufriría una pérdida económica equivalente a los \$/ 30 que podría haber realizado en el caso que el bien no se hubiera perdido.

aquellos que no hayan sido motivo de revelación— deben ser asumidos por ella⁶⁸.

2. ¿Quién puede adoptar precauciones para minimizar el riesgo a menor costo? La parte que pueda tomar medidas de cuidado con la menor inversión, debe asumir el riesgo.
3. En el caso que las precauciones no puedan eliminar el riesgo parcial o totalmente ¿quién puede calcular mejor el riesgo no evitable? La parte que pueda hacerlo debe asumir al menos esa porción del riesgo, salvo que pueda trasladar la información requerida a la contraparte para que ésta difunda o diversifique el riesgo, si ello es posible.
4. ¿Quién puede “difundir” mejor el riesgo? El que pueda diversificar mejor el riesgo, debe asumirlo.

De conformidad con los artículos 1314 y 1320 de nuestro Código Civil, la responsabilidad contractual

tiene su fundamento en la culpa. Esto significa, en otros términos, que —salvo pacto en contrario— el peso económico del daño sólo es asumido por el deudor cuando hubiera estado en posibilidad de evitarlo mediante la adopción de precauciones. Como esperamos haber demostrado, este es un enfoque insuficiente del problema. Más allá de lo que el Código Civil señala, un simple análisis de los contratos que suscribimos todos los días nos permite constatar que los privados atribuimos “responsabilidad” (la obligación de cubrir a la contraparte ante el caso de una contingencia) incluso en ocasiones en las que el evento dañoso no hubiera podido evitarse en modo alguno. Si el desarrollo mismo de la autonomía privada ha conducido a esta evolución en nuestra forma de contratar, parece irracional que nuestro Código continúe centrando su atención en la culpa como factor de atribución de responsabilidad.

EL CONTRATO DE GARANTÍA

Manuel de la Puente y Lavalle*

En el presente artículo el autor nos indica las características principales del contrato de garantía, diferenciándolo del contrato de fianza. Además, realiza un breve comentario acerca de la validez de las garantías a primera solicitud, teniendo en cuenta que la tendencia en el comercio internacional, el cual constituye el campo de aplicación natural de este tipo garantía, es privilegiar la seguridad económica del mercado sobre la de sus partícipes.

* Miembro del Comité Consultivo de THEMIS-Revista de Derecho. Consejero del Estudio Luis Echeopar García.

Cada vez con mayor frecuencia, especialmente en la contratación con el Estado, se da que en los contratos de fianza se estipula que el fiador se obliga a garantizar su obligación de manera incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática. Esto último significa que el fiador debe honrar la garantía a primer requerimiento, sin oponer excusa alguna.

El presente artículo tiene por objeto explicar el origen y la naturaleza del modernamente llamado "contrato de garantía".

EL CONTRATO DE FIANZA

El artículo 430 del Código de comercio establecía que será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante.

Este artículo ha sido derogado por el artículo 2112 del Código civil, que ha dispuesto, además, que el contrato de fianza de naturaleza mercantil se rige por las disposiciones de este Código.

El artículo 1868 del Código civil establece lo siguiente:

"Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor sino de otro fiador."

La fianza es pues, un contrato que se perfecciona entre el fiador y el acreedor. Según Arias Schreiber¹, esta mención es importante pues, de lo contrario podrían llegar a considerarse como contratos de fianza aquellos compromisos o pactos que pudieran existir entre el deudor y el fiador, los mismos que son totalmente ajenos a este contrato.

Son características del contrato de fianza la accesoriedad y la subsidiariedad. En virtud de la primera, el contrato de fianza está dirigido a garantizar otra obligación, por lo cual el artículo 1875 del Código civil dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida. Por razón de la subsidiariedad, el fiador responde en defecto del deudor principal, de tal manera que es necesario que el deudor incumpla su obligación para que el fiador quede obligado a ejecutar su prestación. Como dice Puig Peña, la contribución del fiador al vínculo establecido no es simplemente un pagar, sino un pagar si el deudor no paga.

Consecuentemente, para exigir al fiador el cumplimiento del contrato de fianza es necesario que el acreedor invoque y acredite el incumplimiento del deudor.

LA GARANTÍA DE REALIZACIÓN AUTOMÁTICA

El artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM de 12 de febrero de 2001, establece lo siguiente:

"Artículo 40.- Garantías.- Las garantías que deberán otorgar los contratistas son las de fiel cumplimiento del contrato por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitan, las mismas que deben ser de primer orden y que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de las Superintendencia de Banca y Seguros.

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas no pueden oponer excusión alguna al requerimiento de ejecución de la garantía, debiéndose limitar a honrarla de inmediato dentro del plazo de ley. Toda demora generará responsabilidad para la empresa y dará lugar al pago de intereses a favor de la Entidad."

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago. En los contratos periódicos de suministro de bienes o prestación de servicios distintos de los de consultoría de obras que se celebren entre las Entidades del Estado y las micro y pequeñas empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el 10% del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad. La retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

La Superintendencia de Banca y Seguros ha declarado en su Circular N° B-2101-2001 de 19 de octubre de 2001, que las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago

automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los artículos 1880 y 1885 del Código civil.

Puede observarse que no obstante que la Superintendencia de Banca y Seguros se refiere expresamente a cartas fianza, que, como se ha visto, en virtud del principio de subsidiariedad que es inherente a la fianza sólo obligan al fiador a pagar si el deudor no paga, declara que el fiador debe pagar a simple requerimiento del acreedor, sin exigir el requisito del incumplimiento del deudor.

Se dice que, por esta razón, la garantía a simple requerimiento sólo puede utilizarse en el Perú en contratos distintos al de fianza. Sin embargo, cabe invocar a favor de la admisión entre nosotros de dichas cláusulas en el contrato de fianza que cabe aplicar el artículo 1354 del Código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Podría objetarse que el artículo 1875 del Código civil que dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida es una norma imperativa, lo que es cierto, pero debe tenerse presente que el contrato de garantía es diferente del contrato de fianza precisamente por ser un contrato unilateral y que, por ello, esta disposición no le es aplicable.

Por otro lado el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución vigente establece que es principio y derecho de la función jurisdiccional el no dejar de aplicar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo aplicarse en tal caso los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Precisamente, el contrato de garantía obedece a una costumbre del tráfico mercantil internacional.

EL CONTRATO DE GARANTÍA

Tal como dice Cremades², en el tráfico internacional ha surgido en los últimos años el contrato de garantía, distanciándose cada vez más de las disposiciones legislativas de los derechos internos sobre el contrato

de fianza. Con especial crudeza se plantea el tema en torno a la llamada "garantía a primera solicitud", en la que resulta la abstracción de los compromisos del garante frente al beneficiario, con absoluta y total independencia de la relación que pudiera unir, por un lado, al garante y al ordenante y, sobre todo, al beneficiario frente al ordenante. El garante, en tales circunstancias, adquiere un compromiso formal frente al beneficiario, en cuya ejecución no caben excepciones de ningún tipo que sean ajenas a la pura relación directa entre ambas personas. El garante deja de ser fiador y la garantía pierde su accesoriedad de una obligación mercantil principal. En consecuencia, las reglas del Código civil y del Código de comercio no son ya aplicables al contrato de garantía que recibe una tipificación en el comercio internacional, muchas veces ausente de la legislación civil y mercantil de carácter doméstico.

En el comercio internacional está primando la seguridad del tráfico sobre la seguridad de quienes intervienen en el mismo. La garantía a primera solicitud es una clara manifestación de tal tendencia, quedando postergados los derechos del ordenante a favor de la seguridad de quienes intervienen en el tráfico y, fundamentalmente, del beneficiario.

El mismo autor dice: "La fianza es sustancialmente causal, mientras que la garantía, y sobre todo la garantía a primera solicitud, tiende hacia la desconexión respecto de la relación comercial subyacente. La fianza es por esencia trilateral: ordenante-fiador-beneficiario o, si se quiere con términos comerciales, deudor-fiador-acreedor. Por el contrario, la garantía se decanta como contrato unilateral, al adquirir el garante compromisos directos frente al beneficiario en virtud de la autonomía contractual".

La admisión de las garantías a primera solicitud es un tema polémico en el derecho comparado. Junto a los recelos del derecho francés y belga a su admisión, goza del apoyo incondicional del derecho alemán.

Entre nosotros, cabe invocar a favor de la admisión de dichas garantías, que ellas provienen de sendos contratos, por lo cual cabe aplicar el artículo 1354 del Código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Juan Sanchez Caleo Guilarte³ considera que el contrato de garantía ofrece ventajas para el beneficiario, consistentes en tener la posibilidad de poder reclamar

² CREMADES, Bernardo M. "Afianzamiento y garantías en el comercio internacional". Madrid: Neografis S.L. 1981. pp. 12 y 17.

³ SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. "El Contrato Autónomo de Garantía. Las garantías a primera demanda". Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil. 1995. p. 28.

la garantía en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación; ventaja para el garante que consiste en articular su obligación contractual de tal manera que su cumplimiento; ventaja para el ordenante en cuanto está en aptitud de acceder a contratos y beneficiarse económicamente de los mismos.

A título de conclusión de su exposición, el mismo autor explica cual es, en su opinión, el régimen legal aplicable al contrato de garantía.

Las garantías a primera demanda, dice, son operaciones que entran dentro de la categoría de las llamadas garantías personales y que tienden a crear un contrato autónomo de garantía respecto a la obligación garantizada. El contenido de este contrato dependerá, en definitiva, de la voluntad de las partes contratantes, las cuales han de expresar que efectivamente desean que urja una garantía independiente o autónoma respecto a la relación subyacente. La licitud de este contrato de garantía, distinto del contrato de fianza, ha de estimarse posible como resultado del principio de la autonomía de la voluntad. Aparece así una modalidad contractual atípica legislativamente, pero que se ha tipificado socialmente en el tráfico bancario y de modo particular en el comercio internacional. El contrato autónomo de garantía se encuentra en la actualidad dotado de una tipicidad social o jurisprudencial, si bien la falta de una reglamentación legislativa hace que sean inciertos varios aspectos de su disciplina.

Tomando en consideración lo expuesto puede indicarse que el contrato de garantía es aquel por el que el

garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero.

De acuerdo con esta definición el contrato de garantía tiene las siguientes características:

1. Estamos ante un contrato que garantiza una determinada prestación o resultado económico.
2. La obligación de garantía depende de la notificación por parte del beneficiario.
3. Basta la simple notificación al garante en la forma prevista en el contrato de garantía, para que éste deba cumplir la prestación.
4. Nos encontramos ante un contrato unilateral en cuanto a las obligaciones que dicho contrato ocasiona.

La Cámara de Comercio Internacional está admitiendo sin ninguna reserva las reglas sobre las garantías a primera solicitud.

Por estas razones, es admisible la celebración de contratos de garantía con la modalidad de "a primera solicitud".

Estos contratos deben celebrarse, al igual que el contrato de fianza, entre el garante y el beneficiario, siendo conveniente estipular que si el garante honra ésta, tiene acción para repetir contra el ordenante.

EL VALOR DE LA CONFIANZA EN LOS DAÑOS CONTRACTUALES: PRIMERA PARTE*

Lon L. Fuller**
William R. Perdue, Jr.***

¿Qué valor tiene la confianza depositada en otra persona cuando ésta incumplió el compromiso asumido? ¿Qué se le debe exigir a la persona incumplida cuando ya no puede efectuar su prestación? ¿Qué criterios debemos tomar en cuenta para determinar una posible reparación?

El presente artículo hace una clara distinción de los criterios a tener en cuenta ante la ruptura de una relación contractual mediante el incumplimiento. A través de un interesante análisis del tratamiento del tema en la jurisprudencia norteamericana y poniendo mayor énfasis en el valor que se le da a la confianza depositada en otra persona, el autor hace una importante contribución al tratamiento de los daños contractuales. Es por ello que a pesar de ser un artículo escrito en 1936 el mismo mantiene su vigencia, encontrándose aún entre los artículos más citados, constituyéndose así en un clásico del Derecho de Contratos. Lo cual lo convierte en un artículo de lectura obligatoria para quien desee abordar el tema.

* El presente artículo fue publicado originalmente en The Yale Law Journal 46 (1), 1936. La traducción fue realizada por Milagros de Pomar Saettone, miembro de THEMIS, bajo la supervisión de Edgard Guerrero, LLM Tulane Law School. La segunda parte del presente artículo fue publicada en The Yale Law Journal 46 (3), 1937 y será publicada en la próxima edición de THEMIS-Revista de Derecho.

** Al escribir este artículo Lon L. Fuller era *Professor of Law* de la Facultad de Derecho en Duke University.

*** Al escribir este artículo William R. Perdue, Jr. era un estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho en Duke University.

Hoy, la idea de que las normas jurídicas pueden entenderse solamente en relación con los propósitos que sirven sería vista apenas como una novedad. La noción de que la ley existe como un medio para un fin ha sido un criterio común durante por lo menos la mitad del siglo. No hay, sin embargo, justificación alguna para asumir que, porque esta actitud ha alcanzado cierto reconocimiento, e incluso trivialidad, goza de un uso penetrante en la práctica. Ciertamente, incluso hoy en día hay pocos tratados legales de los cuales se pueda decir que el autor ha definido ante todo claramente los propósitos que sus definiciones y distinciones buscan servir. Estamos aún muy dispuestos a presumir que es posible manipular los conceptos legales sin la orientación que viene de la simple pregunta: ¿hacia qué finalidad se dirige esta actividad? La observación de Nietzsche, de que la estupidez más común consiste en olvidarse de lo que se está intentando hacer, conserva una relevancia molesta para la ciencia jurídica.

En ningún campo es esto más cierto que en el de los daños. En la aplicación de daños la ley tiende a ser concebida, no con la intención de ordenar relaciones humanas, sino como una clase de medida jurídica. El lenguaje de las decisiones no se da en términos de imposición sino de descubrimiento. Nosotros *medimos* el grado de lesión; *determinamos* si fue causada por el acto del demandado; *comprobamos* si el demandante ha incluido el *mismo objeto* del daño dos veces en su demanda. Una persona no familiarizada con las premisas irregulares que este tipo de lenguaje implica puede llegar a suponer que Rochester produce un ingenioso instrumento por el cual estos cálculos son logrados.

Es claro, sin duda, que lo que la normativa de daños pretende "medir" y "determinar" –las "lesiones", el "objeto del daño", las "conexiones de causalidad", etc.– son en parte considerable su propia creación, y que el proceso de "medirlas" y "determinarlas" es realmente una parte del proceso de crearlas. Esto es evidente cuando los jueces trabajan en la periferia de la doctrina existente, pero no es menos cierto en principios fundamentales y establecidos. Por ejemplo, uno encuentra con frecuencia la regla "estándar" de los daños contractuales (que contempla para el acreedor el valor de la expectativa, "el lucro cesante") tratada como un mero corolario de un principio más fundamental, que el propósito de cubrir los daños es "compensar" por la lesión¹. Sin embargo, en este caso "compensamos" al demandante dándole algo que él nunca tuvo. Esta parece ser una rara forma de "compensación". Podemos, para estar seguros, hacer que el término "compensación" parezca apropiado

diciendo que el incumplimiento del demandado "privó" al demandante de una expectativa. Sin embargo, ésta es, en esencia, sólo una afirmación metafórica del efecto real de la norma legal. En la actualidad la pérdida que el demandante sufre (privación de una expectativa) no es un dato de la naturaleza sino de la reflexión de un mandato normativo. Aparece como una "pérdida" sólo con relación a un *deber* no establecido. Por lo tanto, cuando la ley calcula los daños por el valor del desempeño prometido no está midiendo simplemente un quantum, sino está buscando un fin, a pesar que este fin pueda ser vagamente concebido.

Es por esta razón que es imposible separar la regulación de daños contractuales del cuerpo mayor de motivos y políticas que constituye la normativa de contratos en general. Es, desafortunadamente para la simplicidad de nuestro tema, imposible asumir que el elemento intencional y de política-normativa de la norma contractual se ha agotado en las normas que definen contrato e incumplimiento. Si esto fuera posible, la regulación de los daños contractuales sería de hecho simple, y tendríamos solamente una medida de reparación para todos los contratos. Por supuesto, éste no es el caso. ¿Qué consideraciones influyen en el establecimiento de diferentes medidas de reparación para diferentes tipos de contratos? ¿Qué factores explican las numerosas excepciones a la regla estándar que calcula los daños por el valor de la expectativa? Es claro que estas preguntas no se pueden contestar sin una investigación en las razones que subyacen (o pueden subyacer) la ejecución forzosa de las obligaciones en general.

En nuestra propia discusión procuraremos primero analizar los propósitos que se pueden perseguir en la adjudicación de daños contractuales o en la "ejecución forzosa" de contratos en general; posteriormente, procuraremos investigar en qué medida, y bajo qué circunstancias, estos propósitos han encontrado expresión en las decisiones y discusiones doctrinales. Tal como el título lo sugiere, el énfasis estará en lo que llamamos "el valor de la confianza" como medida posible de reparación en procesos por incumplimiento del contrato.

LOS PROPÓSITOS PERSEGUIDOS EN LA ADJUDICACIÓN DE DAÑOS CONTRACTUALES

Es conveniente distinguir tres propósitos principales que pueden ser perseguidos en la adjudicación de daños contractuales. Estos propósitos, y las situaciones

¹ "Al establecer el monto de estos daños, el propósito general de la ley debe ser otorgar una compensación: esto es, poner al demandante en tan buena posición como habría estado si el demandado hubiera cumplido el contrato". WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1338.

en que llegan a ser apropiados, pueden ser establecidos brevemente como se indica a continuación:

En primer lugar, el demandante tuvo confianza en la obligación asumida por el demandado, a la cual atribuyó cierto valor. El demandado incumplió su obligación. Los jueces pueden forzar al demandado a devolver el valor recibido del demandante. El objeto aquí se puede definir como la prevención en la obtención de ganancias por el deudor incumplido a expensas de la otra parte; en concreto, la prevención del enriquecimiento injusto. El valor protegido se puede llamar el *valor de la restitución*. Para nuestros propósitos actuales es absolutamente irrelevante cómo se clasificaría el proceso de dicho caso, si es contractual o cuasi-contractual, si sería un proceso por la ejecución forzosa del contrato o un proceso basado en la rescisión del contrato. Estas preguntas se relacionan con la superestructura de la norma, no con las políticas básicas que nos conciernen.

En segundo lugar, la confianza del demandante en la obligación asumida por el demandado cambió su situación. Por ejemplo, en un contrato para la venta de un terreno el comprador ha incurrido en gastos de investigación del título del vendedor, o ha descuidado la oportunidad de celebrar otros contratos. Podemos conceder daños al demandante con el fin de deshacer el daño que su confianza en la obligación del demandado le ha causado. Nuestro objeto es ponerlo en tan buen estado como en el que estaba antes que la obligación fuera asumida. El valor protegido en este caso puede llamarse el *valor de la confianza*.

En tercer lugar, sin insistir en la confianza del acreedor o el enriquecimiento del deudor, podemos intentar dar al acreedor el valor de la expectativa que la obligación creó. Podemos, en un proceso en el que se exige una prestación específica, obligar en efecto al demandado a cumplir con la prestación prometida al demandante, o, en un proceso por daños, podemos hacer que el demandado pague el valor en dinero de esta prestación. Aquí nuestro objetivo es poner al demandante en tan buena situación como habría estado si el demandado hubiera cumplido su

obligación. El valor protegido en este caso podemos llamarlo el *valor de la expectativa*.

Será observado que lo que hemos llamado el valor de la restitución une dos elementos: (1) confianza en el acreedor, (2) una ganancia obtenida por el deudor. Para algunos propósitos puede ser necesario separar estos elementos. En algunos casos un deudor incumplido puede obtener una ganancia injusta después de su incumplimiento que no fue tomado del acreedor (un tercero suplió la reparación), o que no fue resultado de la confianza del acreedor (el deudor violó una obligación de no apropiarse de las mercancías del acreedor). Incluso en aquellos casos donde la ganancia del deudor fue obtenida por la confianza del acreedor puede suceder que los daños sean determinados de una manera algo diferente, dependiendo de si tomamos la ganancia del deudor o la pérdida del acreedor como el estándar de la medida². Generalmente, sin embargo, en los casos que discutiremos, la ganancia obtenida por el deudor será acompañada por una pérdida correspondiente y, en cuanto a su medida legal, idéntica del acreedor, de manera que para nuestros propósitos la clasificación más adecuada será una que presuponga en el valor de la restitución una correlación entre la obtención de ganancias del deudor y la pérdida del acreedor. Si, como debemos asumir, la ganancia implicada en el valor de la restitución es resultante e idéntica a la pérdida del demandante por la confianza, entonces, el valor de la restitución es simplemente un caso especial de valor de la confianza; todos los casos que se encuentren bajo el valor de la restitución serán cubiertos por el valor de la confianza, y el valor de la confianza será más amplio que el valor de la restitución sólo hasta el punto en que incluya casos donde el demandante ha confiado en la obligación del demandado sin enriquecer al demandado.

No debe suponerse que la distinción aquí tomada entre los valores de la confianza y de la expectativa coincide con la distinción tomada muchas veces entre las "pérdidas causadas" (*damnum emergens*) y las "ganancias esperadas" (*lucrum cessans*)³. En primer

² De esta manera, en *Johnston v. Star Bucket Puma Co.*, 274 mo. 414, 202 S. W. 1143 (1918), a un contratista de construcción se le permitió recuperar en *quantum meruit* por desempeño parcial una suma considerablemente más grande que la pérdida desembolsada. La discrepancia entre el valor razonable de su desempeño parcial y su costo real surgió del hecho de que él había celebrado contratos muy favorables con subcontratistas. En ese caso, el valor de la restitución (si entendemos por éste el obligar al demandado a que devuelva lo obtenido) es más amplio que el valor de la confianza. Debe ser precisado, sin embargo, que en un proceso por "daños" si se pide reembolso por la confianza adicionalmente al lucro cesante ("Restatement of the Contracts". 1932. § 333), el ahorro en los subcontratos, que en el caso de Johnston fue reflejado en un mayor "valor razonable" de la prestación del demandante, habría sido reflejado en el lucro cesante.

En *Cincinnati Siemens Lungren Gas Illuminating Co. v. Western Siemens Lungren Co.*, 152, U.S. 200 (1893), los daños por el incumplimiento de un contrato de no competir fueron restringidos al beneficio obtenido por la parte responsable del incumplimiento. Fue asumido, sin embargo, que la pérdida del acreedor era por lo menos igual a la ganancia obtenida por el deudor incumplido, y la limitación de la reparación a la ganancia del deudor incumplido fue impuesta en parte sobre la base de que no existió ningún sustento adecuado para determinar la pérdida del negocio sufrida por el acreedor. En: DEMOGUE, René. "Traité des Obligations 6". 1931. § 287., la idea expresada es que la ganancia obtenida por el deudor incumplido es aceptable como medida de daños solamente como una clase de medida subsidiaria de daños a la regla generalmente usada sobre la expectativa de ganancia del acreedor.

³ "Restatement of the Contracts". 1932. § 329.

lugar, a pesar de que la confianza da lugar usualmente a “pérdidas” de una naturaleza afirmativa (gastos laborales y dinero), es también verdad que las oportunidades de ganancia se pueden renunciar por la confianza en una obligación. Por lo tanto, se debe interpretar que el valor de la confianza abarca por lo menos potencialmente las “ganancias esperadas” tanto como las “pérdidas causadas”. (Si las “ganancias esperadas” por la confianza en una obligación son propiamente equiparables en daños es una pregunta no formulada aquí. Obviamente, se sugiere tomar ciertos escrúpulos referentes a la “causalidad” y la “previsibilidad”. Es suficiente para nuestro actual propósito notar que no hay nada en la definición del valor de la confianza que excluya esta clase de consideraciones)⁴. Por otra parte, no es posible hacer del valor de la expectativa enteramente un sinónimo de las “ganancias esperadas”. La decepción de una expectativa exige a menudo pérdidas de carácter positivo⁵.

Es obvio que los tres “valores” que hemos distinguido no presentan pedidos iguales en la intervención judicial. Puede ser asumido que los estándares ordinarios de la justicia observarían la necesidad de intervención judicial como en orden decreciente al que han sido listados. El “valor de la restitución”, implicando una combinación del empobrecimiento injusto con la ganancia injusta, presenta el caso más fuerte a ser respaldado. Si, siguiendo a Aristóteles, miramos el propósito de la justicia como el mantenimiento de un equilibrio de bienes entre los miembros de la sociedad, el valor de la restitución se presenta doblemente fuerte en relación con una demanda de intervención judicial por el valor de la confianza, desde que A no sólo causaría que B pierda una unidad, sino también se apropiaría de esa unidad para sí misma; la discrepancia resultante entre A y B no es una unidad sino dos⁶.

Por otra parte, el acreedor que ha confiado realmente en una obligación, a pesar de no haber enriquecido al deudor, presenta ciertamente un caso más

importante de respaldar que el acreedor que exige simplemente su satisfacción por la decepción de no haber conseguido lo que le fue prometido. Al pasar de la compensación por el cambio de posición a la compensación por la pérdida de una expectativa, pasamos, en términos de Aristóteles nuevamente, del reino de la justicia correctiva al de la justicia distributiva. La ley no busca actualmente sanar un perturbado *status quo*, sino traerlo a una nueva situación. Se deja de actuar defensivamente o restaurativamente, y se asume un rol más activo⁷. Con la transición, la justificación para el respaldo legal pierde su calidad evidente en sí. No es fácil explicar porqué la regla estándar de la reparación de contratos debe ser la que mide los daños por el valor de la prestación prometida. En tanto esta “regla estándar” expande su sombra a través de todo nuestro tema, será necesario examinar las posibles razones de su existencia. Puede decirse entre paréntesis que la discusión que sigue, aunque dirigida sobre todo a la medida normal de reparación de daños, también tiene relevancia para la pregunta más general, ¿por qué tendría que ser exigida una obligación en la que nunca se ha confiado, ya sea por un mandato de ejecución específica o por una concesión de daños?

Debe también ser dicho que nuestra discusión de “razones” no coincide en todos los particulares con el desempeño real de la mente judicial, ciertamente no con aquellos de una sola mente judicial. Es desafortunadamente muy difícil discutir las posibles razones de las normas legales sin involuntariamente concebir que estas “razones” son las que controlan las operaciones diarias del proceso judicial. Esto ha tenido la consecuencia, en un momento en que los hombres son tildados de “irrealistas”, de que casi hemos dejado de hablar de razones en general. Los que encuentran desagradable el sabor racional de lo que sigue, están invitados a observar lo que leen no como una ley sino como una incursión a la filosofía del derecho, y a hacer cualquier deducción que la distinción les parezca dictar.

⁴ El Código Civil alemán limita el respaldo de los contratos en ciertas situaciones al valor “negativo” (es decir, a la confianza). Se asume que el “valor negativo” cubre las ganancias esperadas (*entganger Gewinn*), así como las pérdidas positivas. Ver las anotaciones a la § 122 en Busch. “Das Bürgerliche Gesetzbuch”. 1929. Sin embargo, aparentemente la pérdida de la ganancia particular debe ser prevista bajo las circunstancias como una consecuencia probable del contrato. Ver las anotaciones a la § 252.

⁵ Por ejemplo, en *Eastern Advertising Co. v. Shapiro*, 263 Mass. 228, 161 N. E. 240 (1928), el incumplimiento del demandado en tomar un espacio publicitario en algunos carteles hizo necesario que el demandante gastara más dinero en colocar “reemplazos” en los carteles.

⁶ ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. 1132a-1132b.

⁷ “Sin duda, cuando, después de recibir un objeto, o de beneficiarme de un servicio, me rehusó a proporcionar un equivalente, estoy tomando de otro aquello que le pertenece, y podemos decir que la sociedad, al obligarme a cumplir mi promesa, solamente está previniendo una lesión, una agresión indirecta. Asimismo, si simplemente me he obligado a un servicio sin recibir previamente remuneración alguna, no estoy menos obligado a guardar mi promesa. [Esto es verdad en la ley Anglo-Americana en el caso de contratos bilaterales]. En este caso, sin embargo, no me enriquezco a expensas de otro; sólo me rehusó a serle útil”. DURKHEIM, Emile. “The Division of Labor in Society” (traducción de George Simpson. 1933). p. 217. En caso el demandado no haya recibido ya alguna reparación, la ejecución forzosa del contrato es vista por DURKHEIM como “de una naturaleza eminentemente positiva, puesto que tiene como propósito la determinación de la manera en que debemos cooperar”. *Ibid.*, p. 216.

“El principio de que la promesa o el consentimiento crean obligación es extraña a la idea de justicia... Es natural que si cualquier persona promete darle algo a un amigo y no lo hace, no comete una injusticia, –por lo menos, entiéndase, si no agravia a este amigo indirectamente”. TOURTOULON, Pierre de. “Philosophy in the Development of Law” (traducido por Martha M. Read. 1922). pp. 499-500.

¿POR QUÉ DEBE LA LEY PROTEGER EL VALOR DE LA EXPECTATIVA?

Probablemente la respuesta más obvia a esta pregunta es una que podemos definir como “psicológica”. Esta respuesta funcionaría más o menos como sigue: El incumplimiento de una obligación despierta en el acreedor una sensación de lesión. Este sentimiento no se limita a casos donde el acreedor ha confiado en la obligación. Así el acreedor haya cambiado o no su situación realmente debido a la obligación, el acreedor ha formado una actitud de expectativa tal que el incumplimiento de la obligación le causa la sensación de haber sido “privado” de algo que era “suyo”. Al ser este sentimiento relativamente uniforme, la ley no tiene ocasión de ir tras él. Lo acepta como dato y construye sus normas respecto a él⁸.

La dificultad en esta explicación es que la ley en realidad sí va tras el sentido de lesión que el incumplimiento de una obligación genera. Ningún sistema legislativo busca imponer una sanción jurídica a todas las obligaciones. Alguna norma o combinación de normas genera un filtro para la ejecución de aquellas obligaciones consideradas lo suficientemente importantes para la sociedad como para justificar que la ley se preocupe por ellas. Cualesquiera sean los principios que controlan este proceso de filtrado, no son convertibles en términos del grado de afectación que el incumplimiento de una clase particular de obligación genere. Por lo tanto, aunque puede ser asumido que el impulso para aliviar la decepción es un criterio compartido por quienes hacen e influyen la ley, este impulso puede difícilmente ser mirado como la llave que soluciona el problema total de la protección acordada por la ley del valor de la expectativa.

Una segunda explicación posible para la norma protectora de la expectativa puede ser encontrada en la muy discutida “teoría de la voluntad” de la ley contractual. Esta teoría visualiza a las partes contratantes como ejercitando, por decirlo de alguna manera, un poder legislativo, de modo que la aplicación legal de un contrato se convierte simplemente en la implementación por el Estado de una clase de ley privada establecida previamente por las partes. Si A se ha obligado, de forma apropiada, a pagar a B mil dólares, obligamos a A que pague esta suma simplemente porque la norma o *lex* establecida por las partes llama a este pago. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto*⁹.

No es necesario discutir aquí la contribución que la teoría de la voluntad es capaz de hacer a una filosofía del derecho contractual. Algunos préstamos de la teoría son ciertamente destacables sobre la mayoría de intentos de racionalizar las bases de la responsabilidad contractual. Es suficiente observar aquí que mientras la teoría de la voluntad tiene indudablemente alguna presencia en el problema de los daños contractuales, no establece en todos los casos la reparación de la expectativa. Si un contrato representa una especie de ley privada, es una ley que usualmente no dice nada sobre qué se hará cuando sea violada. Un contrato es a este respecto como un estatuto imperfecto que no proporciona penalidades, y que deja al juez buscar el camino de lograr su propósito. Por lo tanto, no habría necesariamente una contradicción entre la teoría de la voluntad y la norma que limite los daños al valor de la confianza. Bajo tal norma la penalidad por violar la norma establecida por el contrato consistiría simplemente en ser obligado a compensar a la otra parte por la confianza afectada. Por supuesto, pueden haber casos donde es tan evidentemente que las partes han anticipado que cierta forma de auxilio judicial deberá ser dada, que se puede, sin exagerar las cosas, decir que implícitamente han “deseado” que este auxilio sea dado. Esta actitud encuentra una aplicación natural en las obligaciones de pagar una suma de dinero determinada. Sin embargo, como para la mayoría de tipos de contratos, es inútil esperar de la teoría de la voluntad una solución confeccionada para el problema de los daños.

Una tercera y más prometedora solución de esta dificultad recae en un acercamiento económico o institucional. La esencia de una economía de crédito recae en el hecho de que tiende a eliminar la distinción entre los bienes presentes y futuros (prometidos). La expectativa de valores futuros se convierte, para propósitos de intercambio, en valores actuales. En una sociedad donde el crédito se ha convertido en una institución significativa y penetrante, es inevitable que la expectativa creada por una obligación exigible deba ser mirada como una especie de propiedad, y el incumplimiento de la obligación como una lesión a esa propiedad. En tal sociedad el incumplimiento de una obligación opera como una disminución “efectiva” de los activos del acreedor – “efectiva” en el sentido que sería muy valorada para las formas de pensamiento que entran en la misma fibra de nuestro sistema económico. El que el acreedor no haya “usado” la

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁸ Esta es, en esencia, la visión de Schlossmann, a pesar de que uno puede distinguir en su pensamiento una mezcla de elementos de lo posteriormente llamado en el texto una explicación “económica” o “institucional”. SCHLOSSMANN, Sigmund. “Der Vertrag”. 1876. § 36.

⁹ “Una transacción legal es el ejercicio del poder creativo que los privados poseen en asuntos legales. El individuo dispone, y la ley adopta su comando como propio”. WINDSCHEID, Bernhard. “Lehrbuch des Pandektenrechts”. Novena Edición. 1906. § 68.

titularidad¹ que la obligación representa (al no haber confiado en la obligación) es tan irrelevante como la pregunta de si el demandante que infringió la *quare clausum fregit* estaba utilizando su título en el momento en que abuso de la misma. La analogía con las formas ordinarias de titularidad va más allá, porque incluso en un proceso por invasión la reparación es realmente por una expectativa, la expectativa de posibles usos futuros. Donde la expectativa de titularidad es limitada (por ejemplo, en caso el demandante tenga solamente la titularidad por unos años) la reparación es reducida proporcionalmente¹⁰. La titularidad ordinaria difiere del derecho contractual principalmente en que aquel puede ocasionar lesiones directas a más personas por la expectativa que representa. Es generalmente sólo el obligado, o alguien que trabaje a través de él o con él, quien está en posición de lesionar la expectativa contractual de una manera lo suficientemente directa como para hacer oportuna la intervención legal.

La objeción más obvia que se puede hacer a la explicación económica o institucional es que la misma implica un *petitio principii*. ¿Por qué una promesa representa un valor presente? Porque la ley lo exige así. “La expectativa”, tomada como un valor presente, no es la causa de la intervención jurídica sino la consecuencia de ella. Esta objeción puede ser reforzada por una referencia a la historia jurídica. Las obligaciones se hacían cumplir mucho antes de existir nada parecido a un sistema general de “crédito”, y la reparación fue desde un principio medida por el valor de la prestación prometida, “precio acordado”. Puede por lo tanto ser discutido si el surgimiento del “sistema de crédito” fue dado en gran medida sobre la base del desarrollo jurídico que lo precedió.

La visión recién sugerida afirma la primacía del derecho sobre la economía; ve al derecho no como la criatura sino como el creador de instituciones sociales. El cambio de énfasis esgrimido sugiere así la posibilidad de una cuarta explicación de la protección del derecho para asumir la expectativa, la cual podemos llamar *jurídica*. Esta explicación buscaría una justificación para la regla estándar de la reparación en una cierta política perseguida conscientemente por los jueces y otros

legisladores. Se pensaría que los jueces han protegido el valor de la expectativa porque han considerado sabio hacerlo así, no por un asentimiento ciego a las maneras habituales de pensar y de sentir, ni por un respeto igualmente ciego a los deseos individuales. Un acercamiento al problema desde este punto de vista hace que no encontremos una mera explicación de la norma en forma de ciertos datos sentimentales, volitivos, o institucionales, sino que articulemos las razones de su existencia.

¿Qué razones pueden ser adelantadas? En primer lugar, aun si nuestro interés fuera el proteger al acreedor de una pérdida de efectivo, sería posible justificar la regla concediendo valor a la expectativa, ambos como cura para, y como profilaxis contra, pérdidas de este tipo.

Es una cura para estas pérdidas en el sentido que ofrece la medida de una muy probable reparación a reembolsar al demandante por los (a menudo muy numerosos y muy difíciles de probar) actos y abstenciones del individuo que crean su total confianza en el contrato. Si tenemos en cuenta las “ganancias esperadas” por la confianza, es decir, las pérdidas implicadas en rechazar oportunidades de celebrar otros contratos, la idea de que la norma que protege la expectativa es adoptada como la más efectiva forma de compensación por el desmedro en la confianza, no parece del todo forzado. Médicos con una práctica extensa cargan a menudo a sus pacientes el honorario correspondiente por las citas canceladas. Tal carga mira de cara a las cosas como una demanda por el honorario prometido; parece ser basado en el “valor de la expectativa”. Sin embargo, el médico que efectúa el cargo justificadamente observará que es una reparación por la pérdida de la oportunidad de ganar un honorario similar de otro paciente. Esta renuncia a otras oportunidades está implicada en cierta medida en la mayoría de contratos, y la imposibilidad de identificar este tipo de confianza con cualquier clase de medida puede justificar una norma categórica que conceda el valor de la expectativa como la manera más eficaz de compensar de tales pérdidas.

La regla de que el demandante debe, después del incumplimiento del demandado, tomar medidas para

¹ Nota de Traductor: El autor habla de “property” en esta sección. Este término ha sido traducido como “titularidad” y no como “propiedad” por ser un término que abarca tanto derechos sobre bienes como sobre obligaciones. Cuando el autor se refiere a titularidad ordinaria sí se estaría refiriendo propiamente a la titularidad sobre bienes.

¹⁰ Commons advierte que la visión de MacLeod, de entender una deuda como materia económica, era “tan extraña para los economistas que no podían entenderlo... La extrañeza causada a los economistas clásicos consistió en que comprendió al “futuro” como una de sus dimensiones, así como al valor del uso y de la escasez de las escuelas más antiguas. Sin embargo, el futuro es un criterio esencial para la propiedad de una mercancía, lo cual han tomado por supuesto”. COMMONS, John R. “Economics Institucional”. 1934. p. 394.

“Estamos acostumbrados a concebir el incumplimiento de una obligación bajo un punto de vista totalmente diferente al que aplicamos para las lesiones a la propiedad, y la idea que la exigibilidad de una obligación debe ser equivalente a la reparación por una lesión a la propiedad es extraña para nosotros. Esta manera de ver el asunto separa arbitrariamente cosas que deben ser unidas, lo cual puede ser demostrado mediante un análisis de la noción de daños a la propiedad”. SCHLOSSMANN, Siegmund. “Der Vertrag”. 1876. § 37. Schlossmann busca demostrar que los daños a la propiedad son realmente daños a una expectativa. Exigir una prestación específica para la reparación de un mal es para Schlossmann como efectuar un mandato obligatorio que pide a un agresor reconstruir la propiedad que él ha destruido. *Ibidem*. § 39.

atenuar los daños¹¹ tiende a corroborar la sospecha que allí yace oculta, tras la protección de la expectativa, una preocupación por compensar al demandante por la pérdida de la oportunidad de celebrar otros contratos. Si después del incumplimiento del demandado queda abierta la posibilidad al demandante de vender sus servicios o bienes a otra parte, o de llenar sus necesidades de otra fuente, él está obligado a tomar esa oportunidad. Visto de esta manera, la regla de “daños evitables” es un criterio en la protección por la expectativa acordada, puesto que significa que el demandante, en los casos donde aplica, es protegido sólo en el caso en que por haber confiado en el contrato hubiera renunciado a otras oportunidades igual de ventajosas para lograr el mismo fin.

Sin embargo, como hemos sugerido, la regla que mide los daños por la expectativa se pueden también mirar como profilaxis contra las pérdidas resultantes de la afectación a la confianza. Cualquiera sea el motivo que tienda a desalentar el incumplimiento del contrato tiende a prevenir las pérdidas ocasionadas por la confianza. En tanto el valor de la expectativa constituye una medida de reparación de más fácil administración que el valor de la confianza, ofrecerá en la práctica una sanción más eficaz contra el incumplimiento contractual¹². De esta manera, es posible observar la regla que mide los daños por la expectativa en un aspecto cuasi-criminal, siendo su propósito no tanto compensar al acreedor cuanto a penalizar el incumplimiento de la obligación por el deudor. La norma que obliga a asumir una obligación encuentra la misma justificación, en esta teoría, como en la ordenanza que multa a un hombre por conducir pasándose un semáforo en rojo cuando no hay otro vehículo a la vista.

En la búsqueda de una justificación a la regla que garantiza el valor de la expectativa no hay necesidad, sin embargo, de restringirnos por la asunción, hecha hasta ahora, que la regla sólo puede referirse a curar o prevenir pérdidas causadas por la confianza. Una justificación puede ser desarrollada desde un punto de vista menos negativo. Puede decirse que no sólo hay una política a favor de la prevención y el deshacer los daños resultantes por la confianza, sino también una política en favor de la promoción y facilitación de la confianza en los acuerdos de negocio. Como en el caso de la ordenanza sobre el semáforo en rojo, estamos interesados no solamente en la prevención de colisiones sino también en regular la velocidad del tránsito. Los contratos pueden lograr poco, ya sea para

las partes o para la sociedad, a menos que se hagan la base para la acción. Cuando los acuerdos de negocio no sólo se hacen sino también se actúan, la división del trabajo se facilita, los bienes encuentran su lugar donde son más necesitados, y la actividad económica es generalmente estimulada. Estas ventajas serían amenazadas por cualquier regla que limite la protección legal al valor de la confianza. Tal regla tendería en la práctica a desalentar la confianza. Las dificultades en probar la confianza y someterla a medida pecuniaria son tales que el hombre de negocios que sabe, o presiente, que estos obstáculos requieren el auxilio judicial vacilarán en confiar en una obligación cuando la sanción legal sea de significación para él. Para motivar la confianza debemos, por lo tanto, dispensar su prueba. Por esta razón se ha encontrado sabio establecer una reparación sobre una obligación independientemente de la confianza, tanto porque en algunos casos la obligación es exigida sin ser confiada (como en los acuerdos bilaterales de negocio) como cuando la reparación no está limitada a la afectación de la confianza.

La explicación jurídica en su forma final es entonces doble. Se resta protección a la expectativa acordada en (1) la necesidad de curar y prevenir los daños ocasionados a la confianza, y (2) en la necesidad de facilitar la confianza en los acuerdos del negocio. Sobre esta posible explicación jurídica, queda claro que no hay incompatibilidad entre ella y la explicación económica o institucional. Ellas ven el mismo fenómeno desde dos perspectivas diferentes. La esencia de ambas recae en la palabra “crédito”. La explicación económica observa el crédito por su lado institucional; la explicación jurídica lo observa por su lado racional. La visión económica considera el crédito como una forma de vivir; la visión jurídica nos invita a que exploremos las consideraciones de utilidad que son la base de esta forma de vivir, y el rol que la consciencia humana ha jugado en traerla a existencia.

La forma en que estos dos puntos de vista se complementan llega a ser más clara cuando examinamos por separado las implicancias económicas de los dos aspectos de la explicación jurídica. Si quitamos el argumento jurídico para medir los daños por la expectativa sobre la base que este procedimiento ofrece los medios más satisfactorios de compensar al demandante por la pérdida de otras oportunidades de contratar, está claro que la fuerza de la argumentación dependerá enteramente del ambiente económico existente. Esto sería algo imperante en una sociedad

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

¹¹ “Restatement of Contracts”. 1932. § 336; MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. §§ 33-42.

¹² Ha sido sugerido como una justificación parcial a la norma que mide los daños bajo la afectación de la expectativa, el que ofrece una disuasión al fraude más efectiva que la norma que limita la reparación a la pérdida de dinero efectiva. MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. § 453.

hipotética donde todos los valores están disponibles en el mercado y donde todos los mercados son "perfectos" en el sentido económico. En tal sociedad no habría diferencia entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. La pérdida del demandante en asumir entrar en otro contrato sería idéntica al valor de la expectativa del contrato que suscribió. El argumento que garantiza el valor de la expectativa apenas compensa dicha pérdida, pierde fuerza hasta tal punto que las condiciones actuales parten de aquella sociedad hipotética. Estas observaciones ponen en claro porqué el desarrollo de los mercados tiende a llevar la visión que una demanda del contrato es una clase de titularidad, un concepto que –para toda la importancia que le dio– MacLeod parecía mirarlo como el producto de una especie de milagro legal. Quien al celebrar un contrato deja de lado la oportunidad de conseguir el mismo fin de otra forma, no estará inclinado a ver el incumplimiento de un contrato ligeramente o como mera cuestión de moralidad privada. La conciencia de lo inevitable refuerza la noción de que el contrato crea un "derecho" y que la demanda del contrato es en sí misma una especie de titularidad.

Si, por otra parte, encontramos la explicación jurídica en el deseo de promover la confianza en los contratos, no es difícil trazar nuevamente una correspondencia entre la visión legal y las condiciones actuales de la vida económica. En general nuestros tribunales y nuestras instituciones económicas atribuyen especial significado a los mismos tipos de obligaciones. El acuerdo de negocio bilateral es, generalmente hablando, el único tipo de contrato informal que nuestros jueces están dispuestos a hacer cumplir sin prueba que hubo confianza –simplemente por facilitar la confianza. Esta es, no por accidente, justamente la clase de contrato (el "intercambio", "negocio",

"comercio", "trato") que constituye el marco indispensable y penetrante para las porciones "inmanejables" de nuestra actividad económica¹³.

La inferencia, por tanto, se justifica en que los fines de la ley de contratos y aquellos de nuestro sistema económico muestran una correspondencia esencial. Uno puede explicar esto sobre la base de que la ley (mera superestructura e ideología) refleja inertemente las condiciones de la vida económica, o sobre la base de que la actividad económica se ha ajustado al marco racional de la ley. Ninguna de las dos explicaciones sería verdadera. De hecho nos estamos ocupando de una situación en la cual la ley y la sociedad han interactuado. La ley mide los daños por la expectativa *en parte* porque la sociedad ve la expectativa como un valor presente; la sociedad ve la expectativa como un valor presente *en parte* porque la ley (por razones articuladas más o menos conscientemente) da protección a la expectativa.

La explicación jurídica y económica combinada que acaba de desarrollarse puede parecer vulnerable a una objeción seria. Esto se debe al hecho que la regla "estándar", que mide los daños por la expectativa, ha sido aplicada con frecuencia a las obligaciones de un tipo que no tiene ninguna relación concebible al "sistema de crédito", a la división del trabajo, o la organización de la actividad económica. El Profesor Williston aparentemente llega a asumir que la regla "estándar" es la única regla permitida de reparación incluso en el caso de las obligaciones exigibles por la § 90 del "Restatement of Contracts"¹¹, es decir, en el caso de las obligaciones para las que no se ha dado u ofrecido ningún precio y se hacen cumplir solamente porque han sido seriamente confiadas¹⁴. Muchos de los argumentos para una regla de medida de daños por la expectativa, los cuales desarrollamos bajo nuestra

¹³ Al referirnos implícitamente a una especie de la actividad económica que es "manejada" no tenemos en mente exclusivamente ni primariamente el manejo por el estado, sino mas bien aquellos medios de organizar la actividad económica que Commons clasifica como transacciones racionales y gerenciales. Como Marx estaba afecto a señalar, el contrato ha desempeñado siempre un papel muy pequeño en la organización interna de la fábrica. El crecimiento enorme de la corporación desde su tiempo ha significado otra disminución de la importancia del contrato como fuerza organizativa, puesto que la corporación y la integración vertical tienden a sustituir una organización que se basa sobre un contrato por una que se basa en la relación del superior y del inferior (gerencia) y sobre "transacciones racionales" (por ejemplo, los deberes fiduciarios de juntas directivas). La asunción de Adam Smith, en relación a que la libre contratación es la única causa de la división del trabajo, se explica no sólo en que se basaba en las condiciones de su tiempo, sino también debido en parte a su preocupación (a pesar del título de su gran trabajo) por la distribución en relación con la producción de la actividad económica, o, en términos de Commons, con la escasez más que con la eficiencia.

¹¹ Nota de Traductor: El "Restatement of Contracts" forma parte del "Restatement of the Law"; tratados que se crearon por el American Law Institute con la finalidad de sistematizar los principios generales del *common law*. Si bien no tienen fuerza de ley ni son vinculantes para los jueces, el prestigio del Instituto y las personalidades involucradas en su elaboración han llevado a su gran difusión y a que sean tomados en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia.

El § 90 del "Restatement of Contracts" (1932) señala: **OBLIGACIÓN QUE RAZONABLEMENTE INDUCE A LA ACCIÓN O A LA ABSTENCIÓN** Una obligación que el deudor debe razonablemente esperar que induzca a la acción o a la abstención de un carácter definitivo y sustancial de parte del acreedor, y que en efecto induce a tal acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede ser evitada por la exigencia de dicha obligación.

¹⁴ "Sr. Coudert:... ¿Diría usted, Sr. Reporter, respecto a su caso de Johnny y el tío, donde el tío se obliga por \$1.000 para que Johnny compre un carro –digamos que sale y compra el carro por \$500–, el tío estaría obligado por \$1.000 o por \$500?"

Sr. Williston: Si Johnny hubiera hecho lo que se esperaba que él hiciera, o está actuando dentro de los límites de la expectativa de su tío, pienso que el tío estaría obligado por \$1.000; pero no viceversa.

Sr. Coudert: En otras palabras, la justicia substancial requeriría que el tío fuera penalizado por la suma de \$500.

Sr. Williston: ¿Por qué dice "penalizado"?

Sr. Coudert: Porque la justicia substancial estaría requiriendo en ese caso, me parece, que Johnny consiga el dinero para el carro, pero ¿debe él conseguir su carro y \$500 más? No me parece.

Sr. Williston: Por supuesto, sería posible decir que en la sección 88 [ahora § 90] se debe sustituir una sección del cuasi-contrato en el Restatement que permita, bajo estas circunstancias, que el acreedor recupere la suma que representa la lesión sufrida...". Cita de la discusión sobre la que ahora es § 90 del "Restatement of Contracts" divulgado en el "American Law Institute, Proceedings", Vol. IV. Apéndice. 1926. pp. 98-99.

explicación económica y jurídica no tienen aplicación a tales obligaciones. La sugerencia de que el valor de la expectativa sea adoptado como una especie de reemplazo del valor de la confianza debido a la dificultad de probar la confianza puede apenas ser aplicable a una situación donde efectivamente se requiera de una prueba de la confianza, y de hecho, confianza de un carácter “definitivo y sustancial”. La idea de que la expectativa está garantizada como compensación por dejar de lado la oportunidad de celebrar otros contratos similares tampoco es aplicable en esta situación, por la simple razón que no se ha “entrado” en ningún otro contrato. Finalmente, la política a favor de facilitar la confianza puede difícilmente ser ampliada indistintamente a todas las obligaciones. Cualquier política de este tipo debe presuponer que la confianza en la situación particular tendrá normalmente cierta utilidad general. Cuando se trata de “intercambios” u “operaciones de comercio” es fácil discernir esta utilidad puesto que tales transacciones forman el mismo mecanismo sobre el que se organiza la producción en una sociedad capitalista. Parece no haber motivo para asumir una utilidad general en las obligaciones que vienen bajo la § 90, en tanto son restringidas a una definición negativa—ellas no son negocios.

¿Es el uso de la regla “estándar” de daños a obligaciones no comerciales, entonces, una refutación sin respuesta a la explicación que hemos procurado de la regla? Pensamos que no. En primer lugar, es evidentemente posible que los jueces hayan dado, a través de la fuerza de la costumbre, un uso más amplio a la regla de lo que una investigación filosófica de sus bases posibles justificaría. En segundo lugar, no es claro en absoluto, respecto a las decisiones de cualquier rango, que la regla de reparación en el caso de estas obligaciones no comerciales sea necesariamente la que

mide los daños por la expectativa. Hay, como mostraremos en la segunda parte de este artículo, casos que indican lo contrario.

No es difícil demostrar que los contratos que acuerdan un tratamiento judicial son afectados por la relación entre el contrato particular y lo que llamamos “el sistema crediticio”. El contrato ideal desde el punto de vista del sistema crediticio es la obligación (comercial) de pagar dinero. Aquí encontramos una combinación de calidades legales que reflejan la íntima asociación de este tipo de contrato con la institución económica del crédito: enajenación gratuita por parte del acreedor; sustitución gratuita de la prestación de otro por el deudor; fácil convertibilidad entre las demandas presentes y futuras, siendo medida la diferencia por interés; los daños medidos por un criterio mecánico que excluye la consideración de particularidades de la situación; finalmente, los daños medidos por la expectativa, sin tendencia a sustituir una medida diferente.

Si no fuera por ciertas corrientes cruzadas que complican, podríamos esperar encontrar un aumento de uniformidad en la tendencia a remitir al demandante hacia el valor de la confianza mientras que progresivamente nos alejamos del sistema crediticio. Esto se daría de dos maneras, lo que podría ser ilustrado en el contrato a adoptar¹⁵. Mientras más lejos se lleve un contrato del sistema crediticio, más difícil es medir el valor de la expectativa. Mientras más lejos se lleve un contrato del sistema crediticio, menor es el incentivo judicial para conceder la expectativa, menor es la presión en las políticas básicas que justifican garantizar la expectativa en el acuerdo de negocios ordinario.

Nos hemos referido a factores complicados que producen un aumento constante en la tendencia a salir de la regla que garantiza la expectativa a medida que

En una discusión posterior sobre el caso del tío y de Johnny, se documentó al Profesor Williston diciendo en respuesta a la repetición de la pregunta porqué Johnny debe recibir más de \$500, “O bien la obligación compromete o no. Si la obligación compromete, tiene que ser ejecutada como fue hecha. Como dije al Sr. Coudert, podría dejar esta idea al tema de cuasi-contratos, de modo que el acreedor bajo esas circunstancias nunca sea reparado en la obligación pero sí recupere ese monto tal como le correspondería por cualquier lesión sufrida; sin embargo, me parece que uno tiene que tomar una alternativa o la otra. Uno tiene que decir, ya sea que la obligación es obligatoria o asumir la teoría de restauración del “status quo”. Ibid. pp. 103-104.

“Una obligación por mil dólares con la que se piensa comprar un carro debe comprometer si induce a la compra del carro”. WILLISTON. “Contracts 1”. Segunda Edición. 1936. § 140.

Por otra parte, el Profesor Gardner parece asumir que en los casos bajo la § 90 el acreedor debe ser “indemnizado al menos por la pérdida sufrida por la confianza” en la promesa. Él considera “la asunción de que una demanda por incumplimiento de la obligación debe necesariamente ser una demanda por reparar el valor de la potestad afirmada” como algo “analítica e históricamente incorrecto”. GARDNER. “An Inquiry into the principles of the Law of Contracts”. En: Harvard Law Review 46. 1932. pp. 1, 23.

¹⁵ En *Sandham v. Grounds*, 94 Fed. 83 (C.C.A. 3d, 1899) se sostiene que la reparación del incumplimiento del contrato de adopción está limitada al valor de la confianza. En: Harvard Law Review 13. 1899. p. 223, la regla allí incluida es observada como deseable “a pesar de ser contraria a la teoría de los daños”.

Puede parecer al principio desconcertante que haya un número considerable de casos que garantizan una “prestación específica” de los contratos de adopción. (Los casos serán encontrados recogidos en *1 C. J. 1379*). Un examen de estos casos revelaría, sin embargo, que son casos donde principalmente, si no enteramente, están presentes dos factores: (1) el padre adoptivo está muerto; (2) el demandante ha hecho todo lo necesario para perfeccionar sus derechos según los términos del acuerdo antes de la muerte del deudor. En tal situación, conceder la expectativa se puede explicar en dos argumentos: (1) el valor de la expectativa ha dejado de ser enteramente conjetural, siendo ahora simplemente por una parte del estado establecido por la ley, y (2) conceder una “prestación específica” —es decir, asignar al demandante una parte de la tenencia del niño— es el método más natural y más adecuado de reparar la confianza del demandante, o, como es usualmente el caso, de lograr una restitución de los valores recibidos por el deudor difunto. Ninguna de estas consideraciones aplican, sin embargo, donde todavía está vivo el deudor, o donde, como sucedió al parecer en el caso *Sandham v. Ground*, *supra*, hubo un rechazo del contrato por el padre adoptivo antes de que el niño haya realizado su parte del acuerdo.

nos alejamos del sistema crediticio. Lo más importante de esto recae en el hecho que los jueces tienen una preferencia natural por la regla de la reparación que ofrece un criterio fácil de administrar. Este factor tiene una importancia peculiar para las obligaciones que vienen bajo el § 90 del "Restatement", donde la expectativa está definida generalmente por una suma de dinero. Un intento de trazar la influencia de este factor será comprendido en la siguiente sección.

LA DIFERENCIA ENTRE LA MEDIDA Y EL MOTIVO, Y EL PROBLEMA DE LOS MOTIVOS MEZCLADOS

Hemos profundizado en la naturaleza de la mayor dificultad, que se encuentra en cualquier análisis de los propósitos de la ley contractual. Esta dificultad consiste en el hecho de que es imposible asumir que cuando un juez hace cumplir una obligación persigue solamente un propósito y protege necesariamente un "valor"; o que el propósito o el valor que forman el análisis razonado del accionar de los jueces considera necesariamente la reparación del demandante¹⁶. En la actualidad, puede que un juez no sólo considere en un caso dado como justificación más de uno de los tres "valores" contractuales que hemos distinguido, sino incluso, donde sea razonable suponer que un solo valor conforma la exclusiva *raison d'être* de la intervención legal, es posible que por razones de conveniencia y de certeza los jueces puedan elegir una medida de reparación que se diferencie de esa sugerida por el valor protegido.

Una dificultad en identificar el "último" de los motivos para hacer cumplir contratos existe incluso en cuanto a los primeros tiempos de la historia jurídica. Sin procurar repasar aquí qué se sabe referente a la historia temprana del contrato, puede ser dicho con seguridad que en Inglaterra¹⁷, en Roma¹⁸, y quizás generalmente en el derecho primitivo¹⁹, un lugar común es el que se puede llamar el contrato real, la "obligación de dar"²⁰, o el intercambio parcial. Por la confianza en una obligación del demandado de pagar un precio establecido, el demandante confiere una cierta ventaja al demandado;

el demandado incumple en pagar, y el demandante empieza un proceso por el precio convenido. Éste es, a grandes rasgos, el contrato real. Sin embargo, no era la única situación donde en ausencia de formalidades los jueces estaban dispuestos a intervenir, es probable que algunas de estas transacciones originalmente hayan concebido un núcleo factual imprescindible para la mayoría de contratos formales²¹.

Siempre que la ley confiera su intervención a esta situación (o hasta el punto de que conceda ciertos remedios sólo a esta situación) parecería que el propósito fundamental de la ley es la prevención del enriquecimiento injusto, puesto que el enriquecimiento del deudor a expensas del acreedor es la *sine qua non* de interferencia judicial. Con todo, a pesar que la prevención del enriquecimiento injusto puede parecer proveer el análisis razonado subyacente de la intervención legal en el caso del contrato real, la medida de reparación era, como sabemos, desde el comienzo el precio prometido, la expectativa. Varias explicaciones se pueden dar para esta discrepancia aparente entre las condiciones bajo las cuales la responsabilidad fue impuesta y los términos de la responsabilidad en sí misma. Incluso si se aceptara que el propósito único perseguido por los jueces era la prevención del enriquecimiento injusto, sería posible mirar el precio prometido como el más obvio y de método más simple para medir el grado de ese enriquecimiento, particularmente en una edad que se alejó de cualquier clase de auxilio legal que implicara valoración. Si esta es la explicación apropiada para la medida de daños en contratos reales, tenemos en ellos una ilustración de la divergencia entre la medida y el motivo; o, para hablar con menor injerencia en el epigrama, un caso donde a pesar de que el motivo fundamental era prevenir el enriquecimiento injusto el juez se inclinó por sustituir la medida que ese propósito normalmente dictaría por un método más simple y más fácil de administrar²².

Una explicación diferente y quizás más exacta se puede dar, sin embargo, por la medida de la reparación

¹⁶ Una falla a tener en cuenta, que puede ser llamada *motivational cross-currents*, parece constituir el principal error del valioso artículo del Profesor Cohen "The Basis of Contracts". En: Harvard Law Review 46. 1933. p. 553.

¹⁷ PLUCKNETT, Theodore F. "A Concise History of the Common Law". 1929. p. 401.

¹⁸ RADIN, Max. "Roman Law". 1927. § 60. El orden preciso en que los diferentes tipos de contratos informales se tornaron exigibles en Roma parece ser algo incierto. GIRARD, Manuel. "Éléments de Droit Romain". Octava Edición. 1929. p. 467. Evidentemente, tanto en Inglaterra como en Roma hubo una expansión gradual del auxilio garantizado, de manera que un beneficio directo del acreedor dejó de ser esencial.

¹⁹ DIAMOND, Arthur Sigismund. "Primitive Law". 1935. pp. 391-445. En relación a la ley babilónica y asiria escribe: "No hay transacciones que sean enlazadas por el mero hecho del acuerdo sin la transferencia de propiedad. Ese tipo de transacción comercial todavía no se ha alcanzado; la ley compensa por la pérdida, y hasta ahí llegan los intermediarios, y los precios de mercado que fluctúan día a día, no habría contrato puramente ejecutivo para comprar o vender en una fecha futura, ni podría haber pérdida económica por incumplimiento en la ejecución de tal contrato". *Ibid.* p. 409.

²⁰ HENRY. "Consideration in Contracts". 1917. Yale Law Journal. pp. 664, 678.

²¹ Como en el *nexum* romano (asumiendo que la transacción fue alguna vez utilizada para crear obligaciones), y quizás en el contrato cerrado en Inglaterra. POLLOCK, Sir Frederick y MAITLAND, Frederic William. "History of English Law". Segunda Edición. 1898. p. 213.

²² McCormick discierne como una de las ventajas de la regla de medir los daños de un fraude mediante el valor de la expectativa el hecho de que generalmente ofrece, en comparación con la regla que mide los daños mediante el valor de la confianza, "un estándar simple, razonablemente definido y fácil de entender". MCCORMICK, Charles T. "Damages". 1935. p. 453.

aplicada a los contratos reales. Puede ser dicho que el elemento del enriquecimiento injusto presente en esos casos sirvió para abrir, como sucedió, el impulso latente para sostener a los hombres en sus negocios. Los jueces habrían preferido ver a los hombres realizar sus acuerdos en todos los casos. Sin embargo, donde el acreedor no había dado hasta ahora nada para la obligación había una vacilación sobre la intervención legal (y sin duda también sobre la condenación moral), donde solamente la combinación del empobrecimiento injusto y del enriquecimiento injusto originó que los contratos reales sean necesarios. Visto de esta forma, la medida de reparación aplicada a los contratos reales no era tanto un caso de la divergencia entre la medida y el motivo como un caso de motivos mezclados.

La ambigüedad referente a los últimos motivos y a la congruencia entre la medida y el motivo que rondaba el período inicial de la historia jurídica deja una sombra sobre todos los progresos posteriores. Así, en los primeros tiempos de su crecimiento la acción de demanda fue claramente dominada por el valor de la confianza, de tal manera que Ames asumió, aún en ausencia de ejemplos, que la reparación de la obligación se debe limitar originalmente a la reparación por el cambio de posición²³. Sin embargo, si esta fue en efecto la regla original no lo fue por ningún acontecimiento anterior a la medición de los daños por el valor de la expectativa. Sin embargo, en tanto era solamente la obligación sostenida en la confianza la que se hacía cumplir por la acción de demanda, tenemos el mismo problema aquí del que teníamos en el caso del contrato real. ¿El valor de la expectativa fue tomado como la medida de reparación porque ofreció estándares más ciertos que el valor de la confianza, o porque el factor en la confianza sirvió para abrir el impulso de obligar a los hombres a que cumplan sus obligaciones? Es, por supuesto, imposible dar cualquier respuesta concluyente a esta pregunta.

En el derecho moderno el problema de motivos mezclados y la divergencia entre medida y motivación, aunque presente por todas partes, es más agudo en lo que se puede llamar obligaciones "no comerciales". En el caso de contratos que realizan una función en el "sistema crediticio", la cual, en otras palabras, tenga más o menos directa relación con el mecanismo que en una sociedad capitalista proporciona una organización para la producción, el intercambio, y la distribución de mercancías, el valor de la expectativa

tiende a ser dominante. Sin embargo, cuando salimos del reino del "comercio", como, por ejemplo, en las obligaciones que vienen bajo el § 90 del "Restatement of Contract", encontramos que la confianza retoma un papel importante. Una obligación que invita, pero no solicita como su "precio", va a ser exigible sólo cuando el acreedor haya confiado. Si la confianza es la *sine qua non* de la intervención legal, entonces la protección del valor de la confianza es obviamente una parte del motivo por el que los jueces actúan en tales casos. ¿Es éste todo el motivo? ¿La confianza también determina la medida de la reparación? Para estas preguntas, vitales como son, los fallos no nos producen ninguna respuesta clara. Como se ha recordado ya, Williston asume que la medida de reparación para estas obligaciones "no comerciales" es igual que para las "comerciales", es decir, la expectativa²⁴. Asumiendo que éste es un enunciado correcto de la ley (y existen muchos casos para apoyarlo así como para refutarlo), ¿cómo explicamos la discrepancia entre lo que aparece como el motivo fundamental (reparación por la confianza perjudicada) y la medida de la reparación, que ignora la confianza? Como en el caso de contratos reales y de la acción de demanda en sus primeros tiempos, dos explicaciones principales son concebibles. Si no consideramos la posibilidad de que los jueces hayan concedido la expectativa simplemente por costumbre, entonces, o se prefiere el valor de la expectativa como medida de reparación debido a su mayor determinación ("divergencia entre medida y motivación") o el factor de la confianza sirve como impulso para compeler a los hombres a cumplir sus obligaciones ("mezcla de motivos"). Por supuesto, no hay un método para demostrar cuál de estas es la "verdadera" explicación. Con todo, dejando la materia de control del motivo en este estado ambiguo, dejamos cuestiones sin resolver de importancia práctica muy considerable. Por ejemplo, si en los casos que vienen bajo la § 90 se prefiere el valor de la expectativa como una medida de reparación por su certeza, entonces podemos esperar ver que sustituya el valor de la confianza en cada caso donde ese valor consideró un cierto estándar para computar los daños. Por otra parte, si la confianza sirve simplemente como una especie de agente catalizador para estimular el impulso a que los hombres cumplan sus obligaciones, la pregunta acerca de si el valor de la confianza ofreció una medida practicable de reparación será irrelevante, y el valor de la expectativa será siempre adoptado como medida de reparación.

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

²³ Para estar seguro, Ames se expresó en términos del "reembolso por la pérdida de la cosa objeto de la obligación", que parece más una descripción de la restitución que la compensación por la confianza afectada. AMES, James Barr. "Lectures on Legal History". 1913. p. 144. Sin embargo, desde que no hay nada en la historia de la obligación que sugiera que el remedio habría sido restringido a la reparación del beneficio conferido, es seguro asumir que el lenguaje de Ames se debió a la no infrecuente aunque descuidada identificación del reembolso por cambio de posición con la restitución.

²⁴ Ver la nota 14 *supra*.

La misma dificultad en asignar al valor de la expectativa y al valor de la confianza los roles respectivos que se presentan en los contratos bajo la § 90 se produce generalmente en los contratos "informales" y "no-comerciales" (incluyendo muchos casos clasificados bajo títulos tales como *waiver* y *estoppel*), y en todos aquellos casos donde la confianza del acreedor es una condición indispensable para la interferencia judicial. Un estudio más detallado de casos de este tipo debe posponerse a la segunda parte de este artículo.

Estamos acostumbrados a pensar en obligaciones no comerciales, donde el acreedor debe demostrar confianza para ser reparado, algo tan anómalo, como si no se tratara de contratos en el sentido completo del término. Es digno de observación, puesto que demostrará qué tan sujetos a manipulación están nuestros "principios fundamentales", que sería incluso posible invertir nuestros conceptos de lo que es normal y lo que es anómalo, sin violentar las reglas que determinan en última instancia qué contratos deben ser exigibles. Podemos fácilmente basar la ley de contratos entera en una premisa fundamental de que solamente las obligaciones que se han basado en la confianza serán exigibles. Como principal excepción a este principio debemos enumerar el acuerdo de negocio bilateral²⁵. El análisis razonado para esta excepción se puede encontrar en el hecho de que en tales acuerdos es extremadamente posible que la confianza se dé y extremadamente difícil que se pueda probar. El tacto jurídico puede incluso sugerir conferírle a la excepción la investidura de una presunción concluyente. "En el caso de los acuerdos bilaterales de negocio no dispensamos la prueba de la confianza sino que presumimos que la confianza se ha dado y que la expectativa es la medida correspondiente del grado de confianza". Tal presunción ciertamente no generará más violencia a los hechos que la mayoría de las presunciones concluyentes. No es tan claro que tal racionalización de la ley contractual en términos de confianza no pueda tener ventajas sobre las formas más usuales de pensamiento que tienden a relegar el valor de la confianza al campo del *not quite contract law*.

Con este examen preliminar de los tres valores del contrato, estamos listos para volver nuestra atención

más directamente al valor que es el principal objeto de esta investigación, el valor de la confianza.

LA RELACIÓN ENTRE EL VALOR DE LA CONFIANZA Y LOS OTROS VALORES CONTRATUALES

Las definiciones abstractas que hemos dado a los tres "valores" del contrato; parecería en una lectura ocasional ser mutuamente exclusiva. Sin embargo, como siempre en derecho, estamos plagados de casos límite. Tal como lo mostramos la sección pasada, no sólo existe la ambigüedad concerniente a estos valores desde un punto de vista psicológico o de motivación, de modo que sea difícil decir cuál de ellos pueden "realmente" querer justificar los jueces; pero hay también una ambigüedad en ellos incluso desde un punto de vista analítico o de definición.

El valor de la confianza es, como hemos precisado ya, generalmente lo suficientemente amplio como para cubrir todos los casos que vienen bajo el valor de la restitución²⁶. Es también lo suficientemente amplio como para incluir algunos casos no cubiertos por ese valor. El problema de la relación entre estas dos bisagras de valores, por lo tanto, resulta en el problema de definir esta área extra del valor de la confianza. En tanto esta área comprende los casos donde el acreedor ha sido perjudicado por confiar en una obligación sin haber beneficiado al deudor, es obvio que la extensión de esta área dependerá del alcance dado al concepto "beneficio". Si definimos el beneficio específicamente, insistiendo en un aumento "real" de "activos" del deudor, entonces el campo de los casos cubiertos por el valor de la confianza, pero excluidos del valor de la restitución será relativamente grande. Así, si A fue empleada por B para probar hechizos, podemos, asumiendo que A se dedicó arduamente al cumplimiento de su tarea, encontrar daño a la confianza de A sin ningún "beneficio" correspondiente a B. En el otro extremo se encuentra la concepción que ve al "beneficio" como cualquier cosa que el deudor estipuló y por la que estaba dispuesto a pagar un precio²⁷. Si este concepto de "beneficio" es aceptado en su forma extrema, solamente un campo relativamente estrecho sería dejado al valor de la confianza. Cualquier acuerdo comercial basado en la confianza entraría automáticamente dentro del valor de la restitución. Fuera

²⁵ Éste es de hecho el acercamiento realizado por HARRIMAN. "Law of Contracts". Segunda Edición. 1901. § 133. "... Con algunas excepciones a ser resaltadas de ahora en adelante, el móvil de contratación debe ser uno dado confiando en la obligación". En la § 135 "Cuando un contrato consiste en obligaciones recíprocas, cada una de las obligaciones es el móvil de contratación de la otra. Decir que cada obligación está dada confiando en la otra no parecería estirar la teoría jurídica demasiado lejos; sin embargo, parece más simple mirar el caso de las obligaciones recíprocas como una excepción a la regla general".

"Podría discutirse que la base fundamental de los contratos simples históricamente fue efectuada en una justificada confianza en la obligación...". WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". Segunda Edición. 1936. § 139.

²⁶ Sin embargo, vea los apuntes hechas *supra*. p. 54; y en la nota 2 *supra*.

²⁷ El "Restatement of Contracts" llega casi a esta afirmación, pero agrega que la ejecución esperada debe haber sido "recibida" por el demandado. "Restatement of Contracts". 1932. § 348. Al término "recibir", sin embargo, se le da una definición muy amplia. Ver el comentario a al § 348.

del valor de la restitución podemos encontrar solamente dos clases de confianza: (1) la confianza en las obligaciones que no son comerciales (como bajo el § 90 del "Restatement of Contracts"), y (2) la confianza no comercial en las obligaciones de negocio (la confianza "fuera del contrato", como, por ejemplo, en "alcanzar" otras ofertas). El campo ocupado por estos dos tipos de confianza puede, en cuanto se refiere al efecto legal, ser incluso más estrecho por la aplicación de nociones tales como "causalidad" y "previsibilidad". Por lo tanto, está claro que cualquier concepto que hiciera al "beneficio" equivalente al "acto comercial" dejaría solamente un campo extremadamente limitado para la exclusiva hegemonía del valor de la confianza.

La flexibilidad ineludible del concepto "beneficio" significa que dibujar la línea entre los valores de la confianza y de la restitución es finalmente un asunto algo arbitrario. Al sustituir "beneficio" por un término más terminante como "enriquecimiento" cambiamos la línea a una sola dirección; al sustituir un término más flojo como la "prestación recibida por el deudor" la cambiamos al otro sentido. En vista del hecho que la línea es fijada en última instancia por una especie de mandato conceptual, se debe notar que debe haber sido usual pensar en la restitución como un remedio totalmente distinto de la demanda común por un contrato. Donde "el contrato" es observado como habilitador de una especie de conducto para la demanda ordinaria, se convierte en una obstrucción para la forma de restitución y debe ser eliminado por "rescisión". No puede ocasionar asombro alguno el que, en esta hidromecánica legal, la visión deba perderse de los propósitos subyacentes a los remedios implicados.

El concepto (o quizá debamos decir la "visualización") de la restitución como algo enteramente diferente de una demanda "por el contrato" ha tenido un número de desafortunadas consecuencias. Entre ellas podemos

enumerar: (1) la entrada en el problema de la noción de "elección" (el demandante tiene que elegir por adelantado, a lo largo de qué ruta funcionará su acción) con la consecuencia que la restitución y la acción "sobre el contrato", no pueden ser, salvo provisionalmente, acumuladas en un solo proceso²⁸; (2) el requisito de que el demandante debe, como condición previa a un proceso por restitución, devolver cualquier beneficio recibido²⁹, y (3) la necesidad de siempre dar primero aviso sobre su intención de resolver el contrato³⁰. En ciertos casos es posible que el demandante evite las inconveniencias y los peligros implicados en la restitución iniciando una demanda por el valor de sus "gastos de ejecución", una demanda que protege el valor de la confianza (y por lo tanto, por implicancia necesaria, el valor de la restitución), pero que ha sido formulada como una demanda "sobre el contrato"³¹.

En un aspecto es quizás afortunado que el valor de la confianza, aunque extensivamente reconocido en nuestra ley, haya recibido reconocimiento de una forma cubierta —uno está tentado a decir, clandestina. De haber sido medido abiertamente como una base distintiva de la demanda, sería probable que los jueces hubieran obligado al demandante de un contrato a que "elijan" entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. Afortunadamente, parece no haber sugerencia en los casos de la necesidad de esta elección, y la demanda que busca reembolso por la confianza por consiguiente ha permanecido libre de las trampas que rodean la acción para la restitución³².

Al distinguir entre los valores de la confianza y de la expectativa encontramos no tanto una línea divisoria cambiante como sí un grupo misceláneo de casos que parecen igual de felices en cualquiera de ambas categorías. Estos dos valores parecerán medidas idénticas, o casi idénticas, de reparación, en al menos tres tipos de casos.

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

²⁸ WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 266; WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1469. La doctrina de la elección se reduce a su aspecto más insignificante en el "Restatement of Contracts". 1932. § 381. Sin embargo, aun bajo el "Restatement of Contracts" sigue siendo imposible, aparentemente, combinar la restitución y la demanda por "daños" en una sola acción.

²⁹ "Restatement of Contracts". 1932. § 349; WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 265; WILLISTON. "Contracts". 1920. § 1460.

³⁰ WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 267. Al listar estas restricciones a la restitución como consecuencias desafortunadas de la idea de que la restitución está fundada en una destrucción del contrato, no queremos decir que todas son establecidas como ley. El último requisito mencionado es particularmente dudoso, como señala Woodward en la sección citada.

³¹ WILLISTON, Samuel. "Contracts". 1920. § 1341; "Restatement of Contracts". 1932. § 333.

³² En *Rabinowitz v. Markus*, 100 Conn. 86, 123 Atl. 21 (1923), sin embargo, aparentemente la única visión asumida es que una demanda de compensación por daños a la confianza (una porción importante de que aquello que no benefició al demandado) está basada en la resolución del contrato. Existe uniformidad de lenguaje en la decisión que puede ser interpretada como implicancia de que debe haber una elección entre una demanda por "daños" o una demanda para obtener reembolso por los gastos incurridos.

Se debe atender también a aquellos casos donde el demandante ha confiado en un contrato basándose en el *Statute of Frauds*, y donde las cortes se han sentido constreñidas (con la finalidad de evitar la apariencia de permitir una demanda "sobre el contrato") para tratar la demanda de compensación por daños a la confianza como una demanda por restitución. El que en estos casos ciertos aspectos de la confianza son usualmente compensados, los cuales no son propiamente cubiertos ni por la más generosa definición de reparación, será mostrado en la segunda parte de este artículo. En este tipo de casos, donde la demanda para obtener reparación por daños a la confianza tiene que ser disfrazada como una demanda para la restitución, es obvio que hay un peligro que el disfraz pueda ser tomado seriamente, y que la demanda esté sujeta a todas las limitaciones impuestas en una "verdadera" demanda de restitución.

Puede haber una señal de la idea de una elección entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa en las declaraciones ocasionales acerca de que el demandante no puede ser reparado por su desempeño efectuado y a la vez por el lucro cesante en una sola demanda. Ver la nota 44 *infra*. La base ostensible para esta visión es, sin embargo, el hecho de que permitir ambos aspectos daría lugar a una "doble reparación".

En primer lugar, donde la confianza del demandante toma la forma de actos esenciales para la exigencia del contrato por él (tal como ejecución parcial del contrato o preparaciones necesarias de ejecución) y el demandado incumple o rechaza el contrato antes de que la completa ejecución haya tenido lugar, es posible clasificar la demanda del demandante como apoyada solamente ya sea sobre el valor de la expectativa, o en la combinación de los valores de la expectativa y de la confianza. Si un constructor ha terminado la mitad de la estructura cuando el dueño de la propiedad pone fin al contrato, la solicitud del constructor incluirá dos tipos de daño: (1) gastos efectivamente realizados en la ejecución o preparación de su ejecución, y (2) la ganancia que hubiera obtenido con el cumplimiento total del contrato. Esto parece una combinación de los valores de la confianza y de la expectativa, y necesariamente será analizado si podemos restringir el alcance del valor de la expectativa a lo que se puede llamar la expectativa neta, en otras palabras, si hacemos de “el valor de la expectativa” y de “el lucro cesante” sinónimos. Sin embargo, en casos donde el demandante ha emprendido la ejecución o preparación para ejecutar un contrato rentable antes del incumplimiento del demandado, eso implica que no hay ninguna distorsión para decir que la expectativa del demandante es realmente doble e incluye (1) reembolso por lo que ha sido ejecutado, y (2) una ganancia adicional. A esta expectativa más amplia podemos llamarla el *valor bruto de la expectativa*. Usando este concepto más amplio la demanda del constructor en el caso supuesto parecerá estar enteramente fundada en el valor de la expectativa³³. La posibilidad de incluir un reembolso por el valor de la parte ejecutada bajo el valor de la expectativa es indicada por el hecho de que es posible establecer, enteramente en términos de expectativa, las medidas de reparación que, si toda la información relevante estuviera disponible, produciría la misma suma que la fórmula que medía la reparación por el valor razonable de lo que ha sido ejecutado más la ganancia. Ejemplos de estas medidas serían: (a) el pago por el trabajo ejecutado de acuerdo al contrato, más la ganancia perdida por la porción no ejecutada del contrato, (b) el precio total del contrato menos el costo de su finalización.

En segundo lugar, donde se concibe que el valor de la confianza trae consigo la pérdida de la oportunidad de celebrar contratos similares con otras personas, los valores de la confianza y de la expectativa tendrán una tendencia a acercarse el uno al otro, el grado exacto

de sus respectivas correspondencias dependerá del grado en que otras oportunidades de una naturaleza similar hayan estado disponibles para el demandante cuando éste suscribió el contrato objeto de demanda. El médico que al concertar una cita se priva a sí mismo de la oportunidad de concertar una cita similar con otro paciente presenta un caso de completa correspondencia entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. La tendencia de los valores de la expectativa y de la confianza a unirse en casos de este tipo tiene como consecuencia que el mismo aspecto del daño se puede clasificar a menudo bajo cualquiera de los dos títulos. Así, donde el incumplimiento del contrato del demandado resulte en la inutilidad de la propiedad del demandante por un período, los jueces al conceder al demandante el valor de la renta del predio ha considerado a veces que concedían el reembolso por la pérdida de la oportunidad de emplear la propiedad para otros propósitos (el valor de la confianza)³⁴, y a veces que concedían la compensación por la pérdida de las ganancias que habrían sido obtenidas si el demandado hubiera cumplido con su obligación (valor de la expectativa)³⁵.

En tercer lugar, los valores de la confianza y de la expectativa coincidirán en esos casos donde el incumplimiento del contrato dé lugar no simplemente a la pérdida del valor prometido sino también en un daño directo. Un granjero compra una vaca con la garantía de que esté libre de enfermedades. En efecto, la vaca está enferma y contagia a toda la manada del comprador. En lo que se refiere al aspecto de la pérdida directa (la contaminación de la manada) no es posible establecer una distinción entre los valores de la confianza y de la expectativa. Esta pérdida no habría ocurrido tanto si el demandado no hubiera incumplido su contrato, como si el demandante no hubiera suscrito y confiado en el contrato.

¿DEBE EL VALOR DE LA EXPECTATIVA FIJAR EL LÍMITE DE LA REPARACIÓN?

En los contratos por los que se entabla una demanda, el valor de la expectativa normalmente excede el valor de la confianza. Es posible, sin embargo, que el valor de la confianza pueda ofrecer al demandante una medida más generosa de reparación que la que ofrece el valor de la expectativa. En tales casos, ¿debería el valor de la expectativa ser considerado como un límite de reparación? Las secciones del Código Civil Alemán que consideran la protección del valor de la confianza establecen que la reparación bajo ninguna circunstancia

³³ Esto es así analizado en el “Restatement of Contracts”, comentario a. 1932. § 333.

³⁴ Esta es, aparentemente, la forma en que la cuestión fue vista en *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896).

³⁵ Como en *Griffin v. Colver*, 16 N.Y. 489 (1858).

debe exceder el valor de la expectativa³⁶. El tratamiento de cobertura establecido con relación al valor de la confianza en nuestra ley hace imposible esperar una solución tan explícita y general al problema como se da en el *common law*. No faltan, sin embargo, insinuaciones de una perspectiva similar a la del Código Alemán³⁷. ¿Existe algún sustento para que a esta noción de reparación basada en la confianza nunca se le permita exceder el valor de expectativa?

Antes de intentar dar una respuesta es necesario destacar que existen al menos dos ambigüedades en nuestra pregunta, ambas tienen que ver con el significado de la expresión “valor de la expectativa”. En primer lugar, ¿se refiere este término al “valor neto de la expectativa” (“el lucro cesante”) o al “valor bruto de la expectativa”, la expectativa en el caso de una completa ejecución? Es bastante claro que la respuesta es esta última definición, en tanto un límite a la reparación en términos de “valor neto de la expectativa” sería un absurdo³⁸. El hecho de que el constructor de un edificio haya esperado ganar solamente 200 dólares por un contrato en su totalidad no debería impedirle recuperar, digamos, 5,000 dólares como reembolso por gastos hechos ante el incumplimiento del demandado. La segunda ambigüedad es más difícil de tratar. ¿Debe ser medido el valor en la expectativa “objetivamente” de acuerdo al precio del mercado o “valor razonable”, o debe ser medido en términos de su utilidad para el demandante en su particular situación? La importancia para un acreedor de una obligación de entregar una pieza de maquinaria por un “valor razonable” de 100 dólares podría sobrepasar el valor “objetivo”. Con esta pieza de maquinaria el demandante podría estar habilitado para operar su fábrica para ganar millones de dólares; sin eso, podría sufrir grandes pérdidas. Asumamos por el momento—en tanto el lenguaje usualmente empleado en la formulación de la limitación (“el precio completo del contrato”) justifica nuestra asunción— que el “valor de la expectativa” es medido “objetivamente” y descubra qué justificación puede haber para una regla que declare que la reparación por la confianza en un contrato nunca deba exceder el valor “objetivo” de la expectativa.

Para culminar con la anterior pregunta, es necesario investigar qué consecuencias puede originar el que el valor de la confianza exceda el “valor razonable” de la

prestación a la que se obligó el demandado. La opción más probable es que el demandante haya entrado en un contrato de pérdida. Un fabricante ha emprendido la construcción de una máquina por 1,000 dólares, previendo que será necesario destruir y reemplazar una pared de su planta por un costo de 1,500 dólares, con la finalidad de sacar la máquina cuando sea completada. Si el fabricante debe buscar recobrar el completo valor de la confianza (1,500 dólares adicionales al costo de materiales y labor en la construcción de la máquina), la objeción obvia podría ser que está intentando que la otra parte asuma lo ocasionado por su propio descuido. En respuesta, se podría indicar que él no tendrá oportunidad de hacer eso, salvo que la otra parte haya incumplido previamente el contrato. Si el comprador paga los 1,000 dólares acordados como precio de compra, ningún reclamo podrá ser hecho por el fabricante; para que el fabricante esté habilitado a reclamar por el todo, será porque el comprador ha incumplido. La verdadera pregunta entonces sería, ¿el incumplimiento del demandado debería tener la consecuencia de habilitar al demandante a tener derecho de reclamar la pérdida que él hubiera sufrido si el demandado hubiese cumplido el contrato? ¿Es ésta la penalidad apropiada que se impone por un incumplimiento de contrato? Probablemente en muchos casos no lo sea. Debería notarse, sin embargo, que en demandas de restitución, hay muchos casos que permiten al demandante recuperar el valor de los beneficios recibidos por el demandado, a pesar que este valor excede aquel valor de la contraprestación a la que se obligó el demandado³⁹. En estos casos no cabe duda que el incumplimiento del demandado debe ocasionar una pérdida de su derecho a retener los beneficios de un negocio ventajoso. Se estaría dando un paso más (particularmente cuando se dice que los “beneficios” que el demandado “retiene” en caso de restitución son usualmente algo más que ficciones legales) en poner una regla amplia cuyo incumplimiento debería privar al infractor del poder de limitar la reparación de la otra parte por la afectación de la confianza. Nuevamente, en un proceso por engaño, la reparación ha sido concedida al demandante por su confianza a pesar que ésta excedía el valor real de la prestación a la que se obligó el demandado, en otras palabras, el demandante habría efectuado un mal negocio incluso si las declaraciones del demandado hubieran sido ciertas⁴⁰. Casos de este tipo pueden distinguirse de los casos que

³⁶ §§ 122, 179, 307. El lenguaje de la limitación utilizado es en cada sección sustancialmente igual, “... jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit [o “Wirksamkeit”] des Vertrags hat”.

³⁷ Ver el “Restatement of Contracts”. 1932. § 333 (a). (“tales gastos no son recuperables en lo que excede el precio total del contrato”); GARDNER, George. “An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts”. 1932. Harvard Law Review 46. pp. 1, 22. (“sin exceder el valor del poder afirmado”); *Glaspie v. Glasgow*, 28 Minn. 158, 9 N.W. 669 (1881).

³⁸ La limitación prescrita por Gardner (loc. Cit. *supra*, nota 37) parece ser expresada en términos del valor neto de la expectativa, aunque esta no fue probablemente la intención.

³⁹ WILLISTON, Samuel. “Contracts 3”. 1920. § 1485; WOODWARD, Frederic Campbell. “Law of Quasi Contracts”. 1913. § 268.

⁴⁰ *Wallace v. Hollowell*, 56 Minn. 501, 58 N.W. 292 (1894).

estamos discutiendo sólo en relación con la base incierta de que la política a favor del desincentivo del fraude es más fuerte que a favor del desincentivo del incumplimiento de contrato. Al comparar procesos por fraude y por indemnización, no queremos sugerir que el “valor total del contrato” (esto es, el valor “objetivo” de la expectativa) no deba limitar la indemnización del tipo de caso ordinario en discusión. Sólo sugerimos que quizá sea poco sabio dejar una regla categórica sobre la materia, y que es poco probable en caso de un particular incumplimiento inexcusable que los jueces puedan sentir que no hubo penalidad muy gravosa para el demandado para afectarlo con la pérdida en la que el demandante habría incurrido aun si el demandado hubiera cumplido su contrato.

Sin embargo, ¿implica necesariamente un exceso de confianza sobre el valor de la expectativa que el demandante haya incurrido en un negocio de pérdida? En el viejo caso de *Nurse v. Barns*⁴¹ el demandado “en retribución a 10£” se obligó a dar al demandante el uso de cierto predio por un periodo de seis meses. Confiando en esta obligación el demandante guardó un *stock* de bienes. El demandado, posteriormente, incumplió su obligación. En tanto sus gastos en los bienes devinieron inútiles, el demandante perdió £500, los que se le permitieron recuperar del demandado. Aquí, entonces, no había nada que indicara que el demandante habría entrado en un negocio de pérdida; por el contrario se encontró que el arrendamiento valía justamente lo que el demandante acordó pagar por él.

Es obvio que necesitamos una distinción entre las dos clases de confianza. Ciertos actos de confianza se dan en un sentido amplio por el “precio” de cualquier beneficio que el contrato pueda implicar para el demandante. A este tipo de confianza llamaremos “confianza esencial”. Bajo este título será incluido el cumplimiento de condiciones expresas e implícitas en contratos bilaterales, el cumplimiento del acto requerido por una oferta para un contrato unilateral, preparaciones para cumplir en los dos casos mencionados, y las pérdidas implicadas en celebrar el contrato en sí mismo, como, por ejemplo, perder la oportunidad de celebrar otros contratos rentables. En cuanto a esta clase de confianza (“confianza esencial”) si no limitamos la reparación por el “precio del contrato”, estamos permitiendo que el demandante traslade al demandado sus propias pérdidas

contractuales, cuando el demandado sólo es culpable por el incumplimiento del contrato.

En contraste con la “confianza esencial” se encuentra la clase de confianza implicada en el caso *Nurse v. Barns*, la cual llamaremos “confianza incidental”. La confianza del demandante allí (depositada en un *stock* de bienes) devino naturalmente, y podemos asumir, previsiblemente, del contrato. Sin embargo, no consistió en actos necesarios para el perfeccionamiento de los derechos del demandante en el contrato; no puede ser observado como el “precio” de la prestación del demandado. Cambiar la carga de tal confianza al demandado en una cantidad que exceda “el precio total del contrato” no significa atribuir al demandado las pérdidas contractuales del demandante. En tal caso no hay razón válida para limitar la reparación del demandante por el valor de la expectativa medida “objetivamente”. Si hay algún límite en todo esto, debería ser un estándar más generoso que el “precio del contrato”.

¿Debería haber algún límite de reparación en casos como *Nurse v. Barns*? Suponga que se ha demostrado en ese caso que el negocio contemplado por el demandante habría sido operado como una pérdida y que esta pérdida habría excedido el monto que el demandante haya intentado recobrar como reembolso por su confianza. Si el demandante está en tal situación permitida de ser reparada, es obvio que en efecto estamos trasladando al demandado la pérdida en que el demandante habría incurrido por el riesgo tomado en confianza del contrato. Para prevenir esto debemos limitar la reparación del demandante por el valor de la expectativa medida “subjetivamente”, esto es, en referencia a la ganancia o a la pérdida que razonablemente pueda ser anticipada por el negocio contemplado⁴². En la práctica esta limitación será de una significación leve, desde que en casos como *Nurse v. Barns* será poco posible juzgar con algo de precisión la suerte que hubiera corrido el riesgo tomado de no haber sido interrumpido por el incumplimiento de contrato del demandado.

Podemos resumir las conclusiones alcanzadas hasta ahora en los términos siguientes. Una demanda basada en la “confianza esencial”, debería normalmente estar limitada por el valor de la expectativa medida “objetivamente”, porque un exceso del valor de la

⁴¹ T. Raym. 77 (1664).

⁴² Una sugerencia de dicha limitación se encuentra en *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Law. Rep. 592 (1892), donde la Corte dijo, “Mientras el demandante en este caso demanda para, y fue permitido de, recuperar el monto pagado por la semilla, el valor de alquiler de la tierra en la cual fue sembrada y el costo de preparar la tierra y de sembrar la semilla, aun así, en ausencia de cualquier alegación del demandado sobre hechos especiales, el valor de la cosecha es presumiblemente menor que el que hubiera tenido si la semilla hubiera sido de la calidad esperada, el demandado no ha sido perjudicado” (las cursivas son nuestras). Por otra parte, el hecho de que el demandante sólo haya sido “perjudicado a la par” en la empresa dependiente no significa negar o reducir la reparación por el daño a la confianza incidental. *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N.W. 197 (1892).

confianza sobre el valor razonable de la obligación asumida por el demandado indicaría que el demandante habría entrado en un negocio de pérdida. Permitir una reparación más allá del "precio total del contrato" significaría permitir al demandante trasladar sus pérdidas contractuales al demandado. Donde la "confianza incidental" esté implicada no hay razón de limitar la reparación por el "precio total del contrato", es decir, la expectativa "objetiva". Por otro lado, no se le debe permitir al demandante trasladar al demandado las pérdidas incurridas por un riesgo asumido en confianza del contrato que se le hubiera permitido exigir al demandado por las pérdidas incurridas por celebrar un contrato en sí. Por consiguiente, en los casos donde el reembolso por la "confianza incidental" es la reparación considerada, se debe limitar por el valor de la expectativa medida "subjetivamente". En la práctica esta limitación será muy indefinida, sin embargo, de gran significación. Todos estos puntos están contenidos implícitamente en una fórmula bastante simple: *No debemos colocar al demandante en una mejor posición mediante un proceso de reembolso por las pérdidas incurridas en confianza de un contrato que en la que hubiera estado de haberse cumplido el contrato plenamente.*

Hemos hablado hasta ahora solamente de una amplia limitación en la indemnización del demandante. Sin embargo, la propuesta de evitar conferir al demandante ventajas mayores a aquellas que hubiera implicado el cumplimiento del contrato, lleva la carga posterior de tener que deducir de la reparación del demandante cualquier pérdida que habría sufrido de haberse cumplido el contrato. Si un contratista demanda una indemnización de 5,000 dólares gastados en un parcial cumplimiento de un contrato en el cual él hubiera perdido 1,000 dólares, probablemente muchos jueces hubieran concedido al demandante sólo 4,000 dólares⁴³. En casos de confianza incidental, la deducción de pérdidas previsibles pueden ser duplicadas, y abrazar ambas pérdidas contractuales (el demandante entró en un mal negocio con el demandado) y las pérdidas que él habría sufrido en la empresa dependiente incluso si esa empresa no hubiera sido frustrada por el incumplimiento del demandante.

La fórmula que nos lleva a no otorgar indemnización al demandante que busca ventajas en la confianza más extensas que las que le habría dado el cumplimiento del contrato, es útil como regla general, pero solamente como regla general. Como hemos sugerido ya, es poco posible que esta fórmula pueda, en algunos casos, ser vista de manera tan estricta en el demandante. Donde

el incumplimiento del demandado sea tal que provoque indignación, los jueces podrían desviarse de la ejecución maliciosa de un contrato para beneficio del incumplido al que esta fórmula parece implicar. Por otro lado, esta fórmula podría ser rechazada en algunos casos por ser demasiado generosa con el demandante. Un ejemplo quizás sería un contrato que cae bajo § 90 del "Restatement of Contracts". Un tío promete a su sobrino 1,000 dólares como regalo. El sobrino decide hacer un negocio, y, reservando la suma prometida para el pago de su alquiler, gasta una gran suma de dinero invirtiendo en acciones de mercancías. El tío declina en cumplir su promesa; el sobrino es forzado a abandonar sus planes, y vende sus acciones de mercancías sacrificando 2,000 dólares. No habría violación aquí de la fórmula sugerida si concediéramos al sobrino 2.000 dólares, al menos no si asumimos que la empresa del sobrino hubiera sido exitosa. El caso se diferencia, sin embargo, de casos como *Nurse v. Barns*, en que el contrato involucrado, si es un "contrato", es uno atípico. Su exigibilidad incluso por los 1,000 dólares prometidos se concibe para una flexibilización considerable de la doctrina legal. Puede, por lo tanto, hacer sentido que si la reparación aquí va a ser concedida, ésta deba ser limitada por el valor objetivo de la promesa del tío. Tal análisis racional parece ser la base de las limitaciones en las secciones del Código Civil Alemán antes mencionado. Estas secciones proveen de una reparación del valor de la confianza en situaciones donde, debido a una cierta circunstancia obstaculizante, un contrato perfecto (que rendirá el valor de la expectativa) no se llega a dar. En tanto el valor de la confianza es una especie de consuelo por no conseguir un contrato perfecto, sería ir más allá de la base subyacente de la reparación imponer al demandado una carga mayor que lo que la ejecución del contrato habría implicado.

EL PROBLEMA DE SUPERPONER ASPECTOS DEL DAÑO

Una cuestión cercana a los problemas que acabamos de discutir es la pregunta planteada por aquellos casos en los cuales los elementos de los valores en la confianza y en la expectativa se combinan en una demanda y se afirme que el demandante ha enumerado la misma lesión dos veces bajo diferentes rúbricas. Al ocuparnos de este problema de "doble reparación", es necesario recurrir a la distinción ya hecha entre las dos clases de confianza.

En lo que se refiere a la "confianza esencial" el problema de la doble reparación es controlada por el

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁴³ "Restatement of Contracts". 1932. § 333 (d); *Reynolds v. Levi*, 122 Mich. 115, 80 N.W. 999 (1899). Por otra parte, la deducción probablemente no sería hecha en una demanda por restitución. *Bush v. Canfield*, 2 Conn. 485 (1818).

mismo principio que subyace a los problemas discutidos en la última sección. Este principio, aunque vagamente establecido, supone que un hombre no puede demandar beneficios comerciales sin incurrir en sus costos. En tanto la “confianza esencial” consiste en esos actos que deben darse antes que el demandante tenga derecho a los beneficios del contrato y sea, por lo tanto, en un sentido, el “precio” de esos beneficios, es incorrecto que el demandante recupere esos beneficios y al mismo tiempo cambie el costo de ellos para el demandado –al menos, claro, si el incumplimiento del contrato es observado como una ofensa bastante seria para justificar el permitir una especie de acción *qui tam*. Si un demandante realizara su parte del contrato y después demandara compensación por la confianza implicada en su prestación, y al mismo tiempo el valor total de la ejecución del demandado, sería obvio que estaría pidiendo demasiado. El caso sería el mismo si ejecuta la mitad de su contrato y después, ante la negativa del demandado, busque la compensación en la tarifa del contrato por lo que él había hecho y al mismo tiempo compensación por su ejecución parcial.

Este principio contrario a comer la propia torta y tenerla aparte se aplica, sin embargo, sólo en esos casos donde el demandante busque lo que hemos llamado “el valor bruto en la expectativa”. Si un demandante busca en una demanda de indemnización la “confianza esencial” y el lucro cesante (“el valor neto en la expectativa”) no hay reparación doble implicada si ambos conceptos son permitidos⁴⁴. Aquí que el demandante ha, para estar seguro, comido su torta, pero pregunta solamente por la cubierta de la torta que le fue negada. De una manera menos metafórica, la razón por la que no hay aquí ninguna reparación doble recae en el hecho de que el lucro cesante está basado en una deducción del pasado del demandante o perspectiva de la “confianza esencial” (o su confianza real en la ejecución del contrato si esto ha excedido la “confianza esencial”) del valor de ejecución al que se obligó el demandado. Lo que sea agregado bajo el título de “confianza esencial” debe servir para reducir *pro tanto* el residuo que es el lucro cesante. Por lo tanto, si el lucro cesante

es correctamente calculado no hay peligro de una doble reparación en una demanda que combine la confianza esencial y el lucro cesante⁴⁵. (Una excepción sería si el demandante solicitara una compensación por su confianza en rechazar la oportunidad de celebrar otros contratos provechosos. Esto es, propiamente la “confianza esencial” y debe ser considerada así, por ejemplo, en la conexión con la regla de limitar la reparación por el precio total del contrato. Sin embargo, asumiendo que tal pérdida es compensable, no puede ser combinada con una demanda por el “lucro cesante”, porque a diferencia de otras formas de confianza esencial, este tipo de confianza no se deduce en calcular el monto de “el lucro cesante”).

A primera vista no parecería haber problema en la doble reparación por la conexión con la “confianza incidental”. En tanto la “confianza incidental” se da, como ocurrió, “fuera del contrato” parecería que no podría haber duplicación entre los aspectos comprendidos bajo ella y los comprendidos bajo el valor de la expectativa. Sin embargo, esto sería pasar por alto el hecho de que mientras la confianza incidental es *ex vi termini*, no esencial para el derecho del demandante de hacer cumplir el contrato, puede ser esencial para una realización concreta de los valores asumidos el medir el valor de la expectativa. El demandado incumple un contrato para proveer una película principal al demandante, el propietario de un cine. El demandante demanda intentando recuperar (1) la diferencia entre el ingreso bruto derivado de una película sustituta y lo que habría sido derivado de la película ofrecida, y (2) el reembolso por las sumas gastadas en la publicidad de la película ofrecida⁴⁶. Aquí, la confianza en el gasto del dinero para anunciar no era “confianza esencial”; el demandante habría podido mantener al demandado bajo contrato sin gastar un centavo en ese propósito. La publicidad no era por lo tanto el “precio” de la prestación del demandado. Sin embargo, era el “precio” de ese valor particular lo que el demandante busca atribuir a esa prestación. De haber cumplido el demandado su contrato, ¿se habrían deducido los gastos de publicidad de los ingresos brutos del demandante por el cuadro?; por lo tanto, sería

⁴⁴ “Restatement of Contracts”. 1932. § 333, comentario c, e ilustración 1; MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. §142; ver *Estados Unidos v. Behan*, 110 U.S. 338, 345 (1883). Hay un número asombrosamente grande de casos en los cuales una opinión contraria es emitida. *Worthington v. Given*, 119 Ala. 24 So. 739 (1898); *Fontaine v. Baxley*, 90 Ga. 416, 17 S.E. 1015 (1892); *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873); *Mount Pleasant Stable Co. v. Steinberg*, 238 Mass. 567, 131 N.E. 295 (1921); *Irwin v. Worcester Paper Box Co.*, 246 Mass. 453, 141 N.E. 286 (1923); *Otis v. Kootz*, 70 Mo. 183 (1879); *Holt v. United States Security Life Ins. Co.*, 76 N.J. Law 585, 72 Atl. 301 (1909).

⁴⁵ La calificación, “si el lucro cesante se computa correctamente” sirve para explicar las resoluciones judiciales, mencionadas en la nota anterior, de manera que una demanda por gastos en la ejecución del contrato es incompatible con una demanda por el lucro cesante. Existe una razón para suponer que en cada uno de los casos citados el lucro cesante era computado según un método que no implicaba la deducción de un gasto particular para el cual el demandante buscaba el reembolso. Así, en *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873), el demandante hizo un viaje costoso con la finalidad de asumir sus deberes bajo un contrato de trabajo por un año. Él buscó ambos, reembolso por sus gastos de viaje y compensación por el salario perdido. Al negársele el reembolso por gastos de viaje, el juez omitió la posibilidad de computar el lucro cesante deduciendo estos gastos del salario anual, y asumió que el lucro cesante debe consistir en el salario prometido menos lo que el demandante podría ganar en otra parte después que se le negó el empleo. El que el problema de superposición en estos casos articula en última instancia el método por el cual el lucro cesante es computado se reconoce en: *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N.Y. Supp. 879 (App. Term 1910).

⁴⁶ *Vitagraph-Lubin-Selig-Essanay v. Billings*, 87 Okla. 192, 209 Pac. 773 (1922).

incorrecto permitir que el demandante recupere la diferencia entre el ingreso bruto y los gastos de publicidad al mismo tiempo.

La superposición de aspectos del daño implicada en el caso apenas discutido es bastante obvia porque el valor de la prestación del demandado fue medido con especial referencia a la situación del demandante; los daños eran "especiales" más que "generales" y podemos observar qué factores se han considerado en la determinación de ellos. Sin embargo, donde los daños son "generales" (la diferencia entre el precio de mercado o el "valor razonable", y el precio del contrato), el problema de la superposición se vuelve más confuso. La dificultad aquí se presenta porque la figura que representa el precio del mercado o el "valor razonable" no es computado especialmente por los jueces sino representa un dato aceptado de fuentes no curiales. Es por lo tanto imposible saber exactamente qué factores entraron en su determinación. El juez Holmes expresó una vez la opinión de que el comprador bajo un contrato por la venta de aceite no podría recuperar la diferencia entre el precio de mercado (precio considerando recojo del comprador en la fábrica del vendedor) y el precio del contrato, y al mismo tiempo el reembolso por gastos incurridos en el arreglo para el envío del aceite. "Si ésta [la corporación del demandante] hubiera recibido el aceite, serían deducciones de cualquier beneficio que el demandante hubiera tenido. Sin embargo, si consigue la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado, obtiene el valor que representa el aceite en sus manos, y permitir estos aspectos adicionales sería hacer que el demandado pague dos veces por lo mismo"⁴⁷. Se puede comparar con esta adquisición un número de casos que conceden al arrendatario que se le negó la posesión del predio, tanto el reembolso por gastos de mudanza pagados realizados antes del incumplimiento del demandado, como la diferencia entre el "valor razonable" del arrendamiento y la renta pactada en el contrato⁴⁸. Parece difícil distinguir estos casos del discutido por el juez Holmes, salvo que una corte o un jurado puedan en los casos que implican el "valor razonable" evadir la superposición de aspectos del daño mediante un ajuste (quizás intuitivo) en la estimación del "valor razonable", un ajuste que sería imposible de realizar en el caso de un precio de mercado.

El problema más confuso de todos es quizás el que se presenta por la combinación de una expectativa medida por el precio de mercado o el "valor razonable", y una

demanda por desembolsos publicitarios. El demandado incumple un contrato para asignar una patente. El demandante pide en su demanda: (1) la diferencia entre el "valor razonable" de la patente y el precio del contrato, y (2) el reembolso por las sumas gastadas en la publicidad de los artículos que debían haber sido fabricados bajo la patente. Para pasar al problema de superposición de aspectos del daño debemos considerar las siguientes preguntas: (1) ¿En qué medida la publicidad ha reflejado ya un aumento en el "valor razonable"? En este extremo habría superposición. (2) Asumiendo que la publicidad aún no tenía un efecto completo, o que fue gastado de una manera que no afectó el valor de la patente en sí, ¿en qué medida se permitió que los gastos de esta clase sean computados dentro del "valor razonable" de la patente? En este extremo, nuevamente, existe superposición. (3) Asumiendo nuevamente que la publicidad no ha aumentado el "valor razonable" de la patente, ¿en qué medida se puede observar la publicidad como un factor productivo independiente que se paga por sí mismo y que produce su propio retorno? En este extremo no habría superposición, en tanto el gasto por anunciar estaría en este aspecto bajo una empresa separada ocasionada por el contrato, y no simplemente un precio pagado para "adquirir" a un valor establecido en el contrato. Esta última pregunta implica un problema del tipo que los economistas tratan bajo el título de "*imputational economics*", a pesar que las condiciones para una aplicación efectiva de sus métodos estarán sin embargo apenas presentes en los casos probables a ser litigados⁴⁹.

Estas ilustraciones deben ser suficiente para sugerir las dificultades implicadas en el problema de la "doble reparación", dificultades que no pretendemos haber resuelto aquí. Como máximo, nuestra contribución ha sido localizar las fuentes de problema y tomar algunas de las necesarias distinciones preliminares.

EL VALOR DE LA CONFIANZA Y *HADLEY V. BAXENDALE*

Antes de discutir la relación entre el valor de la confianza y *Hadley v. Baxendale*⁵⁰ será necesario indicar brevemente qué nos parece que implica ese famoso caso, considerándolo no tanto como un acontecimiento en la historia jurídica sino como el símbolo aceptado para una serie de problemas. Puede decirse que el caso sustenta dos proposiciones: (1) que no es siempre sabio

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁴⁷ *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U.S. 540, 546 (1903).

⁴⁸ *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N.Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N.Y. 1848).

⁴⁹ Ver en VON WIESER, Friedrich. "The Problem of Attribution of Yields". En: *Social Economics*. Nueva York: Adelphi. Traducción de Hinrichs en 1927. § 20. Las dificultades en medir los efectos exactos de los gastos de publicidad en el volumen de ventas y en los precios se tratan en: SMITH. "The Imputation of Advertising Costs". En: *Economic Journal* 45. 1935. p. 682.

⁵⁰ 9 *Exch.* 341 (1854). Los problemas implicados en el caso son detalladamente analizados en MCCORMICK, C. "Damages". 1935. §§ 138-141.

hacer que el deudor incumplido pague por todo daño ocasionado como consecuencia de su incumplimiento, y (2) que específicamente la evaluación apropiada para determinar si aspectos particulares del daño deben ser compensables implica investigar si debían haber sido previstos por el deudor a la hora de contratar. El primer aspecto del caso es mucho más importante que el segundo. En su primer aspecto, el caso lleva una relación integral a las bases mismas de la responsabilidad contractual. Se declara en efecto que en tanto es sabio rechazar la ejecución conjunta de algunas promesas (desconsideraciones, promesas no aceptadas, promesa "social", etc.) es sabio no ir demasiado lejos en hacer cumplir esas promesas que se juzguen dignas de sanción legal. La respuesta al caso *Hadley v. Baxendale* (¿dónde debemos parar?) debe, inevitablemente, ser tan compleja como la respuesta a la pregunta (¿dónde debemos comenzar?), la cual está implícita en la ley del asentimiento mutuo, de la consideración, y en las reglas que gobiernan la formación de contratos generalmente.

En su segundo aspecto, *Hadley v. Baxendale* puede ser visto como una respuesta simplificada a la pregunta que su primer aspecto presenta. A la pregunta, ¿qué tan lejos debemos ir en cobrar al deudor incumplido las consecuencias de su incumplimiento?, se responde con lo que pretende ser una única evaluación, la de la previsibilidad. La simplicidad y comprensión de esta evaluación son en gran parte una cuestión de ilusión. En primer lugar, se califica abiertamente como inapropiada en ciertas situaciones donde la línea es dibujada mucho más cerca en favor del deudor incumplido que lo que la prueba de previsibilidad, como es entendida normalmente, dibujaría⁵¹. Existen, por lo tanto, excepciones a la evaluación, por no mencionar las autoridades que la rechazan en conjunto por ser demasiado gravosa para el incumplido⁵². En segundo lugar, es claro que la evaluación de previsibilidad es una evaluación menos definida en sí misma que una cubierta para una serie desarrollada de pruebas. Como en el caso de todos los estándares de "hombre razonable", existe un elemento de circularidad sobre la evaluación de previsibilidad. "¿Para qué aspectos del daño deben los jueces hacer responsable al deudor incumplido? Los que él, como hombre razonable, debió haber previsto. Pero, ¿qué debió haber previsto como hombre razonable? Aquellos aspectos del daño que el juez siente que debe pagar". La evaluación de previsibilidad está entonces sujeta a la manipulación del simple recurso de definir las características del

hombre hipotético que está haciendo la previsión. Por un proceso gradual de inclusión y exclusión judiciales, este "hombre" adquiere una personalidad compleja; comenzamos a saber apenas lo que "él" ha podido "prever" en una u otra situación, y terminamos, no con una única evaluación sino con una serie de evaluaciones. Esto ha sucedido evidentemente con la regulación de la negligencia, y está sucediendo, aunque de manera menos evidente, con el hombre razonable postulado por *Hadley v. Baxendale*.

Incluso si el hombre razonable que hace la previsión es una construcción jurídica, dotada justamente con las cualidades que la corte considera debe tener para el propósito actual, no parece que haya un *petitio principii* completo en la evaluación de previsibilidad. Cuando usamos en un tema de responsabilidad el estándar del "hombre razonable" hacemos por lo menos dos cosas. En primer lugar, aumentamos la posibilidad de que el caso sea determinado en última instancia por un jurado. A pesar que el juez pueda definir al hombre razonable, es seguro que su definición sea observada por el jurado, y cualquier evaluación que considere al hombre razonable disminuye la oportunidad de la corte de quitarle el caso al jurado. En segundo lugar, tanto si el caso es decidido en última instancia por el juez o por el jurado, establecer el problema en términos del hombre razonable crea una predisposición en favor de eximir la conducta *normal* o *promedio* de sanciones legales. El hombre razonable no es necesariamente el hombre promedio, pero pretende serlo, y la noción de lo que es normal y promedio pone freno al poder judicial de definir la razonabilidad. Sin embargo, la limitación está lejos de ser completa. Se torna ilusoria en aquellas situaciones donde los conceptos "normal" y "promedio" no tienen contenido definido; donde el "hombre promedio" es una construcción jurídica tanto como el "hombre razonable". La limitación se da a menudo incluso en aquellos campos donde, por formas establecidas de pensamiento y de actuación están algo definidas y son descubribles en ellos, la noción de lo "normal" y lo "promedio" tiene cierta realidad objetiva. Los jueces no han vacilado en investir al hombre razonable con capacidades mayores o menores que el hombre promedio. Como ejemplo de esta autonomía judicial, dentro del reinado de hechos, uno no necesita mirar más allá del caso que originó la evaluación de previsibilidad, *Hadley v. Baxendale* en sí⁵³.

Hasta aquí las implicancias generales de *Hadley v. Baxendale*. Nuestra discusión sobre la relación entre

⁵¹ MCCORMICK, C. Op. Cit. § 139.

⁵² *Ibid.* § 141.

⁵³ "Sin embargo, en *Hadley v. Baxendale* en sí, el portador fue advertido del uso al que el eje quebrado debía ser sometido y que la fábrica estaba cerrada, pero fue sostenido que esto no era suficiente, puesto que no le fue dicho que no había otro eje disponible!" MCCORMICK, Charles. "Damages". 1935. § 140.

este caso y el valor de la confianza tiene que ver con dos problemas distintos. Primero, asumiendo que es sabio evitar poner una sanción demasiado gravosa al incumplimiento del contrato, ¿existen casos donde el valor de la confianza puede ser sustituido por el valor de la expectativa formulada como medida de daños para reducir la reparación? En este sentido, la pregunta es si el valor de la confianza no podría servir como una especie de sustituto para la evaluación de *Hadley v. Baxendale*. En segundo lugar, ¿qué problemas para el valor de la confianza se presentan en *Hadley v. Baxendale*? ¿Debemos rechazar el conceder compensación por actos de confianza donde no son “causados directamente” por el contrato, o no eran “razonablemente previsibles” por el deudor? Discutiremos estos problemas en el orden dado.

En su artículo pionero sobre *culpa in contrahendo* Ihering sugirió que el valor de la confianza (en su terminología, el valor negativo) debía ser la medida apropiada de reparación en una serie de situaciones que podemos llamar contratos “*not-quite*”⁵⁴. Por ejemplo, en los casos donde existe un malentendido referente a los términos del contrato y donde, por consiguiente, aplicando una teoría “subjetiva” del asentimiento mutuo, llegaríamos a la conclusión de que nunca existió un contrato perfecto o completo, sin embargo, podríamos encontrar que el malentendido se debía predominantemente al incumplimiento de una de las partes, o que el riesgo del malentendido fue creado por la actuación de una de las partes. En esta situación puede ser justo imponer a la parte que estuvo en falta, o cuya actuación creó el riesgo del malentendido, la responsabilidad de compensar a la parte “inocente” de cualquier cambio de posición real por la confianza en la aparente contratación perfecta⁵⁵. Aquí paramos a medio camino, entre la responsabilidad completa del contrato (valor de la expectativa) y una negación de la responsabilidad en conjunto. En este aspecto, el valor de la confianza se asemeja a *Hadley v. Baxendale*, como un compromiso entre la no ejecución forzosa, y la completa pero muy onerosa ejecución de la obligación.

Discutiremos en la segunda parte de este artículo un número de casos en donde jueces americanos han restringido la reparación al valor de la confianza quizá principalmente porque sentían que imponer la responsabilidad por el valor de la expectativa sería ir demasiado lejos. Estos casos representan una especie de estación situada a mitad de camino entre ningún contrato y un contrato “completo”. No se considera que casos de este tipo ordinariamente tengan ninguna relación especial con la problemática de *Hadley v. Baxendale*. Sin embargo, esto se da porque los dos aspectos de ese caso que hemos distinguido arriba son confundidos, y la evaluación de previsibilidad es permitida para oscurecer la implicancia más fundamental del caso, el hecho de que no es sabio imponer consecuencias demasiado onerosas ante el incumplimiento del contrato.

Al ocuparnos del problema *Hadley v. Baxendale* en su relación con el valor de la confianza en sí, es necesario recordar otra vez la distinción tomada entre la confianza esencial y la confianza incidental. En lo que se refiere a la confianza esencial, no hay generalmente ocasión para negar el reembolso de aspectos “remotos”, y el problema de *Hadley v. Baxendale* no da normalmente ninguna dificultad. Aplicando la evaluación de previsibilidad, uno no vacilará en decir que el incumplido debió haber previsto que el demandante emprendería esos actos necesarios para hacer valer sus derechos sobre el contrato. Además, la limitación a la reparación por el precio completo del contrato es una limitación suficientemente drástica para dispensar con la necesidad de cualquier otro recurso de reducción de la reparación⁵⁶.

En relación a la confianza incidental, el caso es totalmente diferente. Aquí la limitación de la reparación por el precio total del contrato es generalmente inapropiada. La definición de este tipo de confianza es puramente negativa (consiste de aquellos actos de confianza que no son “esenciales”), existe la necesidad de otra limitación en la reparación. Sería imposible tratar aquí adecuadamente las maneras en que los jueces han solucionado este problema. Aquí, como en

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁵⁴ *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1860), publicado en IHERING, Rudolf von. “Gesammelte Aufsätze 1”. 1881. pp. 327-425. La declaración de WILLISTON, Samuel. “Contracts 1”. 1920. § 60a, y la insinuación a ser deducida de combinar el § 60AA y el § 63A de WILLISTON, Samuel. “Contracts 1”. Segunda Edición. 1936., es que Ihering veía que fundar esta responsabilidad en un agravio es incorrecto. De hecho, Ihering dedicó una porción considerable de su artículo a demostrar que la responsabilidad se debe ser vista como contractual.

⁵⁵ La sugerencia de Ihering en cuanto a esta situación fue adoptada por el Código Civil Alemán, § 122, y el Código suizo de las Obligaciones, § 26. El Código suizo, sin embargo, da al juez la discreción para aumentar los daños más allá del valor de la confianza (presumiblemente valor de la expectativa) si hacerlo “correspondería a lo justo”.

⁵⁶ En esos casos donde la expectativa es demasiado especulativa para servir como limitación significativa en la reparación, el problema de *Hadley v. Baxendale* puede presentarse como de confianza esencial. En *Williams v. Barton, 13 La. 404 (1838)*, el demandante rechazó un trabajo legal rentable para entrar en una empresa de negocio con el demandado. El juez negó el reembolso por la pérdida del trabajo del demandante sobre la base de que no era una pérdida causada por el incumplimiento del demandado —una objeción lo suficientemente amplia como para excluir la consideración del valor de la confianza en cualquier caso. Sin embargo, desde que el valor de la expectativa era demasiado conjetural como para ofrecer una limitación significativa en la reparación, es probable que un juez que quiere conceder generalmente el reembolso por la confianza afectada descubra que aquí carecía de una conexión “causal” entre la pérdida y el contrato, y niegue el reembolso sobre esta base. *Woodbury v. Jones, 44 N.H. 206 (1862)*, es un caso similar en sus hechos y sustentos.

cualquier otra parte, la discusión principal se da sobre la previsibilidad y la información⁵⁷. Aquí, como en cualquier otra parte, hay mucha razón para sospechar que los jueces están influenciados por factores que no tienen nada que hacer con la previsibilidad. Particularmente aparente es el impulso de preservar cierta proporción entre la responsabilidad impuesta al demandado y la prestación que le fue pagada bajo el contrato⁵⁸. Uno también nota que los aspectos comúnmente rechazados tienden a caer dentro de clases bastante definidas. Así, cuando un incumplimiento del contrato por parte del demandado convierte en imposible de sobrellevar un negocio previsto por el demandante, se distingue una tendencia a negar compensación por las sumas pagadas por el demandante a los empleados⁵⁹, mientras que los costos de movilidad y las pérdidas de mercancías son permitidas regularmente⁶⁰.

EL VALOR DE LA CONFIANZA EN EL "RESTATEMENT OF CONTRACTS"

La distinción que hemos hecho entre tres "valores contractuales" –el valor de la restitución, de la confianza, y de la expectativa– no se encuentra en el "Restatement of Contracts". La clasificación de ese trabajo sólo admite dos procedimientos para lidiar con el incumplimiento del contrato. Un juez podría escoger entre conferir al demandante el valor de la expectativa en la forma de daños o de la prestación específica, o podría conceder la restitución del demandante. No hay *tertium quid*. Esta simplificación del problema sería recomendable si realmente "funcionara". Desafortunadamente, no es así. Por el contrario, no sólo causa que el Restatement genere una impresión engañosa de la ley existente, sino que genera confusión dentro del sistema del "Restatement" en sí,

particularmente en conexión con el tema de la restitución.

En el comentario a la sección 347 se dice: "Al conceder la restitución como un remedio para el incumplimiento... el propósito buscado es la restauración de la parte afectada a una posición tan buena como la que ocupaba antes de que el contrato fuera hecho". Este pasaje hace parecer extrañamente a la restitución como reembolso por la confianza afectada, en especial porque en el mismo contexto la restitución se contrasta con otro propósito de la ley contractual, el cual es: "poner a la parte afectada en tan buena posición como habría estado de haber sido completamente ejecutado el contrato por el demandado". Cualquier esperanza, sin embargo, de que la "restitución" del "Restatement" sea lo suficientemente amplia como para cubrir el valor de la confianza debe frustrarse por lo expresamente provisto en la sección 348 y por la anterior y mucho más exacta descripción del remedio dado en el comentario a la sección 326, el cual lo describe en términos de un esfuerzo "para traer la restitución al valor de la prestación rendida por el demandante y recibida por el demandado". La discrepancia en estas descripciones de restitución y particularmente en la identificación (sin duda involuntaria) del valor de la restitución y de la confianza, en el pasaje citado inicialmente, es sintomática de una asunción subyacente al tratamiento integral de los daños contractuales en el Restatement, ese reembolso por la afectación de la confianza en una obligación no puede en sí misma ser un objeto propio de protección judicial⁶¹.

No obstante, sin comprometer el que esta asunción pueda ser adherida a los pasajes teóricos de los

⁵⁷ *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); *Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); *Security Store & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S.W. (2d) 572 (1932); *Price v. Risen*, 31 Misc. Rep. 547-64 N.Y. Supp. 405 (1900); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C. C. (N.S.) 403 (1912); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904).

⁵⁸ El hecho de que los máximos beneficios derivados del contrato por el demandado eran muy pequeños en comparación con la responsabilidad que pretendió ser impuesta sobre él fue expresamente la base para negar la compensación solicitada en *Rochester Lanteren Co. v. Stiles & Parker press Co.*, 135 N.Y. 209, 31 N.E. 1018 (1892), y ninguna duda importante fue un factor latente en *Price v. Eisen*, 31 Misc. Rep. 457. 64 N.Y. Supp. 405 (App. Term 1900), y *Konemann v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913).

⁵⁹ *Kohemann v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R.R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855); *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson*, 164 Va. 203, 178 S.E. 777 (1935); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904). El reembolso por las sumas pagadas a los empleados fue, sin embargo, concedido en *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.* 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S.W. 220 (Tex. Civ. App. 1913).

Parece existir también una aversión de conceder reembolso por la pérdida implicada en renunciar a un negocio por confianza en el contrato. *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Williams v. Barton*, 13 La. 404 (1838) ("confianza esencial"); *Woodbury v. Jones*, 44 N.H. 206 (1862) ("confianza esencial"); *Greer v. Varnell*, 27 Tex. Civ. App. 255, 65 S.W. 196 (1901). El reembolso por tales pérdidas fue, sin embargo, concedido en *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); y en *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933) se le permitió al demandante ser reparado por la pérdida implicada en rechazar un trabajo confiando en un contrato con el demandado, de arrendar una estación de servicio que el demandante planeó operar.

⁶⁰ Ver la nota 65 *infra*.

⁶¹ Al hacer esta asunción el "Restatement" por supuesto sigue el análisis de la mayoría de textos legales, que preservan vigorosamente, sin duda de las conveniencias pedagógicas, una nítida distinción entre el contrato y el agravio. El Profesor Williston es particularmente impaciente con cualquier intento de importar a la ley contractual lo que el Profesor Gardner (nota 37 *supra*, en 22) llama "el principio del agravio", es decir, el principio de que la compensación se debe conceder por la confianza afectada. Incluso los casos que conceden el reembolso por la confianza, cuando consiste en la ejecución del contrato, él lo ve en un lugar (WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1341) como "difícil de explicar... satisfactoriamente", en otro (§ 1455) como "erróneo", y en cualquier caso (§ 1340) como una "excepción" al "principio general". (Debe ser observado, sin embargo, que fue el Profesor Corbin, más que el Profesor Williston, quien delineó las secciones del Restatement en relación a los daños).

“Comments”, puede parecer que las provisiones de la sección 333 marcan un alejamiento de ella. Esta sección prevé para el reembolso del demandante sus gastos “razonablemente hechos en la ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”. Para alguien no iniciado en la sistemática del “Restatement” esto puede parecer un reconocimiento algo arrebatador del valor de la confianza. Sin embargo, incluso aquí la reparación, aunque confesamente excepcional, es considerada dentro de la cobertura del valor de la expectativa. “El juicio para tal gasto, por lo tanto, es un juicio por una porción del valor prometido por el demandado, cuyo recibo por el demandante se previene por el incumplimiento”⁶². No hay razón para discutir sobre esta inobjetable aunque ciertamente tendenciosa interpretación. Hay, sin embargo, mucha razón de ser perturbado por sus implicaciones negativas. Parece reforzarse la inferencia (justificada ya en el principio *expressio unius est exclusio alterius*) de que la sección 333 busca excluir todas esas clases de confianza en un contrato que no tome la forma de gastos “hechos en la ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”.

Si tratamos la sección 333, como parece debemos hacer, no como simplemente ilustrativa sino como una enumeración exclusiva de las clases de confianza que son compensables, ¿cuál es la base de la limitación

que contiene? ¿Por qué los “gastos” sobre la fe en el contrato a ser compensados deben consistir en la ejecución del contrato o en las preparaciones para ejecutarlo? Ciertamente, esta limitación no debe ser derivada de los casos. Es verdad que hay muchos casos que “sustentan” la sección 333 en el sentido que conceden el reembolso por los gastos hechos en la ejecución de un contrato o en la preparación para realizarlo. Sin embargo, ellos son inocentes de todas las insinuaciones, salvo de las más vagas, que son solamente los gastos que son compensables. Por otro lado, los casos son la legión sobre los que los jueces han concedido el reembolso por la confianza, lo que no consistió en la “ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”. Aparte de un grupo misceláneo y extenso de casos⁶³, podemos observar especialmente dos situaciones comúnmente recurrentes donde este tipo de reparación parece tan firmemente establecida como el remedio que el largo uso judicial le ha dado: (1) los numerosos casos de garantía de semillas que aseguran al comprador decepcionado sus gastos de plantación y cultivo⁶⁴; y (2) los casos que implican contratos para arrendar establecimientos/locales con propósitos del negocio, donde al arrendatario se le niega la posesión, recibe el reembolso por las pérdidas generadas en almacenar sus mercancías, por sus gastos de movilidad, y generalmente por gastos que “salieran de su

⁶² “Restatement of Contracts”, § 333, comentario a.

⁶³ Casos que concedieron el reembolso por los gastos hechos con anticipación a la llegada de bienes entregados al demandado para ser despachados: *Gray v. Wabash Ry. Co.*, 220 Mo. App. 773, 277 S.W. 64 (1925); *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S.W. (2d) 572 (1932); **Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R. R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855).

Casos que concedieron el reembolso por gastos hechos en la preparación de recibir y usar bienes que el demandado contrató para provisionarse: *Sperry and Hutchinson Co. v. O'Neill-Adams Co.*, 185 Fed. 231 (C.C.A. 2d, 1911); **Grosse v. Petersen*, 30 Cal. App. 482, 158 Pac. 511 (1916); *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N.W. 197 (1892).

Casos Misceláneos: *Cohn v. Bessemer Gas Engine Co.*, 44 Cal. App. 85, 186 Pac. 200 (1919) (el demandante, que había comprado un motor del demandado para operar una bomba de irrigación, recuperó, *inter alia*, reembolso por el costo de la plantación de semillas de alfalfa cuando el motor falló en operar satisfactoriamente y la cosecha se perdió); *Dean v. White & Haight*, 5 Iowa 266 (1857) (el demandado incumplió un contrato para instalar un aserradero para el demandante; el demandante fue permitido de recuperar los costos incurridos en procurar un motor y una caldera para operar la fábrica); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896) (el demandado incumplió un contrato para proveer gas a una fábrica de cristal; se le concedió al demandante, *inter alia*, el reembolso por el costo de transportar a trabajadores expertos para funcionar la fábrica); *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N.Y. Supp. 879 (1910) (al demandante se le concedió el reembolso por los gastos incurridos en la preparación de participar en una exhibición que el demandado se había obligado a equipar); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C.C. (n.s.) 403 (1912) (al vendedor se le permitió recuperar los montos pagados a un arquitecto y a un contratista por anticipado por la construcción de un edificio sobre el terreno que el demandado se había obligado a transferir); *Martin v. Seaboard Air Line Ry.*, 70 S.C. 8, 48 S.E. 616 (1904) (el juez sostuvo que en el caso de un “incumplimiento final y completo” por el demandado de su contrato para construir un ramal corto para el demandante, el demandante tendría derecho de recuperar el reembolso por los gastos de mover su serrería al lugar del ramal prometido). En *People ex rel Burnham v. Flynn*, 189 N.Y. 180, 186, 82 N.E. 169, 171 (1907), se dictó una sentencia que determinó que el comprador de un boleto a quien se le negó la entrada al teatro pueda recuperar el reembolso por los gastos incurridos para asistir a la función (¿precio del taxi?).

En la mayoría de casos citados aquí y en las dos notas siguientes, la objeción que los daños contractuales se pueden medir solamente por la expectativa fue rechazada por los jueces de una manera muy sumaria. Quizá la discusión más extendida sobre este punto puede ser encontrada en *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 182, 51 S.W. (2d) 572, 576 (1932). “El demandado afirma que el demandante ‘se está esforzando en conseguir en recuperar un *status quo* con una demanda basada en un incumplimiento de contrato. En lugar de intentar recuperar lo que él habría tenido si el contrato no se hubiera resuelto, el demandante está intentando recuperar lo que él habría tenido de nunca haber existido el contrato de envío... Sin duda, la regla general es que donde hay incumplimiento del contrato la parte que sufre la pérdida puede recuperar solamente lo que habría tenido de no incumplirse el contrato... Sin embargo, ésta es una simple declaración general de la regla y no es inconsistente con la afirmación de que, en algunos casos, la parte dañada pueda recuperar los costos incurridos en confiar en el contrato, incluso aunque tales costos hubieran sido incurridos si el contrato no hubiera sido incumplido”.

(Estamos endeudados a las varias anotaciones condicionantes del “Restatement” para ayudarnos a encontrar los casos indicados por un asterisco en esta nota y en la nota 65 *infra*, los cuales fueron citados, sin comentarios, como soporte del § 333).

⁶⁴ *Ferris v. Comstock, Ferre & Co.*, 33 Conn. 513 (1866); *Vaughan's Seed Store v. Stringfellow*, 56 Fla. 708, 48 So. 410 (1909); *Butler v. Moore*, 68 Ga. 780. (1882); *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Law Rep. 592 (1892); *Moorhead v. Minneapolis Seed Co.*, 139 Minn. 11, 165 N.W. 484 (1917); *Lundquist v. Jennison*, 66 Mont. 516, 214 Pac. 67 (1923); *Reiger v. Worth Co.*, 127 N.C. 230, 37 S.E. 217 (1900). La única referencia a los casos de provisión de semillas en el Restatement está en la cuarta ilustración al § 331, la cual indica que el comprador puede recuperar el “lucro cesante” “si su evidencia da una suficiente base para estimarla”. Nada está dicho sobre qué sucede cuando la evidencia no es suficiente para este propósito.

bolsillo”⁶⁵. Ciertamente, sería difícil (aunque aparentemente en Georgia no sería imposible) identificar los aspectos de la confianza implicados en estos casos dentro de la noción de “ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”⁶⁶.

¿Alguna otra sección del “Restatement” ofrece a estos casos de “confianza incidental” el amparo que la sección 333 le niega? (Será observado que el efecto práctico de la limitación en la sección 333 es excluir lo que hemos llamado “confianza incidental” y limitar el reembolso a la “confianza esencial”). La esperanza de tal amparo pudo haberse derivado inicialmente del lenguaje amplio utilizado en la sección 329, que indica que los daños del contrato serán dados para “la cantidad neta de las pérdidas causadas y los aumentos previstos por el incumplimiento del demandado”. El término “las pérdidas causadas por el incumplimiento del demandado” puede parecer lo suficientemente amplio como para incluir cualquier clase de daño a la confianza, cualquiera sea su naturaleza. Sin embargo, la esperanza de que este término pueda servir como una cubierta general para el valor de la confianza debe tener corta vida. El comentario a la sección 333 declara que los gastos hechos por el demandante en la ejecución de su contrato no se pueden considerar como “pérdidas causadas por el incumplimiento del demandado”⁶⁷. Si tales gastos no son pérdidas causadas por el incumplimiento, entonces ciertamente otras clases de daño a la confianza tampoco lo son. Al parecer, el término “pérdidas causadas” según lo utilizado en la sección 329, lejos de ser idéntico al daño a la confianza, intenta simplemente incluir esos casos donde el incumplimiento de un contrato genera un cierto daño directo, como en el caso en que se garantiza que una vaca estará libre de enfermedad y ésta infecta la manada del comprador. Las ilustraciones a la sección 329 implican esto.

La conclusión entonces será que el reembolso por daños a la confianza que no consista en la ejecución del contrato o en las preparaciones para ejecutarlo se excluyen del “Restatement”. Se excluye de su teoría, de sus previsiones expresas, y de sus ilustraciones⁶⁸. No sólo se excluye en el sentido que no recibe ningún reconocimiento explícito. Eso sería comprensible; el abandono de matices en el tratamiento judicial es inevitable en un intento de reducir a veinte secciones la ley entera de daños contractuales. Se excluye en el sentido que la sistemática del “Restatement” no deja ningún espacio por el cual pueda efectuar una entrada. No sólo no fue invitado al banquete, sino que las puertas han sido reforzadas contra su intrusión.

Hemos dicho que el reembolso por daños a la confianza “incidental” ha sido excluido de las ilustraciones del “Restatement”. Esto es casi, pero no absolutamente cierto. No hay quizá demostración más evidente de lo artificial de la restricción impuesta en la sección 333 que el hecho de que parece haber sido obviado en dos de las ilustraciones dadas bajo esa sección. En la quinta ilustración, A transfiere lotes a B bajo el compromiso de B de construir un hotel en ellos. A luego paga \$5,000 a un arquitecto por los planos del hotel. Ante el incumplimiento del contrato por B este aspecto del gasto es visto como reembolsable. ¿Fue este un acto de A que constituyó “ejecución del contrato o... preparación necesaria de éste”? Si es así, no hay nada en la ilustración que lo indique.

La séptima ilustración está basada en el caso *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*⁶⁹. En este caso el demandado estuvo bajo contrato para vender aceite al demandante, el cual debía ser entregado en la fábrica del vendedor. El demandante envió sus tanques para recoger el aceite. Ante el incumplimiento del demandado el demandante buscó el reembolso por el flete pagado

⁶⁵ *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); **Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); **Musial v. Kudlick*, 87 Conn. 164, 87 Atl. 551 (1913); *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Tidwell v. Meyer Bros.*, 160 La. 778, 107 So. 571 (1926); *Narragansett Amusement Co. v. Riverside Park Amusement Co.*, 260 Mass. 265, 157 N.E. 532 (1927); **Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N.Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N.Y. 1848); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S.W. 220 (Tex. Civ. App. 1913); *Texas Power & Light Co. v. Roberts*, 187 S.W. 245 (Tex. Civ. App. 1916); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904); *Nurse v. Barns*, T. Raym. 77 (1664); see *Hodges v. Fries*, 34 Fla. 63, 74, 15 So. 682, 685 (1894). But cf. *Rhodes v. Baird*, 16 Ohio St. 573 (1866).

⁶⁶ Casi idéntico en sus efectos con la principal provisión del § 333 del “Restatement” es § 20-1414 del Código de Georgia (1933) que dice: “Cualquier gasto necesario en que una de las dos partes contratantes incurra para cumplir con el contrato puede ser recuperado como daño”. En *Butler v. Moore*, 68 Ga. 780, 783 (1882), un caso en el que el demandante compró semillas para su propio uso, el juez ha dicho, “... si la semilla carecía de valor, la medición de los daños será el valor de la compra más los intereses y cualquier gasto incurrido con la finalidad de cumplir el contrato después de suscrito, así como la transportación de la semilla, la preparación de la tierra para plantación, la siembra, y el balanceo de dicha semilla...” (las cursivas son nuestras). ¡Ciertamente aquí había un objeto de lección para quienes esgrimieron el § 333! Si la Corte desarrolla hacia el Restatement la misma condescendencia traicionera que exhibe hacia los códigos, podremos quizás esperar ver al § 333 torturado en una manera similar. La sección 333, sin embargo, presenta un obstáculo para la ingeniosidad judicial que falta en el Código de Georgia, en la forma de limitación de la reparación por el “costo total del contrato”. Es difícil imaginar cómo el auxilio concedido en *Butler v. Moore* haya sido posible con tal limitación.

⁶⁷ Ver comentario a. Ver también los casos citados en la nota 56 supra.

⁶⁸ *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896), un caso en el cual el demandado al no poder ejecutar su contrato de provisión de gas ocasionó grandes e inútiles gastos al demandante para ser una fábrica de cristal, sirve dos veces como ilustración en el “Restatement”. Ver la sexta ilustración del § 329, y la sexta ilustración a la subdivisión (1) del § 331. En ambas ilustraciones la discusión se concentra enteramente en el problema de probar los beneficios esperados a ser derivados de las operaciones de la fábrica, mientras que en el caso real, los beneficios previstos fueron rechazados como demasiado conjeturales y el reembolso fue concedido por los gastos implicados en implementar la fábrica. Es innecesario decir que el caso *Gas v. Glass* no reaparece como ilustración al § 333.

⁶⁹ 190 U.S. 540 (1903), discutido supra en p. 83.

por estos tanques. No hay insinuación en la discusión de la ilustración sobre que esto no se podría mirar como acto compensable por daños a la confianza dentro de la sección 333. Sin embargo, ¿fue parte de la ejecución del contrato por el demandante el que envíe los tanques desde una distancia? Como el juez Holmes dijo en el caso real, "... es obvio que el demandante era libre de traer sus tanques de donde quisiera—desde una distancia de mil millas o desde la yarda colindante— por lo que concierne al contrato"⁷⁰. Por supuesto, uno podría decir que en enviar sus tanques el demandante se preparaba para ejecutar "el contrato para recibir el aceite" y que bajo las circunstancias, puesto que los tanques no se encontraban en una "yarda colindante", enviar los tanques desde una distancia era un acto necesario de preparación. Sin embargo, ¿dónde se dibuja la línea? ¿Estaba el demandante en el caso *Nurse v. Barns*⁷¹ preparándose para ejecutar su contrato de arrendamiento de los establecimientos/locales cuando compró un *stock* de bienes, bajo la teoría de que sólo con este acto podría ganar el dinero para pagar su renta?

Las preguntas recién planteadas revelan el hecho de que la limitación en la sección 333 no sólo no refleja con exactitud la ley, sino que sufre de una ambigüedad, o mejor dicho, de una serie de ambigüedades. La dificultad de decidir simplemente qué tan cerca debe estar conectado un acto con la "ejecución del contrato" antes de poder ser visto como "preparación necesaria de éste" acaba de ser mencionada. Asimismo, hay otras dificultades tan desconcertantes como ésta. ¿El término "ejecución del contrato" implica que el demandante deba haber estado bajo el cumplimiento de un deber? Si es así, entonces la sección 333 está limitada a los contratos bilaterales, y los gastos hechos confiando en la oferta de un contrato unilateral se excluyen. ¿La sección 333 evita medir los daños por la confianza afectada en el caso de obligaciones hechas bajo la ejecución de la sección 90? Para tales obligaciones el término "ejecución" es ciertamente inapropiado. El sobrino en *Devecmon v. Shaw*⁷² no estaba "ejecutando" nada; él simplemente confiaba en una promesa. Sin embargo, para tales promesas es a menudo sabio limitar la reparación al valor de la confianza.

En tanto parecen haber pocos argumentos para justificar una exclusión del daño a la confianza incidental en la reparación, nuestra pregunta final debe ser: ¿por qué estuvo la sección 333 expresada exclusivamente en términos de la "ejecución del

contrato" y la "preparación necesaria" para la ejecución? Hay probablemente un buen número de razones. En primer lugar, tal confianza, que es a grandes rasgos equivalente a lo que hemos llamado confianza "esencial", puede ser traída dentro de la cubierta conceptual de la expectativa. Puede encajar en un sistema que excluya el reembolso por la confianza afectada de los objetos legítimamente protegidos por ley contractual. No habría sido tan fácil ocuparse de la "confianza incidental" de la misma manera. En segundo lugar, los casos que implican reparación por gastos en la ejecución, o preparación para la ejecución, son los más fáciles de clasificar de los casos que conceden el reembolso por daños a la confianza. Por consiguiente, forman el tema de secciones especiales en los textos y digestos⁷³. Los casos que involucran otros tipos de confianza se han tratado menos sistemáticamente. Deben ser encontrados camuflados bajo títulos engañosos tales como: "Sin reparación por lucro cesante", habiendo obviado el anotador decir que hay reparación por los esfuerzos perdidos. En tercer lugar, dos de las limitaciones impuestas en la sección 333 serían inapropiadas de aplicar en relación a la confianza incidental, tal como ahora están planteadas. Éstas son la subsección (b), que se ocupa del problema de la doble reparación, y la subsección (a), que prevé que la reparación total no puede en ningún caso exceder el "precio total del contrato". (Debe ser observado que la limitación de la subsección (a) destruye cualquier esperanza que por una amplia interpretación de la "ejecución" o "preparación para la ejecución" los jueces puedan hacer provisión adecuada de la reparación por el daño a la confianza incidental, en el marco de la sección 333). Finalmente, puede haber habido una sensación de que si la reparación por daños a la confianza era extendida muy ampliamente, la dificultad de *Hadley v. Baxendale* llegaría a ser desconcertantemente aguda. Debe ser admitido que hay una verdadera dificultad aquí, pero la sección 333 parece una solución demasiado simple y drástica para ella.

Nuestra discusión del Restatement hasta el momento se ha relacionado enteramente a su falta en tomar en cuenta la "confianza incidental". Así como con la "confianza esencial", debe ser observado, sin embargo, que el "Restatement" transporta una impresión engañosa de la jurisprudencia. En nuestra discusión del problema de *Hadley v. Baxendale* nos referimos a casos donde los jueces han restringido

⁷⁰ Ibid. p. 545.

⁷¹ *T. Raymond 77 (1664)*.

⁷² *69 Md. 199, 14 Atl. 464 (1888)*. Debe ser observado que en lo referido a la restitución, el Restatement hace expresa previsión para casos de este tipo. § 347 (1) (b).

⁷³ El título "Daños" en 17 C.J. § 126, y 8 R.C.L. § 56; WILLISTON, Samuel. "Contracts". 1920. § 1341; PÁGE. "Contracts". Segunda Edición. 1922. § 3208.

deliberadamente la reparación al valor de la confianza, incluso donde el valor de la expectativa podría ser probado fácilmente. Estos casos no encuentran ningún eco en el Restatement. La sección 333 se expresa en términos de una opción del demandante, y el único obstáculo para una reparación por el valor

de la expectativa que reconoce es la dificultad de la prueba. El que en algunas situaciones puede encontrarse otro obstáculo formidable en la forma de determinación judicial, para limitar la protección legal al valor de la confianza, será demostrado en la segunda parte de este artículo.

RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN LAS OFERTAS PÚBLICAS PRIMARIAS DE VALORES: LIMITACIONES Y *DUE DILIGENCE DEFENSE*

Juan Luis Hernández Gazzo*
Gianina Gotuzzo Oliva**

Al ser el mercado de valores un espacio que permite conectar la demanda y oferta de fondos, el traslado adecuado de información de los emisores a los potenciales inversionistas cobra vital importancia como lo reconoce nuestra legislación.

En el presente artículo los autores realizan un detallado estudio sobre la responsabilidad de los estructuradores de estas operaciones frente a la información transmitida a los inversionistas, explicando cómo la regulación peruana ha ido cambiando hasta la actualidad. Resulta de especial interés el análisis de la experiencia norteamericana –de clara influencia en nuestra regulación– y las consideraciones sobre cómo limitar la responsabilidad del estructurador dada su incidencia en los costos de estas operaciones.

* Abogado. Master en Derecho, Harvard Law School. Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Abogada. Master en Derecho, Cornell Law School. Profesora de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO EJE DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES PERUANO

La regulación del mercado de valores peruano, siguiendo el modelo americano –que a su vez ha sido adoptado por una serie de legislaciones comparadas–, gira alrededor del denominado “principio de transparencia”, conocido también en los sistemas anglosajones como *disclosure system*.

El mercado de valores es un mercado de intermediación directa¹, en el cual los sujetos con superávit (ofertantes de fondos o inversionistas) proveen de fondos a los sujetos con déficit (demandantes de fondos o emisores) mediante la adquisición de activos financieros denominados “valores mobiliarios”, abarcando, a su vez, la negociación futura de estos valores. Así, el mercado de valores permite que los demandantes de fondos se financien a través de este mercado –que es el rol que cumple el segmento del mercado de valores llamado “mercado primario”– y dota de liquidez a las inversiones de los ofertantes de fondos –función que cumple el segmento del mercado de valores conocido como “mercado secundario”.

Respecto de la función del mercado de valores en la economía, hay quienes sin dejar de reconocer su rol como mecanismo de financiamiento, resaltan como vital los efectos de su segmento conocido como “mercado secundario”, afirmando que su importancia primordial radica en i) dotar de liquidez a las inversiones en valores mobiliarios, permitiendo que los inversionistas puedan desprenderse de sus valores con facilidad, y ii) funcionar como mecanismo disciplinario del mercado, asignando los recursos a sus usos más eficientes, penalizando a las empresas cuyos administradores no logren maximizar el valor de las inversiones de sus tenedores², sean éstos accionistas u otro tipo de inversionistas.

Recordemos que en materia de mercado de valores el bien objeto de transacción es un activo financiero intangible, lo que nuestra legislación ha denominado “valor mobiliario”³. Ya sea que estemos frente a una

operación de suscripción, propia del mercado primario, o ante una operación de compraventa, particular del mercado secundario, lo transado será un activo financiero intangible, es decir, un activo cuyo valor consiste en el derecho a obtener un beneficio futuro, determinándose su valor de suscripción o precio de mercado en razón de cómo el mercado evalúe esa promesa de pago o flujos futuros esperados. Pensemos en una acción o en un bono como objeto de transacción y tendremos una idea más clara del concepto “activo financiero intangible”.

Teniendo en cuenta que el mercado de valores es un mercado financiero de intermediación directa donde se transan activos financieros, comprenderemos la capital importancia que tiene el traslado de información al mercado. En efecto, siendo que demandantes (emisores) y ofertantes de fondos (inversionistas) entran en una relación directa, en la cual –dentro del mercado primario– los primeros, normalmente sociedades, recurrirán a los segundos, sea el público en general o un segmento de éste, para financiar sus actividades, y siendo esos demandantes de fondos los que responderán por el rendimiento de los activos financieros que han colocado como contraprestación a los ofertantes por los fondos obtenidos, es crítico que a estos últimos se les brinde la información idónea sobre el demandante (emisor) y el activo financiero emitido (valores mobiliarios). Sólo sobre la base de esa información los ofertantes de fondos (inversionistas) podrán decidir acerca de la conveniencia de comprometer sus fondos de esa manera, en lugar de, por ejemplo, depositarlos en un banco.

Consciente de la trascendencia de la información en estas operaciones, nuestro sistema legal sobre mercado de valores, al igual que las legislaciones más modernas del mundo, ha centrado el eje de la regulación del mercado de valores en el traslado adecuado de la información, es decir, en el denominando “principio de transparencia” o *disclosure system*. La idea central es que el mercado adecuadamente informado adopte sus propias decisiones de inversión, siendo el rol del Estado –en el caso peruano, por medio de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)– el de

¹ El mercado de valores como uno de intermediación directa supone una relación jurídica entre el ofertante de fondos y el demandante de fondos (mercado primario) o entre el comprador y el vendedor (mercado secundario), a diferencia de lo que sucede en mercados de intermediación indirecta, como el bancario, donde el ofertante y el demandante de fondos no tienen una relación jurídica directa, sino que cada uno tiene un vínculo, de distinta naturaleza, con el banco (el ofertante de fondos, como depositante o ahorrista del banco, y el demandante de fondos, como deudor del banco por el préstamo obtenido).

Para una primera aproximación al funcionamiento y características de los mercados financieros de intermediación directa e indirecta, sugerimos: CASTELLARES, Rolando; Enrique DÍAZ; Lilian ROCCA y Julio VARGAS. “El ABC del mercado de capitales”. Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero y Universidad San Ignacio de Loyola. En caso de un análisis más detallado, aconsejamos: BREALEY, Richard A. y Stewart C. MYERS. “Principles of Corporate Finance”. Mc Graw Hill.

² KLEIN, William A. y John C. COFFEE Jr. “Business Organization and Finance. Legal and Economic Principles”. Sexta edición. 1996. p. 380.

³ El artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo 093-2002-EF (LMV), define valor mobiliario del siguiente modo:

“Artículo 3º.- Valores Mobiliarios.- Son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva y libremente negociables que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales, o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor.

Para los efectos de esta ley, las negociaciones de derechos o índices referidos a valores mobiliarios se equiparan a tales valores.

Cualquier limitación a la libre transmisibilidad de los valores mobiliarios contenida en el estatuto o en el contrato de emisión respectivo, carece de efectos jurídicos”.

supervisar que dicho traslado de información se efectúe conforme a la normativa vigente. El citado principio de transparencia está recogido en nuestro ordenamiento a nivel de norma con rango de ley, en el propio Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo 093-2002-EF (en adelante, "LMV"), incidiendo su artículo 10 en la calidad de la información que se traslada al mercado⁴.

Cabe resaltar que el principio de transparencia no es el objetivo de la regulación sobre el mercado de valores, sino como eje de la regulación se constituye en un medio o un mecanismo, para lograr su fin último: el desarrollo del mercado de valores, es decir, la conexión directa entre demandantes de fondos y ofertantes de fondos. Dentro de esa idea, es preciso destacar la confusión conceptual en la que incurre nuestra LMV, cuando en su primer artículo señala que la "... finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista"⁵.

Creemos importante tener en cuenta, antes de culminar esta breve explicación sobre el principio de transparencia como eje de la regulación del mercado de valores peruana –modelo, como hemos dicho, elaborado sobre la base del sistema americano y seguido por las legislaciones más modernas en materia de mercado de valores–, que este modelo no está exento de críticas, siendo que desde hace unos años se ha generado una polémica en la doctrina americana sobre los beneficios y costos del *disclosure system*. Así, se ha cuestionado si la existencia de un sistema regulatorio como éste es eficiente, es decir, si los costos de la regulación no superan los beneficios que el mercado de valores obtiene, siendo que, a su vez, se han dado argumentos para justificar la eficiencia de la regulación y explicar los problemas de la no regulación⁶. Al final del día, y al menos a la fecha según lo muestra la práctica, parece no haberse encontrado

un sistema mejor al del *disclosure system*, sin que ello signifique desconocer que los costos del sistema tienen que ser razonables y que, por tanto, debemos estar siempre vigilantes que la regulación sea promotora del mercado de valores y no limitante de su desarrollo por medio de la imposición de un sistema de traslado de información inadecuado y excesivo, con costos que dejen sin sentido los beneficios de usar el mercado de valores.

II. EL ROL DEL ESTRUCTURADOR EN LAS OFERTAS PÚBLICAS PRIMARIAS

Antes de pasar a analizar el rol del estructurador en las ofertas públicas primarias se hace necesario primero centrar el concepto de oferta pública primaria⁷. En efecto, las ofertas públicas primarias son el medio para financiarse en el mercado de valores⁸. Así, las ofertas públicas primarias son aquellas ofertas que dirige el sujeto demandante de fondos al público en general, o a un segmento de éste, con el fin de levantar fondos de los inversionistas (ofertantes de fondos) mediante la colocación de valores mobiliarios⁹. De este modo, estas ofertas son parte del segmento del mercado de valores que se denomina "mercado primario".

Teniendo en cuenta que por medio de las ofertas públicas primarias se capta dinero de terceros (público en general o un segmento de éste) y que el valor colocado es un activo financiero intangible (valor mobiliario), el adecuado traslado de información a los potenciales inversionistas resulta fundamental y es por ello que el eje de la regulación está en el principio de transparencia, como lo hemos comentado. En efecto, la información que se tenga del emisor de los valores y de las condiciones de cómo se ofertan los mismos es sumamente importante para efectos que los inversionistas puedan tomar sus decisiones de inversión. Por ejemplo, si lo que se oferta a través de una oferta pública primaria son acciones de una compañía minera, es claro que será de suma importancia la información sobre los últimos descubrimientos o estudios

⁴ El artículo 10 de la LMV establece que:

"Artículo 10º.- Calidad de la información.- Toda información que por disposición de esta ley deba ser presentada a CONASEV, a la bolsa, a las entidades responsables de los mecanismos centralizados o a los inversionistas, deberá ser veraz, suficiente y oportuna. Una vez recibida la información por dichas instituciones deberá ser puesta inmediatamente a disposición del público".

⁵ Dentro de la literatura nacional, sobre el fin de la regulación del mercado de valores, se puede consultar opiniones diversas en: SERRA PUENTE-ARNAO, Gerardo. "La regulación en el mercado de los valores mobiliarios". En: THEMIS-Revista de Derecho 40. 2000. pp. 37-47; PAYET, José Antonio. "El mercado de valores y la protección de los inversionistas". En: *Ius et Veritas* 12. 1996. pp. 69-79; y, PAYET, José Antonio. "Razones para regular el mercado de valores". En: THEMIS-Revista de Derecho 33. 1996. pp. 93-104.

⁶ Son piedras angulares de esta polémica los escritos de los profesores americanos Coffee, Easterbrook y Fischel. Por ello sugerimos su consulta: COFFEE, John C. Jr. "Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System". En: *Virginia Law Review* 70. p. 717. 1984; y, EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHEL. "Mandatory Disclosure and the Protection of Investors". En: *Virginia Law Review* 70. p. 669. 1984.

⁷ Sobre el régimen jurídico aplicable a las ofertas públicas primarias en España, recomendamos: DE CARLOS BERTRÁN, Luis. "Régimen jurídico de las ofertas públicas de suscripción y venta de valores negociables". Colección Estudios de Derecho Mercantil. Bolsa de Madrid y Editorial Civitas. 1998.

⁸ Acerca de cómo las ofertas públicas primarias pueden ser una forma ventajosa de financiarse en el Perú, sugerimos: SALINAS, Sergio. "El financiamiento empresarial a través de la emisión de valores: ventajas, desventajas y perspectivas". En: THEMIS-Revista de Derecho 37. 1998. pp. 65-83.

⁹ El artículo 4 de la LMV define oferta pública como:

"Artículo 4º.- Oferta Pública.- Es oferta pública de valores mobiliarios la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios".

Cuando la oferta pública es primaria, aludimos a la colocación de valores mobiliarios. Si en cambio estamos frente a una oferta pública secundaria, nos referiremos a la adquisición o disposición de valores mobiliarios.

geológicos que se hayan hechos sobre las concesiones mineras, sus reservas, el desempeño de la compañía en los últimos años, sus estados financieros, sus posibles contingencias, entre otros. Si se omitiera información o si ésta fuera incorrecta, los inversionistas podrían no tener todos los elementos necesarios para adoptar una decisión informada o podrían no contar con todos los elementos necesarios para una adecuada decisión.

En este punto es importante destacar la experiencia americana pues, como lo hemos mencionado anteriormente, en ella se inspira nuestra legislación del mercado de valores. Luego de la caída del mercado de valores americano en el año 1929, se generó una sensación de desconfianza en el mercado, por ello el presidente americano Roosevelt solicitó al Congreso que diera una ley para regresarle la confianza a los inversionistas poniendo en el ofertante de valores el peso de decir la verdad sobre los valores que se ofrecían en el mercado. Es así que se dicta la Securities Act de 1933 para obligar a los emisores que revelen cierta información al público en las ofertas públicas primarias¹⁰.

La Securities Act de 1933, al igual que la LMV, exige a los emisores que los valores sean inscritos ante una autoridad –la Securities and Exchange Commission (SEC), en el caso americano–, antes de ofertar sus valores mediante una oferta pública primaria. Evidentemente al igual que en el Perú, el propósito de la norma es brindar al inversionista información adecuada, veraz, suficiente y oportuna para tomar decisiones de inversión debidamente informadas. Claramente los inversionistas van a confiar en esta información antes de tomar sus decisiones. He ahí la importancia y la responsabilidad que tienen todas aquellas personas que preparan los documentos de inscripción y que brindan la información para su elaboración.

Específicamente la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 establece que un inversionista puede demandar a

cualquier persona que suscriba los documentos para la inscripción del valor. Esta norma establece que una falsa declaración u omisión material en tales documentos de inscripción puede generar que el emisor o una variedad de personas asociadas a él o a la distribución de los valores, sean responsables por los daños y perjuicios causados a cualquier persona que haya adquirido tales valores sobre la base de información no adecuada. Cabe resaltar que no es cualquier declaración falsa u omisión, sino una que sea material, ya que si fuera inmaterial, esta omisión o falsedad no habría sido determinante para la toma de decisión del inversionista.

La Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 regula específicamente quiénes son los sujetos responsables frente a los inversionistas y porqué son responsables. A manera ilustrativa citamos la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933¹¹.

Dentro de las personas obligadas, bajo la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 se encuentran: (1) cualquier persona que haya firmado la solicitud de inscripción; (2) cualquier director del emisor a la fecha de presentación de la solicitud de registro cuya responsabilidad sea probada; (3) cualquier persona que bajo su consentimiento es nombrada en la solicitud de inscripción que será designada como director; (4) cualquier contador, ingeniero, tasador o cualquier otra persona cuya profesión le da autoridad a la declaración formulada por él en la solicitud de registro o que con su consentimiento ha sido nombrado como la persona que ha preparado o certificado cualquier reporte o valoración que es utilizada en relación con la solicitud de registro; y (5) cualquier *underwriter*.

En la legislación americana, los emisores, incluyendo sus directores y los *underwriters* están bajo los alcances de la Sección 11 por su cercana conexión con la oferta y distribución de los valores. Especialmente el emisor es quien se beneficiará directamente con la colocación

¹⁰ CANDIDA, José. "Section 11 of the Securities Act of 1933: The disproportionate liability imputed to accountants". En: Delaware Journal of Corporate Law 27. 2002. p. 565.

¹¹ "§ 11. Civil liabilities on account of false registration statement.

Persons possessing cause of action; persons liable.

In case any part of the registration statement, when such part became effective, contained an untrue statement of a material fact or omitted to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, any person acquiring such security (unless it is proved that at the time of such acquisition he knew of such untruth or omission) may, either at law or in equity, in any court of competent jurisdiction, sue-

- (1) every person who signed the registration statement;
- (2) every person who was a director of (or person performing similar functions) or partner in the issuer at the time of the filing of the part of the registration statement with respect to which his liability is asserted;
- (3) every person who, with his consent, is named in the registration statement as being or about to become a director, person performing similar functions, or partner;
- (4) every accountant, engineer, or appraiser, or any person whose profession gives authority to a statement made by him, who has with his consent been named as having prepared or certified any part of the registration statement, or as having prepared or certified any report or valuation which is used in connection with the registration statement, with respect to the statement in such registration statement, report, or valuation, which purports to have been prepared or certified by him;
- (5) every underwriter with respect to such security.

If such person acquired the security after the issuer has made generally available to its security holders an earning statement covering a period of at least twelve months beginning after the effective date of the registration statement, then the right of recovery under this subsection shall be conditioned on proof that such person acquired the security relying upon such untrue statement in the registration statement or relying upon the registration statement and not knowing of such omission, but such reliance may be established without proof of the reading of the registration statement by such person".

primaria de los valores en el mercado, y es la información de su desempeño como empresa la relevante para que los inversionistas tomen o no la decisión de invertir en los valores que emita. Los contadores, ingenieros, tasadores y cualquier otro “experto”, serán responsables de las omisiones o falsedades contenidas en los reportes elaborados que se incluyan en los documentos de inscripción o sobre la base de los cuales se preparen los documentos de inscripción de los valores.

Al igual que en el antecedente americano, en el Perú, a través del principio de transparencia y de la obligación de registro de los valores a ofertarse por oferta pública, se pretende que al momento de hacer una oferta pública primaria la información que llegue a los inversionistas sea veraz, suficiente y oportuna, y que no induzca a error o confusión, pues será sobre la base de esta información que los inversionistas tomarán sus decisiones de inversión.

En el caso de una oferta pública primaria, así como para el caso de cualquier oferta pública de valores, nuestra legislación dispone que los valores a ser ofertados de manera pública sean inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores que la CONASEV administra.

Uno de los documentos clave para lograr el registro lo constituye el denominado “prospecto informativo”, el cual debe contener toda aquella información necesaria para que los inversionistas puedan tomar una decisión de inversión o no. Este prospecto informativo debe ponerse a disposición de los potenciales inversionistas y según el artículo 56¹² de la LMV, requiere que se coloque en él como mínimo cierta información básica que requeriría todo inversionista para efectuar una correcta evaluación de inversión.

Conforme lo establece el propio artículo 56 y lo exige nuestra legislación, como regla general, toda oferta pública necesita del concurso de una entidad estructuradora o estructurador, el cual está obligado a suscribir el prospecto informativo y, por esa vía, se materializa su sujeción a un amplio régimen de responsabilidad por la información contenida en dicho prospecto. Nótese que tal exigencia no está presente en el ordenamiento americano.

El estructurador asume la dirección de la oferta pública, pudiendo asumir una serie de funciones

adicionales. En nuestro mercado, suele ser quien diseña la operación en términos financieros, determinando las características del valor mobiliario a emitirse, según la situación particular del emisor, sus necesidades de financiamiento y las condiciones del mercado.

En términos generales y conforme a la legislación peruana, pueden ser estructuradores las empresas bancarias y financieras, los agentes de intermediación (sociedades agentes de bolsa o sociedades intermediarias de valores) y los bancos de inversión. En nuestro mercado, las empresas bancarias son mayoritariamente las que actúan como entidades estructuradoras.

El tratamiento de los alcances de la responsabilidad del estructurador y su forma de limitación ha sufrido variaciones en el tiempo en nuestra legislación, las que explicaremos a continuación. Siendo que la responsabilidad del estructurador proviene de la ley, creemos fundamental analizar las formas en que ella puede limitarse, dada la incidencia que puede tener en los costos de una determinada oferta pública el hecho de que el estructurador tenga igual o muy similar responsabilidad a la del emisor.

III. ANÁLISIS NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN EL SISTEMA PERUANO: LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD MEDIANTE LA REGULACIÓN DEL *DUE DILIGENCE DEFENSE*

En principio, debemos resaltar tres etapas distintas en la forma como se ha regulado en el Perú la responsabilidad del estructurador en las emisiones de valores, al menos, desde 1996 a la fecha. Estas tres etapas se pueden distinguir en función de si existía o no la posibilidad de eximir al estructurador de responsabilidad, y si tal liberación de responsabilidad era conforme a ley.

3.1. Primera etapa: no posibilidad de limitación de responsabilidad del estructurador (del 6 de diciembre de 1996 al 21 de octubre de 1998)

La Ley del Mercado de Valores, tal como fue aprobada por el Decreto Legislativo 861, con vigencia desde el 6 de diciembre de 1996, establecía en su

¹² “Artículo 56.- Prospecto Informativo.- El prospecto informativo deberá contener toda la información necesaria para la toma de decisiones por parte de los inversionistas. El prospecto informativo debe contener como mínimo lo siguiente:

- a) Las características de los valores, así como los derechos y obligaciones que otorgan a su titular;
- b) Las cláusulas relevantes del contrato de emisión o del estatuto para el inversionista;
- c) Los factores que signifiquen un riesgo para las expectativas de los inversionistas;
- d) Nombre y firma de las personas responsables de la elaboración del prospecto informativo: entidad estructuradora o su representante, en su caso, así como del principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas del emisor;
- e) Los estados financieros auditados del emisor, con sus notas explicativas y el respectivo dictamen, correspondientes a los dos últimos años, cuando el período de constitución lo permita;
- f) El detalle de las garantías de la emisión, cuando corresponda;
- g) El procedimiento a seguir para la colocación de los valores; y,
- h) La información complementaria que determine CONASEV mediante disposiciones de carácter general”.

artículo 60¹³ que el emisor, su principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas, así como la entidad estructuradora eran solidariamente responsables frente a los inversionistas por las inexactitudes u omisiones que contuviera el prospecto.

Adicionalmente, el artículo 60 –tal como fue redactado originalmente– establecía expresamente que el emisor, estructurador y los demás funcionarios responsables no podrían oponer a los inversionistas hechos o derechos derivados de las auditorías o de los demás documentos que deben figurar en el prospecto.

Esta norma, en primer lugar, estableció como regla general la solidaridad en la responsabilidad por las inexactitudes u omisiones del prospecto tanto del emisor, como de sus principales funcionarios (administrativo, legal, contable y de finanzas), como de la entidad estructuradora, todos los cuales debían firmar el prospecto. En segundo lugar, determinó el alcance de esa responsabilidad, es decir, estas personas son responsables de que la información contenida en el prospecto sea exacta y que no contenga omisiones. En tercer lugar, estableció como límite de la responsabilidad el ámbito de competencia de estas personas, fijándolo como el ámbito profesional o funcional de los mismos.

Por otro lado, se prohibió que las referidas personas puedan eximirse de responsabilidad por los contenidos de las auditorías o documentos que deben figurar en el prospecto.

De este modo, la versión comentada del artículo 60 de la LMV –vigente desde el 6 de diciembre de 1996 hasta el 21 de octubre de 1998–, concibe la responsabilidad del estructurador de forma tan amplia frente al inversionista, que aun cuando la información colocada en el prospecto hubiese tenido como base las auditorías contables y legales solicitadas a terceros especialistas de reconocido prestigio, en caso hubiese existido información inexacta o de haberse omitido información sin que el estructurador lo supiese, esto no le permitiría al estructurador eximirse de responsabilidad frente al inversionista. Así, a nuestro criterio se desnaturalizaba el criterio de responsabilidad por ámbito de competencia en el caso del estructurador, desincentivando la participación de los mismos o encareciendo sus servicios por el gran riesgo asumido.

3.2. Segunda etapa: discutible posibilidad de limitación de responsabilidad del estructurador (del 22 de octubre de 1998 al 23 de marzo del 2002)

Con la entrada en vigencia el 22 de octubre de 1998 del Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios (en adelante, “ROPP”), aprobado por Resolución CONASEV 141-98-EF/94.10, CONASEV pretendió dar un giro al régimen de responsabilidad en materia de información contenida en los prospectos informativos relativos a ofertas públicas de valores. Así, introdujo el denominado *due diligence defense* del derecho americano, que analizaremos en el punto IV siguiente, por medio del artículo 17¹⁴ del ROPP,

¹³ “Artículo 60.- Son solidariamente responsables con el emisor u ofertante, las personas a que se refiere el inciso d) del artículo 56, respecto al ámbito de su competencia profesional y/o funcional, frente a los inversionistas, por las inexactitudes u omisiones del prospecto y no podrán oponer a éstos, hechos o derechos, derivados de las auditorías o de los documentos que conforme a dicho artículo, deben figurar en el prospecto informativo”.

¹⁴ “Artículo 17.- De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 60 de la Ley, el incumplimiento de la obligación de revelación de información en la forma en que se señala en el Artículo 12, genera el siguiente régimen de responsabilidad solidaria entre las partes intervinientes respecto de los daños causados a los inversionistas como consecuencia de dicho incumplimiento:

- a) El emisor.- Es responsable por la información contenida en el prospecto en la forma señalada en el artículo anterior;
- b) Funcionarios del emisor.- Cada uno de los funcionarios señalados en el Artículo 56, inciso d) de la Ley tiene como ámbito de competencia la parte o partes del prospecto vinculadas a su función y profesión, en el supuesto que éstas coincidan, caso contrario, a su función. El ámbito de competencia del principal funcionario administrativo se extiende a la totalidad de la información vertida en el prospecto cuya revelación sea responsabilidad del emisor, aunque se encuentre también bajo el ámbito de competencia de los otros funcionarios.
En el caso de entidades públicas nacionales o extranjeras, dicha responsabilidad es asumida por los funcionarios públicos que corresponda en los términos de la legislación aplicable.
La obligación a que se refiere el Artículo 56, inciso d) de la Ley, de suscribir el prospecto, es exigible en la medida que el emisor cuente con el funcionario correspondiente;
- c) El ofertante.- Es responsable por la información contenida en el prospecto en la forma señalada en artículo anterior;
- d) Funcionarios del ofertante.- Los funcionarios del ofertante se encuentran sujetos a un régimen de responsabilidad análogo al de los funcionarios del emisor; y,
- e) Entidad Estructuradora.- La Entidad Estructuradora tiene como ámbito de competencia la totalidad del contenido del prospecto respecto de la cual sea responsable el emisor y/u ofertante, incluyendo, en su caso, la información incorporada por referencia por el emisor o la comprendida en el prospecto marco.

No obstante lo señalado anteriormente, las personas indicadas en los incisos b), d) y e) precedentes podrán eximirse de responsabilidad conforme a las disposiciones del derecho común aplicables de acuerdo a la naturaleza de su responsabilidad, en función a:

1. Haber efectuado una investigación, en el modo que resulte apropiado de acuerdo a las circunstancias, que le lleve a considerar que la información que corresponda al ámbito de su competencia cumple de manera razonable con lo exigido en el Artículo 12; y,
2. Que, respecto a las ocasiones en que dicha información sea objeto del pronunciamiento de un experto en la materia, o se derive de dicho pronunciamiento, que tales personas carezcan de motivos, de acuerdo a las circunstancias, para considerar que el referido pronunciamiento contraviene lo establecido en el Artículo 12 antes mencionado y/o que dicha información se encuentra en discordancia con lo expresado en el pronunciamiento.
El experto de que trata el presente inciso deberá haber prestado su consentimiento a que se señale que ha intervenido en la elaboración de la parte correspondiente del prospecto o efectuado el pronunciamiento en base al cual aquella parte fue elaborada, pudiendo ser dicha persona interna o externa al emisor.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior las personas a que se refieren los incisos b), d) y e) referidos deberán haber actuado de acuerdo a lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso mercantil, con el cuidado puesto en la administración del negocio propio.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el referido Artículo 60 de la Ley, no se podrá oponer a los inversionistas hechos o derechos derivados de auditorías y de documentos no incluidos en el prospecto informativo en contravención de lo dispuesto en el Artículo 56 de dicho cuerpo legal, el presente Reglamento y las normas complementarias correspondientes.

Los demás aspectos atinentes a la responsabilidad frente a los inversionistas por los daños causados a éstos como consecuencia de una falta de revelación adecuada de información en los términos del Artículo 2, incluyendo la de los expertos a que se refiere el presente Artículo, se rigen por las disposiciones del derecho común, atendiendo a la naturaleza de dicha responsabilidad y a las normas que rijan la actividad de la persona que corresponda”.

pretendiendo, entre otras cosas, que las entidades estructuradoras puedan eximir su responsabilidad sobre la base de investigaciones u opiniones de expertos.

Sin embargo, dado que la intención de CONASEV estaba contenida en una norma de rango inferior (una Resolución de CONASEV) que se contraponía a lo expresamente dispuesto por el texto original del artículo 60 de la LMV –norma con rango de ley–, consideramos que lo dispuesto en el artículo 17 calificaría como ilegal –pese a compartir su idea y objetivo–, al contravenir expresamente lo dispuesto en una norma con rango de ley.

Dada la ilegalidad comentada del artículo 17 del ROPP durante esta segunda etapa –que va del 22 de octubre de 1998 al 23 de marzo de 2002–, creemos que un inversionista podría haber cuestionado válidamente la limitación de responsabilidad del estructurador y frente a un caso de *default* del emisor por inexactitudes u omisiones del prospecto, hallar responsable también al estructurador, sin que éste pueda exonerarse de responsabilidad por la existencia de informes de expertos.

3.3. Tercera etapa: sí posibilidad de limitación de responsabilidad del estructurador (del 24 de marzo de 2002 a la fecha)

El 23 de enero de 2002 se publicó la Ley 27649, que modificó el texto del artículo 60 de la LMV, entrando en vigencia la modificación desde el 24 de marzo de 2002.

El nuevo texto del artículo 60¹⁵ de la LMV elimina la prohibición que tenía la entidad estructuradora y los funcionarios del emisor (de administración, finanzas, contable y legal) de eximirse de responsabilidad por la información contenida en auditorías u otros documentos que debían figurar en el prospecto.

Este cambio del artículo 60 de la LMV –vigente a partir del 24 de marzo de 2002–, dota de legalidad la limitación de responsabilidad del artículo 17 del ROPP, pudiendo, entonces, el estructurador válidamente eximirse de responsabilidad amparado en investigaciones u opiniones de expertos, entre ellas las legales y contables, dentro del contexto de una oferta pública de valores.

IV. EL DUE DILIGENCE DEFENSE EN EL DERECHO AMERICANO

El caso americano principal que desarrolla el tema de la responsabilidad civil en las ofertas públicas

primarias de valores al amparo de la Sección 11(a) del Securities Exchange Act de 1933 es el caso *Escott v. BarChris Construction Co.*¹⁶. En este caso, los demandantes cuestionaron la veracidad de las cifras de los estados financieros contenidas en el prospecto informativo así como otra información material incorrecta u omitida. Así, la corte norteamericana distinguió la responsabilidad entre la administración de la sociedad emisora (los denominados *corporate insiders*) y las personas no vinculadas a la administración del emisor (*outsiders*). Dentro de estos últimos distinguió a aquellas personas que tienen un *expertise* particular, los denominados “expertos”, o los que están de alguna manera involucrados con la distribución de los valores y las otras personas no vinculadas a la administración del emisor. En este caso el análisis de la responsabilidad fue hecho sobre la base de lo que en la realidad podía esperarse de cada demandado. En esta resolución judicial se estableció que los funcionarios pertenecientes a la administración del emisor están sujetos a un mayor grado de responsabilidad que aquellos participantes periféricos. Estos últimos están sometidos a un escrutinio más favorable, aunque siguen teniendo la obligación de investigar de manera adecuada¹⁷.

Al comparar esta Sección 11(a) con los artículos 60 y 56 d) de la LMV, vemos que en el Perú la responsabilidad recae sobre el emisor, el principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas del emisor, la entidad estructuradora o su representante, mientras que en los Estados Unidos de América el estructurador no necesariamente es responsable por la documentación que se presente con la solicitud de inscripción de los valores ante el Registro. Será sólo responsable en la medida que firme tal solicitud de inscripción, no estando obligado necesariamente a firmarla.

Esta diferencia es básica pues al existir responsabilidad para el estructurador será de suma importancia analizar si existen formas de cómo liberarse de tal responsabilidad, con el fin de evitar costos excesivos para las ofertas públicas en el Perú. Así, si no existiesen mecanismos para limitar la responsabilidad del estructurador, éste se vería en la necesidad de cobrar mayores honorarios por sus servicios como forma de compensar el riesgo asumido o, en todo caso, preferir no participar en una determinada oferta.

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

¹⁵ “Artículo 60.- Son solidariamente responsables con el emisor u ofertante, frente a los inversionistas, las personas a que se refiere el inciso d) del artículo 56, por las inexactitudes u omisiones del prospecto respecto al ámbito de su competencia profesional y/o funcional”.

¹⁶ 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).

¹⁷ COX, James; Robert HILLMAN y Donald LANGEVOORT. “Securities Regulations. Cases and Materials”. Aspen Law & Business. p. 606.

En el caso americano, específicamente la Sección 11(b)(3)¹⁸ de la Securities Exchange Act, recoge la idea de que salvo por el emisor, las personas bajo la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 pueden liberarse de responsabilidad si prueban que su actuar fue diligente y que hicieron una adecuada investigación y que no tuvieron causas razonables para dudar que la información contenida en los documentos de inscripción de los valores fuera falsa o engañosa. Esto es lo que se denomina el *due diligence defense*.

Según Scott, cuando se demanda a una parte, distinta del emisor, bajo la Sección 11 la única defensa es el *due diligence defense* previsto en la Sección 11(b) de la Securities Act de 1933. Esta defensa es posible para las personas listadas en la sección 11(a) con excepción del emisor, quien no tiene defensa por las omisiones o la información incorrecta que se consigne en los documentos de inscripción del valor. La base conceptual de esta defensa se encuentra en la teoría de la responsabilidad por negligencia y le da al demandado la posibilidad de evadir la responsabilidad si prueba que, dadas las circunstancias, actuó de manera razonable bajo las circunstancias del caso y que por tanto creía que luego de una razonable investigación, los documentos de inscripción eran veraces y completos. Scott afirma que la razonabilidad es aquella requerida a un hombre prudente en el manejo de su propio negocio, sin embargo señala que dada la existencia de personas distintas que manejan sus negocios de manera diferente lo razonable para uno puede ser irracional para otro¹⁹, por lo que las cortes norteamericanas analizan el tema de la limitación de responsabilidad según las circunstancias del caso concreto. Adicionalmente, Candida²⁰ señala que las

cortes norteamericanas han interpretado este mecanismo de defensa requiriendo un razonable cuestionamiento e investigación respecto de las afirmaciones hechas por los emisores.

En el Perú es posible que el estructurador se exima de responsabilidad que le impone el artículo 60 de la LMV, a través de lo establecido en el artículo 17 del ROPP. A continuación analizamos los mecanismos como el estructurador puede liberarse de esta responsabilidad y qué es lo que tiene que hacer para ello.

V. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

Tal como hemos analizado en el punto III anterior, de acuerdo con la normativa actual es posible que el estructurador pueda eximirse de responsabilidad por las omisiones o inexactitudes contenidas en el prospecto sobre la base de lo prescrito por el artículo 17 del ROPP.

5.1. Cuestiones previas

Antes de pasar a analizar bajo qué condiciones es posible que el estructurador pueda limitar su responsabilidad en una oferta pública de valores, creemos importante destacar la finalidad del ROPP. Así, su objetivo está descrito en su artículo 2²¹ al establecer que la protección a los inversionistas se consigue por medio de la revelación, en forma veraz, suficiente, oportuna y clara, de toda aquella información que sea relevante a efectos de entender las implicancias positivas y negativas de las operaciones ofertadas,

¹⁸ “§ 11 (b) Persons exempt from liability upon proof of issues

Notwithstanding the provisions of subsection (a) of this section no person, other than the issuer, shall be liable as provided therein who shall sustain the burden of proof— (...)

that (A) as regards any part of the registration statement not purporting to be made on the authority of an expert, and not purporting to be a copy of or extract from a report or valuation of an expert, and not purporting to be made on the authority of a public official document or statement, he had, after reasonable investigation, reasonable ground to believe and did believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were true and that there was no omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading; and (B) as regards any part of the registration statement purporting to be made upon his authority as an expert or purporting to be a copy of or extract from a report or valuation of himself as an expert, (i) he had, after reasonable investigation, reasonable ground to believe and did believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were true and that there was no omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, or (ii) such part of the registration statement did not fairly represent his statement as an expert or was not a fair copy of or extract from his report or valuation as an expert; and (C) as regards any part of the registration statement purporting to be made on the authority of an expert (other than himself) or purporting to be a copy of or extract from a report or valuation of an expert (other than himself), he had no reasonable ground to believe and did not believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were true or that there was an omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, or that such part of the registration statement did not fairly represent the statement of the expert or was not a fair copy of or extract from the report or valuation of the expert; and (D) as regards any part of the registration statement purporting to be a statement made by an official person or purporting to be a copy of or extract from a public official document, he had no reasonable ground to believe and did not believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were untrue, or that there was an omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, or that such part of the registration statement did not fairly represent the statement made by the official person or was not a fair copy of or extract from the public official document”.

¹⁹ SCOTT, Helen. “Resurrecting Indemnification: Contribution Clauses in Underwriting Agreements”. En: New York University Law Review 61. Mayo 1996. p. 223.

²⁰ CANDIDA, José. Op. cit., p. 565.

²¹ “Artículo 2.- Es finalidad del presente Reglamento la tutela de los inversionistas en el mercado público de valores mobiliarios a través de la revelación, en forma veraz, suficiente, oportuna y clara, de toda aquella información que sea relevante a efectos de entender las implicancias positivas y negativas de las transacciones que les sean propuestas, con la finalidad de que se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas respecto de las mismas, y que dicha revelación se efectúe del modo más eficiente (...)”.

apuntando a que se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas.

De otro lado, el artículo 12 del ROPP establece los requisitos para el trámite de inscripción del prospecto informativo, señalando la obligación del emisor de presentar la información exigida por CONASEV, así como toda documentación e información que permita alcanzar una revelación de información de la manera descrita en el artículo 2 del ROPP, es decir, que la información sea veraz, suficiente, oportuna y clara, que permita a los inversionistas entender las implicancias de la transacción, de forma tal que pueda adoptar una decisión eficiente sobre si invertir o no en un determinado valor.

5.2. Mecanismos para limitar responsabilidad del estructurador

El artículo 17 del ROPP regula de manera específica el régimen de responsabilidad del estructurador y sus formas para limitarlo en el contexto de una oferta pública de valores.

En efecto, el citado artículo 17 del ROPP al igual que el artículo 60 de la LMV, establecen una responsabilidad solidaria del emisor, funcionario del emisor, ofertante, funcionario del ofertante y la entidad estructuradora por el incumplimiento de la obligación de revelación de información conforme al artículo 12 del ROPP. En el caso específico de la entidad estructuradora esta responsabilidad alcanza el ámbito de su competencia, el mismo que abarca la totalidad del contenido del prospecto, incluyendo la información contenida por referencia o contenida en el prospecto marco.

Empero, y a diferencia de lo que sucede con el emisor de los valores –que no podrá en ningún supuesto limitar su responsabilidad por el contenido del prospecto–, el estructurador sí podría eximirse de la responsabilidad que tiene por las inexactitudes u omisiones contenidas en el prospecto y en la información contenida por referencia en el prospecto, siempre que se cumplan ciertas condiciones prescritas en el propio artículo 17.

Los mecanismos por los cuales el estructurador puede limitar su responsabilidad, originada por un problema de revelación de información en el contexto de una oferta pública de valores, son los siguientes:

a) Adecuada investigación

Conforme con el inciso 1 del artículo 17 del ROPP, el estructurador está en capacidad de eximirse de responsabilidad ante el reclamo o demanda de algún inversionista por la falta de exactitud u omisiones

contenidas en el prospecto, siempre que pueda demostrar que efectuó de modo diligente una investigación apropiada (el mencionado *due diligence defense*) para el tipo de emisión que se trate, lo que le permitió considerar que la información revelada cumple lo prescrito en el artículo 12 del ROPP (información veraz, suficiente, oportuna y clara).

¿Qué es una investigación adecuada? Si bien no existe una definición legal de “investigación adecuada”, el propio artículo 17 establece un estándar de actuación para el estructurador, señalando que éste debe actuar: (i) de manera prudente, (ii) de la forma más conforme con los usos mercantiles, y (iii) con el cuidado puesto en la administración del propio negocio. Por ende, consideramos que estos estándares de actuación general deben regir la investigación adecuada del estructurador.

De este modo, para efectos de hacer una investigación adecuada se deberá tomar en consideración las características del emisor, el tamaño y condiciones de la emisión, entre otros elementos. Así, por ejemplo, creemos que el estructurador estará obligado a hacer una mayor investigación tratándose de emisores que realizan una oferta pública por primera vez de aquellos que tienen colocados en el mercado distintos programas de emisión de valores, por cuanto el mercado ya conoce la información propia de este último emisor que está constantemente obligado a informar sus hechos de importancia.

Por otro lado, la investigación realizada por el estructurador tiene que llevarlo a la conclusión que la información que se coloque en el prospecto o en los documentos que en él se refieran es toda la información relevante que necesita el inversionista para entender las implicancias positivas y negativas de la operación a fin de tomar decisiones libres e informadas acerca de la misma, tomando especialmente en cuenta que esa información debe ser veraz, suficiente, oportuna y clara. Para ello será importante que el prospecto informativo contenga de manera explícita las principales conclusiones de esta investigación.

En síntesis, en caso el estructurador haya realizado una investigación cumpliendo con lo señalado en los párrafos anteriores, tendrá una vía para eximirse de responsabilidad frente a los inversionistas.

b) Pronunciamiento de un experto

Según el inciso 2 del artículo 17 del ROPP, el estructurador también puede eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones del prospecto o de los documentos ahí referidos cuando la información que contiene el prospecto o los

documentos a que se refiere el mismo han sido objeto del pronunciamiento de un experto en la materia o se derive de dicho pronunciamiento.

Para estos efectos, el estructurador, de acuerdo con las circunstancias, no debe tener motivos para:

- (i) Considerar que el pronunciamiento del experto vulnera lo dispuesto en el artículo 12 del ROPP, es decir, que la información no sea la exigida por este artículo o que no cumpla con el propósito de ser veraz, suficiente, oportuna y clara según los términos del artículo 2 del ROPP; y,
- (ii) Considerar que la información contenida en el prospecto y/o en los documentos ahí referidos no está de acuerdo con lo expresado en el pronunciamiento del experto.

Adicionalmente, el experto deberá haber prestado su consentimiento a que se señale que ha intervenido en la elaboración de la parte correspondiente del prospecto o efectuado el pronunciamiento sobre la base del cual aquella parte fue elaborada, según lo estipula el artículo 17 del ROPP.

Por otro lado, tal como lo hemos detallado en el punto anterior y conforme a lo dispuesto por el citado artículo 17, el actuar del estructurador debe ser prudente, conforme con los usos mercantiles y con el cuidado utilizado para su propio negocio.

Es decir, si por ejemplo, el estructurador solicita a los auditores externos del emisor los estados financieros auditados de los últimos dos ejercicios y los incorpora en el prospecto informativo conforme al artículo 56 inciso e) de la LMV, y resulta que la información contenida en los estados financieros auditados resulta ser incorrecta u omite información relevante, en caso el estructurador sea demandado por alguno de los inversionistas, dada su responsabilidad por el contenido del prospecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 inciso 2, el estructurador podrá eximirse de responsabilidad siempre que no tenga motivos para considerar que tal información financiera vulneraba lo dispuesto por el artículo 12 y 2 del ROPP o si consideraba esta

información contradictoria con la demás información proporcionada por los mismos auditores externos²².

Para estos casos, ¿cómo podría el estructurador demostrar que no consideraba que el pronunciamiento del experto contravenía lo dispuesto por el artículo 12 y 2 del ROPP? ¿Cómo demuestra el estructurador que consideró que la información era acorde con el pronunciamiento del experto? A continuación algunos de los mecanismos de protección para el estructurador:

- (i) Contratando los servicios de un experto serio, de reconocida reputación en el mercado, que lo destaquen como conocedor del tema sobre el cual opinará.

De esta manera, el estructurador habría cumplido con el requisito de haber sido prudente, pues sólo una empresa prudente contrata a un experto de reconocido prestigio en el mercado; además de haber actuado según lo más adecuado de acuerdo con los usos mercantiles y se podría afirmar que en la propia conducción del negocio del estructurador, éste habría contratado a este experto para tal pronunciamiento.

- (ii) Contando con una declaración del experto, mediante la cual manifieste expresamente que la información revisada sobre la cual basa su opinión es, según su conocimiento de experto, una información veraz, suficiente, oportuna y clara según los términos establecidos en el artículo 2 del ROPP, sea por constatación propia o porque así se lo ha declarado por escrito la persona que le proporciona tal información.

En el caso específico de los expertos que suscriben el prospecto informativo –como son los auditores externos o los asesores legales externos, entre otros, de ser el caso– esa declaración de experto tendría que estar presente siempre en el prospecto informativo, según lo exigido por las Normas Comunes para la Determinación del Contenido de los Documentos Informativos, aprobadas mediante Resolución Gerencia General 211-98-EF/94.11. Esta

²² Otro ejemplo es el del estructurador que contrata a un estudio de abogados para que éste realice una auditoría legal (*due diligence* legal) a fin de determinar las principales contingencias legales del emisor de los valores a emitir. Asumamos que el estudio de abogados reporta la existencia de un solo proceso en trámite donde el emisor figura como demandado y además señala que este proceso no representa mayor contingencia para el emisor por el monto involucrado, incluyéndose todo ello en el prospecto informativo. En caso resulte que el proceso era por una suma sustancialmente mayor a la informada por el estudio de abogados o si aparece algún otro proceso contra el emisor no reportado por el estudio que lo afecta patrimonialmente, los inversionistas que, confiados en la información contenida en el prospecto informativo, adquirieron los valores en la oferta pública primaria podrían demandar no sólo al emisor sino también al estructurador. Sin embargo, en este caso el estructurador podría liberarse de responsabilidad al amparo del artículo 17 inciso 2 del ROPP, si demuestra que no tenía motivos para considerar que la auditoría legal y las conclusiones incluidas en el prospecto derivadas de tal auditoría vulneraban lo dispuesto en los artículos 2 y 12 del ROPP, ni consideraba esta información como contradictoria a la demás información proporcionada por el estudio de abogados.

norma exige en el punto (1120) que la cara interior del prospecto informativo debe contener la siguiente declaración de responsabilidad en negritas:

“Los firmantes declaran haber realizado una investigación, dentro del ámbito de su competencia y en el modo que resulta apropiado de acuerdo a las circunstancias, que los lleva a considerar que la información proporcionada por el emisor, o en su caso incorporada por referencia, cumple de manera razonable con lo exigido en las normas vigentes, es decir, que es revelada en forma veraz, suficiente, oportuna y clara; y, con respecto a las ocasiones en que dicha información es objeto del pronunciamiento de un experto en la materia, o se deriva de dicho pronunciamiento, que carecen de motivos para considerar que el referido pronunciamiento contraviene las exigencias mencionadas anteriormente, o que dicha información se encuentra en discordia con lo aquí expresado...”.

Así, para el caso de los expertos suscriptores del prospecto, la existencia de esta declaración sirve como mecanismo de liberación de responsabilidad del estructurador, en el ejemplo, en materias tales como la contable o la legal. Cabe resaltar que muchas veces los estudios de abogados y los auditores generan declaraciones o documentos adicionales para precisar su labor y, por ende, su responsabilidad²³.

Tratándose de expertos que no vayan a suscribir el prospecto informativo –como podría ser el caso de un experto ambiental o minero– es aconsejable, con el fin de liberar de responsabilidad al estructurador por la revelación de información generada por este experto o sobre la base del trabajo de este experto, que se le haga suscribir una declaración especial, conteniendo los requisitos centrales de los incisos 1 y 2 del artículo 17 del ROPP.

De esta manera, el estructurador no tendrá motivos para considerar que el pronunciamiento del experto, suscriptor o no del prospecto, vulnera lo dispuesto en el artículo 2 y 12 del ROPP, pues ha sido prudente en tomar las precauciones debidas para estos efectos.

Con estas declaraciones el estructurador está afirmando haber realizado una “investigación adecuada” que lo

lleva a creer que la información dada por el emisor es veraz, suficiente, oportuna y clara. Sin embargo, tal como hemos visto en el punto 5.2.a) anterior no sólo basta esta declaración sino haber efectuado verdaderamente una “investigación adecuada” según los criterios descritos en dicho punto.

Del mismo modo, en estas declaraciones se debe recoger lo expuesto en el literal b) precedente, en el sentido que a través de esta declaración el estructurador afirma que no tiene motivos para considerar que el pronunciamiento del experto no cumple con las normas vigentes y que la información o pronunciamiento dado no es suficiente, veraz, oportuno y claro, así como tampoco tiene motivos para considerar que dicho pronunciamiento colisiona con lo manifestado en el prospecto informativo.

Es importante destacar aquí el penúltimo párrafo del artículo 17 del ROPP, en el sentido de que el estructurador no podrá oponer a los inversionistas hechos o derechos que se deriven de auditorías o documentos no contenidos en el prospecto, por lo que el estructurador deberá incorporar al prospecto informativo las principales conclusiones y hechos contenidos en sus investigaciones, de modo tal, que si algún inversionista demanda por responsabilidad al estructurador éste pueda eximir su responsabilidad por las omisiones o inexactitudes contenidas en el prospecto informativo, por haber incorporado en el mismo los resultados de sus investigaciones llevadas a cabo de manera prudente, de la forma más conforme con los usos mercantiles y con el cuidado puesto en la administración del propio negocio.

VI. LA REGLA 10b-5 DEL DERECHO AMERICANO

En los Estados Unidos de América con el fin de liberar de responsabilidad por los efectos de la revelación de información sobre la base de opiniones de expertos, se suele requerir a los expertos (auditores o abogados, por ejemplo) una declaración bajo la regla 10b-5, dada al amparo del Securities Exchange Act de 1934, similar a la que citamos, en la parte pertinente, al pie de página²⁴. A continuación analizaremos rápidamente la conveniencia de utilizar una declaración similar a la citada en el Perú al amparo de las normas citadas de la LMV, con el fin de limitar la responsabilidad del estructurador.

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

²³ La declaración del experto, en caso sea un abogado o un estudio de abogados por tratarse de los aspectos legales de la emisión podrá ser dada a través de una opinión legal o declaración, la cual puede estar contenida en el informe de *due diligence* legal o en documento especial y distinto. En el caso de los auditores muchas veces se entregan las denominadas *comfort letter*.

²⁴ “Subject to the limitations set forth in the immediately preceding paragraph, we advise you that, on the basis of the information we gained in the course of performing the services referred to above, no facts came to our attention which gave us reason to believe that the Offering Memorandum (other than the financial statements and other financial or statistical data included therein or omitted therefrom, as to which we have not been requested to comment), as of its date or the date hereof, contained or contains an untrue statement of a material fact or omitted or omits to state a material fact necessary in order to make the statements therein, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading”.

La regla 10b-5²⁵, básicamente señala que es ilegal que una persona, directa o indirectamente:

- a) emplee cualquier mecanismo, esquema o artificio para defraudar;
- b) haga una declaración falsa de un hecho material u omita declarar un hecho material necesario para hacer las declaraciones efectuadas, a la luz de las circunstancias bajo las cuales fueron hechas; y,
- c) realice cualquier acto, práctica o negocio que opere u operaría como fraude o engaño a cualquier persona en relación con la compra o venta de valores mobiliarios.

Somos de la opinión que en el Perú no se requiere, bajo la legislación peruana y para efectos de liberar de responsabilidad al estructurador, una declaración del tipo 10b-5. Si bien una declaración en los términos de esta regla, tiene en común con el artículo 17 del ROPP la exigencia de que la información sea veraz y que no se omita información necesaria para que no sea engañosa o induzca a engaño, la regla 10b-5 va más allá.

Esta regla se refiere a la intencionalidad de defraudar o engañar, de utilizar artificios, mecanismos, prácticas que puedan defraudar o engañar a los inversionistas en la adquisición de valores mobiliarios, declaraciones éstas innecesarias para el contexto de liberación de responsabilidad, bajo la legislación peruana, planteado en este artículo.

En el Perú, no es necesario este pronunciamiento por lo siguiente:

- a) Mecanismo, esquema o artificio para defraudar

En el Perú no es necesario pronunciarse sobre si el experto tuvo o no la intención de defraudar o engañar, sino lo importante en nuestro país es que el estructurador carezca de motivos para considerar que el pronunciamiento contraviene el artículo 12 del ROPP y que, por tanto, carezca de motivos para creer que no se ha cumplido con los requisitos de inscripción y/o registro del prospecto y que no crea que falte información necesaria para alcanzar una revelación de información a los inversionistas de la forma establecida en el artículo 2 (es decir, una revelación de información de una manera veraz, suficiente, oportuna y clara de toda aquella información relevante que sea necesaria

para entender las implicancias positivas y negativas de las transacciones propuestas, con la finalidad que los inversionistas se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas respecto de las mismas).

- b) Declaración falsa de un hecho material u omitir una declaración de un hecho material

Como ya hemos visto, en el Perú el artículo 17 del ROPP exige para efectos de que el estructurador se libere de responsabilidad que éste carezca de motivos de acuerdo con las circunstancias para considerar que el pronunciamiento del experto contraviene lo establecido por el artículo 12, que a su vez requiere que la revelación de información sea de forma veraz, suficiente, oportuna y clara, tal como lo hemos mencionado en el punto anterior.

Por ello, es que este requisito contenido en la regla 10b-5 se cumple con las declaraciones comentadas, no siendo necesario un pronunciamiento tan amplio como el del 10b-5 para cumplir con lo dispuesto en la norma peruana que limite la responsabilidad del estructurador.

- c) Acto, práctica o negocio que opere u operaría como fraude o engaño a cualquier persona

Si bien en términos generales la propia LMV en su artículo 12 señala que está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado, de acuerdo con las normas citadas a lo largo de este artículo, no se requiere una declaración del experto en el sentido que declare que su actuar no constituye un fraude o acto de engaño para efectos de liberar de responsabilidad al estructurador por las omisiones o inexactitudes contenidas en el prospecto informativo.

En caso que el experto haya incurrido en un fraude o engaño le será aplicable las normas sobre responsabilidad civil por el pronunciamiento hecho así como las normas del mercado de valores por haber incumplido lo dispuesto en el artículo 12 de la LMV.

VII. CONCLUSIONES

1. Con la modificación introducida en el artículo 60 de la LMV, vigente desde marzo de 2002, legalmente se elimina la prohibición que tenía el

²⁵ "Rule 10b-5: Employment of Manipulative and Deceptive Devices.-

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,

a) to employ any device, scheme, or artifice to defraud,

b) to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading,

c) to engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security".

- estructurador de eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones del prospecto informativo al amparo de investigaciones u opiniones de expertos.
2. El estructurador puede eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones contenidas en el prospecto informativo siempre que pueda demostrar que hizo una investigación apropiada y de manera diligente para el tipo de emisión que se trate.
 3. Asimismo, el estructurador puede eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones contenidas en el prospecto informativo cuando la información contenida en el prospecto o documentos a que se refiere el mismo hayan sido objeto del pronunciamiento de un experto.
 4. En el caso de expertos que suscriben el prospecto informativo la declaración del experto tendrá que estar presente en el prospecto.
 5. En el supuesto de expertos que no suscriben el prospecto es recomendable que suscriban una declaración especial.
 6. El estructurador debe incorporar al prospecto las principales conclusiones y hechos contenidos en sus investigaciones para poder oponerlas frente a los inversionistas en caso surja algún reclamo por parte de éstos.
 7. En el caso de opiniones de expertos, el estructurador debe carecer de motivos para considerar que (1) el pronunciamiento del experto contraviene el artículo 12 y, por ende, también el artículo 2 del ROPP (veracidad, oportunidad, suficiencia y claridad de la información); y (2) la información contenida en el prospecto se encuentra en discordancia con el pronunciamiento. Asimismo, éste debe haber actuado de forma prudente, de la forma más acorde con el uso mercantil y con el cuidado puesto en la administración de su propio negocio.
 8. Consideramos que bajo la legislación peruana no se requiere una declaración del tipo 10b-5 americana (Regla 10b-5 del Securities Exchange Act de 1934) por cuanto este tipo de declaración es más amplia, exigiendo que se haga además una declaración sobre la intencionalidad de no defraudar no exigida bajo la legislación peruana.

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos J. Zelada* **

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde esa fecha el movimiento de derechos humanos se ha fortalecido cobrando mayor importancia y notoriedad. En el presente artículo el autor aborda uno de los temas que mayor discusión ha causado al interior del movimiento, ¿existen derechos humanos más importantes y urgentes que otros? ¿Cómo debemos entender el paradigma de indivisibilidad? ¿Es posible afirmar la existencia de un orden jerárquico? ¿Qué implica la existencia de un núcleo duro?

* Ex miembro de THEMIS. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Internacional en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Este trabajo recoge algunas reflexiones de la disertación titulada "An Intangible Core of Human Rights? Exploring the Theory of a Hierarchical Order within Human Rights Norms", presentada por el autor en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard bajo la supervisión del profesor Henry Steiner. El autor agradece de manera especial los comentarios de Arnulf Becker-Lorca, Pascale Fournier, Mugambi Kiai, David Kennedy, Ernest Lim, José Antonio Artíñano, Carlos Gouvea, Juliana Santos, Martín Serrano y Anisseh van Engeland, por los *tiempos* compartidos en torno a la viabilidad de este tema. Finalmente, el autor desea agradecer la valiosa colaboración Annette Demers, bibliotecaria de la Universidad de Harvard, a quien le debe cada segundo de la versión original de este trabajo. Por supuesto, todos los errores, imprecisiones y demás defectos de este ensayo son de entera responsabilidad del autor.

"All human rights are universal, indivisible, and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis"¹.

"Nous sommes en face d'une double exigence, l'une de cohérence, l'autre d'urgence pratique: d'une part les droits de l'homme doivent être perçus comme indivisibles pour tenir compte des diverses dimensions de la dignité humaine... cela signifie qu'une catégorie de droits ne peut pas être considérée comme prioritaire par rapport à une autre; d'autre part il faut reconnaître qu'il faut faire face à l'urgence: certains droits sont plus vitaux que d'autres, ou certains aspects d'un droit de l'homme sont fondamentaux alors que d'autres paraissent dérivés"².

I. INTRODUCCIÓN

La idea de categorías metafísicas para un orden sistema como el internacional que carece estructuralmente de una institucionalidad similar a la de los derechos internos –que dicho sea de paso, con frecuencia no resulta del todo eficiente– me parece, por decir lo menos, muy sugerente. La mayor parte de autores que han estudiado este tema está de acuerdo en que existe –o que debiera existir– "algo" que nos provea de un límite, un freno a los intereses de los actores del sistema, y que nos evoque la sensación de que ya no estamos ante la sociedad internacional de hace algunos años, que ésta ha evolucionado finalmente hacia una estructura de carácter diferenciado. El problema viene cuando intentamos justificar el por qué de esta nueva estructura y su coherencia con las demás piezas del rompecabezas de la comunidad internacional.

¿Existe un grupo de normas que por su jerarquía ocupa un lugar de privilegio en el derecho internacional? Si la respuesta a lo anterior es positiva, ¿cuáles son esas normas? ¿De dónde vienen? ¿Cuál es su fundamento? Orden público, *jus cogens*, moral internacional, normas inderogables, principios de humanidad, núcleo duro de los derechos humanos; todos son vocablos que encajan en esta categoría metafísica de normas que se entiende está más allá del deseo caprichoso de los estados y demás actores del sistema internacional. Y, ciertamente, el uso frecuente, vago e impreciso de algunas de estas expresiones ha contribuido a deteriorar los intentos –algunos vanos– por entender de qué estamos hablando cuando utilizamos este tipo de lenguaje en el derecho internacional. Precisamente,

si hay algo que puede comprobarse luego de revisar algunos de los trabajos sobre el tema, es que son pocos los que con certeza saben hacia dónde vamos o de dónde venimos cuando hablamos de estos asuntos.

Ahora bien, ¿existe un grupo de derechos humanos que sea más importante que los otros? Durante muchos años, defensores así como teóricos de los derechos humanos han mostrado temor en afirmar la existencia de una división jerárquica dentro del canon de las normas de derechos humanos. El temor es bastante razonable, ello puede significar poner en peligro los dogmas del paradigma de los derechos humanos expresados en el principio de indivisibilidad tantas veces proclamado, primero en Teherán en 1968, luego en Viena en 1993, y reafirmado en distintos documentos bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, "ONU"). En efecto, las voces que con frecuencia han proclamado la existencia de una división jerárquica al interior de los derechos humanos se "silencian" al ser contrapuestas con este principio.

A través de este trabajo deseo observar un poco al interior de esta cuestión, pero desde el mundo mismo de los derechos humanos. Quiero advertir al lector que intentaré mirar el problema con cierto escepticismo. Yo creo en los derechos humanos, en su poder emancipador y en las ventajas que ofrece su ideología para la comunidad internacional y los estados individualmente considerados. Pero también creo que el mirar críticamente el problema que planteo requiere –aunque sea por un momento– desvincularme en alguna forma de algunas de mis subjetividades humanistas para así no dejarme decantar por el lenguaje que los derechos humanos ofrecen. Espero lograr al menos tal objetivo a través de estas líneas.

En las páginas siguientes, este ensayo explora la naturaleza de esta controversia y sus orígenes, incluyendo algunos de los dilemas que plantea para los defensores de los derechos humanos –algunos menos entusiastas que otros en cuanto a las consecuencias prácticas de este concepto para el movimiento de derechos humanos. Este trabajo también, de alguna forma, evoca el marco general que genera esta discusión, esto es, el dilema sobre la existencia de un orden jerárquico dentro del derecho internacional. Animo entonces al lector a mirar todo esto más allá de los anteojos –muchas veces de distorsión– del derecho y del movimiento de derechos humanos.

¹ 1993 World Conference on Human Rights. "Vienna Declaration and programme of action on human rights". § I par. 5, reproducido en: "Human rights in international law, collected texts". Council of Europe Publishing. 2000. p. 201.

² MEYER-BISCH, Patrice (editor). "Le noyau intangible des droit dell'homme 9". 1991.

II. LAS DUDAS

De plano, la cuestión de la existencia de normas superiores dentro de los derechos humanos pareciera carecer de sentido. Total, como todos los derechos humanos son igual de importantes y urgentes, no cabe argumentar la existencia de un orden de prelación entre los mismos. La pregunta sin embargo retorna con frecuencia en algunos debates y conferencias: si los derechos humanos son lo que dicen ser, ¿acaso es que estos también tienen un lado oscuro, o por decir lo menos “débil” en su argumentación teórica? Al pretender abarcar tanto, los derechos humanos se tornan más sospechosos. En efecto, a mayores demandas, mayor responsabilidad. Con el paso del tiempo, los reclamos por una consistencia teórica en el marco de los derechos humanos se hacen intensos.

Como veremos en este ensayo, la idea de una división jerárquica dentro de los derechos humanos recoge una reacción a una visión ortodoxa del derecho internacional y del movimiento de los derechos humanos³. Tradicionalmente, el derecho internacional es concebido como un orden incólume de normas equivalentes y de enfoque concreto, de normas obligatorias para los estados y demás sujetos de derecho internacional. Dentro de esta visión, un sistema de normatividad gradual es considerado por algunos como un fenómeno patológico, un peligro potencial para “el futuro del derecho internacional como sistema normativo concebido para desarrollar determinadas funciones”⁴. Desafortunadamente, este peligro parece haber dejado de ser potencial. En los últimos años, el orden internacional parece ser parte de una transición normativa que viene transformando sus clásicas estructuras horizontales en complejas y variadas relaciones de naturaleza vertical. Para no desentonar, el movimiento de derechos humanos tampoco parece haber escapado a esta tendencia.

En cierto sentido, todos los derechos humanos pueden ser considerados de fundamental importancia. Sin embargo, el uso ambiguo de términos con connotación jerárquica dentro de la jurisprudencia y documentos internacionales crea varias dificultades para la interpretación y análisis de este tipo de normas. La

vigencia del paradigma de “indivisibilidad” se muestra dudosa al ser confrontada con un concepto de esta naturaleza. En los últimos años, muchas de las resoluciones y documentos de la ONU, así como decisiones de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) y de otros tribunales regionales de derechos humanos han comenzado a hablar de “un número, quizás pequeño, de obligaciones internacionales, que por razón de la importancia de su temática para la comunidad internacional, son –a diferencia de otras– obligaciones en cuyo cumplimiento todos los estados tienen un interés jurídico”⁵.

No obstante ello, se ha señalado que una división de esta naturaleza al final legitimará la existencia de un grupo de derechos humanos “contingente”, “ordinario” o “soft”. Como resultado, se sostiene que los estados y otros actores del sistema dejarían de realizar sus mejores esfuerzos para “respetar y garantizar” aquellos derechos humanos de naturaleza inferior. El establecimiento de un orden jerárquico conlleva a la afirmación de la existencia de un grupo “ordinario” de derechos humanos: un subconjunto que responde a una especial importancia por su curiosa naturaleza. Estas normas, a menudo denominadas “superiores”, “básicas” o “fundamentales” han sido comúnmente referidas en la literatura reciente como el “núcleo duro” (*noyau intangible* o *intangible core*) de los derechos humanos.

Los defensores de una división jerárquica dentro de las normas internacionales, incluyendo las de derechos humanos, aseguran sin embargo que éste es un paso que garantiza “los intereses más fundamentales y supremos de la sociedad internacional”⁶, la expresión de “una convicción, aceptada por todos los sectores de la comunidad global, que toca el fondo de la conciencia de todas las naciones”⁷. Defendiendo específicamente la existencia de derechos humanos fundamentales como una categoría especial de normas, se ha señalado que estos derechos parecen gozar de un carácter “*supra* positivo”, siendo “válidas bajo toda circunstancia, no importando el tiempo o el lugar”⁸.

Los críticos de estas formulaciones han condenado tajantemente la viabilidad de este concepto

³ A los propósitos de este ensayo, el movimiento de derechos humanos se refiere al conjunto de normas, procesos e instituciones cuyo antecedente más inmediato se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, “DUDH”) de 1948.

⁴ WEIL, Prosper. “Towards relativity in international law?” En: American Journal of International Law 77. 1983. p. 413.

⁵ Yearbook of the International Law Commission 2. 1976. p. 99 (parte 2), UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976 Add.1 (pt.2).

⁶ CHRISTENSON, Gordon. “Jus cogens: guarding interests fundamental to international society”. En: Virginia Journal of International Law 28. 1988. p. 587.

⁷ SCHEUNER, Ulrich. “Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences”. 27 Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht. En: Heidelberg Journal of International Law. 1967. p. 524.

⁸ VAN BOVEN, Theodoor C. “Distinguishing criteria of human rights”. En: Karel Vasak (editor). The international dimensions of human rights 1. UNESCO. 1982. p.48. Bajo esta perspectiva, los primeros intentos para identificar el contenido de este tipo de normas se encuentran relacionados con la afirmación de la existencia de normas de *jus cogens*, de obligaciones *erga omnes* así como de cláusulas no derogables bajo los convenios de derechos humanos.

calificándolo como peligroso para el ideal de los derechos humanos: “la tentative d’identifier un noyau intangible aurait pour conséquence de saper la crédibilité du travail déjà accompli en vue d’établir des normes internationales en matière de droits de l’homme ainsi que des mécanismes de contrôle de leur mise en œuvre”⁹. ¿Pero qué implica la utilización de un lenguaje de naturaleza vertical? ¿Qué tipo de consecuencias trae para el movimiento de derechos humanos la existencia de un orden jerárquico dentro de estas normas? ¿Y cuáles son las “calificaciones” que un derecho humano debe tener para ser considerado como parte del núcleo duro? ¿Acaso la comunidad internacional ha colocado estas normas por encima de los “otros” derechos humanos? No ha existido una respuesta definitiva para alguna de estas posturas desde una perspectiva teórica. Si bien existen trabajos que se han enfocado en la explicación de ciertos aspectos del núcleo duro (básicamente en la identificación de su contenido) resulta más difícil encontrar estudios que analicen con profundidad la naturaleza y coherencia del concepto así como sus consecuencias para el movimiento de los derechos humanos. En cierta forma, este esfuerzo intenta colaborar en el llenado de este vacío.

Mi argumento es que la controversia sobre el núcleo duro de los derechos humanos es una manifestación del clásico problema del derecho internacional: el manejo adecuado de las relaciones entre los intereses de los actores del sistema y las demandas de un incipiente sistema de normas en el plano internacional. Como Kennedy observa, “las cosas podrían ser simplemente mejores si hubiese más “derecho” entre los estados... ello prueba la urgencia y el drama de la tarea, el reorientar la gobernabilidad del sistema de manera que el desierto de la política resurja con las flores del derecho, la razón y el orden... No importando lo difícil del proyecto, los especialistas del derecho internacional comparten esta orientación hacia un pasado de estados soberanos y a un futuro con el derecho internacional”¹⁰.

Muchos de los recientes volúmenes producidos sobre los derechos humanos, especialmente a partir de 1990, dedican varias de sus páginas a discutir si es que se ha producido una división jerárquica al interior de los derechos humanos, en especial para señalar si algunos de los derechos humanos han alcanzado el rango de normas de *jus cogens*. El clásico y controversial ensayo

de Theodor Meron titulado “On a Hierarchy of International Human Rights” dedica la mayor parte de sus páginas a este problema, señalando los desafíos que un orden de esta naturaleza presenta para el ideal de los derechos humanos¹¹. Desde una perspectiva más práctica, es un hecho que desde el surgimiento del movimiento de derechos humanos –en sus diversas facetas– el tema del núcleo duro se ha venido convirtiendo en uno de vital importancia para la práctica estatal, para la jurisprudencia internacional y como luego veremos, para el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

A pesar de la importancia del concepto, teórica y prácticamente, el núcleo duro permanece, en gran medida, como un concepto sumamente misterioso. Nos presenta variadas perspectivas en la medida que intenta identificar criterios para conocer qué derechos humanos pertenecen a este orden superior (en la ausencia de ejemplos claros por parte de la jurisprudencia internacional) y sobre todo entender qué tipo de consecuencias se generan en caso de su violación. No todos estos aspectos serán cubiertos aquí. Aunque este trabajo es acerca del núcleo de derechos humanos como tal, no intentaré proveer de una lista oficial de los mismos (asumiendo que tal esfuerzo sea viable), al contrario, el estudio discute algunos criterios que nos permitirían ponderar sus implicaciones para el movimiento de derechos humanos intentando dibujar posibles caminos para llegar –de ser posible– a una adecuada conceptualización del núcleo duro. Por ello, he realizado un esfuerzo deliberado por enfocar el tema desde la práctica estatal, la jurisprudencia internacional y el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos. Nuestras divagaciones teóricas se presentarán cuando lo que estas fuentes nos presenten sea ambiguo. Este trabajo además restringe su enfoque además a aquellos corolarios del núcleo duro que sean relevantes para nuestro enfoque, por ello dejaré de lado algunos temas que, aunque controversiales para la literatura de derechos humanos, son y serán por largo tiempo muy atractivos pero no relevantes para este estudio¹². Por ello, el núcleo duro será examinado aquí como un tópico de estudio válido, pero en sus propios méritos.

III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL

El término “núcleo duro” de los derechos humanos apareció oficialmente en el escenario internacional durante la década de los años ochenta y fue

⁹ SAMSON, Klaus. “Le noyau intangible des droit de l’homme: notion utile ou illusion simpliste?”. En: Patrice Meyer-Bisch (editor). *Le noyau intangible des droit de l’homme*. 1991. p. 46.

¹⁰ KENNEDY, David. “When renewal repeats: thinking against the box”. En: *New York University Journal of International Law and Politics* 32. 2000. p. 347.

¹¹ MERON, Theodor. “On a hierarchy of international human rights”. En: *American Journal of International Law* 80. 1986. pp. 1-23.

¹² Por ejemplo, la discusión en torno a la universalidad y fundamentos filosóficos de los derechos humanos.

desarrollado por los estudiosos de entonces como evidencia de aquellos “fundamentos morales de la comunidad internacional” reflejados en el ideal de derechos humanos así como la expresión de un “catálogo mínimo de derechos humanos fundamentales o elementales” presentes en las distintas culturas del globo¹³. Sin embargo, como veremos posteriormente, la idea de un núcleo duro para los derechos humanos ha venido adoptando diferentes rostros a través de los años precedentes y posteriores. Sin duda alguna, la más publicitada de estas facetas se dio en el contexto del desafío al carácter universal de los derechos humanos, interrogante que ha sido fuente de debate en el movimiento de derechos humanos desde sus inicios.

Importantes desarrollos normativos han ocurrido en los años precedentes a la aparición de una noción “oficial” del núcleo duro de los derechos humanos. Existen algunos momentos clave que me gustaría referir, y en los que se ha reflejado la idea de un núcleo duro para los derechos humanos. Me refiero a la afirmación de la presencia de las normas de *jus cogens* y, de las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional público, la formulación de las cláusulas de no derogación en los tratados de derechos humanos, la redacción del “famoso” artículo 19 del proyecto de responsabilidad internacional propuesta por Roberto Ago (que distinguía entre crímenes y delitos internacionales), así como la afirmación de la responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional. Estos antecedentes nos ofrecen importantes ejemplos de categorías articuladas para desarrollar una estructura de normatividad superior dentro del orden internacional. No me detendré a analizar estas categorías, pero quisiera destacar que algunas de estas cuestiones serán puntualizadas en cuanto a algunas de estas nociones, en especial las normas de *jus cogens* y las cláusulas de no derogación en los tratados de derechos humanos.

A. Ubicando el núcleo duro: contradicciones

En cierta forma, el mensaje que los derechos humanos nos transmiten parece simplemente irresistible. A menos de sesenta años de la adopción de la DUDH, los derechos humanos se han convertido en “el mayor dogma de fe de una cultura secular que teme creer en algo más... la *lingua franca* del pensamiento moral global”¹⁴.

De manera particular, en los últimos años hemos sido testigos de una serie de eventos sin precedentes que han marcado interesantes desarrollos para los derechos humanos. Entre estos podemos mencionar el nacimiento y entrada en vigor de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), el proceso en contra de Milosevic en el Tribunal Especial para la Ex Yugoslavia, la intervención de la OTAN en Kosovo, la solicitud de extradición en contra de Pinochet, así como el reciente florecimiento de los mecanismos de justicia transicional en Sudáfrica y Perú. Al comparar el rápido devenir de estos acontecimientos con el ritmo habitual de los procesos de cambio en el orden internacional, los eventos antes mencionados parecen haber ocurrido casi simultáneamente. En efecto, la cronología de estos eventos no es para nada casual. Por un lado, estos eventos recientes han venido a revelar el rol crucial del movimiento de derechos humanos –para bien y para mal– en el orden internacional. De otro lado, sin embargo, estos acontecimientos muestran que estos se han suscitado con un claro enfoque en un pequeño grupo de derechos humanos. ¿Acaso los derechos humanos no debieran cubrir un espectro más amplio? Cuestionamientos de esta naturaleza fueron lanzados por vez primera durante las décadas del sesenta y setenta, precisamente al estudiar las relaciones entre las denominadas primera y segunda generaciones de derechos humanos. A pesar de la importancia teórica y práctica de la cuestión, el asunto de una presunta división jerárquica entre los derechos humanos ha sido un problema “que tout un courant doctrinal esquive par principe”¹⁵.

Las razones para este silencio pueden encontrarse en el desgano de muchos activistas de derechos humanos por discutir estos asuntos. Tal como Ignatieff señala “el silencio pragmático en las preguntas decisivas hace más sencillo que una cultura global de derechos humanos emerja”¹⁶. Ciertamente, estos son los tipos de preguntas que hacen que ciertos activistas pierdan los estribos.

Considero que la cuestión de un ordenamiento jerárquico dentro de los derechos humanos –y sus distintas facetas– puede caracterizarse a través de tres tendencias en constante tensión dentro del movimiento de derechos humanos: (a) indivisibilidad, (b) selectividad y (c) ambigüedad. Precisamente, a través de estos elementos intentaré exponer el escenario de este asunto.

¹³ VAN BOVEN. Op. cit., p. 46.

¹⁴ IGNATIEFF, Michael. “Human Rights as Politics and Idolatry”. 2001. p. 53.

¹⁵ SUDRE, Frédéric. “Droit International et Européen des Droit de l’Homme”. Quinta edición. 2001. p. 170.

¹⁶ IGNATIEFF. Op. cit., p. 78.

(a) Indivisibilidad

En cierto sentido, la pregunta acerca de un orden jerárquico dentro de los derechos humanos parece haberse clarificado de modo definitivo luego de la proclamación oficial de la doctrina de la indivisibilidad de los derechos humanos por la ONU. Sin embargo, muchos intelectuales no se mostraron demasiado convencidos con este esquema. De modo paralelo se continuaron produciendo una serie de documentos y resoluciones en la misma ONU que reflejaban el claro uso de un lenguaje jerárquico. En efecto, muchos estudiosos consideraron que las referencias contradictorias en estos documentos reflejaban una “*duplicité du discours onusien*”¹⁷.

Un intenso debate teórico continuó en los años siguientes. La DUDH y ambos preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCP”) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”) contienen referencias que evocan un ideal de “unidad” entre la primera y segunda generaciones de derechos humanos¹⁸. Tal como Steiner y Alston observan, el principio de indivisibilidad expresa “el intento de la comunidad internacional para resolver en el contexto de las discusiones en torno a los derechos humanos el interminable debate acerca de la relación entre libertad e igualdad. Pero ello no ha impedido la aparición regular de reclamos que señalan que un grupo de derechos deba ser puesto en prioridad”¹⁹.

Un serio intento de reconciliación ocurrió unos veinte años después de la adopción de la DUDH, en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos. La Declaración de Teherán de 1968²⁰ proclamaba solemnemente que:

“Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependant upon sound and effective national

and international policies of economic and social development.”

(b) Selectividad

Desde otra perspectiva resulta claro también que no todas las normas del paquete de derechos humanos han sido promovidas con igual fuerza. Por el contrario, los actores internacionales han establecido prioridades y preferencias para la selectiva implementación y realización de ciertos derechos humanos. Podemos ilustrar esta tendencia volviendo sobre algunos de los ejemplos mencionados al inicio de esta sección²¹.

El Estatuto de Roma²² que crea la CPI ha limitado su campo de acción para actos de genocidio, agresión²³, crímenes contra la humanidad y un número limitado de crímenes de guerra. Para este caso, las delegaciones estatales decidieron mantener exclusiva jurisdicción penal sobre un amplio rango de las violaciones especificadas en los convenios en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario así como en la costumbre internacional. Como resultado, solamente algunas particulares violaciones a los derechos humanos han sido consideradas como parte de la jurisdicción penal de la CPI. Del mismo modo, esta tendencia fue manifiesta cuando España intentó ejercer jurisdicción universal al requerir de Gran Bretaña la extradición de Pinochet por actos de tortura, aún cuando existían muchas otras violaciones de derechos humanos vinculadas a su régimen²⁴. Bajo esta misma perspectiva, la postura de la OTAN con relación a la crisis humanitaria en Kosovo estuvo basada en los continuos asesinatos masivos y la política de limpieza étnica practicados por Serbia. Ciertamente, la OTAN no hubiera intentado justificar su intervención militar en Kosovo invocando la protección de derechos vinculados a la educación, la salud o la cultura, aun cuando estos derechos también eran violados bajo el régimen serbio.

El mismo fenómeno ocurre al observar las preocupaciones de las más importantes

¹⁷ SUDRE. Op. cit., p. 172.

¹⁸ El preámbulo del PIDCP reconoce lo siguiente: “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. En el mismo sentido, el preámbulo del PIDESC señala que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

¹⁹ STEINER, Henry J. y Philip ALSTON. “International human rights in context: law, politics, morals”. Segunda edición. 2000. p. 268.

²⁰ Disponible en http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/b_tehern.htm

²¹ Algunos de estos ejemplos han sido tomados de SEIDERMAN, Ian. “Hierarchy in international law: the human rights dimension”. 2001. pp. 1-3.

²² Reimpreso en: International legal materials 37. 1998. p. 999.

²³ El crimen de agresión no ha sido definido en el Estatuto de Roma.

²⁴ Como es bien conocido, la jurisdicción universal ha sido tradicionalmente asociada con los más serios crímenes bajo el derecho internacional, tales como la esclavitud, el genocidio, la tortura, así como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ver: STEINER, Henry J. “Three cheers for universal jurisdiction – or it is only two?”. En: Theoretical Inquiries in Law 5. 2004. pp. 204-206.

Organizaciones No Gubernamentales (en adelante, “ONGs”) alrededor del mundo. El movimiento de comisiones de la verdad es un excelente ejemplo de esta tendencia –estos mecanismos se han centrado principalmente en la investigación de violaciones a los derechos humanos en el pasado relacionadas con actos de genocidio, tortura, desapariciones así como otras atrocidades de carácter masivo. Nuevamente observamos el mismo patrón de violaciones graves en el que identificamos un enfoque directo solamente en algunas áreas. En este sentido, algunos autores sostienen que “mientras que las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, la tortura y las prácticas genocidas, los crímenes de lesa humanidad y de guerra han merecido el más agudo escrutinio los derechos económicos, sociales y culturales y algunos de los derechos de ‘tercera generación’ –tales como el derecho al desarrollo, que han recibido una creciente atención dentro de los organismos de derechos humanos y que son prioritarios entre los países en desarrollo y para muchas ONGs– reflejan esfuerzos hacia una implementación que permanecen bastante lentos”²⁵.

(c) Ambigüedad

Existe además un creciente uso de terminología confusa en el movimiento de derechos humanos que sugiere –al menos de nombre– diferencias jerárquicas entre los mismos. Algunos años atrás el examen de varios documentos de la ONU “ha revelado que los términos ‘derechos humanos’, ‘libertades’, ‘derechos fundamentales’, ‘libertades fundamentales’, ‘derechos y libertades’, y en especial la frase ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ parecen ser utilizados generalmente de forma intercambiable”²⁶. Adicionalmente, la presencia de distintas “generaciones” de derechos humanos ha venido a reforzar la idea de que algún tipo de división existe basada en la idea de parámetros jerárquicos²⁷.

B. Entendiendo el núcleo duro: tres escenas

La historia del núcleo duro de los derechos humanos puede presentarse a través de ciertos eventos que se enmarcan bajo tres momentos clave para los mismos. Cada uno de estos momentos responde a proyectos y líneas de tiempo particulares dentro de la historia del movimiento de derechos humanos. Ninguna de las escenas finaliza al iniciarse la otra. En ese sentido, es posible argumentar que existe una continua

interacción entre cada una de ellas en el marco del movimiento de derechos humanos. Por supuesto, estas escenas revelan mis propias percepciones sobre el núcleo duro. Su propósito es pues simplemente intentar explicar didácticamente la evolución del concepto en el tiempo.

(a) Escena uno: súper normas

Nuestra primera escena nos presenta un movimiento de derechos humanos en sus primeros años de desarrollo. Aún poco preparado para cambiar el mundo, el movimiento de derechos humanos es solamente un niño (o niña): indefenso, ingenuo, bastante idealista. Y como todos los niños (y niñas), requería de especial protección de parte de alguien fuerte. En esta parte de la historia, me permito comparar al movimiento de derechos humanos con aquel niño o niña que sueña en ser un superhéroe.

Esta escena representa los momentos iniciales del movimiento de derechos humanos por intentar obligar a los estados en la ausencia de un principio consensual. Tradicionalmente se afirmaba que los estados solamente pueden obligarse en el orden internacional a través del principio de consentimiento. Esta visión positivista radical fue adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus: “The rules of law binding upon states (...) emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law”²⁸. Esto causó mucha controversia, especialmente durante los años anteriores a la década del sesenta.

A través de esta escena es posible identificar tres momentos decisivos: (a) la introducción de la noción de *jus cogens* en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, (b) la introducción de la noción de obligaciones *erga omnes* mediante el caso Barcelona Traction, y (c) la publicación del ensayo de van Boven titulado “Distinguishing Criteria of Human Rights”.

Durante los años previos a 1969, importantes sectores en la doctrina se encontraron particularmente interesados en etiquetar ciertas normas de derechos humanos como expresión de principios superiores que gobernaban las relaciones entre los estados en el sistema internacional. El resultado de esta controversia llevó a la inclusión final

²⁵ SEIDERMAN. Op. cit., p. 5.

²⁶ MERON. Op. cit., p. 5.

²⁷ Ibid., p. 2.

²⁸ 1927 PCIJ, Ser. A, No. 10. p. 18.

de las nociones de normas de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional. Mientras tanto, el movimiento de derechos humanos realizaba sus primeros intentos por incorporar este lenguaje como parte de su discurso. En 1978, la colección de ensayos titulada "Les dimensions internationales des droits de l'homme"²⁹ publicada por la UNESCO incluyó un breve ensayo de Theodoor van Boven titulado "Distinguishing Criteria of Human Rights"³⁰. Este ensayo hizo explícita por primera vez la existencia de una dicotomía normativa dentro del movimiento de derechos humanos. La primera sección de este ensayo, que se subtitula "Fundamental human rights - other human rights", se inicia anunciando que:

"Existe un riesgo al clasificar a los derechos humanos en base a su peso o importancia relativa... Tal distinción puede implicar que existe una jerarquía entre los distintos derechos humanos de acuerdo a su carácter fundamental. Sin embargo, en la teoría moderna de los derechos humanos es más extendido considerar la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, de alguna forma, un paquete integral que no puede ser clasificado en una escala jerárquica... sin embargo, existen todavía algunos argumentos de peso que militan a favor de la distinción entre ciertos derechos humanos fundamentales y otros derechos humanos"³¹.

Van Boven no utiliza el término "núcleo duro" para referirse a estos derechos humanos "fundamentales". El autor se refiere a estos derechos como "elementales" o "*supra* positivos", definiéndolos como aquellos derechos "cuya validez no depende en su aceptación por parte de los sujetos de derecho pues estos se encuentran en el fundamento de la comunidad internacional"³². Luego el autor argumenta que estos derechos humanos "crean obligaciones para los estados, aún en la ausencia de obligaciones convencionales o de consentimiento expreso... tales derechos fundamentales son considerados válidos bajo toda circunstancia, sin importar el tiempo o lugar, y su derogación no es permitida"³³. En el resto de la sección van Boven intenta demostrar que su enfoque no sólo no es peligroso sino que el mismo además se encuentra fundamentado en

los orígenes mismos del movimiento de derechos humanos. En su opinión, ésta es una necesaria distinción que revela que ciertos derechos humanos siempre han sido parte de una especial categoría en función a su carácter fundamental. Siempre pendiente del principio de indivisibilidad, van Boven considera que la existencia de derechos humanos "*supra* positivos" no pone en peligro los dogmas de fe del movimiento de derechos humanos. Tal como Meron observa, el uso de términos jerárquicos solamente constituiría "una señal de advertencia de que la comunidad internacional no aceptará violación alguna de tales derechos"³⁴.

El argumento de van Boven puede considerarse como un esfuerzo para brindar legitimidad al concepto de *jus cogens* en términos de derechos humanos. El carácter no derogable referido por el autor en su definición de derechos humanos "fundamentales" crea un interesante vínculo que luego estudiaremos. El autor considera inclusive que las organizaciones internacionales "están autorizadas a tomar acción donde exista *prima facie* evidencia de serias violaciones a tales derechos"³⁵.

Desde aquel día, el movimiento de derechos humanos no ha vuelto a ser el mismo. La aproximación propuesta por van Boven introdujo la dimensión "imperativa" dentro del canon de los derechos humanos. Las continuas –y hoy comunes– referencias a los derechos humanos como evidencia del *jus cogens* dentro del orden internacional pareciera que han puesto fin a la disputa jerárquica.

(b) Escena dos: universalidad

A diferencia de la anterior, la segunda escena se desarrolla totalmente con elementos propios del movimiento de derechos humanos. En esta escena el movimiento de derechos humanos ya deja de ser un menor. Ahora, el movimiento de derechos humanos tiene la fuerza y autoridad para defender por sí mismo sus ideales. La trama de esta escena se mueve en la definición de los derechos humanos bajo un discurso de corte universal. Bajo esta perspectiva, los derechos humanos son considerados como representativos de una moral universal, una "indiscutible" expresión de derechos superiores universalmente reconocidos y

²⁹ Publicados en Inglés en 1982 bajo el título "The International Dimensions of Human Rights". El prefacio del libro define la obra como un esfuerzo para facilitar "the understanding and comprehension, study and teaching of human rights at university levels" tomando en consideración "the principle legal systems of the world".

³⁰ VAN BOVEN, Op. cit., p. 43.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibid., p. 48. Este lenguaje parece identificar estos derechos "*supra* positivos" con el *jus cogens*, las normas no derogables y la costumbre internacional.

³⁴ MERON, Op. cit., p. 22.

³⁵ VAN BOVEN, Op. cit., p. 48. A través del ensayo van Boven señala algunos ejemplos de esta caracterización.

aceptados como estándares comunes para toda la humanidad. El movimiento de derechos humanos – ahora un joven adulto– ya no se encuentra indefenso contra los ataques de sus enemigos.

Pero como en toda historia interesante, aquí también existe un personaje que como nuestro protagonista desea conquistar el mundo. El “chico malo” de esta historia es tan influyente, popular y persistente como el propio movimiento de derechos humanos. Presentemos al relativismo cultural: un esquema filosófico que –en síntesis– sostiene que las normas e instituciones –incluyendo los derechos humanos– son evidencia de variables culturales e históricas³⁶. A través de los años, la confrontación entre estas tendencias ha sido intensa y cruel, con victorias y derrotas para ambos lados. Pero como la *kriptonita*, el relativismo cultural ha venido debilitando progresivamente a su enemigo.

En esta escena tenemos tres momentos decisivos: (a) la introducción del término “núcleo duro”, (b) los primeros intentos para delimitar su contenido, y (c) la declaración y Programa de Acción en Derechos Humanos de Viena en 1993.

Tal como Cassin observa, los derechos humanos presentan sus postulados como “universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d’application, par son potentiel, et elle proclame directement les droit de l’être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres”³⁷. En efecto, la DUDH nos presenta una ambigua agenda que se considera en sí misma como “universal”, como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”³⁸. De la misma forma, nada en el PIDCP o en PIDESC parece revelar un carácter de corte minimalista.

Si nuestra primera escena introdujo la noción jerárquica, la segunda nos brinda un nuevo espacio: esta nos presenta algunos criterios para determinar cuáles son esas normas *supra* positivas. La meta es pues determinar un “catálogo de derechos fundamentales” que pueda utilizarse como evidencia de que los derechos humanos poseen raíces de corte “intercultural”, de valores comunes universalmente aceptados³⁹.

¿Pero acaso la idea de derechos humanos es verdaderamente universal? El desafío de la universalidad es sin duda uno de los obstáculos más difíciles que el movimiento de derechos humanos haya enfrentado, precisamente porque las bases metafísicas de los derechos humanos son un concepto bastante controversial. ¿De dónde vienen estos derechos? Los tratados y otros documentos de derechos humanos nos enuncian estos derechos pero no nos explican por qué las personas los poseen⁴⁰. El escepticismo intelectual acerca de la coherencia de esta retórica es comprensible. Así, las sospechas en cuanto a la validez de esta aspiración permanecen presentes hasta nuestros días.

La expresión “núcleo duro” (*noyau dur, hard core o intangible core*) de los derechos humanos aparece durante este período. Aunque no existe un documento oficial proclamando el uso de este término, la frase se tornó frecuente en muy poco tiempo, en especial durante los años ochenta entre estudiosos activistas de los derechos humanos en Europa. El lenguaje de la frase nos trae a la mente la idea de un estándar mínimo, de un grupo de derechos que deben respetarse bajo toda circunstancia: “Il s’agit la des normes fondamentales bénéficiant a tous et partout, en toutes circonstances”⁴¹. La expresión que originalmente fue traducida al inglés como “núcleo duro” (*hard core*) sin embargo fue considerada algo ambigua por lo que progresivamente fue cambiada por el término “núcleo intangible” (*intangible core*) hacia finales de los años ochenta⁴².

³⁶ Versiones más progresistas de esta controversia consideran que el relativismo y la universalidad son expresiones de una necesaria tensión que puede resolverse a través de un consenso intercultural.

³⁷ SUDRE, Op. cit., p. 41.

³⁸ Ver el preámbulo de la DUDH.

³⁹ Tal como Kissinger expresa, “[t]here will always be differences of view as to the precise extent of the obligations of government... there are standards below which no government can fall without offending fundamental values, such as genocide, officially tolerated torture, mass imprisonment or murder, or the comprehensive denial of basic rights to racial, religious, political, or ethnic groups. Any government engaging in such practices must face adverse international judgment”. Ver Department of State Bulletin 75. 1976. p. 3. Declaración del ex Secretario de Estado de los Estados Unidos Henry Kissinger ante la Asamblea General de la OEA.

⁴⁰ Se ha señalado que: “[i]nstead of a substantive set of justifications explaining why human rights are universal, instead of reasons that go back to first principles... the Universal Declaration of Human Rights simply takes the existence of rights for granted and proceeds to their elaboration”. IGNATIEFF. Op. cit., p. 78.

⁴¹ SUDRE. Op. cit., p. 171.

⁴² Sin embargo, la expresión “núcleo duro” persiste entre los estudiosos en idioma español. Ver Antonio Marzal (editor). “El núcleo duro de los derechos humanos”. 2001. Y CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio. “Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo”. Segunda edición. 2001. pp. 141-158.

En cuanto a la razón del cambio terminológico, ver MEYER-BISCH, Patrice. “Le problème des delimitations du noyau intangible des droits et d’un droit de l’homme”. En: Patrice Meyer-Bisch (editor). “Le noyau intangible des droit de l’homme”. 1991. p. 98. “L’expression fréquemment employée est celle de ‘noyau dur’, celle-ci est très ambiguë. En premier lieu, l’expression n’est pas claire, dans la mesure ou elle indique exclusivement une qualité sensible, qui risque de nous laisser au niveau de la harangue politique. On lui préfère ici celle de ‘noyau intangible’, car elle a l’avantage d’indiquer une qualité objective. Mais il n’est pas sur que le deux notions se superposent. La première désigne une sorte de minimum consensuel qu’il faut tenir, la seconde signifie la substance des droits ou d’un droit. La première indique une urgence sensible, la seconde une qualité objective”.

En sus orígenes, la expresión “núcleo duro” fue identificada como parte del lenguaje de las normas de *jus cogens*. En el contexto de los derechos humanos tenemos además una tendencia que equipara el concepto con el principio de no derogabilidad de algunos de los convenios de derechos humanos. Las primeras formulaciones de un catálogo de normas para el núcleo duro identificaba el concepto con aquellas obligaciones que no pueden ser derogadas o limitadas bajo ciertas circunstancias en los principales instrumentos de derechos humanos. En efecto, el PIDCP, el Convenio

Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) así como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”), contienen provisiones para los estados parte con relación a sus obligaciones en materia de derechos humanos durante los estados de excepción. Adicionalmente, estos instrumentos señalan que un grupo de los derechos humanos en ellos enumerados no pueden ser derogados, aun en situaciones de esa naturaleza⁴³. El cuadro siguiente ilustra el contenido de las cláusulas de no derogación en estos instrumentos:

Derechos humanos no derogables	PIDCP Artículo 4.2	CEDH Artículo 15.2	CADH Artículo 27.2
Derecho a la vida	6	2	4
Prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes	7	3	5.1, 5.2
Prohibición de la esclavitud y la servidumbre	8.1, 8.2	4.1	6
No retroactividad de la ley penal	15	7	9
Non bis in idem	-	4 (Prot. 7)	-
Derecho a la personalidad jurídica	16	-	3
Libertad religiosa	18	-	12
Prohibición de la prisión por deudas	11	-	-
Derechos de la familia	-	-	17
Derecho al nombre	-	-	18
Derechos de la niñez	-	-	19
Derecho a la nacionalidad	-	-	20
Derechos políticos	-	-	23

Luego de comparar las cláusulas de no derogación en el PIDCP, el CEDH y la CADH se observa que existe coincidencia en cuatro derechos: (a) derecho a la vida, (b) prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, (c) prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y (d) no retroactividad de la ley penal. Estos cuatro derechos a menudo son referidos como expresiones de un núcleo duro de normas, la esencia del ideal de los derechos humanos: “Ces quatre droits, communs aux trois grand textes de proclamation, forment le standard minimum des droit de l’homme, expression de l’irréductible humaine (...) Ce sont les droits intangible stricto sensu”⁴⁴. ¿Cuál es la naturaleza

de esta noción? ¿Acaso significa que solamente los derechos enumerados en esta lista deben garantizarse en los estados de excepción excluyendo a los otros derechos humanos? Es común malentender las cláusulas de no derogación de estos tratados. Tal como Svensson señala, la confusión se ve ampliada por el uso de términos ambiguos en la doctrina de derechos humanos para describir las provisiones de no derogación “que están referidas a los derechos que constituyen un ‘núcleo duro’ o ‘núcleo intangible’ de los derechos humanos”⁴⁵. Para otros autores, la dicotomía derogable-no derogable constituye la evidencia de la existencia de un núcleo duro en los derechos humanos⁴⁶. En cierta forma, la

⁴³ Una tercera convención regional, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, carece de referencia alguna a derechos no derogables.

⁴⁴ SUDRE. Op. cit., pp. 171-172.

⁴⁵ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. “The international law of human rights and states of exception”. 1998. p. 373.

⁴⁶ De acuerdo a van Boven, “[t]he fact that in a number of comprehensive human rights instruments at the worldwide and regional level, certain rights are specifically safeguarded and are intended to retain their full strength and validity notably in serious emergency situations, is a strong argument in favor of the contention that there is at least a minimum catalogue of fundamental elementary human rights.” VAN BOVEN. Op. cit., p. 43.

idea de un núcleo duro de derechos humanos tiende a generar confusión en cuanto a la realidad jurídica de las provisiones no derogables en estos tratados.

El término “no derogable” parece enfatizar una especial protección para aquellos derechos humanos que a menudo son violados en situaciones de emergencia. Estas provisiones sin embargo, no han sido concebidas para otorgar a los gobiernos *carte blanche* para restringir aquellos derechos humanos excluidos de las cláusulas de no derogación. Los estados se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos bajo toda circunstancia. En momentos de emergencia, el núcleo duro de aquellos derechos –su parte esencial– permanece plenamente vigente⁴⁷.

Dos consecuencias pueden dibujarse a partir de esta perspectiva. Por un lado, el núcleo duro se presenta como un concepto bastante reducido. Observemos que el enfoque se refiere principalmente a ciertos derechos individuales relacionados con la integridad física y psicológica, así como la libertad de movimiento. De otro lado, la dicotomía entre lo derogable y lo no derogable se hace equivalente a la distinción entre normas fundamentales y no fundamentales en el canon de los derechos humanos. La última distinción va un paso más allá inclusive: la mayor parte de los derechos humanos, aquellos fuera del núcleo duro, terminan adquiriendo un carácter “condicional” y “ordinario”. En efecto, para algunos estos “otros” derechos humanos son “*bénéficient d’une protection relative... Leur exercice est donc plus ou moins aléatoire selon l’ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé*”⁴⁸. Como veremos en la sección siguiente, esta dicotomía no es del todo exacta. Algunos de estos “otros” derechos humanos se encuentran implícitos en el concepto del núcleo duro fuera del contexto de no derogabilidad.

Esta escena encuentra su punto más álgido en la Conferencia de Derechos Humanos de Viena en 1993 que proclamara que:

“The universal nature of these rights and freedoms is beyond question... While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of all States, regardless of their

political, economic and cultural system, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”⁴⁹.

Pareciera que luego de la Declaración de Viena el “enemigo” de la escena fue derrotado. Ciertamente, la mayor parte de voces contrarias fueron silenciadas; sin embargo, tal como Mutua señala: “Lo que resulta interesante es la incapacidad de esta fe universal en el lenguaje de los derechos humanos para crear un acuerdo en cuanto al enfoque, contenido y bases filosóficas del cuerpo de derechos humanos. Las batallas intelectuales y políticas se han enfocado en su relevancia cultural, su orientación ideológica y política, y en su contingencia temática”⁵⁰.

(c) Escena tres: minimalismo

Nuestra tercera escena nos trae a un invitado especial. El movimiento de derechos humanos ha madurado para convertirse en un adulto que ahora paga las consecuencias de algunas decisiones irresponsables de su juventud. El movimiento de derechos humanos requiere ahora, sin embargo, de la ayuda de algunos de sus viejos amigos. Siempre fiel, el derecho internacional humanitario acude en su auxilio.

En sus cincuentas, el movimiento de los derechos humanos es acusado de “inflación normativa”. La extraordinaria proliferación de los instrumentos de derechos humanos en las últimas décadas se había convertido en una amenaza para la legitimidad del movimiento de derechos humanos, en especial cuando se hacía referencia a la existencia de “nuevos” derechos humanos en el espectro.

Tres momentos cruciales definen esta escena: (a) la alianza entre el movimiento de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, (b) la creación de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como de la CPI, y (c) el proyecto de “estándares fundamentales de humanidad” de la Comisión de Derechos Humanos.

En esta escena la trama es bastante simple: “el mayor asunto a considerar... es la necesidad y deseo de identificar principios o estándares para una mejor protección de la persona humana en situaciones de violencia interna”⁵¹. El mundo vive ahora un escenario *post* Guerra Fría que nos presenta una serie de

⁴⁷ Como Svensson-McCarthy señala, las cláusulas de no derogación “are constantly used on the clear understanding that what can possibly, but not necessarily, be derogated from is... the guarantee of their full enjoyment for certain period of time. It is therefore closer to the legal reality of derogations under international law of human rights to refer to extraordinary restrictions on the enjoyment of human rights, since these rights *per se* cannot be suspended or taken away even in public emergencies.” SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit. p. 375.

⁴⁸ *Ibid.* pp. 175-176.

⁴⁹ World Conference on Human Rights. Op. cit., §I par.1 y par. 5.

⁵⁰ MUTUA, Makau. “The ideology of human rights”. En: Virginia Journal of International Law 36. 1996. pp. 590-591.

⁵¹ Commission on Human Rights. “Report of the sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Minimum Humanitarian Standards”. Enero, 1998. par. 13, E/CN.4/1998/87.

conflictos armados motivados por consideraciones de corte nacionalista, étnico y religioso”⁵².

Este modelo propone una aproximación cooperativa entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La alianza intenta identificar estándares “mínimos” o “fundamentales” de humanidad dentro del derecho internacional. El núcleo duro se nos vuelve a presentar como un conjunto de prioridades pero esta vez con un especial énfasis en la tolerancia y la supervivencia. Esta historia se desarrolla además en un momento de la historia donde las voces de autocrítica al interior del propio movimiento empiezan a explorar los límites, errores y lados oscuros de los derechos humanos. En cierta forma, aquí el movimiento de derechos humanos comienza a tomar conciencia de sus propias limitaciones. Los denominados “estándares fundamentales de humanidad” son concebidos como herramientas que permitirán compensar la indefensión de las personas en situaciones de violencia dentro de cuatro áreas “grises”: (a) cuando los estados no son parte de ciertos instrumentos internacionales, (b) cuando las obligaciones en materia de derechos humanos han sido derogadas o suspendidas, (c) cuando el derecho internacional humanitario no resulta aplicable, y (d) cuando los actores no estatales del sistema no se encuentran obligados por normas bajo el derecho internacional⁵³.

Esta tendencia no es una reacción contra el relativismo en la forma del segundo modelo. Tal como la Comisión de Derechos Humanos refiere, este grupo de principios intenta asegurar “la protección efectiva de los seres humanos en todo tipo de circunstancias, especialmente

durante situaciones de violencia interna, cuando algunas de las más terribles atrocidades son cometidas... con un devastador impacto en millones de individuos”⁵⁴. En la tercera escena, encontramos además un énfasis en el pluralismo. Como resultado nos quedamos con un minimalismo en los derechos humanos⁵⁵.

El derecho internacional humanitario nos presenta un principio análogo al de no derogabilidad de las normas de derechos humanos y al *jus cogens*. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, aunque no refiere el término “no derogación” *per se*, nos provee implícitamente de la misma idea: estas provisiones no están sujetas a ningún tipo de suspensión. El artículo 3 común declara ser aplicable en todo tiempo, bajo toda circunstancia, no importando el carácter internacional o no del conflicto. Una nueva evocación de la naturaleza *supra* normativa. Es más, podemos considerar que éste posee un carácter más fundamental que las propias cláusulas de no derogación⁵⁶. El hecho que los Convenios de Ginebra de 1949 –a diferencia de muchas de las normas de derechos humanos– hayan ganado una aceptación casi universal, refuerza esta idea.

Se ha sostenido que las coincidencias de estas provisiones con los derechos humanos no derogables representan un “núcleo indestructible de la dignidad humana”. Este grupo de normas consiste en “la prohibición de la tortura, la esclavitud, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, y la discriminación adversa así como el respeto de las garantías judiciales indispensables”⁵⁷.

⁵² *Ibid.*, par. 18.

⁵³ VIGNY, Jean-Daniel y Cecilia THOMPSON. “Standards fondamentaux d’Humanité: quel avenir?”. En: *International Review of the Red Cross* 840. 2000. p. 917.

⁵⁴ Commission on Human Rights. “Promotion and Protection of Human Rights: Fundamental Standards of Humanity”. Diciembre, 1998. par. 25, E/CN.4/1999/92.

⁵⁵ Tal como se afirma, “[t]he universal commitments implied by human rights can be compatible with a wide variety of ways of living only if the universalism implied is self-consciously minimalist. Human rights can command universal assent only as a decidedly ‘thin’ theory of what is right, a definition of the minimum conditions for any kind of life at all.” IGNATIEFF. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 señala lo siguiente:

Artículo 3. En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida o detención o por cualquier otra causa serán tratadas en todas las circunstancias con humanidad, sin distinguir alguno de carácter desfavorable, basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba indicadas:

a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados a la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes cualquier organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja. Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, algunas o todas las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no producirá efecto jurídico alguno sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.

⁵⁷ MARKS, Stephen P. “Principles and norms of human rights applicable in emergency situations: underdevelopment, catastrophes and armed conflict”. En: Karel Vasak (editora). *The international dimensions of human rights 1*. UNESCO. 1982. p. 203.

Algunos métodos han sido sugeridos para identificar el contenido de estos “estándares fundamentales de humanidad”. Estos son los siguientes: (a) la lista de crímenes contenidos en el estatuto de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, (b) la lista de crímenes contenidos en el estatuto de la CPI, (c) los estudios temáticos de la Comisión de Derechos Humanos, (d) las cláusulas no derogables del PIDCP, (e) el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, (f) los principios guía sobre los desplazados internacionalmente, y (g) la cláusula Martens. Sin embargo, no se ha referido una respuesta definitiva al asunto. Ver *Commission on Human Rights*. “Promotion and protection of human rights: fundamental standards of humanity”. Diciembre, 1999. par. 14-22, E/CN.4/2000/94.

Un reporte reciente de la Comisión de Derechos Humanos indica que los estados, órganos de la ONU y distintas ONGs han venido proveyendo de importantes comentarios que han dado algunas indicaciones del contenido de estos estándares. Los derechos incluidos son los siguientes: (a) el derecho a la vida, (b) el derecho a las garantías judiciales, incluyendo el debido proceso, (c) el derecho a la salud, (d) el derecho a la alimentación, (e) el derecho a la educación, (f) la protección natural del medio ambiente y del patrimonio cultural, (g) el derecho a recibir e impartir información, así como las libertades de opinión e información, y (h) el derecho a participar en la vida cultural, así como a beneficiarse de los avances tecnológicos y progresos científicos⁵⁸. La lista propuesta, aunque controversial, no ha recibido todavía un estudio final.

Este escenario trasciende las formulaciones tradicionales del núcleo duro inspiradas en la idea de derechos humanos vinculados a la seguridad corporal, incluyendo "otros" derechos. Una visión más conservadora de la alianza con el derecho internacional humanitario, sin embargo, parece revalidar una concepción de corte más restrictivo.

IV. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL NÚCLEO DURO

Con el propósito de facilitar el desarrollo de esta sección quisiera plantear al lector el desarrollo de las siguientes preguntas con relación al núcleo duro: ¿cuál es la relación entre las normas no derogables y el núcleo duro? ¿Qué hace a ciertos derechos humanos más importantes que otros? ¿Qué tipo de obligaciones genera el núcleo duro de los derechos humanos? ¿Pueden otros derechos civiles y políticos, así como algunos derechos económicos, sociales y culturales, ser incluidos en el núcleo duro?

A. Una crítica a la no derogabilidad

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la dicotomía derogable-no derogable? Una cuestión preliminar nos plantea saber si las no derogables poseen naturaleza *supra* positiva, tal como van Boven planteaba. Al parecer, la noción de no derogabilidad nunca fue diseñada para reflejar una división de corte jerárquico. Mi argumento en esta sección plantea que el considerar las normas no derogables como postulados superiores no es adecuado. Tal como el Comité de Derechos Humanos señaló en su Comentario General 29:

"La enumeración de provisiones no derogables... se relaciona, pero no es idéntica, con la cuestión acerca de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos comparten la naturaleza de normas perentorias en el derecho internacional. La proclamación de ciertas provisiones del PIDCP como de naturaleza no derogable... debe ser considerada parcialmente como el reconocimiento de la naturaleza perentoria de ciertos derechos fundamentales... Sin embargo, parece ser que algunas otras provisiones del PIDCP fueron incluidas en la lista de derechos no derogables porque nunca se volvería necesario derogar tales derechos durante un estado de emergencia (por ejemplo, artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas perentorias se extiende más allá de la lista de provisiones no derogables mencionada en el artículo 4, párrafo 2."⁵⁹

Para explicar este razonamiento desarrollaremos tres proposiciones relacionadas con esta dicotomía: (a) Existe una disparidad funcional entre las normas derogables y no derogables, (b) Existen formas alternativas para determinar cuáles son los derechos humanos no derogables, y (c) Existen otros derechos humanos implícitamente no derogables.

(a) Disparidad funcional

La distancia entre las normas "no derogables" y "derogables" en derechos humanos no es tan amplia como a primera vista parece. En efecto, sería bastante simplista el considerar lo derogable y no derogable como categorías de polaridad. Los derechos humanos, derogables o no, son en términos generales bastante elásticos en enfoque y contenido.

1. Cláusulas de limitación

Consideremos por un momento las provisiones del PIDCP bajo el artículo 18 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión). Considerado como un derecho no derogable, el artículo 18 es objeto sin embargo de una cláusula de limitación de acuerdo a su tercer párrafo:

"La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás"⁶⁰.

¿Es acaso ésta una contradicción interna al interior del PIDCP? No lo considero así en tanto cualquier derecho

⁵⁸ Commission on Human Rights. Nota 54 *supra*. Anexo, par. 7.

⁵⁹ Human Rights Committee. "General comment 29: States of Emergency (Article 4)". Agosto, 2001. par. 11, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11.

⁶⁰ Ver SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 448.

humano puede ser restringido utilizando limitaciones de esta naturaleza. Tal como el Comité de Derechos Humanos señala “la permisibilidad en las restricciones es independiente del asunto de la no derogabilidad”⁶¹. Los términos derogable y no derogable son consistentemente utilizados “en el claro entendimiento de que no es posible, ni necesario, derogar la sustancia de... tales derechos, sino ‘meramente’ la garantía de su pleno disfrute bajo cierto período de tiempo. Es por tanto más cercano a la realidad jurídica de las derogaciones bajo el derecho internacional el referirse a restricciones extraordinarias en el disfrute de los derechos humanos, en la medida que los derechos humanos *per se* no pueden suspenderse o eliminarse aun en caso de emergencia pública”⁶².

Por tanto, el uso de términos tales como derogable y no derogable no implica derechos “absolutos” en modo alguno. Por ejemplo, el derecho a la vida –una provisión de indudable naturaleza no derogable– no incluye una prohibición general en contra de la pena de muerte⁶³. Aunque la tendencia general contemporánea favorece un régimen abolicionista de la pena de muerte, el estándar actual sólo brinda protección en contra de las restricciones “arbitrarias” del derecho a la vida. El alcance de cada derecho humano resulta entonces contingente en cuanto a su interpretación. Aun los derechos humanos no derogables se encuentran sujetos a limitaciones.

En realidad, resulta poco útil referir categorías tales como “derogable” y “no derogable” para hablar de estos derechos en tanto ambos términos no son encontrados como tales en alguna de las convenciones a las que hemos hecho referencia, las mismas que en realidad “prevén derogaciones de las *obligaciones legales* asumidas bajo el respectivo tratado”⁶⁴.

2. Otras restricciones

Puede parecer entonces que un derecho humano derogable puede ser limitado, tanto en su periferia, así como en su contenido esencial. Tal como Sudre señala, estos derechos son beneficiarios “d’une protection relative... Leur exercice est donc plus ou moins aléatoire

selon l’ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé”⁶⁵. Sin embargo, aun en momentos de emergencia el contenido esencial de cada derecho humano derogable debe permanecer operativo. Como Seiderman destaca, “dentro de sus márgenes los derechos son susceptibles de limitaciones... mientras que en su núcleo estos permanecen... estables”⁶⁶. Sería un error suponer que la mera invocación de un estado de emergencia abre la puerta para autorizar a los estados la realización de restricciones ilimitadas de aquellos derechos humanos excluidos en las cláusulas de derogación. Como Svensson-McCarthy distingue, la provisión de derogación “nunca fue pensada como un medio para proveer a los estados parte de una total libertad de acción cuando combaten situaciones de emergencia. Por tanto, puede afirmarse que más que contener una filosofía que favorezca una limitación de derechos, ésta explicita el principio opuesto, es decir, que todos los derechos deben ser plenamente garantizados y respetados a menos que muy especiales circunstancias justifiquen la eliminación del ejercicio de algunos de ellos, y que algunos derechos nunca deben ser limitados no importando la severidad de la emergencia”⁶⁷.

Condiciones esenciales deben producirse para que se autorice la derogación de algunas obligaciones en materia de derechos humanos. Las restricciones durante los estados de emergencia no deben modificar el contenido de un derecho humano al punto de volverlo inexistente. En ese sentido, todas las limitaciones aplicables a los derechos derogables bajo estas circunstancias deben ser compatibles con los principios de necesidad y estricta proporcionalidad. Es más, estas restricciones no deben fundarse en términos discriminatorios o consideraciones de raza, color, sexo, lenguaje, religión y origen social. Adicionalmente, estas medidas deben ser oficialmente proclamadas y debidamente notificadas a los otros estados parte en el convenio respectivo. Como regla, todas las medidas de emergencia tomadas por los estados no deben ser inconsistentes con sus otras obligaciones bajo el derecho internacional⁶⁸.

Por lo tanto, los derechos humanos sujetos a derogación pueden ser limitados solamente de manera

⁶¹ Human Rights Committee. Nota 54 *supra*. par. 7.

⁶² SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 375.

⁶³ El PIDCP (artículo 6) garantiza el derecho al perdón y conmutación de la sentencia capital. También indica que la pena de muerte debe imponerse solamente para crímenes más serios y que no debe aplicarse a menores y mujeres embarazadas. La CADH (artículo 4) prohíbe la pena de muerte por ofensas políticas. También prohíbe la reintroducción de la pena de muerte luego de su abolición, así como la imposición de la misma para personas mayores de 70 años. Por el Protocolo 6, el CEDH ha abolido la pena de muerte. Sin embargo, el artículo 2 del CEDH permitía originalmente su aplicación.

⁶⁴ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., pp. 374-375.

⁶⁵ *Ibid*. Op. cit., pp. 175-176.

⁶⁶ SEIDERMAN. Op. cit., p. 72.

⁶⁷ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. “Minimum humanitarian standards—from Cape Town towards the future”. En: *International Commission of Jurists Review* 58-59. 1997. pp. 9-11.

⁶⁸ Ver ORAÁ. Jaime. “Human Rights in States of Emergency in International Law”. 1992.

condicional. Una situación de emergencia no representa una *carte blanche* para los estados: todas las limitaciones aplicables a los derechos derogables deben ser estrictamente requeridas por las exigencias particulares de la situación. En la práctica, este régimen no resulta distante del aplicable a las normas no derogables. Los estados tienen una capacidad muy limitada para restringir estos derechos, no importando su formato de presentación.

(b) Caminos alternos

Hemos venido diciendo que la capacidad de los estados para limitar el alcance de ciertos derechos humanos no varía demasiado dependiendo si éste es en verdad derogable o no. Sin embargo, resulta interesante observar que los estados hayan escogido explícitamente un pequeño grupo de derechos bajo el PIDCP, el CEDH así como la CADH para conferirles un régimen de no derogabilidad. La lógica nos indica que debe existir algún tipo de diferencia entre ambos grupos. ¿Acaso ésta es la evidencia de una fuerza normativa inherente a los derechos no derogables? Desde un punto de vista formal y más estricto, los derechos humanos no derogables no tienen una correspondencia con lo que entendemos como derechos *supra* positivos. Ninguna de las provisiones bajo el PIDCP, el CEDH así como la CADH fueron creadas para desarrollar una jerarquía normativa al interior de los derechos humanos. Al contrario, la racionalidad de las cláusulas de no derogación parece responder casi exclusivamente a consideraciones de tipo fáctico. Lo no derogable es de esta forma nada más que un grupo de derechos a menudo violentados durante las situaciones de emergencia. Tal como Svensson-McCarthy puntualiza, “al enfatizar los derechos no derogables dándoles equivocados o inadecuados epítetos, corremos el serio riesgo de sobre-enfatizar estos derechos en detrimento de aquellos cuyo disfrute puede en principio ser restringido en emergencias públicas”⁶⁹.

Observamos que el PIDCP considera que la prohibición de la prisión por deudas (artículo 11) es no derogable. ¿Acaso no resulta “sospechosa” la naturaleza jurídicamente superior de esta provisión? Desde una perspectiva jerárquica, la selección de ciertos derechos humanos como no derogables no guarda una relación necesaria con las situaciones de emergencia. ¿Acaso estos derechos son susceptibles de una mayor protección en función a un estado de excepción?

Resulta difícil imaginar una situación de emergencia en la que un estado requiera restringirlos. Aunque, claro está, la imaginación de los perpetradores casi nunca experimenta límites sensibles. La propia CADH tiene su propia lista “exclusiva” de derechos no derogables: protección de la familia (artículo 17), derecho al nombre (artículo 18), derechos del niño (artículo 19), derecho a la nacionalidad (artículo 20), derecho a la participación política (artículo 23) y prohibición de la suspensión de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no derogables (artículo 27.2). Así como sucede con algunas de las provisiones bajo el PIDCP, resulta difícil dibujar conexiones claras entre algunos de estos derechos y las situaciones de emergencia.

Algunos han criticado conceptualizaciones tan amplias de las cláusulas no derogables. En efecto, autores como Oraá observan que una lista más concisa de derechos no derogables –siguiendo el ejemplo del CEDH– contribuye a crear un efecto psicológico en los estados para respetar estos derechos en la práctica. El autor considera que las cláusulas de no derogación deben restringirse solamente para aquellos derechos fundamentales que son susceptibles de violación bajo una situación de emergencia⁷⁰. En el mismo sentido, Hartman nota que esta tendencia “puede poner en serio riesgo... la fuerza moral de una corta pero solemne lista de derechos absolutamente inalienables”⁷¹. Ambos autores, sin embargo, confunden la dicotomía derogable-no derogable pues equiparan –erróneamente– la no derogabilidad con lo *supra* positivo.

Por supuesto, algunos de estos derechos no derogables poseen una indudable calidad jerárquica superior, pero esta calificación no se debe a su carácter no derogable. Al contrario, esta categoría superior responde a consideraciones básicas de supervivencia y seguridad física y psicológica. El derecho a la vida y la prohibición de la tortura son buenos ejemplos de derechos no derogables que responden a esta naturaleza. En el mismo sentido, la cláusula de no derogación del CEDH (que contiene solamente cuatro derechos⁷²) parece reflejar también un origen normativo superior.

Una razón adicional para evitar equiparar lo no derogable con lo jerárquicamente superior radica en que además del PIDCP, el CEDH y la CADH, ninguno de los demás instrumentos temáticos de derechos humanos o la Carta Africana de los Derechos Humanos y los Pueblos

⁶⁹ SVENSSON-MCCARTHY. Nota 45 *supra*. p. 374.

⁷⁰ ORAA. Op. cit., p. 98.

⁷¹ HARTMAN, J. “Working paper for the committee of experts on the article 4 derogation provision”. Hum. Rts. Q. 7. 1985. p. 113. Hartman considera los cuatro derechos no derogables como una expresión de las normas de *jus cogens*.

⁷² El artículo 15.2 del CEHR menciona el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de la tortura (artículo 3), la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 4) y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (artículo 7).

contienen provisiones relativas a derechos no derogables durante los estados de emergencia. Por supuesto, esto no significa que todos los derechos humanos bajo estas otras convenciones sean derogables, o mucho menos, que gocen de una protección relativa. Muchos de los derechos contenidos en estos instrumentos tampoco pueden ser limitados bajo circunstancias específicas.

(c) Derechos no derogables implícitos

Hemos referido que el cuerpo de cláusulas no derogables incluye ciertos derechos que de algún modo no están directamente relacionados con las situaciones de excepción. En contra de esta perspectiva tan generosa, muchos estudiosos han considerado que es mejor hablar de una versión resumida de estos derechos. Comparan así las cláusulas no derogables del PIDCP, del CEDH y de la CADH, quedándose solamente con aquellos cuatro derechos considerados como la expresión primaria de la no derogabilidad, y por supuesto del núcleo duro. Una lista restrictiva de la no derogabilidad en estos términos es sin embargo contraproducente. Existen muchos otros derechos que pueden ser entendidos como no derogables por implicación. Tal como Svensson-McCarthy propone, un número de los denominados derechos derogables son en realidad no derogables, "en particular, aunque no exclusivamente, en tanto estos son instrumentales para la efectiva protección de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser derogados"⁷³.

En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos considera que la imposición de la pena de muerte bajo el artículo 6 del PIDCP debe leerse en conjunto con el artículo 14 del mismo texto, el mismo que requiere la presencia de una judicatura imparcial e independiente⁷⁴. Del mismo modo, el Comité señala que el disfrute adecuado del artículo 18 no solamente implica la libertad de expresión sino que además las libertades de asamblea y asociación⁷⁵. El Comité ha notado además que el artículo 10 (que prescribe que todas las personas privadas de su libertad deben ser tratadas con humanidad y respeto⁷⁶) y el artículo 20 (prohibiendo toda propaganda a favor de la guerra así como la promoción del odio nacional, racial o religioso) expresan normas de derecho internacional general no sujetas a derogación⁷⁷. Como estos derechos son indispensables para un adecuado y efectivo disfrute de aquellos derechos denominados no derogables, ellos resultan en cierta forma no derogables por implicación.

En consecuencia, aunque las cláusulas de no derogación nos proveen de criterios significativos para conocer cuáles derechos son derogables o no bajo el PIDCP, el CEDH y la CADH, estos son solamente iniciales y no pueden ser utilizados como base exclusiva para la determinación del núcleo duro.

B. Los argumentos para un núcleo duro

Tal como hemos observado, la justificación para la existencia de un núcleo duro puede rastrearse en la historia del movimiento de derechos humanos, en la búsqueda de principios generadores de obligaciones para los estados más allá de su consentimiento. Como fue descrito en la primera escena, ambos fueron procesos paralelos. Al parecer, cuando el núcleo duro fue introducido, sus creadores intentaron darle un contenido más cierto al relacionarlo con las normas imperativas. El lenguaje del *dictum* en el caso Barcelona Traction revela el mismo tipo de preocupación. Aunque el *jus cogens* fue introducido un año antes de ese caso, para ese entonces todavía no existía evidencia fáctica que demuestre la existencia de una dimensión jerárquica en el derecho internacional. ¿Cuáles fueron los ejemplos citados por la CIJ? Como es conocido, los ejemplos provistos estaban relacionados con las normas de derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el núcleo duro jugaba un rol hermenéutico. Su carácter era pues simplemente instrumental a otros conceptos. Este rol es menos frecuente en estos días, considerando el estado actual de la doctrina del *jus cogens* en el derecho internacional y la frecuente mención de la existencia de normas imperativas y obligaciones *erga omnes* en la jurisprudencia. A pesar de ello, la noción de *jus cogens* todavía permanece bastante imprecisa. Aunque el concepto ha mostrado una gran aceptación en las distintas áreas del derecho internacional, la mayor parte de ejemplos conocidos describen su contenido solamente en términos de derechos humanos.

Hoy sin embargo, el núcleo duro como concepto parece disfrutar de una vida propia e independiente al *jus cogens*, con un impacto directo en el movimiento de derechos humanos. En efecto, luego de cincuenta años de la DUDH, el movimiento de derechos humanos ya no es una estructura monolítica. El movimiento –para bien o mal– ha estructurado sus prioridades. Todo el régimen de la ONU a través de sus comités de monitoreo, grupos de trabajo y relatorías especiales está basado en un nivel de preferencias. En nuestros

⁷³ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 448.

⁷⁴ Human Rights Committee. "General Comment No. 6: Right to life (Article 6)". 1982. par. 7. En: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?OpenDocument)

⁷⁵ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., pp. 448-449.

⁷⁶ Human Rights Committee. "General Comment No. 21: Human Treatment of Persons Deprived of Liberty (Article 10)". 1992. En: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?OpenDocument)

⁷⁷ Human Rights Committee. Nota 60 *supra*. par. 13.

días, el núcleo duro parece jugar un rol en la elaboración y desarrollo de estándares de normas básicas dentro del canon de derechos humanos. Por lo tanto, el núcleo duro le da un toque de “realismo” al movimiento.

Por otro lado, algunos argumentos en favor de un núcleo duro de los derechos humanos pueden encontrarse en perspectivas de corte más pragmático:

(a) Posibilidad

No percibimos a todos los derechos humanos con la misma fuerza normativa y alcance moral. De un lado, existen ciertos derechos humanos de “sospechosa” identidad. Por ejemplo, en el caso López Ostra, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que los malos olores producidos por una fábrica constituían una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar bajo el CEDH⁷⁸. ¿Existe un derecho a la protección del medio ambiente dentro del CEDH? ¿Es ésta una adecuada extensión del clásico derecho a la privacidad bajo el artículo 8 del CEDH? Aunque interesante, encuentro profundas dificultades teóricas bajo este tipo de razonamiento. ¿O es que en verdad existe una tercera generación de derechos humanos tal como algunos han argumentado? Por otro lado, ciertos derechos humanos aún cuando luzcan bastante “reales” –en la práctica se muestran bastante difíciles de realizar. Para dar un ejemplo, demandas por una adecuada alimentación, vestido y vivienda parecen ser hoy una utopía. En el mismo sentido, el carácter idealista de ciertos derechos civiles y políticos se muestra bastante dudoso.

(b) Urgencia

Resulta lógico comprender que ciertos derechos humanos requieren una respuesta urgente. Sin duda alguna, ciertos sucesos en el mundo vinculados a la violación de ciertos derechos humanos resultan más chocantes a nuestra conciencia. El enfoque privilegiado sobre cierto tipo de violaciones –genocidio, tortura y limpieza étnica– por ciertas ONGs alrededor del globo nos revela esta dimensión. La reciente creación de la CPI revela la misma preocupación. ¿Podemos imaginarnos a la CPI teniendo jurisdicción sobre las violaciones de otros derechos civiles y políticos? ¿Por qué los derechos económicos y sociales aún no poseen mecanismos adecuados para un mejor monitoreo?

De manera general, los actores internacionales se resisten a establecer sanciones cuando estos “otros” derechos humanos no han sido adecuadamente protegidos. Violaciones a los derechos a la alimentación, vivienda o a servicios adecuados de salud no se encuentran en el catálogo de los abusos y atrocidades más urgentes del catálogo de derechos humanos. De alguna forma, existe un mayor nivel de tolerancia cuando estos derechos humanos son puestos en peligro. Para emplear el lenguaje del caso Barcelona Traction, aquí no existe “comunidad internacional en su conjunto” reaccionando frente al incumplimiento de obligaciones programáticas⁷⁹.

(c) Supervivencia

Finalmente, los seres humanos tendemos a asociar los derechos humanos con ideas minimalistas relacionadas a la supervivencia. ¿Cuáles son las violaciones a los derechos humanos que más nos aterrorizan? Genocidio, tortura, esclavitud y discriminación racial, son las respuestas más frecuentes a este tipo de pregunta. ¿Qué tipo de derechos humanos son nuestra última esperanza en ausencia de todos los otros? El resultado tampoco es demasiado distinto. En esta ocasión, el ideal de derechos humanos se limita a elementos tales como la vida, la libertad de movimiento, la libertad de conciencia, pensamiento y religión, así como a preocupaciones relacionadas a la alimentación, educación básica y vivienda. Nuevamente, ¿qué de los “otros” derechos humanos? ¿Acaso no son tan importantes, universales, indivisibles e interdependientes como estos otros? ¿Acaso el movimiento de derechos humanos ha sobreestimado su capacidad para dar solución a este tipo de violaciones en el mundo?

Todos estos argumentos sustentan la idea de la existencia de un grupo de preferencias al interior de los derechos humanos. ¿Puede el discurso oficial del movimiento de derechos humanos negar este hecho? En nuestros días, la idea de un núcleo duro juega un rol decisivo en el esfuerzo común para elaborar y desarrollar normas básicas relacionadas a un esquema preferente dentro del canon de derechos humanos. Esfuerzos recientes en la Comisión de Derechos Humanos muestran una aproximación minimalista para la identificación de “estándares fundamentales de humanidad”, concepto que refuerza la idea de una estructura de corte jerárquico. ¿Acaso es ésta una

⁷⁸ Reclamos relacionados a un derecho a un medio ambiente limpio, un derecho al desarrollo y a la paz, están asociados con esta línea de argumentación. Ver ALSTON, Philip. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”. En: *American Journal of International Law* 78. 1984. pp. 611-614.

⁷⁹ Tal como O’Neill presenta, “[u]nfortunately much writing and rhetoric on rights heedlessly proclaims universal rights to goods and services, and in particular ‘welfare rights’, as well as to other social, economic and cultural rights that are prominent in international Charters and Declarations, without showing what connects each presumed right-holder to some obligation-bearer(s), which leaves the content of these supposed rights wholly obscure... Some advocates of universal economic, social and cultural rights go no further than to emphasize that they can be institutionalized, which is true. But the point of difference is that they must be institutionalized: if they are not there is no right”. O’NEILL, Onora. “Toward justice and virtue”. 1996. pp. 131-132.

contradicción? Ciertamente los estados y ONGs actúan movidos consideraciones preferenciales. ¿Es esto bueno? ¿Qué del principio de indivisibilidad? Quizás el núcleo duro es lo mejor que podemos esperar de los derechos humanos. El movimiento de derechos humanos se muestra así como la historia de progresivas preferencias. Quizás sea tiempo de admitir que no todos los derechos humanos tienen la misma fuerza jurídica y moral como se nos ha hecho pensar. O lo que es peor, que no todo lo que se nos dice es un derecho “humano”, sea en realidad tal.

C. Algunas preocupaciones en torno al núcleo duro

El ideal de los derechos humanos implica por sí mismo una propuesta jerárquica. En efecto, los derechos humanos son concebidos esencialmente como algo “distinto” a los demás derechos. El diseño de los derechos humanos trasciende la dimensión jurídica: estos son derechos que no se conciben como privilegios concedidos por los estados. En ese sentido, los derechos humanos están enmarcados como demandas éticas de carácter pre legislativo derivadas de lo que se ha denominado “dignidad inherente de la persona humana”. En consecuencia, los derechos humanos prevalecen cuando son confrontados con “otros” derechos. En cierta forma, la idea de los derechos humanos cumple una función de *pedigree* en el orden jurídico. Solamente estas provisiones – tan críticas para el desarrollo de estándares adecuados para todos los individuos– podrán convertirse finalmente en derechos humanos.

¿Será posible extraer entonces un estándar mínimo al interior de los propios derechos humanos? ¿Tiene ello sentido? ¿Cuáles son las implicancias de reconocer que un derecho humano es parte del núcleo duro? Los estados y ONGs *de facto* han asignado ciertas prioridades en favor de ciertos derechos humanos, haciendo ver a algunos virtualmente “invisibles” –y no indivisibles– frente a los otros. La propia ONU se centra en un grupo de estos derechos. ¿Acaso el principio de indivisibilidad debe ser reformulado y suavizado? Quizás. Sin embargo, en el estado actual de la cuestión, cualquier proposición para establecer un esquema formal de jerarquía a través de la ONU resulta políticamente improbable.

¿Y qué es lo que queremos decir cuando nos referimos al núcleo duro de los derechos humanos? El hecho de

que ciertos derechos humanos sean de vital importancia es algo que hoy creo ya es indiscutible. Pero, ¿cómo reconciliar esto con el principio de indivisibilidad? Ciertamente, todas las categorías de jerarquías a las que nos hemos referido en este ensayo se encuentran vinculadas a derechos humanos de corte civil y político o al derecho internacional humanitario. Bajo esta perspectiva el núcleo duro se encuentra básicamente ligado a intereses de supervivencia. Pero, ¿por qué algunos derechos humanos son considerados tan vitales? Para efectos metodológicos utilizaré el término “condiciones previas o de entrada” (“*threshold conditions*”) empleado por Amartya Sen en una reciente presentación pero sobre el carácter universal de los derechos humanos⁸⁰. Mi argumento es que deben existir ciertas “condiciones previas” de (a) importancia (significado), y (b) influencia social para que un derecho humano figure como parte del núcleo duro⁸¹. Por un lado, estas condiciones previas tienen un carácter negativo que impide que ciertos derechos humanos ingresen al núcleo duro. De otro lado, ellos implican una dimensión positiva, en la medida que estos criterios indicarán si ciertos derechos humanos reúnen las condiciones para su inclusión entre los derechos en los que el núcleo debe privilegiar su enfoque. ¿Debe el núcleo duro extenderse para incluir derechos que no figuran en las cláusulas de no derogación en los convenios de derechos humanos? ¿Debemos movernos más allá de consideraciones vinculadas a la seguridad personal? En mi opinión, una adecuada conceptualización del núcleo duro debe extender su agenda hacia otros grupos de derechos humanos, incluyendo otros derechos civiles y políticos así como a los derechos económicos, sociales y culturales.

Consideremos ahora cuatro derechos humanos y apliquemos el modelo de “condiciones previas” del que hemos venido hablando. ¿Cuáles de estos cuatro derechos humanos es un mejor candidato para el núcleo duro? Cada uno de estos derechos tiene, como veremos, una particular importancia en función a contextos particulares: (a) Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁸². (b) El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de su existencia⁸³. (c) El derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la

⁸⁰ SEN, Amartya. “Elements of a theory of human rights”. Abril, 2004. p. 23 (manuscrito inédito, ubicado en los archivos del autor).

⁸¹ SEN emplea la metodología descrita para determinar si un caso específico reúne las condiciones para ser aceptado dentro del canon de derechos humanos.

⁸² PIDCP, artículo 7.

⁸³ PIDESC, artículo 11.1.

remuneración de los días festivos⁸⁴. (d) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques ilegales a su honra y reputación⁸⁵.

Aun cuando cada uno de estos derechos humanos es de importancia de uno u otro modo, no resulta ilógico pensar que (a) y (b) son los mejores candidatos para el núcleo duro. Observemos que tanto (a) como (b) son derechos humanos relacionados con la idea de supervivencia. Es razonable considerar que (c) no es – en términos generales– lo suficientemente importante como para cruzar el umbral de significación social que lo calificaría como parte del núcleo duro. En el caso de (d), aun cuando éste puede ser de extrema importancia a nivel individual, el mismo aparece demasiado introspectivo para ser materia del núcleo duro. Tanto (c) como (d) no parecen ser derechos humanos necesarios para asegurar nuestra existencia.

Podemos extraer algunas lecciones de estos ejemplos. Ellos nos revelan que el contenido del núcleo duro no coincide necesariamente con la aproximación de no derogabilidad (el derecho considerado en (b) no es considerado “no derogable” bajo lista alguna). Adicionalmente, estos nos señalan que la noción del núcleo duro puede reflejar derechos humanos más allá de la tradición liberalista. En ese sentido, estos derechos refuerzan el argumento de que la esencia de este concepto se encuentra fuertemente vinculada a la idea de supervivencia, una noción que incluye no solamente otros derechos civiles y políticos, sino además a los derechos económicos, sociales y culturales.

Tradicionalmente, el núcleo duro ha sido definido bajo una perspectiva no derogable. Como resultado, solamente cuatro derechos humanos: derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y la servidumbre y no retroactividad de la ley penal, así como las provisiones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, han sido considerados como elementos del núcleo duro de derechos humanos. Con un lenguaje similar, Rawls expresó que los derechos humanos, “en contraste, expresan una clase de derechos *urgentes*, tales como las libertades que condenan la esclavitud y promueven la autodeterminación, la libertad... de conciencia, y la seguridad de los grupos étnicos con relación a los asesinatos masivos y prácticas genocidas”⁸⁶. ¿Es esta perspectiva adecuada? ¿Qué otros derechos humanos

se encuentran envueltos en las nociones más básicas de supervivencia? No existe un modo simple para identificar qué derechos humanos han adquirido esa categoría. Claramente, sería imposible –y quizás poco útil– intentar delimitar una lista definitiva de aquellos derechos humanos que forman parte del núcleo duro. Todo esfuerzo de esta naturaleza, aunque tentador, representa solamente un momento en el tiempo, que fácilmente puede variar con el paso de los años. Los derechos económicos, sociales y culturales, sin mencionar los denominados derechos de “tercera generación” son virtualmente invisibles para las estructuras tradicionales de jerarquía de los tratados de derechos humanos. Pero el sentido común nos indica que al menos algunos de estos derechos humanos son tan esenciales que deben formar parte del núcleo duro. Sin embargo, los estados no siempre se encuentran dispuestos a admitir que estos constituyen “verdaderas” obligaciones que deban tomarse seriamente. Esto ha deslegitimado tremendamente la posibilidad de que algunas de estas normas pueden ser consideradas como candidatas para esta categoría.

Una perspectiva amplia del núcleo duro, sin embargo, nos presenta un campo fértil para la discusión en cuanto al contenido de la noción. ¿Podrá ello deslegitimar el concepto del núcleo duro con el tiempo? Conviene recordar lo que Waldron señala: “podemos estar en desacuerdo acerca de los derechos, y es razonable que esto sea así. No debemos temer ni sentirnos avergonzados de tal desacuerdo... Debemos, por el contrario, darle cabida. Tal desacuerdo es una señal... de que las personas están tomando los derechos seriamente”⁸⁷. En todo caso, una perspectiva minimalista –el intento de que los derechos humanos establezcan parámetros de tolerancia– no es la única ruta para determinar el contenido del núcleo duro. En efecto, las divergencias en este campo no constituyen un necesario signo de debilidad. Por el contrario, podemos entenderlas como desarrollos que buscan clarificar y más bien finalizar con el desacuerdo. En ese sentido, podemos concebir al núcleo duro como un “terreno de deliberación”⁸⁸ acerca de los estándares mínimos que podemos esperar de las sociedades estatales. Bajo esta perspectiva, siempre existirá un constante movimiento en el ideal de derechos humanos, y por tanto, también dentro del grupo más esencial de los mismos.

Esta concepción del núcleo duro no se encuentra restringida a la enumeración de una lista de derechos.

⁸⁴ PIDESC, artículo 7.d.

⁸⁵ PIDCP, artículo 17.

⁸⁶ RAWLS, John. “The law of peoples”. 1999. pp. 78-79.

⁸⁷ WALDRON, Jeremy. “Law and disagreement”. 2001. p. 311.

⁸⁸ COHEN, Joshua. “Minimalism about human rights: the most we can hope for?”. Abril, 2004. pp. 7-8 (manuscrito inédito, ubicado en los archivos del autor).

Alternativamente, la dimensión jerárquica se encuentra formulada en términos de estándares urgentes para el individuo en el medio social. La importancia de esta visión es que no se encuentra restringida a las demandas básicas de humanidad, tal como la tercera escena propone. Aquí el núcleo duro funciona como un barómetro que mide el adecuado nivel de los estándares de derechos humanos en la sociedad. Bajo esta perspectiva, el núcleo duro se convierte en una herramienta para identificar aquellos bienes de importancia social así como una plataforma para la realización progresiva de “otros” derechos humanos.

Ésta parece ser una perspectiva adecuada, en la medida que va más allá del criterio de no derogabilidad, concibiendo el núcleo duro como una noción en constante evolución, no restringida a términos de lugar, tiempo o circunstancias particulares. Esta visión tampoco se enfoca en la búsqueda de puntos para un acuerdo *de facto*. En ese sentido, los derechos identificados en los principales instrumentos de derechos humanos representan solamente referencias provisionales para la reflexión en la naturaleza y contenido de la noción del núcleo duro.

Sin embargo, esta concepción no resuelve el dilema acerca de la determinación del contenido del núcleo duro. Pero como en todo asunto normativo complejo podemos estar en constante desacuerdo, ello no debe mirarse de modo fatalista. Este es el mismo problema de las normas de *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Quizás es que los estándares bajo los que el núcleo duro debe medirse requieren ser menos demandantes que los estándares de justicia que el movimiento de derechos humanos oficialmente proclama. ¿Acaso es ésta una forma de relativismo dentro del núcleo duro? Recordemos que ésta más que una noción “dura” es una noción de carácter “intangibles”. El objetivo debe ser la creación de una concepción razonable del núcleo duro de los derechos humanos, no la de reglas para la determinación de derechos. En todo caso, esta opción no se fundamenta en la creencia de que el núcleo duro se asemeja a las estrellas en el cielo que esperan ser descubiertas. Al menos, esta visión nos brinda cierto nivel de acuerdo en las bases siguientes: (a) El núcleo duro representa un conjunto de estándares urgentes (no mínimos), (b) El criterio de no derogabilidad es ineficiente en tanto se restrinja a la determinación del contenido del núcleo duro, y (c) Otros tipos de delimitación conceptual requieren ser explorados.

V. HACIA UNA CONCEPCIÓN ALTERNATIVA DEL NÚCLEO DURO

Hemos visto que las formulaciones iniciales del núcleo duro se encuentran vinculadas a posturas que privilegian

la seguridad corporal como criterio de determinación. En efecto, parte de esta confusión se origina en los esfuerzos por darle al núcleo duro un contenido específico a través de las nociones de *jus cogens* y de normas no derogables. También hemos referido la poca utilidad de proposiciones de corte minimalista proponiendo listas “oficiales” de su contenido. En esta última parte de nuestro estudio, sin embargo, intentaremos postular una concepción alternativa del núcleo duro. Haremos así referencia a la posición contraria a la extensión de la noción hacia otros derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos y sociales.

En primer lugar, debemos reconocer que muchos de los derechos económicos y sociales que consideraremos no aparecen en las presentaciones clásicas del núcleo duro o en las primeras formulaciones de lo que se conoce como “derechos naturales”. Esto ya se constituye en un gran obstáculo. Sin embargo, no entraremos a considerar las discusiones acerca de la naturaleza de los derechos económicos y sociales. Así, me internaré más bien en la noción de “viabilidad” que rodea a estas críticas. Luego de un diagnóstico empírico del movimiento de derechos humanos parece ser que aun con el mayor esfuerzo, la realización de estos derechos es poco viable. ¿Pero cuáles de los derechos humanos son plenamente realizables? Entender el núcleo duro como un grupo de estándares urgentes sugiere la necesidad de pensar y trabajar pragmáticamente, por ejemplo en el desarrollo de nuevas instituciones que mejoren la situación de estos derechos. ¿Acaso la tortura ha cesado porque es considerada una norma indiscutible del *jus cogens*? Ciertamente no. El posicionamiento de un derecho humano como parte del núcleo duro parece más la confirmación de que las instituciones y órganos de monitoreo son todavía perfectibles. Tal como Sen se pregunta, “¿por qué la completa viabilidad debe ser una condición para los derechos humanos cuando el objetivo es trabajar para conseguir su viabilidad?”⁸⁹. Bajo una perspectiva más interactiva, otros derechos humanos tales como el derecho a la educación, el de atención médica, o el derecho a la alimentación podrían ser incluidos en el núcleo duro. Muchos otros de los derechos civiles y políticos, tal como la prohibición de la discriminación por causa de género o el derecho a la intimidad pueden encontrar un legítimo espacio en el núcleo duro dentro de esta visión. ¿Acaso las sociedades en vías de desarrollo del planeta se sentirían incómodas con este enfoque?

El valor de una posición como la anterior radica en que supera ampliamente una formulación “oficial” del núcleo duro. Esperamos así que nunca se produzca

una lista definitiva de derechos. Asumiendo que tal empresa sea viable, ¿quién tendrá la legitimidad para proclamarla? Otra ventaja de esta posición es que convierte al núcleo duro en un concepto pragmático y realista. Por supuesto, la no derogabilidad es un primer elemento a considerar pero también debemos estar atentos a sus limitaciones para la determinación de categorías de corte *supra* positivo. Otros criterios también pueden ser tomados en cuenta.

Al hablar del núcleo duro yo preferiría que pensemos acerca de prioridades más que en derechos superiores. Aunque ésta es solamente una observación de corte semántico, ella refuerza la idea de una noción que se encuentra en constante evolución. En ese sentido, todas las categorías de derechos humanos –los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y aun los colectivos– pueden llegar a ser parte del “terreno de deliberación” que el núcleo duro configura. Quizás allí radique el mayor error de las primeras formulaciones del núcleo duro. El acercar la noción a las cláusulas de no derogación o a listas oficiales, ha contribuido a reforzar la idea un conjunto de principios pétreos listos para ser descubiertos a través de una fórmula de intersección normativa.

Algunos autores han sugerido que una aproximación más efectiva consiste en la identificación del núcleo duro de cada derecho humano, en el entendido de que tal intento será útil a la determinación de la esencia de cada uno así como a una progresiva realización de las distintas categorías de derechos humanos⁹⁰. Esta aproximación puede ser útil a fin de entender de mejor manera la dicotomía derogable-no derogable. En todo caso, son las cortes internacionales y los órganos de supervisión los que tendrán un interesante rol hermenéutico en este sector. Sin embargo, a pesar de lo atractivo del postulado, ello parece importar un alto grado de dificultad. En nuestros días, la jurisprudencia y los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos también se han visto restringidos a considerar solamente un grupo de preferencias dentro de los derechos humanos.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Permítanme dar algunos comentarios finales acerca del núcleo duro. Como ha sido señalado en este ensayo, creo que la noción tendrá un mejor desenvolvimiento si es considerada como un terreno de constante deliberación. Estamos convencidos de que otros derechos humanos tales como los económicos y sociales tienen la legitimidad suficiente para ser considerados como parte del núcleo duro

dentro de esta perspectiva. En el futuro, quizás otras dimensiones –hoy impensables– de los derechos humanos podrán ser consideradas como parte del mismo. Quizás pronto cuestiones referidas al medio ambiente o al género podrán formar parte de la noción. El punto es simplemente dejar la puerta abierta para un debate permanente que enriquezca el concepto. ¿Acaso ésta es una ilusión simplista? Me doy cuenta que quizás soy bastante optimista al postular una visión de este corte para el núcleo duro. Pero también creo que este concepto –como los propios derechos humanos– se refiere a la mejora de las condiciones de vida en el planeta más que a las eternas disputas teóricas sobre sus contenidos y límites en frente de una torre de libros. En ese sentido, siempre podremos pensar en cómo recrear la noción de derechos humanos para hacerla más eficiente. Total, nada es último, ni siquiera los mismos derechos humanos. Es por ello que la noción del núcleo duro propuesta requiere estar en constante evolución. Las discusiones acerca de cómo dirigir el concepto hacia una concepción más eficiente son hoy imperativas. Solamente espero que las futuras discusiones puedan resistir la tentación de pensar en los derechos humanos como si fuesen el último escalón del desarrollo humano.

Sobre la base del análisis de este ensayo podemos sugerir dos consideraciones. La primera consideración es de corte pragmático. El núcleo duro es la *kriptónica* del principio de indivisibilidad. Su propósito, sin embargo, no es el de debilitar al movimiento de derechos humanos. Al contrario, intenta hacerlo más conciente de sus propios límites. Es la evidencia de una natural tendencia de los seres humanos para preferir ciertos derechos sobre otros. En cierta forma, ello nos dibuja un cuadro más adecuado del movimiento de derechos humanos, llenando el vacío entre teoría y realidad a veces tan ausente en los derechos humanos. La segunda consideración es de corte teórico. No resulta claro que el núcleo duro implique siempre una dimensión *supra* positiva. ¿Es el núcleo duro la expresión de una jerarquía dentro de los derechos humanos? La noción no coincide siempre con el *jus cogens*. Ciertamente, tanto el *jus cogens* como las cláusulas no derogables nos proveen de un primer criterio de determinación. Sin embargo, también creo que el núcleo duro se encuentra mejor delimitado como un conjunto de prioridades basados en la interacción social. En nuestros días, ciertos derechos humanos son vistos como algo urgente, algunos de ellos implicando una dimensión imperativa, otros no. En todo caso, el núcleo duro no se agota en una u otra noción determinista.

⁹⁰ MEYER-BISCH. Nota 41 *supra*. pp. 109-113.

Para terminar retomando lo dicho al inicio de estas páginas, este ensayo no ha buscado descifrar el camino correcto para entender el núcleo duro. Mi propósito ha sido solamente el capturar las visiones de cómo el núcleo duro ha sido considerado a través de la historia del movimiento de derechos humanos, tratando de ofrecer una postura alternativa. Los activistas de derechos humanos deben poner atención a estos enfoques alternativos. Creo en la riqueza de los enfoques pragmáticos, pero también considero que un

adecuado marco conceptual –tantas veces olvidado– beneficia sustancialmente el desarrollo de prácticas coherentes, incluyendo el adecuado monitoreo de los derechos económicos y sociales. Los activistas, así como los estudiosos del fenómeno necesitan una constante re-evaluación de sus visiones sobre los derechos humanos. La claridad conceptual es vital para la práctica y viceversa. Total, la divergencia no es signo de debilidad. Por el contrario, nos permite refinar nuestras preguntas para una próxima conversación.

LIBERTAD Y POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE CULTURA

Andrés Roemer*

Disfrutar del arte en países como el nuestro, y en general en países del tercer mundo, es un lujo que pocos se pueden permitir.

Lo lamentable es que uno se termina olvidando que el ser humano no es sólo un animal pensante que requiere satisfacer necesidades básicas, sino también un ser capaz de sentir y expresar lo que siente. El arte es la expresión de los sentimientos más profundos del ser humano y es la más sublime manifestación de su libertad. Sin embargo, son pocas las instituciones que se encargan realmente de fomentar este aspecto humano, tan importante; surgen, entonces, las siguientes preguntas: ¿quién debe hacerse cargo? ¿Quién debe financiar el arte? ¿Qué función cumple el gobierno en este sentido?

El autor realiza en el presente artículo un interesante desarrollo de la problemática relacionada no sólo con quién debe fomentar la cultura en la sociedad, sino también sobre quién debe elegir qué arte es el que se debe promover. Si bien estas preguntas quedan siempre abiertas a debate, es importante buscar mantener la coherencia con un sistema democrático, para lo cual el autor nos proporciona herramientas muy importantes.

* Licenciado en Derecho en la Universidad Autónoma de México y Licenciado en Economía en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Master en la Universidad de Harvard, con especialización en Derecho y Economía. Doctorado en Políticas Públicas en la Universidad de Berkeley. Ex-Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía-ALACDE.

¿QUIÉN DEFINE?

“El verdadero artista no hace obras para el público; prefiere hacer público para sus obras”¹.

Supongamos los siguientes cinco escenarios para definir qué proyectos artísticos deben ser apoyados con recursos públicos.

- I) El gobierno, a través de ciertos criterios, define normas, principios y asignación de recursos.
- II) Un grupo de expertos (críticos de arte, investigadores) y/o creadores define qué apoyar y bajo qué condiciones.
- III) Los ciudadanos (a través de cupones, referéndums o estudios de mercado) definen sus preferencias y, por ende, cómo se deben reasignar los recursos.
- IV) El tercer sector o las organizaciones no lucrativas.
- V) La suerte.

El presente artículo analizará modalidades de los cuatro primeros escenarios, describiendo las fortalezas y directrices que cada uno de ellos conlleva. El quinto escenario es hipotético, pero sin lugar a dudas es un ejercicio de reflexión que cuenta con corolarios de utilidad en la implantación de los cuatro procesos previamente señalados.

Imaginemos que en lugar de tener un grupo de expertos o un comité selecto gubernamental, o una consulta ciudadana, se establecen criterios y requisitos según el/los proyectos a ser gestados, y todos aquellos que cumplan con los mismos, entran a un tipo de tómbola, donde la suerte elige a unos en lugar de otros. ¿Qué pasaría? ¿Qué tan diferente sería el resultado en relación con comités rotativos de expertos? ¿Por qué?

Es importante reiterar que este artículo *no* se refiere al papel del gobierno *versus* la sociedad, ya sea en la misión, gestación, formulación, implantación y evaluación de las políticas culturales en su conjunto. Este artículo sólo se refiere a la función que cada uno de estos grupos desempeña o debería desempeñar en materia de estímulos y apoyos en proyectos artísticos cuando utilizan recursos públicos.

EL GOBIERNO

“El gobierno menos malo es aquel que hace menos ostentación, que se hace sentir menos y que resulta menos caro”².

El 18 de mayo de 1989, el senador de Estados Unidos de Norteamérica Alfonso D’Amato destrozó una reproducción de Orina a Cristo (fotografía del artista Andrés Serrano) y tiró los pedazos al suelo en el Senado de los Estados Unidos. “Esta pieza que se hace llamar pieza de arte es una deplorable y despreciable exposición de vulgaridad”, exclamó frente a sus compañeros legisladores. D’Amato continuó quejándose de que este artista había recibido apoyo del Fondo Nacional para las Artes (FNA) (recursos de los contribuyentes) para realizar su trabajo. “Increíble, –gruñó–, qué desgracia”.

Ante dicho debate surgieron dos posiciones centrales. Los que estaban a favor de apoyar con *recursos públicos* proyectos que pudieran ser subversivos y provocadores –argumentando que cualquier intento de restringir y limitar el trabajo del Fondo Nacional para las Artes (FNA) violaría la Primera Reforma de Derechos de los Artistas. “La libertad de creación es una forma de libertad de expresión, la cual está protegida por la Primera Enmienda”, sostenía la Asociación Nacional de Organizaciones Artísticas, encabezando la defensa. “Aquellos que reciben fondos públicos merecen gozar de plena libertad para crear, independientemente de la posible interpretación de aquellos que califican su arte como desagradable u ofensivo”. “El Congreso” –decían– “no tiene derecho a interferir con el Fondo; el proceso de toma de decisiones del Fondo Nacional de las Artes (FNA) se basa en la revisión de expertos, es sólido y ha tenido un enorme éxito a través de los años”³.

Por otro lado, los que se encontraban en contra de que con recursos públicos se estimulen este tipo de proyectos definían el asunto en términos de patrocinio más que en términos de censura. Sostenían que el Congreso tenía la responsabilidad de gastar el presupuesto de manera conveniente y que el hecho de imponer ciertas restricciones al dinero del FNA era parte del sano ejercicio de esa responsabilidad. El arte provocativo, se decía, es un mal candidato para el presupuesto federal pues insulta a los contribuyentes. El Senador D’Amato defendió su argumento en forma terminante:

“Si es esto en lo que se ha hundido el arte contemporáneo y algunos quisieran consentirlo, está bien, pero no con el dinero de los contribuyentes. Si permitimos que este grupo de individuos que se hacen llamar *expertos en arte* se salgan con la suya, entonces no merecemos nuestro cargo”⁴.

William Bennett, Director del Fondo Nacional para las Humanidades, dijo al Comité de Apropiaciones que los

¹ Fray Toribio de Benavente

² Alfred de Vigny.

³ SCHWARTZ, David T. “Art, Education, and the Democratic Commitment: A Defense of State Support for the Arts”. 2000. p. 124.

⁴ Registro del Congreso de los Estados Unidos de América. 18 de mayo de 1989. p. 28.

fondos muchas veces apoyaron proyectos que “ridiculizaban, provocaban y contrariaban valores estadounidenses importantes” y que “el involucramiento del gobierno federal [en consolidar el arte y las humanidades] es innecesario, imprudente e inapropiado”⁵. Otros han acusado a las dependencias de ser “instituciones de beneficencia firmantes de cheques para las clases intelectuales”⁶ o “de gastar el dinero público en proyectos inmorales u ofensivos, triviales o frívolos”. De acuerdo con sus críticos, el Fondo Nacional de las Artes y el Fondo Nacional para las Humanidades merecen ser abolidos porque son insultos públicos, un desperdicio para el dinero de los contribuyentes o un gasto que la nación ya no puede permitirse”⁷.

En fin, en 1990 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos estableció una enmienda en la que los jueces debían determinar qué *criterios* tomar a consideración “del *standard* general de decencia y respeto de las diversas creencias y valores del público norteamericano”.

El debate anterior no sólo es privativo de los Estados Unidos, en México, para citar un caso, la producción de películas como “El crimen del padre Amaro”, en la cual se utilizó recursos públicos, afectó los intereses de un segmento de la sociedad mexicana debido a sus contenidos religiosos; suscitó polémica. Sin duda, el problema que nos viene a la mente en cualquier discusión sobre la función del gobierno en la cultura, como benefactor o regulador, es el peligro de la censura⁸. La censura es incompatible con la democracia. Por ello, en los sistemas democráticos, la censura es una preocupación seria y recurrente que surge en distintos contextos.

Cuando el gobierno activamente apoya o financia proyectos artísticos, el tema de quién define lo que debe ser producido y apoyado asume un papel determinante en función de espacios y temporalidades. Anteriormente, algún artista cuyo trabajo no era de la satisfacción de un patrón podía buscar apoyo en otra parte, pero cuando el gobierno es el benefactor preponderante no hay otro

lugar al cual acudir. Frecuentemente, una negativa del gobierno para subsidiar un proyecto es equivalente a impedir su realización. ¿Consiste esto en *algún tipo* de censura? ¿Una vez que el gobierno ha adquirido una obra de arte, es censura el hecho de no exhibirla? ¿Tiene el gobierno la obligación de apoyar un arte de “mala calidad” con tal de evitar algún tipo de censura? ¿Qué es eso de “mala calidad” en el arte? ¿Es acaso un trabajo técnicamente deficiente? ¿Trabajo moralmente peligroso? ¿Obras que son vacuas estética o intelectualmente? ¿Quién es el indicado para decidir sobre estas cuestiones? Problemas complejos como los aquí señalados explican por qué, en muchos países, los ciudadanos han temido que el gobierno se convierta en un dominante abrumador, en tanto fuente del apoyo de las artes.

Al considerar la cuestión sobre la asignación de los fondos del gobierno para las artes, el mismo problema reaparece en formas distintas. Una es el equilibrio entre calidad y equidad. Por ejemplo ¿es mejor otorgar recursos a una orquesta de calidad mundial o apoyar cinco orquestas de las cuales ninguna será realmente grandiosa? ¿Quién debe decidir? Esta elección se relaciona estrechamente con el problema de la distribución geográfica. Cinco orquestas pueden encontrarse en cinco distintas ciudades. ¿Qué tanto peso debe darse a consideraciones geográficas, ya sea por su propio bien o por el bien del proceso constitutivo de la política?

¿Autoridades iconoclastas? El caso de Richard Serra

En 1979, por petición de la Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos (GSA) y recomendado por el National Endowment for the Arts, el artista plástico Richard Serra fue comisionado para crear una escultura que sería instalada específicamente en la Plaza Federal de Nueva York. Tilted Arc consistió en una pared curvilínea de acero, de ocho pies de altura y 1.20 metros de largo, colocada justo a la mitad de la plaza. Richard

⁵ BENNETT, William J. “The Case for Abolishing the National Endowment for the Arts and the National Endowment of the Humanities”. Testimonio realizado ante el House of Appropriations Committee on Interior. 24 de enero de 1995.

⁶ KRAUTHAMMER, Charles. “The First 100 Days: A Hardball Agenda”. En: Washington Post. 2 de diciembre de 1994.

⁷ Ibidem.

⁸ Basados en la novela homónima escrita por José María Eça de Queiroz en 1875, Carlos Carrera, director, y Vicente Leñero, guionista, adaptaron la cinta “El crimen del padre Amaro” a la realidad mexicana del año 2002, apoyados económicamente con fondos del Estado a través del Instituto Mexicano de Cinematografía. La trama es la confrontación de la fe, el poder, la Iglesia y la pérdida de los votos de castidad de un joven que se inicia como sacerdote.

Grupos de la jerarquía eclesiástica y el Comité Nacional Provida, denunciaron que la cinta mostraba escenas que humillaban e insultaban profundamente sus creencias: sexo ante la imagen de la Virgen de Guadalupe, degradación del sacramento de la comunión y del manto sagrado, aborto, narcotráfico ligado a las autoridades de la Iglesia, etc. Incluso el dirigente de Provida, Jorge Serrano Limón, la acusó de “blasfema e insostenible” y presentó una demanda contra los funcionarios públicos y titulares de Gobernación que permitieron su financiamiento y rodaje.

La polémica y la crítica fueron los medios más efectivos de promoción. “El crimen del padre Amaro” ha sido la cinta con mayor éxito taquillero en la historia de México (5 millones de asistentes); fue nominada al Oscar y al Golden Globes Award como la mejor película extranjera y obtuvo nueve premios Ariel, máximo galardón que se otorga en México a la industria cinematográfica.

El Estado subsidió “El crimen del padre Amaro” por criterios artísticos, no por principios morales. La pregunta es cuál es la misión del arte y por ende la utilización de recursos públicos para el mismo.

Serra recibió una felicitación por parte del Presidente Jimmy Carter, por su contribución al patrimonio cultural de los Estados Unidos.

El concepto moderno e innovador de Tilted Arc causó una gran controversia en los siguientes años: fue criticada por ser antiestética y divisoria, obstruir la interacción social dentro de la plaza, impulsar el *graffiti* y crear problemas de inseguridad e higiene. Durante esta polémica, Serra rechazó una oferta de la GSA de reubicar la escultura, gratuitamente, en otro sitio. En 1985 se llevó a cabo una audiencia pública en la que 122 personas estuvieron a favor de conservar la escultura y 58 en contra. Sin embargo, la noche del 15 de marzo de 1989 la escultura de Serra fue destruida: el arco de acero fue cortado y desmontado, y la hendidura en el asfalto fue totalmente cubierta.

Cualquiera hubiese pensado que fue un acto de vandalismo iconoclasta, sin embargo, existen antecedentes de que fueron personas contratadas directamente por las autoridades del gobierno quienes realizaron tal acto, y fue llamado "vandalismo desde arriba", por haber sido el procedimiento más descarado y bárbaro de la política cultural norteamericana de los años ochenta.

La pregunta subsecuente es: después de que el Gobierno subsidia una obra de arte, ¿es válido prohibir su exhibición?

La polémica, como en la película de "El crimen del padre Amaro", radica en hacia dónde se deben dirigir los recursos del Estado destinados al arte, o bajo qué criterios se decide a quién otorgarlos.

Actualmente los restos de Tilted Arc se encuentran en una bodega del gobierno en Maryland.

Desde otra perspectiva, si hay formas artísticas que pueden considerarse "mejores" que otras (la ópera frente a la comedia musical, por ejemplo), ¿debe una política pública estimular la demanda de las actividades "mejores" o debe simplemente satisfacer las demandas de las mayorías, sean las que fueren? ¿Debe el gobierno estimular nuevas demandas para la cultura y las artes sin importar su definición?

En cada rama artística, las decisiones deben tomarse buscando un equilibrio entre la preservación del patrimonio artístico y la estimulación a los nuevos esfuerzos creativos. La naturaleza propia del trabajo artístico supone el fracaso de la mayor parte de las nuevas producciones; al menos así ha sucedido con numerosas obras maestras del pasado. Por otro lado, una vida cultural que no permitiese espacio para el desarrollo de las artes sería una contradicción.

Otro gran problema del sistema público controlado por el sector gubernamental es que en muchas ocasiones los servidores públicos se ven presionados por los grupos que los apoyaron para llegar al poder⁹, por grupos de presión o por factores reales de poder para tomar ciertas decisiones que son a veces distantes de lo más conveniente en términos artísticos; pero que de alguna manera consisten en cierto alivio político para el sistema.

Escándalo con motivo de la Virgen de Guadalupe en el Museo de Arte Moderno

En noviembre de 1987 se suscitó en la Ciudad de México un escándalo de grandes proporciones debido a la presentación de la exposición Espacios Alternativos. En esta muestra colectiva llevada a cabo en el Museo de Arte Moderno, el pintor Rolando de la Rosa generó el descontento de gran parte de la población católica al incluir iconografía de esta religión en un contexto alternativo dentro de su instalación llamada El real templo real.

Entre las obras que presentó el artista se encontraba un collage conformado por una imagen de la Virgen de Guadalupe con el rostro de Marilyn Monroe, el pelo rubio y situada en medio de una cama. Asimismo, presentó un Cristo crucificado con el rostro y las manos de Pedro Infante. Otra de las obras representaba un Sagrado Corazón rodeado de telarañas en el pecho y portando una botella de vino; finalmente exhibió una Sagrada Familia, en la cual un balón de fútbol cubre la cara de Jesús.

Estas obras en particular provocaron numerosas protestas por parte de los feligreses, quienes se quejaron de haber recibido un atentado, directamente aprobado por la Secretaría de Educación Pública. Ante la profunda indignación de la comunidad católica, el

⁹ Finalmente, algunas políticas sobre arte han sido perseguidas por los líderes políticos o gubernamentales prominentes para obtener ventajas personales. El uso de las artes como estrategia política del príncipe tiene una larga historia, como puede apreciar cualquiera que esté familiarizado con los edificios de los Medici. Un ejemplo lo constituye el establecimiento del Fondo Nacional para las Artes en Estados Unidos. Richard Nixon apoyó dicha empresa como un modo poco costoso de mejorar su imagen ante grupos de interés que no lo apoyaban a él ni a sus políticas.

Comité Provida, dirigido por Jorge Serrano Limón, organizó una marcha el día 28 de febrero de 1988 desde el Zócalo capitalino hasta la Basílica de Guadalupe para manifestarse en contra de la exposición, tachándola como acto sacrílego y satánico. Cabe destacar que se congregaron alrededor de 250 mil personas en este movimiento, oficiando una misa el Cardenal Primado de México, Ernesto Corripio Ahumada. En Acapulco y en Puebla también se manifestaron cuantiosas personas contra esta exposición.

Ante esta situación, en 1988 el director en turno del museo, Jorge Alberto Manrique, renunció a la dirección de este recinto ya que parte de los manifestantes tomaron el museo y pedían el cierre del mismo. Muchos intelectuales, entre ellos Raquel Tibol y Teresa Del Conde, manifestaron su apoyo tanto al artista como a la institución museística y al personal de la misma.

Este caso es relevante en materia de política cultural. Por una parte, se defendían los intereses religiosos de una nación cuya mayoría de habitantes son católicos, por otra parte y tal como los intelectuales en turno manifestaron, se atentaba contra la libertad de expresión, ya que este tipo de manifestaciones artísticas son alternativas y lo que buscan es la apertura de espacios nuevos en donde presentar arte crítico. También es importante mencionar que a pesar de tal escándalo, la exposición cumplió funciones inherentes del arte: conmover y provocar.

¿Deben las autoridades artísticas y culturales con recursos públicos apoyar proyectos que agraden el sentir de alguno de sus ciudadanos?

Más allá de esto, los riesgos políticos que implica apoyar directamente algo que más tarde será un escándalo público hace muy poco atractiva la idea de ser responsable de este tipo de decisiones; algunos políticos, sin embargo, sí logran darse cuenta de que su conservadurismo opera en detrimento de las artes.

En suma, así como mencionamos que el mercado y/o el sector privado tienen fallas en la formulación integral de la política cultural y en la creación suficiente de bienes y servicios culturales, el sector público también

tiene sus propias limitaciones que no le permiten –en todo momento y para todos los segmentos de la sociedad– ser oportuno para inducir la creación de dicho bienestar cultural.

El sector público puede fallar por las siguientes razones: 1) las decisiones de producción de las empresas públicas pueden llegar a obedecer más a motivos políticos que a las necesidades ciudadanas; 2) porque no siempre tienen la cercanía, y por ende, la información requerida sobre las necesidades de un gran número de ciudadanos en materia de consumo y producción de bienes artísticos; 3) el sector público tiene como razón de ser el atender de manera prioritaria las demandas del promedio (la mayoría) de la sociedad y no de las particularidades de la misma (por ejemplo; públicos específicos: adultos mayores, gente con capacidad especial, reclusos, entre otros); 4) el sector público, al establecer prioridades, en ocasiones entra en contradicciones. Por ejemplo, puede suceder que la prioridad hacendaria afecte negativamente a la prioridad cultural, y 5) el sector público tiene incentivos inherentes a los intereses burocráticos, donde la misión de aumentar el gasto asignado o la necesidad de complacer al jefe, a veces puede superar las necesidades auténticas de la misión cultural.

Ante las fallas del sector público y privado para definir qué proyectos artísticos merecen apoyo, aparece un escenario distinto en la gestación de las políticas culturales encabezado principalmente por los creadores y/o expertos, –incluyendo entre éstos, en un lugar preponderantemente, a los críticos de arte– así como por intereses ciudadanos y del tercer sector (por ejemplo; fundaciones, instituciones de asistencia privada, asociaciones civiles)¹⁰. Como lo analizaremos, cada uno de estos grupos tiene sus bondades, así como sus fallas y limitaciones.

LOS EXPERTOS Y/O CREADORES

“Los artistas se equivocan siempre que, en lugar de hacer, meditan”¹¹.

¿Cómo distribuir recursos limitados entre actividades tan disímiles como el teatro, la literatura, las artes plásticas, el cine, el videoarte, la música, la danza o las distintas manifestaciones de la cultura indígena o popular?

Sin duda, hacer uso de recursos públicos para apoyar presentaciones de ópera o, en menor nivel, de música clásica, es debatible por razones de equidad, en la

¹⁰ Esto no quiere decir que el sector público no deba participar en la política cultural. Por supuesto que debe hacerlo. Tiene importantes misiones en el ámbito cultural que fueron descritas en las páginas anteriores y que serán reiteradas en los capítulos subsecuentes. Pero su función definitivamente no es la de definir el “buen *versus* el mal arte”.

¹¹ Alain Touraine.

medida en que (en promedio) los beneficiarios corresponden a los grupos con mayores recursos económicos. En términos generales, los criterios económicos no son suficientes para definir las prioridades en este campo y, en última instancia, lo que resulta determinante son las consideraciones políticas y culturales, es decir, preferencias ciudadanas manifiestas expresadas a través de mecanismos diferentes del mercado¹². Sin embargo, ello no significa que no se requieran criterios consensuados y arreglos institucionales eficaces para mitigar en lo posible los márgenes de arbitrariedad, clientelismo y/o favoritismo en la asignación de recursos para la actividad cultural.

Los grupos de expertos son una opción en la gestación de políticas públicas y en la obtención de información especializada para su proceso de creación, que ha sido utilizada durante años en la tradición de la política cultural. Un individuo al que se acusa de haber cometido un crimen goza de la garantía de ser escuchado por un jurado de individuos comunes o "iguales" a él. Los procesos de revisión y examen hechos por "iguales" (creadores o expertos en la materia en cuestión) han sido establecidos en actividades intelectuales (por ejemplo; ciencia, literatura, humanidades) y profesionales (por ejemplo; medicina, derecho, ingeniería) donde son usados como parte de su autonomía. El gobierno federal, al emprender actividades específicas que requieran experiencia y conocimiento en ciertas áreas, se ha visto en la necesidad de adoptar prácticas similares.

El sistema de revisión por expertos está pensado para ampliar la participación del público en la toma de decisiones del gobierno y ofrecer a los funcionarios públicos asesoría especializada respecto al otorgamiento de prestaciones públicas discrecionales. La calidad de miembros en los grupos de expertos es, por consiguiente, de suma importancia para la efectividad y la legitimidad del proceso; además de que deberá hacerse todo lo posible para mantener flexible el procedimiento de selección¹³.

Este modelo de toma de decisiones está basado en tres supuestos: 1) tus "iguales" son los individuos más capaces para juzgar las cualidades de tu trabajo; 2) las decisiones que tus "iguales" hacen en respuesta a tales cualidades reflejan del mejor modo el interés en el

financiamiento a las artes, y 3) en caso de que los expertos sean creadores de reconocido mérito, la legitimidad en las definiciones tendrán aun mayor validez.

El primero de estos supuestos es probablemente más ampliamente sostenido que el segundo y el tercero. De hecho, el segundo se ha discutido poco en los debates de política artística. Pero los tres son necesarios como justificación para un proceso confiable de toma de decisiones relativo a la asignación de recursos públicos por los grupos de "iguales".

Las controversias sobre el uso de expertos "iguales" en los procesos de creación y aplicación de las políticas públicas surgen en gran medida porque este sistema aparece como un mecanismo para asignar recursos escasos y, por otro lado, para buscarlos. En muchos campos de la política donde se pone en práctica la revisión por expertos, la asignación del presupuesto federal para financiamientos y becas tiene especial importancia no sólo desde el punto de vista financiero, sino en tanto indicador de la calidad y capacidad de quien los recibe, así como del mérito y significancia de su proyecto. Aunque comúnmente se dice que la revisión por expertos no sólo informa decisiones públicas específicas sino que también las aísla de tendencias partidistas o ideológicas, es un hecho que este sistema se enfrenta con un problema relativo a la política: quién obtiene qué, cómo y por qué.

El criterio principal para la selección de los integrantes del grupo es que tengan un conocimiento especializado en ciertas materias, sin embargo, también otros criterios son tomados en consideración. La diversidad y la representatividad, por ejemplo, suponen tomar en cuenta factores como el estilo artístico, la distribución geográfica, la participación de las minorías y la distribución por edad.

Por ello, establecer procesos rotativos que induzcan a la imparcialidad es una parte integral del proceso de revisión. Los conflictos de intereses suelen ser obvios respecto de la solicitud de becas; sin embargo, hay una considerable cantidad de arreglos institucionales que pueden mitigar problemas de parcialidad. Por ejemplo, el Fondo Nacional para la

¹² En lo posible, la decisión política y estética debe apoyarse en una información de los costos de cada actividad y en los distintos usos que podrían definirse a los recursos que se asignen a los subsidios culturales.

¹³ Debe observarse, sin embargo, que la delegación de autoridad a los expertos o a los creadores tiene sus propios peligros. En muchos aspectos simplemente nos regresa al punto de partida. Aparte del hecho de que los creadores y/o expertos sean más aptos que los políticos, servidores públicos o incluso el ciudadano medio para juzgar el mérito técnico (¿artístico?) de una obra de arte o una propuesta, el arte es mucho más que la simple técnica. ¿Quién está para decir que el gusto de los expertos es superior? ¿Quién decide quiénes son los expertos? Generalmente son otros creadores y esto puede llevarnos a una endogamia estética. Es probable que nos lleve a un viejo infantilismo en la toma de decisiones: un experimentador o un iconoclasta puede obtener más éxito ante un comité de burócratas que ante un consejo de artistas prestigiados, o directores de instituciones relevantes. De hecho, en ocasiones las decisiones formuladas por un consejo son potencialmente invalidables ya que sus miembros son artistas que se aprueban o se atacan uno al otro.

Cultura y las Artes (FONCA) en México, prevé rotación de jurados y el Fondo Nacional para las Humanidades en Estados Unidos prohíbe que la revisión sea llevada a cabo por la misma institución de la cual es miembro el solicitante o, incluso, por el mismo sistema universitario.

En primera instancia, los campos de actividad bajo revisión (artes, humanidades, ciencia y medicina) deben estar en constante cambio, lo cual obliga a que la composición del grupo se adapte con fluidez. En segunda instancia, el principio de representatividad es un principio democrático cardinal que debe ser incluido en todos los procesos públicos. Por estas razones, las dependencias públicas que utilizan la revisión por medio de expertos deben tener particular cuidado en reclutar y rotar a los miembros de los jurados frecuente y eficazmente.

Sin embargo, la revisión por expertos presenta un problema clásico de la democracia, el cual se ve complicado con el valor que en la vida pública democrática tiene la libertad de expresión¹⁴. Para ésta, los procesos de revisión de expertos deben generar decisiones públicas bien informadas y ampliamente participativas que al mismo tiempo sepan reconciliar la protección a la libertad intelectual y de creación de los solicitantes, con la prioridad que tiene el Estado de rendir cuentas a la población. Reconocer la legitimidad de ambas demandas es un punto crucial para dar solución a esta aparente paradoja.

En sentido más amplio, las controversias que rodean el uso del sistema de revisión de expertos no pueden ser resueltas en un solo sentido, apelando a la autoridad del experto o a la potestad del interés público. La posible solución debe ser capaz de pretender legitimidad en ambos sentidos. Esta solución inevitablemente asumirá un carácter político, equilibrando distintos principios y combinando tanto recursos públicos como privados para dirigir el interés cultural.

En esta situación, la inclusión de arreglos institucionales en las artes es fundamental. Los juicios deberán ser

ejecutados bajo reglas del juego certeras, transparentes, imparciales y oportunas, tanto en el terreno político como en el estético. La conducción de los programas gubernamentales para las artes, y los arreglos institucionales que induzcan a la imparcialidad de grupos de interés y de favoritismos ajenos al "mérito", son tan importantes como los problemas de justificación estética.

LOS CIUDADANOS

"Democracia significa gobierno por los sin educación, mientras que aristocracia significa gobierno por los mal educados"¹⁵.

El debate acerca del derecho que pueda tener un gobierno para influir en la ideología de los individuos a través del arte es añejo. John Stuart Mill decía lo siguiente: "Cuando se pretende moldear a las personas idénticamente entre ellas, y cuando el molde que se intenta aplicar satisface a la clase predominante en el gobierno, sea éste una monarquía, una aristocracia, o la mayoría de la generación existente, en la proporción que esto sea eficiente y exitoso, constituye un despotismo sobre la mente humana"¹⁶.

En el otro extremo de la toma de decisiones de los gobernantes y los expertos se encuentran los ciudadanos. Para ello, (idealmente) cada uno de ellos define lo que quiere, en su espacio y temporalidad.

En dicho sentido, la pregunta subsecuente y de enorme trascendencia en el ámbito de las políticas públicas es: ¿cómo lograr que los ciudadanos realmente sean partícipes en la definición de las políticas culturales? Ante ello surgen principalmente tres mecanismos: 1) el referéndum, 2) los cupones, y 3) los estudios de opinión.

El referéndum ha sido un mecanismo útil para dichos propósitos. Por ejemplo, en Suiza, los gastos importantes para las artes están sujetos a un referéndum público. Entre 1950 y 1983 hubo 108 referéndums en los municipios principales. De ellos, 82% fueron apoyados por los votantes¹⁷.

¹⁴ No sería difícil predecir una serie de críticas a la revisión de un grupo de expertos: "sistemas cerrados de amigos –'mafias'– que se dan becas entre ellos de acuerdo a valores que no son compartidos por la sociedad en general". En la mayor parte de los campos en los que participa el gobierno, tal situación estaría caracterizada como un caso de "captura regulatoria" –la dependencia creada para relacionarse, subsidiar, dar forma, regular o controlar un sector pensante y crítico de la sociedad.

¹⁵ Gilbert Chesterton.

¹⁶ STUART MILL, John; citado por ARONS, Stephen. "Compelling Belief: The Culture of American Schooling". Nueva York: Mc Graw Hill. 1983. p. 195.

¹⁷ Las pinturas de Picasso, "Les deux frères" y "Arlequi assis", fueron puestas en venta por 8.4 millones de francos suizos. Estas pinturas ya estaban en préstamo en la colección del Basle Art Gallery y el gobierno de la ciudad de Basilea decidió que gastaría 6.4 millones si lograran conseguir 2 millones adicionales de fondos privados, y los 6.4 millones estuvieron sujetos a un referéndum. En octubre de 1967 se dio un debate acerca del arte y la comunidad en el papel del arte moderno. Al final, 53.9% de las personas votaron a favor. Picasso estuvo tan encantado que donó dos pinturas más y dos dibujos al museo. FREY, Bruno S. y Werner W. POMMERHNE. "Muses and Markets: Explorations in the Economics of the Arts". Oxford: Blackwell. 1989.

El referéndum: caso Tacoma

En abril de 1982, el artista “neón” Stephen Antonakos propuso la realización de una escultura en el techo del Domo de la ciudad de Tacoma, Estados Unidos. Los miembros del consejo de la ciudad rechazaron en un principio el proyecto, sin embargo, más tarde algunos miembros de la comisión de artes lo apoyaron y en noviembre del mismo año votaron a favor de la contratación del artista para la realización de un proyecto que no incluyera el techo del Domo.

Casi un año después de presentar dos proyectos preliminares, Antonakos fue a la Comisión de Artes el 16 de enero de 1984 con una descripción final, por escrito del proyecto. El artista propuso una escultura bi-dimensional montada en dos paneles fijos cada uno de tres y medio metros de alto y casi treinta metros de largo, los cuales serían colocados uno junto al otro al final del escenario del Domo.

Esta nueva propuesta fue recibida con entusiasmo por parte de la Comisión de Artes, la cual estaba impaciente por realizar el proyecto después de más de dos años de retraso, tiempo en el cual, el Domo ya había abierto sus puertas. Al día siguiente, después de revisar la propuesta con Antonakos, el jurado del Domo emitió su aprobación. Antonakos presentó el proyecto al consejo municipal y describió los paneles, su ubicación dentro del Domo, los métodos de construcción, mantenimiento y costos, los cuales sumarían un total de 272,000 dólares, incluyendo una comisión de 135,000 dólares.

Al día siguiente, la comisión de artes sostuvo una audiencia pública sobre la nueva propuesta. Sólo 26 personas asistieron a la audiencia. Después de la presentación del proyecto se recibieron comentarios; poco más de la mitad de los asistentes se opusieron al proyecto y el resto estuvo a favor de éste. Algunos de los que se opusieron argumentaron que los 272,000 dólares constituían una cuantiosa suma para gastarse en arte, mientras que el resto de los opositores coincidían con Maude Norton, quien testificó que la escultura era inapropiada para Tacoma, ya que no reflejaba la historia e identidad de la ciudad.

Posteriormente críticos del consejo municipal cuestionaron la anticipación con la que se habían llevado a cabo las audiencias. El principal argumento era que el consejo no había realizado las audiencias con el tiempo suficiente para incorporar en el proyecto las observaciones y opiniones del público.

Una semana después, el consejo aprobó la recomendación de la Comisión de Artes y otorgó el contrato a Antonakos el 21 de febrero de 1983. Como reacción contra el artista, un grupo de ciudadanos formó el grupo “Neón No”, bajo el liderazgo de Don Newman, artista local. Este grupo buscaba prevenir al consejo de la ciudad de firmar un contrato con Antonakos y lograron que tres miembros quisieran reconsiderar la decisión de contratar al artista debido a la creciente oposición.

Después de perder la batalla para evitar que el consejo firmara el contrato con el escultor, el comité del grupo “Neón No” comenzó una campaña, a principios de abril, para recaudar 4,200 firmas con el fin de convocar a un referéndum. A mediados de mayo el grupo contaba con 8,000 firmas. Por lo que, el consejo de la ciudad tomó la decisión de convocar a un referéndum el 18 de septiembre para decidir el futuro de la obra que ya había sido contratada y que el escultor entregaría a la ciudad a finales de julio.

El referéndum se llevó a cabo y votaron 25,000 personas de las 80,000 registradas en el padrón electoral de la ciudad. Los resultados indicaron que 75% de los ciudadanos que votaron no estaba de acuerdo en que la escultura de neón se exhibiera en el Domo apoyando con esto la remoción de la obra. Debido a estos resultados, el consejo de la ciudad realizó un análisis de la remoción de la escultura y se dio cuenta que implicaba nuevos costos.

Por tal motivo, el consejo convocó a una audiencia pública con el fin de plantear el problema y con esto disuadir a la población de que la escultura se quedara en su lugar. La audiencia se llevó a cabo el 6 de diciembre y tuvo una asistencia de 600 personas, ambos bandos, los “Neón No” y la gente de la comisión de arte que apoyaba la obra, trataron de persuadir a los asistentes a la audiencia.

En lugar de crear un consenso, la votación realizada en la audiencia aumentó la confusión creada alrededor de la controversia, ya que 68% de los asistentes estuvo a favor de mantener la obra en el Domo, una cifra similar a los resultados del referéndum llevado a cabo en septiembre. Finalmente, la decisión recayó en el consejo, el cual tuvo que decidir finalmente tomando en cuenta tanto los resultados del referéndum como los de la audiencia.

¿Es legítimo retirar una obra de arte por petición de un grupo de ciudadanos?

Otro mecanismo *democrático revolucionario* en la gestación de las políticas públicas utilizado por los ciudadanos, es el sistema de cupones.

El sistema de cupones es un sistema de subsidio a la producción o consumo de bienes y servicios culturales mediante el cual se destina un monto específico de dinero a cada grupo específico (estudiantes, niños, discapacitados, adultos mayores, etc.) en la forma de un cupón que se entrega para ser utilizado como pago de eventos artísticos. La institución en cuestión, por su parte, intercambia dicho cupón por dinero en la oficina pública, o mediante la forma que se destine para tales efectos.

Gendt lo define como: “El cupón es un título con un poder de compra predeterminado, endosado directamente a un individuo con la finalidad de fortalecer la efectividad de las preferencias del ciudadano”¹⁸.

Un sistema de este tipo puede tener diversas variantes según su diseño. Las diferencias más importantes factibles de encontrar entre los mecanismos dependen básicamente de los siguientes aspectos: a) el monto económico del cupón; b) el tipo de evento/proyecto que se considere, o los requerimientos mínimos para que una institución artística sea o no aprobada para ingresar al sistema; c) la regulación que acompañe a un sistema de esta naturaleza; d) los sistemas de información que se implementen para dar igualdad de oportunidades y generar incentivos de competencia y bienestar social¹⁹; y e) las ayudas económicas complementarias que se otorguen a los ciudadanos de bajos recursos, así como a públicos específicos.

Como puede observarse, la información es un factor primordial para el buen funcionamiento de un sistema de elección por cupones. La eficacia con la que se transmite información acerca de las diferentes alternativas para escoger, así como las características de cada una de ellas, es fundamental para, de manera efectiva, maximizar las preferencias del ciudadano.

Por eso, cada vez que se hable de un sistema de subsidio en la política pública (por ejemplo, cupones)

es necesario conocer al detalle todas sus características para así juzgarlo correctamente. Sin embargo, en general se puede mencionar un elemento común: un sistema de cupones relegaría una parte de la producción artística y cultural a las fuerzas del mercado, en el cual los proyectos y producciones artísticas competirían por los públicos existentes. El Estado continuaría utilizando recursos públicos para cumplir aquellas misiones que le corresponden y que las preferencias ciudadanas no atenderían (por ejemplo, preservación, normatividad, bienes públicos).

Todo ello no significa la abdicación por parte del Estado de sus responsabilidades como rector, preservador, promotor y gestor de los bienes y servicios culturales; sólo significa el imperativo de reconocer el papel de los ciudadanos, de las comunidades y de los procedimientos democráticos en la formulación de la política cultural.

Es importante recalcar que las características financieras que tendría un sistema de cupones se regularían según los criterios a ponderar. Por ejemplo, se puede establecer que el monto económico del cupón varíe de acuerdo a la situación económica del individuo²⁰.

Como es posible observar, a pesar de que el sistema de cupones es un cambio de paradigma del modo como opera hoy la política pública en la materia; caso en que los subsidios se ejerzan principalmente a través de instituciones gubernamentales y no directamente a los individuos sensibles, a los bienes y servicios culturales; los cupones también tienen sus propios cuestionamientos: si la gente prefiere usar sus recursos para promover espectáculos de Big Brother *versus* conciertos de música clásica, ¿nos olvidamos de la música clásica? Si los recursos no se usan para preservar nuestra memoria histórica, ¿qué pasaría con la misma? Aquí es donde el Estado asume un papel preponderante en la regulación y uso de los cupones; principalmente a través de la herramienta más valiosa en la afectación de la demanda por bienes y servicios culturales.

Otra modalidad, además del referéndum y de los cupones, para reconocer las preferencias de los ciudadanos y con ello definir la asignación de recursos

¹⁸ Como antecedente, podemos mencionar que este sistema de cupones fue en primera instancia concebido en los años sesenta para el sistema educativo por el economista Milton Friedman, quien consideraba que: “Los gobiernos deben financiar la educación otorgando a los padres cupones que establezcan una suma de dinero por año y por niño, que se pueda gastar en una escuela que haya sido aprobada”. De esta manera los padres podían gastar la suma de dinero adicional deseada para que sus hijos asistan a la escuela aprobada de su elección. El papel del gobierno sería únicamente asegurar que se cumplan los requerimientos mínimos de calidad educativa, con el establecimiento de un mínimo de conocimientos comunes en todas las escuelas, de la misma manera que hoy inspecciona que los restaurantes mantengan un mínimo nivel de sanidad. CATTERAL, James Stanley. “Education Vouchers”. Bloomington: Phi Delta Kappa Educational Foundation. 1984.

¹⁹ Por otro lado, es importante mencionar que un sistema de cupones incentivaría la especialización entre las fundaciones. En un mercado de competencia, cada una buscaría encontrar su nicho de mercado donde poder ejercer su liderazgo y posicionarse como la mejor. Esto, siempre y cuando se les otorgue la autonomía necesaria para que sean ágiles en la toma de decisiones.

²⁰ No es el objetivo de este trabajo determinar cuál es el monto requerido de un cupón en nuestra sociedad, así como tampoco es materia de este análisis concluir si debe éste ser uniforme o debe ser variable. Sin embargo, dadas las desigualdades sociales que existen en sociedades como las nuestras, pareciera que escalar el monto del cupón cumpliría más cabalmente con el objetivo de brindar equidad.

públicos a proyectos artísticos, es a través de estudios cualitativos y cuantitativos de opinión o estudios de mercado.

Por supuesto que los estudios de mercado (como los referendums y los cupones) tienen ventajas y desventajas. Hay que ser cauteloso para vislumbrar en cual contexto sirven y para qué.

Por ejemplo, los estudios de mercado pueden llegar a pronosticar confiablemente qué tan bien una nueva barra de chocolate llegará a venderse, dando a una parte de la población un mordisco del dulce, y preguntándoles qué tipo de etiqueta prefieren. Sin embargo, no se puede abrir un portafolio e interpretar "una muestra" de una nueva sinfonía y predecir la reacción del público amén de cuál será la demanda o qué tan bien será recibida (de entrada, probablemente el hecho de que guste a la mayoría no exprese mucho acerca de la implicación de la política pública de la música o de la excelencia de la misma). Cada pieza de arte es en cierto grado única, y si una composición especial agrada o desagrada al público será en forma más compleja que aquellas barras de chocolate. Aunado a ello, y de mayor trascendencia, es debatible determinar si un proyecto de arte está hecho para *impactar socialmente* al ciudadano.

Los procesos, el instrumental y la interpretación cuantificable del ámbito cultural tiene modalidades distintas a las de otros sectores de interés público; por ello, debe saberse con claridad lo que se busca, antes de definir mecanismos sobre las preferencias ciudadanas²¹.

EL TERCER SECTOR

"Si miras siempre al cielo terminarás por tener alas"²².

Una modalidad representativa de la organización ciudadana, y que cada vez cobra mayor importancia en el quehacer de la política pública, son las organizaciones no gubernamentales o lo que se denomina como el tercer sector.

Seguramente, estimado lector, le surja la pregunta siguiente: ¿por qué el tercer sector puede funcionar eficientemente para aumentar la oferta, diversidad y

calidad de los bienes y servicios culturales? La respuesta radica básicamente en la descentralización de las decisiones. El supuesto detrás de la legitimidad del tercer sector es que el sistema de gobierno está manejado por una burocracia que ejerce el poder público. En su lugar, el tercer sector se descentraliza hacia aquellos que participan directamente en las decisiones: los ciudadanos. En resumen, el sistema del sector filantrópico está construido alrededor de la descentralización.

Con base en lo anterior, se dictamina que el tercer sector cuenta con importantes ventajas en la producción de *determinados* bienes y servicios culturales *vis a vis* el sector público y privado, que justifican su énfasis: 1) promueven la eficiencia económica²³; 2) reducen el tamaño excesivo del gobierno; 3) reducen la carga presupuestaria del gobierno; 4) generan recursos públicos a través de la venta o concesión de la provisión de estos bienes; y 5) permiten a las empresas públicas otras fuentes de financiamiento.

Al mismo tiempo, es importante reiterar que de ninguna manera es justificable que el subsidio a las instituciones públicas desaparezca, ya que es una de las formas sociales más justas para el acceso, la oportunidad, la preservación de nuestro patrimonio, y la redistribución del mismo; mas éste debe ser de tal manera que fundaciones de carácter civil y/o social también puedan elegir dónde gastar su subsidio y no necesariamente que sea el gobierno quien elija por ellos.

En el tercer sector, las organizaciones dependen de los recursos generados a través de las donaciones. Aunque también pueden recibir subsidios del gobierno o vender bienes y servicios en el mercado. Se distinguen de las empresas privadas en que no tienen fines de lucro. Es decir, su finalidad no es acumular beneficios sino lograr un objetivo social.

Una ventaja adicional del tercer sector sobre el sector público propuesta por Holtmann (1976) es que los criterios de racionalización del bien, utilizados por el gobierno pueden no ser satisfactorios para muchos sectores sociales. En cambio, el tercer sector ofrece mayor variedad de criterios, por lo que aumenta sus

²¹ Como es factible observar, la definición de quién define debe reconocer la centralidad de los intereses de a quién se quiere beneficiar e inducir la participación de los ciudadanos compartiendo responsabilidades; creando mecanismos de reflexión, de análisis, de crítica y de gestión pública.

²² Gustave Flaubert

²³ La característica fundamental del tercer sector es que sus organizaciones (pueden ser empresas de asistencia privada o asociaciones civiles) dependen de recursos en forma de donaciones. Puesto que estas organizaciones no tienen fines lucrativos, pueden perseguir los siguientes objetivos: incrementar la calidad de los bienes o servicios que ofrecen, el número de demandantes o el presupuesto en forma de donaciones o de subsidios públicos. De igual manera, dicho sector se constituye principalmente por empresas intensivas en mano de obra. Como la mayoría de sus trabajadores están en calidad de voluntarios, sus costos de mano de obra son muy bajos, por lo que tienden a utilizar relativamente más trabajadores *versus* capital, que los sectores público y privado.

posibilidades de ser aceptado por la sociedad en su conjunto. Además, la aceptación aumenta ya que los objetivos de estas empresas son aprovechar el excedente del consumidor por encima del excedente del productor. En un argumento similar, Tryloff (1989)²⁴ coincide en que el tercer sector presenta ventajas de información sobre los sectores público y privado para conocer y atender las necesidades de comunidades locales.

Sin embargo, es importante hacer notar que el tercer sector, así como el sector público y el panel de expertos, también puede conllevar fallas implícitas en su estructura. Por ejemplo, pueden existir fundaciones que conlleven misiones particulares no coincidentes con las misiones sociales del ámbito artístico.

Por ejemplo, algunas organizaciones son susceptibles de padecer el «síndrome del fundador», que se manifiesta como una fuerte resistencia a los cambios. Ello les impide regenerarse a través de la innovación y el desarrollo de nuevas formas operativas²⁵. De igual manera, puede haber temor a lo innovador, crítico y retante; también puede haber una agenda moralizante de valores ajena al bienestar artístico.

También existen presiones políticas en la toma de decisiones. Esto se debe, en parte, a la existencia de fines corporativos en determinadas fundaciones pertenecientes o asociadas a empresas privadas y sujetas a presiones de accionistas.

Desde otro punto de vista, deben enfrentarse a un dilema fundamental: la consecución de los objetivos sociales, dadas las restricciones financieras. En muchas ocasiones, las fuentes adicionales de recursos ponen en peligro o distorsionan estos objetivos. Es decir, pueden existir conflictos entre los objetivos de la empresa y los medios financieros para conseguir los objetivos en cuestión. De este problema surge la necesidad legal de permitir la recaudación de fondos por donaciones²⁶. La raíz de este problema es que el tercer sector puede no ser autosustentable y poner en riesgo proyectos artísticos que son del gusto de algún donador, por razones financieras o políticas.

Aunado a lo anterior, la gestión de una política liderada *únicamente* por la visión del tercer sector tiene que

responder otros cuestionamientos significativos: primero, uno se pregunta sobre la misión de las distintas compañías y sus fundaciones respectivas ¿imponer determinadas preferencias, valores y gustos? ¿Imponer alguna marca? ¿Apoyar lo que un grupo selecto de “accionistas” o “personalidades distinguidas” decidan apoyar? Segundo, este modelo viola el principio de restricción: una dependencia gubernamental que simplemente ratifica las decisiones de financiamiento del sector no gubernamental, podría carecer de una gran cantidad de electores en el sector artístico o en el poder legislativo y probablemente dejaría de existir. Tercero: la generación de iniciativas del sector civil podría rebasar la capacidad del gobierno de financiar todos los requerimientos sociales.

Sobre la base de lo anterior, es importante ver que ninguno de estos grupos (gobierno, expertos, creadores, ciudadanos) puede solucionar todos los problemas. Todos tienen beneficios que aportar, así como fallas ontológicas y operativas²⁷. Por ello, como hemos señalado, una política *de Estado* cultural, antes que nada, tiene la obligación de definir su visión y misión, por ejemplo, qué busca y qué pretende en el corto, mediano y largo plazo; sus principios y valores, por ejemplo, dónde queda la crítica y la subversión, las minorías y los diferentes, los unos y los otros; sus competencias, por ejemplo, cuál es y cuál debería ser el papel y las reglas de operación de cada uno de los sectores involucrados; sus intereses, por ejemplo, financieros, institucionales y de participación ciudadana; y sus prioridades en las políticas sustantivas a desarrollar, por ejemplo, acceso, excelencia, democratización, preservación, pluriculturalismo; y con ello reconocer, que cada sector tiene aportaciones, fallas, derechos, responsabilidades y contrapesos para el logro de un óptimo bienestar cultural.

En suma, son los creadores (talentos) los que en la práctica de la política cultural definen el gusto y la trascendencia estética. ¿Quién mejor que Bergman para visualizar a un joven (prominente) director de cine en potencia? Por supuesto, el principio de incertidumbre y restricción se encuentra presente en esta modalidad: ¿qué pasa si para Bergman el proyecto de *Juan Cinéfilo* es genial, pero para Fellini no lo es? Es decir, si rotamos en los jurados a “talentos consagrados” o compiten

²⁴ TRYLOFF, Robin S. “The Role of State Arts Agencies in the Promotion and Development of the Arts on the Plains”. *Great Plains Quarterly*. Volumen I. Número 2. 1989. pp. 119-124.

²⁵ WYSZOMIRSKI, Margaret. «America’s Commitment to Culture: Government and the Arts». Westview Press. 1995.

²⁶ WEISBROD, Burton A. “To Profit or Not to Profit? The Commercial Transformation of the Nonprofit Sector”. Nueva York: Cambridge University Press. 1998.

²⁷ TUCKMAN, Howard P. “Competition, Commercialization, and the Evolution of Nonprofit Organizational Structure”. En: “To Profit or Not to Profit”. Nueva York: Cambridge University Press, 1998. Tuckman analiza la sinergia del tercer sector con los otros sectores y distingue tres casos. El primero se da cuando las empresas no lucrativas compiten con las lucrativas. En el segundo, compiten con las empresas públicas. El tercero surge cuando las empresas sin fines de lucro compiten entre ellas (principalmente por donaciones. El mecanismo más frecuente de competencia es la calidad del bien o servicio para generar prestigio y buena reputación). La conclusión a la que llega es que la definición eficiente de derechos de propiedad, competencias y obligaciones es condición necesaria para el sano desarrollo del arte y la cultura.

entre sí, ¿si existen filias o fobias? ¿Los resultados difieren? ¿Por mucho? ¿Por poco? ¿Cambian las definiciones del buen arte entre generaciones? ¿Entre contextos? ¿Entre pares de “genios”?

Por otro lado, el sector público debe inducir procesos imparciales, desregular cotos de poder, garantizar acceso equitativo, rendir cuentas claras en la convocatoria, inducir la participación ciudadana en las políticas públicas y establecer reglas transparentes y certeras.

Por último, son los ciudadanos, quienes deben definir el mejor uso de sus recursos; por ejemplo, el decidir si prefieren utilizar sus asignaciones presupuestarias para restaurar su iglesia o construir una cineteca en su localidad. Son los ciudadanos los que deben ser partícipes activos en las políticas públicas culturales: la cultura es de ellos, debe ser para ellos el beneficio de la misma.

De igual manera, son los creadores los que deben definir qué crear y encontrar los elementos y apoyos institucionales para que su desarrollo sea pleno y eficaz.

En conclusión, es importante enfatizar que en el debate filosófico de la gestión de la política pública en referencia a quién define lo que debe ser apoyado como arte, se encuentran: 1) el político que tiene recursos para apoyar a sus allegados y convertir en famosos y de moda a sus artistas predilectos; 2) el empresario y el crítico de arte, quienes sin duda influyen en las opiniones de artistas y consumidores, que con ánimo de lucro “inflan”, “sobreestiman”, “subestiman”, “compran”, “re-venden”, “hacen y reinventan” el mercado (y el valor de lo artístico); 3) El pueblo (*sic*), que con sus recursos y tiempos “consume” lo que le gusta y desecha lo que no, e influye en lo que se crea y se ofrece; 4) el talento, el “genio” que es reconocido meritoriamente por su creación, y quien sin duda es el que mayor peso tiene en la balanza para definir el “buen arte” *versus* “el malo”; y 5) el artista, que debe conllevar un espíritu emprendedor para que, sin condiciones de ultraje o censura y bajo arreglos institucionales favorables, desarrolle sistémicamente el mercado dominante creativo de la comunidad.

¿QUIÉN PAGA?

“Todo dinero tiene un pecado original. El único modo de redimirse de él es gastarlo”²⁸.

Una vez analizados los diferentes escenarios de quién define, surge el problema de quién paga, cómo, por qué, y para quién. Ante esto surgen nuevas

interrogantes: ¿cuál es la naturaleza de la relación entre las dependencias que financian las artes y quienes reciben los fondos? ¿Es un regalo? ¿Es un derecho? ¿Es un premio? ¿O, es un acuerdo para intercambiar recursos públicos por actividades que son consideradas de interés público? Aunado a lo anterior, dos cuestiones prácticas: ¿dónde podemos encontrar más dinero? Y ¿cómo podemos encontrar el dinero apropiado en mayor cantidad?

A continuación describiremos las que consideramos las tendencias más significativas en la recaudación de ingresos en el sector de las artes (y con ello aclarar quién paga, quién se beneficia, cómo y por qué). Algunos programas se han concentrado en incrementar los ingresos públicos, con características distintas a las de los ingresos generales provenientes de impuestos.

Loterías estatales: un instrumento en el financiamiento de las artes es el uso de ingresos provenientes de loterías administradas o concesionadas por el gobierno. Este enfoque se ha hecho más común, particularmente en los países anglo parlantes con una tradición de consejos de arte como *art's lenght*. Los ingresos derivados de la lotería son (o han sido) destinados a las artes a nivel estatal en Estados Unidos, a nivel provincial en Canadá y Australia, y a nivel nacional en Nueva Zelanda, Finlandia y el Reino Unido. Las loterías locales y estatales también son utilizadas en Alemania para financiar las artes. Hay que notar que mientras las loterías locales pueden proveer de mayores recursos a la cultura y las artes, representan un problema interesante por sí mismas cuando se considera la incidencia de los pagos y los beneficios.

Loterías Estatales. Viejo mecanismo en la Academia de San Carlos

La Academia de San Carlos es considerada como un ícono urbano en la actualidad. La Academia abrió sus puertas el 4 de noviembre de 1781 con el nombre de Academia de las Tres Nobles Artes de San Carlos y fue formalmente fundada el 5 de noviembre de 1785 con estatutos reales, bajo el nombre de Academia de San Carlos de la Nueva España, teniendo como sede la Casa de Moneda.

Para el Rey Carlos III la Academia fue el medio para regular la producción plástica y artesanal. A partir de entonces, la historia de la institución ha sido trascendente, es el lugar donde se crearon un número significativo de los artistas más importantes del país. Sus maestros y

alumnos han permitido documentar de manera visual gran parte de los acontecimientos de México, por lo que se ha convertido en un testigo permanente de la vida cultural, social y política del país.

En 1810, en plena Guerra de Independencia, la carencia de recursos produjo una crisis de varios años, por lo que la Academia de San Carlos se encontró al borde de desaparecer. Sin embargo, en 1843, por un decreto del 16 de diciembre, la renta de la Lotería quedó a cargo de la Academia de San Carlos, denominándose a partir de entonces Lotería de San Carlos. Los ingresos de la Lotería de San Carlos se destinaron a cubrir los gastos de la Academia. Gracias a la Lotería, la Academia continuó operando, convirtiéndose en la Academia de México Independiente, a cargo de don Francisco Javier Echeverría (posteriormente presidente de la República). De esta manera, la Lotería cumplió con la función de preservar la Academia, que de otro modo hubiera desaparecido por la falta de recursos. El 23 de mayo de 1861 se fundó la Lotería Nacional y quedaron suprimidas las loterías de San Carlos y la del Santuario y Colegiata de Guadalupe. Por Ley del 28 de junio de 1867 se prohibieron las rifas y sorteos y fue en este mismo año cuando se restableció la Academia con el nombre de Escuela Nacional de Bellas Artes.

En la actualidad, la Academia de San Carlos alberga la División de Estudios de Posgrado de la Escuela Nacional de Bellas Artes, integrada a la Universidad Nacional Autónoma de México.

¿Convendría retomar agencias similares a la Lotería de San Carlos que financien las artes para así poder cubrir los gastos de las actividades artísticas y culturales de interés público? ¿Quién ganó y quién perdió con la Lotería de San Carlos?

Hay una cantidad importante de preguntas de política pública que uno debe hacerse acerca del financiamiento por medio de las loterías. El dinero destinado a las artes, ¿termina sustituyendo el gasto público en lugar de aumentarlo? ¿Cuáles son las implicancias de quitar de este modo a las dependencias que financian las artes del presupuesto? Esta tendencia,

¿significa que la cultura y las artes están siendo vistas de manera creciente como parte de la “industria del entretenimiento”, y que está operando un nuevo principio indicativo que cualquier subsidio cruzado debe estar en una industria? ¿Es posible realizar distintos mecanismos de toma de decisiones poniendo en práctica las loterías? De ser así, ¿cuáles son las implicancias del financiamiento de las artes? ¿Son “los soñadores” y la clase baja los que terminan pagando por los servicios y bienes culturales? Por ejemplo, la prensa británica ha insistido en puntualizar que la clase trabajadora pobre es la que está pagando, entre otras cosas, la renovación, expansión y sustento de la Royal Opera House²⁹.

Impuestos específicos: en muchas partes del orbe se han aplicado una variedad de impuestos específicos con el objetivo de definir quién paga y quién se beneficia con la cultura y las artes: impuestos a los hoteles, impuestos a los boletos de admisión, impuestos sobre entretenimiento, impuestos a los boletos de cine, impuestos distritales especiales, por mencionar algunos. En la región de seis condados que rodean Denver, Colorado, por ejemplo, una décima parte del incremento en el impuesto general a las ventas se dedica a instalaciones de artes y ciencia. En Argentina y en México, se cobra un derecho en los boletos de las salas cinematográficas. Ocasionalmente, se implantan impuestos, derechos o aprovechamientos especiales para crear autofinanciamiento en un sector en particular. Generalmente, este impuesto se reembolsa si los ingresos se gastan en ese sector. Veamos, por ejemplo, la industria filmica francesa: se recauda un impuesto complementario en los boletos de las películas francesas, que puede reutilizar el productor, pero sólo si lo reinvierte en una nueva película francesa. Esta política puede ser un instrumento idóneo para alinear de mejor modo a los que pagan por un bien con los que se benefician por el consumo del mismo.

Estímulos fiscales a la producción de películas en México: un anhelo de la comunidad cinematográfica

La industria cinematográfica nacional, por su sentido social, es una actividad cultural de primer orden para los mexicanos y es asimismo una actividad industrial que produce un importante efecto económico al país, al ser una fuente significativa generadora de empleos directos e indirectos.

²⁹ Para mayores detalles de las loterías estatales véase SCHUSTER, J. Mark. “Funding the Arts and Culture through Dedicated State Lotteries –Part I: The Twin Issues of Additionality and Substitution”. En: European Journal of Cultural Policy 1. 1994. y SCHUSTER, J. Mark. “Funding the Arts and Culture through Dedicated State Lotteries –Part II: Opening the Way for Alternative Decision Making and Funding Structures”. En: European Journal of Cultural Policy 2. 1994.

El Instituto Mexicano de Cinematografía (Imcine), organismo público descentralizado coordinado por el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (Conaculta), ha realizado esfuerzos para impulsar, fortalecer, promover y coordinar la actividad cinematográfica nacional en el contexto de una realidad económica difícil y de una ardua competencia frente al cine extranjero, que no ha sido favorable para el país.

La industria cinematográfica nacional, y en particular el campo de la producción, enfrenta en la actualidad una grave crisis de carácter económico, debido entre otros factores, a la insuficiencia de recursos financieros, a la falta de inversión productiva y a ciertas inequidades del mercado, que han propiciado una desigual distribución de los ingresos derivados de esa industria.

Actualmente el otorgamiento de apoyos e incentivos fiscales es una práctica común a nivel internacional que ha producido buenos resultados, por lo que su aplicación en México resulta necesaria a fin de lograr un equilibrio competitivo frente a dichos países.

En este sentido y con el objeto primordial de estimular la inversión de personas físicas o morales en la producción cinematográfica nacional, la comunidad cinematográfica de México ha impulsado una iniciativa de Decreto por el que se otorga un estímulo fiscal, en el Impuesto sobre la Renta, a los contribuyentes que inviertan en películas cinematográficas nacionales.

Esta iniciativa plantea otorgar un estímulo fiscal, por un plazo indefinido, a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, ya sean personas físicas o morales, con independencia de la actividad que desempeñen, por los proyectos de inversión productiva que realicen en el ejercicio fiscal correspondiente, consistente en aplicar una deducción del 100% en relación con los gastos e inversiones en la producción cinematográfica nacional. Esta deducción no podrá exceder del 3% contra el total del Impuesto sobre la Renta a su cargo en la declaración del ejercicio correspondiente.

Asimismo, se plantea, para aplicación del estímulo referido, la creación de un Comité Interinstitucional encargado de la autorización de los proyectos de inversión productiva en la

producción cinematográfica nacional conformado por un representante del Imcine, uno del Conaculta, uno de la Secretaría de Educación Pública y uno más de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

¿Considera que esta iniciativa, de ser aprobada, podría representar un gran impulso en la producción de películas mexicanas –que aunado a los esfuerzos que se han realizado en la presente administración de la cultura en México– lograría elevar la producción de películas mexicanas y retomar la posición de calidad del cine mexicano a nivel internacional?

Es decir: ¿la política pública en materia de cultura sale ganado con acciones como la anterior? ¿Qué opinarían los deportistas o los dentistas ante una medida como ésta? ¿Los distribuidores y los exhibidores de películas? ¿Quién gana y quién pierde con estas medidas?

Gastos obligatorios: bajo esta modalidad se pretende que empresas lucrativas o contribuyentes privados paguen por los servicios y bienes culturales. Por ejemplo, en España se requiere que los bancos de ahorro reinviertan una porción de sus utilidades en sus comunidades. Algunos, como el Caixa en Barcelona han apoyado programas artísticos y culturales. En Suecia, el modo en que las compañías fueron “alentadas” a participar en el apoyo a las artes se logró pidiéndoles que consideraran los eventos artísticos como parte de los programas de prestaciones para sus empleados.

Otro ejemplo importante ha sido la legislación “porcentaje a las artes”. Típicamente, a través de estas leyes, el gobierno se obliga a que un porcentaje del costo de producción de una nueva obra sea gastado en arte público relacionado con dicha construcción. Tales leyes han sido utilizadas también para solicitar gasto privado en obras de arte. En algunos lugares (como San Francisco) se requiere que los contratistas contribuyan a ciertos fondos de vinculación para mejorar el efecto de sus proyectos arquitectónicos de gran escala. Estos fondos de vinculación pueden incluir fondos para actividades artísticas y culturales. Estas legislaciones promueven la creatividad de los artistas contemporáneos y le dan un lugar fundamental al urbanismo estético y a la apreciación del arte.

Incentivos: los contribuyentes son los principales financiadores del arte y la cultura. Unos pagan por otros. Unos gozan más, otros menos. Sin duda alguna, el área de los incentivos ha abierto un campo fértil para la innovación en el financiamiento a las artes. En el caso de la mayoría de los incentivos, algunos recursos

del gobierno pueden ser aportados en proporción al incremento en la recaudación de recursos por parte del sector privado, para el sector de la cultura y las artes. Quizá los incentivos más frecuentes y ampliamente utilizados sean los incentivos fiscales³⁰.

Equiparamiento [match] de fondos o apoyos: el equiparamiento de fondos es otra innovación de la política pública que ha empezado a ser muy utilizado en los paquetes de financiamiento a las artes en varios países. Con un apoyo equiparado se hace una promesa a una institución: por cada cantidad adicional X que esté dispuesta a incrementar, la dependencia que financia dará una cantidad Y. De este modo, quien recibe el apoyo está motivado por la dependencia que lo financia a incrementar la base de su apoyo. También se ha visto que el gasto obligatorio sucede entre los diversos niveles de gobierno. Por ejemplo, en Rusia una ley obliga a los municipios a gastar un porcentaje específico de sus presupuestos en la cultura y las artes³¹.

Un caso ejemplar de cofinanciamiento: el programa mexicano de apoyo a la infraestructura cultural de los Estados (PAICE)

El Programa de Apoyo a la Infraestructura Cultural de los Estados (PAICE) se crea en 1996 por el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. Desde entonces ha apoyado la rehabilitación, remodelación y equipamiento de numerosos centros culturales, museos, teatros, centros de enseñanza artística y casas de cultura por mencionar sólo algunos.

El PAICE tiene como objetivo contribuir, junto con los gobiernos estatales, municipales, y la sociedad civil organizada, a la optimización de los inmuebles que dan cabida a las múltiples y diversas expresiones artísticas y culturales de México, los cuales requieren, por sus propias características, de espacios que de manera natural originen procesos de crecimiento económico y social y den lugar a procesos de desarrollo social al ser elementos que contribuyan al mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades.

El PAICE ha logrado incidir –siempre bajo la premisa del cofinanciamiento– desde su creación en el mejoramiento de 212 espacios.

De manera conjunta se ha invertido en ellos más de 350 millones de pesos; de este total, 102 millones de pesos corresponden a recursos financieros de la federación.

El PAICE parte de criterios de franca cooperación y federalización, a 7 años de su puesta en marcha, el programa ha incidido de manera determinante en la política cultural nacional de México, a través de una notable estrategia de cooperación y concertación con las entidades federativas y, de manera destacada, con los municipios y la sociedad civil organizada, favoreciendo nuevas acciones, además de la aportación de más recursos y la descentralización de las acciones.

El probado mecanismo del PAICE para atender sistemáticamente las necesidades de rehabilitación y equipamiento de los recintos culturales ha permitido también que las instituciones culturales de los estados de la federación cuenten con elementos adicionales para incorporar en el trabajo cultural a otras instancias de los gobiernos locales. Con el PAICE se ha atendido un campo nunca antes visualizado de manera sistemática en la administración de la cultura en México: la participación política y la reunión de los esfuerzos de todos los sectores de la sociedad en la preservación y mejoramiento de los recintos culturales receptores y difusores de los artistas y creadores.

Algo de mayor innovación en este sentido es lo que he llamado los “fondos equiparados revertidos” (*reverse matching grants*). Estos fondos, en lugar de considerar a ciertas instituciones artísticas, ofrecen una promesa donde, hasta ciertos límites, cualquier institución artística que sea capaz de atraer mayores apoyos privados podrá calificar, automáticamente, para obtener recursos del gobierno. Lo más importante acerca de estos fondos es que se basan en que el dinero público está antes que las decisiones monetarias privadas y no al contrario.

Como podemos observar, en general, los beneficiarios de las inversiones públicas en arte y cultura son los afectados directamente por la asignación de dichos recursos. Sin embargo, podemos decir que los beneficios indirectos reclamados por las artes parecen

³⁰ Para una discusión extraordinaria acerca de incentivos fiscales en la cultura y las artes véase SCHUSTER J. Mark. “The Other Side of the Subsidized Muse: Indirect Aid Revisited”. En: *Journal of Cultural Economics* 23. 1999, pp. 51-70; así como la obra de FELD, Alan L., O’HARE, Michael y J. Mark SCHUSTER. “Patrons Despite Themselves: Taxpayers and Arts Policy”. Nueva York: New York University Press. 1983.

³¹ De manera similar, la ley británica ha sido revisada para autorizar de manera explícita (aunque no obligatoria) que las autoridades locales realicen gastos en el campo de la cultura y las artes. México tiene programas innovadores en la materia, véase el capítulo primero del Programa Nacional de Cultura 2001-2006.

estar distribuidos en formas muy similares a los beneficios directos. Esto es, la mayoría de los supuestos beneficios indirectos son disfrutados por los consumidores y productores potenciales, personas cuyas características socio-económicas debieran ser muy parecidas a las de los consumidores y productores existentes. Por ejemplo, los beneficios indirectos involucran el disfrute de generaciones posteriores de lo que usualmente se llama "preservación del legado cultural"; es decir, la transmisión de la herencia de una generación a la siguiente. Algunos consumidores actuales de bienes y servicios culturales estarían más que dispuestos a pagar precios más altos que los del mercado para asegurar que sus hijos y nietos puedan disfrutar también dichos bienes y servicios. Pero otras personas de las siguientes generaciones no tienen representantes que aboguen por sus intereses entre

los ciudadanos de hoy y por esto son consumidores indirectos.

Por supuesto que en este rubro podemos mencionar muchos más beneficios (y beneficiarios) que ofrecen el arte y la cultura. El punto radica en reforzar la idea de que muchas veces los que debieran ser beneficiados no lo son. Muchas son las razones: barreras socio-económicas, educativas, regionales, lingüísticas, psicológicas o antropológicas. Por ello, las políticas deliberadas de Estado para atender a públicos específicos y la constitución de la obligatoriedad de vincular educación con arte y cultura, es un imperativo a la equidad y eficiencia en materia de política cultural. La pregunta es: ¿cómo lograr dichas políticas? Y ¿cómo *implantar* eficazmente lo formulado por las políticas públicas?

“CUANTO MÁS GLOBALIZACIÓN TENGAMOS MÁS IMPORTANTE SERÁ EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO”*

Entrevista a George L. Priest**

En el mes de setiembre pasado el profesor George Priest visitó Lima invitado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas para participar en un seminario sobre el Código Civil peruano en el que se debatió sobre la vejez prematura del Código. En las líneas que siguen ofrecemos la entrevista que el reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale concediera a THEMIS-Revista de Derecho. En ella se abordan, entre otros, temas vinculados al análisis económico del Derecho descubriéndose la especial relación que une al distinguido académico a esta perspectiva del Derecho.

* La presente entrevista fue realizada –sobre la base de las preguntas preparadas por la Comisión de Contenido de THEMIS– por Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido; Augusto Townsend Klinge, Director de la Comisión de Actualidad Jurídica; y Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de la Comisión de Contenido, quien tuvo a su cargo la traducción. Agradecemos al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, por la colaboración brindada para la realización de la presente entrevista.

** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS-Revista de Derecho. Profesor John M. Olin de análisis económico del Derecho en la Universidad de Yale. Director del John M. Olin Center for Law, Economics, and Public Policy.

1. Un conocido abogado estadounidense, Douglas Baird, cuenta que su interés por la abogacía nació debido a que cada caso plantea una historia diferente y que para él ir a la universidad a estudiar Derecho era más emocionante que leer a Dickens. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho?

Bueno, es una buena pregunta y una buena historia. Mi padre era juez y madre trabajaba como secretaria de un abogado, así que mientras crecía participé de muchas discusiones sobre temas legales en la mesa. Sin embargo, no tenía intención alguna en convertirme en un abogado. Cuando estaba en la universidad tampoco tuve interés alguno en el Derecho, pero dado que no tenía idea sobre lo que quería hacer y, en realidad, esperaba ser reclutado para ir a Vietnam tomé la prueba para ir a la escuela de Derecho. Ésta se llama LSAT¹, no sé si en Perú tendrán algo por el estilo, es una prueba que se rinde para ingresar a la facultad de Derecho –en los Estados Unidos se pasa cuatro años en la Universidad y luego se postula a la facultad de Derecho. Así, tomé esta prueba y me di cuenta que en realidad la había disfrutado, era el primer examen que rendía en la universidad que de verdad disfrutaba. Las preguntas fueron muy interesantes, requerían de una forma de pensar y razonar que encontré muy interesante.

Una vez en la facultad, la detesté. Me encontré con una aproximación muy estrecha y limitada del Derecho. Así que dejé los estudios y la facultad, traté de iniciar mi propia compañía y trabajé en varios negocios pero en un año me di cuenta qué es lo que me interesaba y decidí qué es lo que quería hacer con mi vida. Pensé que era importante aprender cómo funcionaba el sistema legal, no me interesaba ser un abogado de estudio. También pensé que sería importante entender cómo el sistema económico funcionaba para saber cómo funcionaba el mundo. Así que volví a estudiar Derecho, afortunadamente fui admitido en la Universidad de Chicago donde el análisis económico del Derecho había empezado y estaba entonces comenzando a crecer. Me interesé mucho por el análisis económico del Derecho dado que ayudaba a responder a las preguntas que me había planteado: cómo se debe organizar la estructura legal, cómo eso se relaciona con la estructura económica de la sociedad y cómo la estructura legal permite al sistema crear los incentivos para que los individuos contribuyan a la sociedad. Así empezó mi vinculación con el Derecho y así lo que inicialmente se me mostró como un grupo de materias muy limitado y sin interés, fue convertido por mi primer

año de Derecho –en Estados Unidos son tres años en facultad luego de los cuatro primeros en la Universidad– en algo extremadamente interesante, lo quedó confirmado en los años siguientes.

2. Usted enseña y ha enseñado muchas materias¹, lo cual no es muy común en el Perú donde normalmente los profesores se mantienen en un solo curso. ¿Cómo se explica esta aproximación tan variada al Derecho?

Cuando recién empecé a enseñar, la aplicación del análisis económico del Derecho se limitaba a un pequeño número de materias, desde luego a lo que denominamos *antitrust* –control de monopolios–, existía también un curso de regulación –si bien muchas facultades no tenían ese curso– y se estaba empezando a aplicar en otras materias como las vinculadas al Derecho civil. Por ejemplo, la Facultad de Derecho de Yale, con mi colega Guido Calabresi, y mi profesor Richard Posner lo estaban introduciendo al Derecho de *torts*. A su vez, Ronald Coase dictaba un curso de análisis económico del Derecho sobre la base de una serie de artículos limitados también en el número de materias que abordaban, pero la verdad es que no había más materias a las cuales se aplicara el análisis económico del Derecho.

Con los años eso cambió y una de las fuerzas más importantes del cambio fue Richard Posner quien –en su libro “El análisis económico del Derecho”– tomó a la economía y expandió su aplicación, a través del análisis económico del Derecho, a un gran número de áreas del Derecho. Ése fue un libro muy importante y un esfuerzo muy importante ya que mostró cómo el análisis económico resulta valioso para entender todas las áreas: tributario, laboral, contratos, propiedad, penal, etc. Es un libro que además cambió la forma como los académicos pensaban sobre sus materias, así se volvió necesario para todos, cual fuera la materia, confrontar la aplicación del análisis económico y, conforme más personas se interesaron por él, se volvieron practicantes del análisis económico.

Ahora bien, ustedes han mencionado que yo enseño y he enseñado muchas materias, en parte esto se debe a que veo la enseñanza como una forma de aprender. Así si quiero aprender de otras materias, soy capaz de ello dado que tengo las herramientas del análisis económico del Derecho que son tan versátiles que un académico puede ser un estudiante a la vez: puede aprender algo o decir algo acerca de una materia y hacer una contribución simplemente por tener una

¹ Nota del traductor: El Law School Admission Test-LSAT es una prueba estandarizada que se toma como requisito para ingresar a cualquiera de las 202 facultades de Derecho afiliadas al Law School Admission Council (LSAC). Para mayor información revisar: www.lsac.org

¹ Competencia, regulación, responsabilidad por productos, constitucional, procesal civil, entre otras.

buena base en economía y análisis económico del Derecho. Cuando se enseña muchas materias eso también implica mucho trabajo, ya que se tiene que aprender muchos temas desconocidos pero yo he encontrado que vale la pena ya que he sido capaz de aprender mucho sobre el Derecho en general y hacer contribuciones en diferentes áreas.

3. ¿Cuál es su experiencia con los litigios? Nosotros los estudiantes de Derecho normalmente tenemos una especie de crisis vocacional con el Derecho debido al mal funcionamiento del sistema (especialmente del Poder Judicial). Normalmente pensamos que nos encontraremos con una realidad completamente distinta a la de las aulas que nos hará pensar que tomamos la decisión equivocada al estudiar Derecho.

De mi experiencia les puedo decir que no es un problema pero que devendrá en un gran beneficio para ustedes el haber estudiado análisis económico del Derecho. Lo que he experimentado –si bien no soy un abogado de estudio pero he trabajado mucho en consultorías– es que mi base en análisis económico del Derecho me ha permitido hacer contribuciones al campo de los litigios que muy pocas personas han hecho, y esto ha sido importante ya que con el tiempo –estas cosas no ocurren rápidamente– el mundo legal cambia pero los argumentos económicos permiten orientar al juez.

Mucho en el análisis económico del Derecho es lógica simple y común. Frente a un juez uno no presenta un argumento de análisis económico del Derecho, uno muestra las razones que sustentan las reglas, uno hace que el juez cambie y mire los aspectos funcionales en vez de simplemente concentrarse en los aspectos formales del Derecho, esto es algo que he experimentado en los Estados Unidos y estoy seguro que ocurrirá aquí también. Habrán jueces que no querrán hacerlo pero por el contrario hay muchos que creen que pueden mejorar su sociedad y ayudar a las partes a resolver sus problemas. Bueno, con el análisis económico del Derecho uno puede mostrarle al juez cómo ayudar a las partes. Así, he descubierto de forma extraordinaria, incluso hoy cuando el análisis económico del Derecho está muy extendido, que un estudio cuidadoso de análisis económico del Derecho permite ser un litigante más efectivo que lo que se sería de otra forma. En ese sentido, este no será un problema para ustedes que están en la vanguardia y eso –un dominio del análisis económico del Derecho– les garantizará como agregado salir adelante con éxito. Así, ustedes pueden ver que muchos de sus profesores son académicos excepcionales del análisis económico del Derecho pero también son abogados muy exitosos.

4. Actualmente el análisis económico del Derecho se encuentra en pleno auge en nuestro medio, consolidando al Perú como uno de los países latinoamericanos donde este enfoque ha tenido mayor difusión. En ese sentido nos gustaría saber qué posición ocupa actualmente el análisis económico del Derecho en Estados Unidos, cuáles son las principales críticas que se le formulan, así como su opinión sobre su futuro.

Bueno, cuando empecé como profesor en 1973 uno podía contar con una mano, tal vez dos, el número de académicos que estaban interesados en el análisis económico del Derecho y la mayoría de ellos se encontraba en la Universidad de Chicago; habían pocos en Yale, como Calabresi. En este sentido, cuando ingresé al mercado de la enseñanza tuve que defender al análisis económico del Derecho como una materia y la pregunta que se formularon muchas facultades de Derecho fue ¿queremos a alguien interesado en análisis económico del Derecho? Y no habían muchas que respondieran que sí. De hecho mi primer trabajo fue en una facultad de Derecho no acreditada, lo que en los Estados Unidos es muy poco usual [existen unas 170 facultades acreditadas y el único trabajo que pude conseguir fue en una facultad no acreditada!]

Fue un comienzo duro. Pero lo que ocurrió, y ocurrirá aquí también en Perú, es que con la adopción de la aproximación del análisis económico del Derecho un académico es capaz de hacer contribuciones a la enseñanza que otros no. De esta forma subí rápidamente y me mudé de facultad en facultad a través del país, ya que la cátedra de análisis económico del Derecho demostró ser superior a la cátedra meramente formal. Al comienzo hubo muy pocos seguidores del análisis económico del Derecho pero empezó a crecer y la gente, académicos y profesores que habían realizados trabajos de una naturaleza puramente formal empezaron a cambiar e interesarse por él y más estudiantes también y así cada vez más facultades empezaron a contratar gente vinculada con esta aproximación y a ofrecer cursos desde esta perspectiva. Así se fue expandiendo cada vez más.

Ahora bien, es cierto que al comienzo el análisis económico del Derecho soportó muchas críticas, muchas de ellas se dirigieron en contra de Richard Posner quien adoptó, y aún mantiene, una posición energética –en aquella época, absolutamente radical. Las principales críticas fueron: (i) “ignora la naturaleza del sistema legal”. Esa crítica fue totalmente abandonada dada la importancia actual del movimiento para el sistema legal de los Estados Unidos, entre los jueces, académicos y legisladores. Es simplemente muy importante como para ser

dechado; y (ii) una crítica de corte de izquierda fue formulada por un grupo denominado “critical legal studies” a quienes no les gustaba el análisis económico del Derecho, si bien tampoco les gustaba el sistema legal, ya que sostenían que éste fortalecía las desigualdades de poder y riqueza en la sociedad. Si bien el análisis económico del Derecho no ayudó en eso, les gustó el hecho que fuera crítico del sistema legal en algunos aspectos, así que fue una relación difícil pero ese movimiento fracasó ya que no avanzaron en la comprensión del sistema legal.

Hoy no existe una sola facultad de Derecho de las 170 que no tenga algún docente interesado en análisis económico del Derecho y que lo enseñe. Y las facultades más importantes como Yale, probablemente tengan a un tercio de sus docentes enseñando desde esta perspectiva. De hecho tenemos a cinco PHD economistas en la Facultad, lo que, dado que Derecho es una disciplina para graduados, es muy poco usual. Así que las críticas, cualquiera que hayan sido, han desaparecido, todos aceptan que el análisis económico del Derecho es una disciplina extremadamente importante para evaluar al sistema legal.

5. Entre los supuestos básicos del análisis económico del Derecho se encuentra que los individuos son racionales y que, en ese sentido, actúan para maximizar sus propios beneficios. Sin embargo, existen algunos estudios que afirman que los individuos son más emocionales que racionales al actuar en el mercado. ¿Usted cree que podemos afirmar la racionalidad en cualquier situación?

En general creo que mientras la información esté disponible para los consumidores, no existe razón alguna para preocuparse por la racionalidad, en cualquier contexto, porque es su dinero el que están gastando y decidirán ser racionales o irracionales de acuerdo a cuánto tengan y que tan importante sea para ellos. Definitivamente existen muchas diferencias entre las transacciones de los consumidores al punto que los consumidores evaluarán las diferentes alternativas disponibles y permitirán que la emoción afecte lo que su transacción es. Por ejemplo, si le compro flores a mi esposa es más probable que sea sobre una base emocional y no sobre la evaluación de las diferencias entre una flor y otra. ¿Está eso mal? No, se debe a que es el gesto del regalo y no la perfección de las flores la que me lleva a comprarlas. Por el contrario, si estoy comprando un auto la decisión será mucho más racional por dos razones: (i) es mucho más caro que las flores; y (ii) existen muchas diferencias entre los autos que son muy importantes para el valor que recibo de la transacción, como el tamaño, potencia, aspecto, accesorios, etc. Así el nivel de racionalidad es

mucho mayor con respecto al auto que con las flores. Pero no podría señalar que alguna de las decisiones es irracional en algún sentido.

6. Recientemente el INDECOPI ha cambiado los precedentes establecidos y ha determinado que la concertación de precios entre competidores ya no es *per se* ilegal y que debe ser analizada bajo la regla de la razón. ¿Qué opinión le merece este cambio?

En los Estados Unidos luego de la primera adopción de la regla *per se* en 1939 o 1941, hubo una expansión de reglas *per se* a muchas prácticas distintas. Desde 1980 estas han sido reducidas, e inclusive la regla *per se* de concertación de precios se reduce a lo que se denomina “acuerdos desnudos” –la concertación de precios entre dos competidores que reduce la competencia entre ellos. Ahora bien, actualmente existen otras formas de concertación de precios para las cuales no existe una regla *per se*, por ejemplo cuando un fabricante dicta un precio a un distribuidor, eso se consideraba antes bajo la regla *per se* pero ya no. Actualmente en Estados Unidos las reglas *per se* se aplican a un número muy reducido de casos cuando es innegable que se lesiona a los consumidores con esa práctica.

Ahora bien, considero que el cambio del INDECOPI de Bullard de los noventa representaría una gran equivocación en términos de política económica y especialmente en el Perú donde es importante desarrollar los mercados. Tener una agencia regulatoria más intervencionista, esto es monitoreando los precios, será muy malo para el Perú.

7. La economía de libre mercado se basa, entre otros elementos, en la idea de una “racionalidad” del conjunto de participantes que intervienen en él. Ésta se traduce en el Derecho, por ejemplo, en conceptos estándares como “consumidor promedio” o “consumidor razonable” (aplicados al Derecho de la competencia). En qué medida cree usted, que puede afectar al principio mencionado la idea de la existencia de múltiples tipos de racionalidad entre los distintos tipos de consumidores, individualmente considerados, con respecto a la educación o a la cultura que pertenecen.

Creo que existen limitaciones al concepto del consumidor razonable principalmente porque invocarlo es sugerir que un juez, jurado o sistema legal debe controlar las transacciones en vez del mercado por sí mismo, así que es, en cierto sentido, un concepto socialista. Creo que los argumentos económicos más fuertes son: dejen a

los consumidores proporcionarse tanta información como puedan pero luego dejen que los consumidores la usen en la forma que puedan y dejen que el proceso de mercado opere. Finalmente considero que el concepto no es útil y permite a los jueces imponerle al mercado la idea de cómo debe ser la transacción.

8. Recientemente usted estuvo tratando el tema de la competencia de regímenes legales y cómo un país debe tener el objetivo de hacer a su sistema legal competitivo internacionalmente. ¿Esto significa que un país se debe comportar como una empresa?

No creo que requiera pensar como una empresa en términos de tener ganancias, creo que requiere pensar en interés de los ciudadanos. Ahora, las empresas deben hacer eso, organizarse para el interés de los consumidores, pero creo que no se encuentra separado de los ideales de los legisladores en el congreso pensar en los intereses de las personas del país. Es muy consistente con los objetivos de los legisladores.

9. Fernando de Trazegnies señaló en el Seminario que no sólo deberíamos enfocarnos en las normas sino en la cultura. De acuerdo con esto, se afirma que las normas deberían cumplir además un rol educativo. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Estoy de acuerdo con Fernando, pero no creo que la relación es una fija y sí creo que las normas pueden tener un rol educativo y creo que el análisis económico del Derecho puede tener un rol educativo a su vez en la cultura. Por ejemplo, la cultura en los Estado Unidos está mucho más orientada al mercado que hace veinte o treinta años ¿por qué? Debido a que hemos visto los beneficios de expandir el mercado y muchas otras cosas, como por ejemplo, dada la caída de la Unión Soviética ¿quién en el mundo podría afirmar que un gobierno intervencionista es superior a uno orientado al mercado? Simplemente no se puede señalar eso dado que hemos visto cómo un gobierno intervencionista socialista, y también lo hemos visto en los regímenes en transición en Europa, no tiene éxito. Los países que tuvieron esos regímenes no son prósperos, así existe una forma importante de educación que el análisis económico del Derecho puede proporcionarle a las culturas.

Lo que es importante tener claro es que resulta difícil mover a las culturas rápidamente, toma tiempo educarlas, pero nuevamente, soy lo suficientemente mayor como para saber que ocurren cambios sustanciales con el tiempo. Recuerdo que cuando era un estudiante de Derecho tomé un curso de Ronald Coase, quien escribió en 1964 o 1965 un artículo recomendando una subasta del espectro de

telecomunicaciones. Él sugirió que en vez de tener una asignación por parte del gobierno –en los Estados Unidos el procedimiento implicaba que el gobierno asignaba las licencias a diferentes estaciones de televisión de acuerdo a qué tan bien servían a interés público– sería mucho mejor usar un mecanismo de subasta y permitir que una empresa que está dispuesta a pagar el precio más alto adquiriera ese espacio del espectro. Ese es un artículo muy persuasivo, y al leerlo estuve muy convencido por él y le pregunté a Ronald ¿por qué si esto tiene tanto sentido han pasado diez años desde que lo escribiste y el gobierno aún no lo ha adoptado? Él me dijo que estas cosas tomaban tiempo, que pasarían treinta años antes de que el gobierno si quiera considerara subastar el espectro de telecomunicaciones. Bueno, tuvo razón ya que a mediados de los noventa la Comisión Federal de Comunicaciones decidió subastar el espectro y abandonar esa forma de regulación socialista de asignación de las estaciones. Otros cambios toman más tiempo y no podemos ser muy impacientes sobre qué tan rápido puede cambiar la cultura pero no tengo duda que con el tiempo dado el impulso de la globalización el mundo entero estará más orientado hacia el mercado y esta es la razón por la cual se debe seguir estudiando análisis económico del Derecho, cuanto más globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho.

10. En relación a las transformaciones que han ocurrido y están ocurriendo en los antiguos países socialistas, ¿cree usted que es necesario conciliar los valores democráticos con el sistema capitalista?

No, creo que toma mucho tiempo desarrollar muchos aspectos de una cultura como la comprensión de cómo operan los derechos de propiedad y lo que los derechos de propiedad son, el entendimiento de cómo operan los mercados y lo que una transacción y un mercado son, la relación entre el gobierno y la asignación de derechos de propiedad y el rol del mercado. Los países de la ex Unión Soviética y Europa Oriental no tienen esa cultura, de hecho es la opuesta. En el caso de Rusia son noventa años de una dictadura sin respeto de los derechos de propiedad y en el caso de Europa Oriental se trata de cincuenta años donde no se respetaron los derechos de propiedad y las actividades de mercado no eran generalmente permitidas. Bueno, eso representa en el caso de Rusia cuatro generaciones y en el caso de Europa Oriental tres, así que tomará mucho tiempo desarrollar la cultura de mercado que tenemos en los Estados Unidos y que se ha establecido relativamente bien en el Perú.

Tomará mucho tiempo y definitivamente existirán episodios poco exitosos. Además no ha existido en

Rusia una tradición de democracia por cerca de cien años y en Europa Oriental por cerca de cincuenta. Tomará mucho tiempo cambiar esa cultura también. No creo que tomará cien años para Rusia y cincuenta para la ex Europa Oriental –como podemos ver de una democracia relativamente bien establecida en Alemania Oriental, si bien muchas personas mayores aún tiene dificultades con ella, y por las democracias de Polonia, República Checa, Hungría y otros países– ellas están cambiando sorprendentemente rápido hacia el entendimiento de cómo funciona el mercado y la democracia, pero tomará mucho tiempo.

Para entender esto ayuda saber que la cultura de mercado que tenemos en los Estado Unidos se debe en gran medida a los colonizadores, Inglaterra, quienes habían desarrollado a través del *common law* un sistema de mercado. Estados Unidos tuvo más suerte que Perú, debido a que nuestro colonizador tenía un sistema de mercado mientras Perú fue colonizado por España que no lo tenía y tenía un sistema patrimonial parecido al socialista. En ese sentido, tomará más tiempo, pero sucederá, lo podemos ver ahora: existe una gran transformación, sólo tomará más tiempo.

DESPUÉS DE LA MAREA VIENE LA CALMA: INTERROGANTES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ*

Entrevista a Gaspar Ariño y Juan Carlos Cassagne*****

Dicen los hombres de mar que después de la marea viene la calma. Sin embargo, una vez terminadas las privatizaciones masivas de la década de los noventa, no ha venido la calma esperada sino, todo lo contrario, podemos observar actualmente el destino y las consecuencias que todas estas privatizaciones han producido en el contexto social y económico de nuestro país. Por esa y muchas más razones, surgen nuevos cuestionamientos y problemas que requieren ser resueltos.

En ese sentido, aprovechando la visita de los profesores Ariño y Cassagne a Lima con motivo del seminario organizado por el Instituto de Derecho de los Servicios Públicos-IDESER, THEMIS no podía dejar pasar la oportunidad de conversar con tan ilustres visitantes e intentar responder algunas de estas interrogantes.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Federico de Cárdenas Romero y Giorgio Massari Figari, miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a la doctora María Teresa Quiñonez, sin cuya colaboración la presente entrevista no habría sido posible.

** Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente Ejecutivo de la Fundación Estudios de Regulación de España. Ex miembro del Consejo Consultivo de Privatizaciones de España.

*** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Argentina.

1. Teniendo en cuenta la realidad latinoamericana, ¿cuál considera usted que debe ser la función de los entes reguladores: promover la eficiencia o redistribuir la riqueza? ¿O debemos seguir un sistema mixto tal y como lo han venido haciendo en diferentes países de Latinoamérica?

ARIÑO: La función básica de los entes reguladores es establecer las pautas de comportamiento de los operadores del sector, de tal manera que se garantice un sistema de prestaciones a los ciudadanos de un modo sostenido, a los de hoy y a los de mañana. Así, pues, su primer objetivo debe ser el mantenimiento del sistema, para lo cual deberá promover la eficiencia de la empresa y la continuidad y regularidad del servicio. Naturalmente, hay servicios que son esenciales para una vida digna y el sistema deberá proveer a su prestación universal, a todos los ciudadanos, a un precio asequible. A eso se le llama “servicio universal” y con él se consigue una razonable redistribución de la riqueza, que debe ser también una meta a conseguir a través de los servicios públicos. Pero estos no son, en sí mismos, un mecanismo ordinario de redistribución (es sólo excepcional). La redistribución de la riqueza debe obtenerse básicamente por la vía fiscal, no por la gestión de los servicios públicos, que deben mantener siempre el equilibrio financiero.

CASSAGNE: La primera regla que debe orientar la función de los entes reguladores es la de promover la competencia en aquellos sectores donde ésta sea posible. De no ser así, el ente regulador debe procurar que el control se base en objetivos de eficiencia lo cual no impide la configuración de una política razonable de subsidios sociales para atender la situación de las personas carentes de recursos. En cualquier caso, la tarifa social no la debería financiar la empresa sino el Estado como parte de una política distributiva.

2. Normalmente los entes reguladores persiguen una multiplicidad de objetivos que incluyen la protección de los usuarios, el servicio universal, la protección de las inversiones, la asignación eficiente de los recursos, la defensa de la competencia, etc. En ese sentido, ¿existe algún orden de prioridad que debe seguir el ente regulador o se pueden llevar a cabo todos estos objetivos por igual sin que uno obstaculice la consecución del otro? Además, ¿el tener tantos objetivos en la mira no justificaría una mayor participación del ente regulador y, por lo tanto, una mayor regulación?

ARIÑO: Los objetivos de los entes reguladores son múltiples: todos los que se citan en la pregunta y algunos más. Todos ellos pueden ser obtenidos

paralelamente y de un modo compatible mediante un buen sistema de regulación. El primer objetivo, desde un punto de vista social y humano, es el servicio universal en aquellas prestaciones básicas que sean indispensables para una vida digna. Una vez asegurado esto, los demás se asientan sobre una buena ordenación de la competencia. La mejor protección de los usuarios es la competencia efectiva en el mercado. Si ésta no se da, habrá que corregir los fallos que el mercado presente, tendiendo siempre a reconstruir aquélla. Esta es también la clave para una asignación eficiente de los recursos y para la mejor protección de las inversiones, de aquellas que sean acertadas, porque naturalmente los errores que se produzcan en el planteamiento de un negocio debe asumírselos su titular. Por tanto, hay que responder a esta cuestión igual que a la anterior: lo primero es conseguir un sistema eficiente de prestaciones sostenible en el tiempo. Y allí donde el mercado no pueda responder a las necesidades sociales, deberá acudir el Estado a hacer posible el servicio universal. Pero el ente regulador tiene como papel fundamental el diseño de un buen marco de reglas estables, que hagan posible la competencia leal.

CASSAGNE: Cada uno de los objetivos que persiguen los entes reguladores tiene una dimensión de peso diferente lo cual requiere realizar una tarea de armonización permanente. El objetivo más importante sigue siendo lograr la mayor competencia posible y la máxima eficiencia, habida cuenta que ésta es la mejor manera de proteger los intereses de los usuarios. Esta situación no conduce necesariamente a una mayor regulación. Los sistemas reguladores que exageran el intervencionismo estatal siempre generan grandes ineficiencias y el peligro de la corrupción administrativa y empresarial.

3. ¿Qué tan importante es la competencia “por el mercado” en materia de privatizaciones? ¿Habría también que regular una transparente y leal competencia entre las empresas licitadoras? ¿Esa tarea le debería corresponder al ente regulador?

ARIÑO: La competencia “por el mercado” es siempre necesaria y constituye normalmente una fase previa a la competencia “en el mercado”. En la secuencia temporal lo primero son las privatizaciones en las que los distintos licitadores deben competir, en el concurso que se convoque al efecto. Esto es evidentemente un primer paso que hay que llevar a cabo según los principios generales de la contratación pública: concurrencia, transparencia, igualdad de trato, sin discriminaciones, publicidad de la convocatoria, etc. Esta tarea no corresponde al ente regulador sino que es un *prius* a la tarea de éste. Con el transcurso del

tiempo, puede que haya que renovar las licencias o concesiones inicialmente otorgadas, de modo que haya que competir de nuevo “por el mercado”; en este segundo momento puede y debe tener una actuación adecuada el ente regulador, aunque muy probablemente la decisión final se la reserve el gobierno.

CASSAGNE: La tarea de regular la competencia, en materia de privatizaciones, corresponde tanto a los entes reguladores sectoriales como a los órganos encargados de la defensa de la competencia en general.

4. Hoy los órganos reguladores son acusados de haber sido copados por las empresas que brindan servicios públicos. ¿Cómo revertir esta situación y en el futuro prevenirla?

ARIÑO: La posible captura de los entes reguladores por las empresas reguladas, ha sido una vieja preocupación y a veces frecuente acusación que se ha predicado de las Comisiones Reguladoras. Pero la verdad es que, sin negar dicho peligro, la realidad no es esa. En la mayor parte de los países tanto los sistemas de nombramiento como el *status* de que gozan los comisionados (su inamovilidad, su retribución, sus incompatibilidades) les dotan de una posición bastante autónoma y en teoría independiente del poder político y económico. Las comisiones son, en cierto sentido, como los Tribunales de Justicia (su tarea es también *cuasi*judicial) y, por tanto, se puede prevenir su captura con una adecuada selección y preparación de sus miembros, así como con una regulación de su funcionamiento que las haga transparentes y les obligue a motivar y dar razón de sus actos.

CASSAGNE: En general, la situación es la inversa porque quienes se encuentran capturadas por los entes reguladores son las empresas privadas que prestan servicios públicos. Los medios, que en general responden a intereses ideológicos, han importando la idea de la captura desarrollada en Estados Unidos, lo que en Hispanoamérica no se produce.

5. Se podrían distinguir entre tipos de privatizaciones en los países Latinoamericanos. Es decir, ¿podríamos afirmar que el objetivo de las privatizaciones en Latinoamérica ha sido una urgencia netamente fiscal como sería pagar la deuda o hacer crecer el presupuesto, o el objetivo ha sido el lograr una mayor eficiencia y mejor funcionamiento de los mercados y el beneficio de los usuarios?

ARIÑO: Hay dos tipos de privatizaciones: las que podríamos llamar privatizaciones programáticas, que implican una nueva configuración del papel del Estado

en la economía y que son las que han venido practicándose en los últimos años en muchos países (Gran Bretaña, Alemania, España, todos los países del Este de Europa y también en muchos países Latinoamericanos); pero hay también privatizaciones pragmáticas cuyo objetivo fundamental es recaudatorio y fiscal (disminuir la deuda, luchar contra el déficit público o disponer de nuevos ingresos para otros objetivos políticos y sociales).

Las primeras tienden efectivamente a lograr una mayor eficiencia empresarial, el mejor funcionamiento de los mercados y una mayor calidad de servicio para los usuarios; llevan consigo la retirada del poder estatal y la entrega de estos sectores a la iniciativa privada. Las segundas sólo pretenden una cierta reestructuración industrial, no quieren perder el control sobre las empresas y mantienen la dirección de éstas y el control sobre el mercado en manos del Estado. Las primeras son una verdadera revolución y un cambio de sentido en la acción del Estado. Las segundas dejan las cosas como están.

CASSAGNE: El objetivo de las privatizaciones no puede ser responder a urgencias o necesidades fiscales sino el de lograr las prestaciones más eficientes y razonables en beneficio de los usuarios.

6. Antes de pensar en desarrollar un plan de privatización se debe crear un ambiente de respeto a la propiedad privada. Si este punto no está establecido ninguna privatización se puede llevar a cabo exitosamente. Esto requiere generar un clima de respeto de los derechos de propiedad de los nuevos dueños de las empresas, algo que no viene sucediendo en nuestro país. ¿Es suficiente realizar un proceso de “educación pública” sobre los beneficios que pueden traer las privatizaciones a la población o debemos asumir que estamos ante un problema más profundo que se presenta bajo la forma de una barrera cultural en un país tan diverso como el Perú?

ARIÑO: Ciertamente todo plan de privatizaciones debe estar precedido de un sistema legal que respete la propiedad privada y garantice la protección judicial sobre ella. Sin tales premisas ningún proceso de privatización puede tener éxito. Por ello, lo fundamental, tanto en las privatizaciones como en cualquier otro proceso de inversión, es la existencia en el país de un sistema institucional capaz de generar confianza y dar seguridad –seguridad jurídica– a los posibles operadores. Si se quieren obtener beneficios duraderos de un proceso de privatizaciones no bastan campañas publicitarias, sino reformas institucionales basadas en una nueva configuración de los poderes

públicos, con la creación de autoridades reguladoras independientes y capaces. Exige, por tanto, una decisión política firme y sostenida que respalde y proteja todo este proceso.

CASSAGNE: La falta de respeto a los derechos de propiedad de las empresas privadas constituye la más importante barrera cultural que se opone al éxito de cualquier programa de privatización. No creo que sea sólo un problema de educación pública aunque hay mucho por hacer en el campo de la difusión de las buenas ideas. Pienso que también se trata de un problema de tipo ideológico lo que hace más difícil enfrentarlo sin una adecuada acción política.

7. El Estado peruano se ha negado a privatizar SEDAPAL, la empresa pública que brinda el servicio de agua y saneamiento en el país. Esta decisión se fundamenta básicamente en que SEDAPAL es una empresa que no produce pérdidas. No obstante, se prevé problemas de escasez y racionamiento en el servicio de agua para el próximo año. ¿Qué elementos deben ser tomados en consideración para tomar la decisión de privatizar o no un servicio público?

ARIÑO: La decisión de privatizar o no un servicio público, no debe depender en modo alguno de si éste es rentable o deficitario. El criterio para adoptar tal decisión es uno sólo: la mejor prestación del servicio a los ciudadanos. Hay algunos sectores, como las telecomunicaciones, el transporte o la energía, en que la experiencia de muchos años muestra que la empresa privada es más eficiente y ofrece mejor servicio que la pública. En el caso del agua y saneamiento, todo depende de cuáles sean las necesidades que haya que cubrir. La experiencia también nos dice que para el establecimiento o ampliaciones masivas de este servicio, para el que se requieren grandes inversiones, con grandísimos períodos de amortización, ha sido necesario, en muchos casos, acudir a la financiación privada, mediante fórmulas de concesión o empresas mixtas. La gestión, en cambio, es más sencilla y puede ser asumida eficientemente por empresas públicas. De hecho, la experiencia comparada del abastecimiento a grandes áreas metropolitanas, tanto por entes públicos (el Canal de Isabel II, por ejemplo) como por grupos privados (Lyonasse o Aguas de Barcelona) han acreditado su buen hacer durante muchos años. Todo dependerá, por tanto, de cuáles son los objetivos que en este momento quiera alcanzar el Estado peruano en materia de abastecimiento de agua y saneamiento. Si lo que se necesita es realizar grandes obras de

infraestructura, de regulación y conducción de aguas, de "potabilización" de éstas, saneamiento y depuración posterior, extendiendo ese servicio a amplias zonas del país, la privatización puede ser conveniente. Si lo que se pretende es, simplemente, gestionar lo que hay, la empresa pública también puede servir.

CASSAGNE: El elemento más importante para privatizar un servicio público es el de la mayor eficiencia desde los puntos de vista tecnológico y financiero. En tal sentido, cualquier organización estatal tiende a la larga o a la corta a generar situaciones de anquilosis institucional e ineficiencia económica. La experiencia mundial sobre ello es bastante conocida y hasta Rusia ha tenido que privatizar las empresas públicas.

8. El Estado peruano ha decidido no renovar el contrato a Telefónica, compañía que tiene una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, luego de haber realizado una millonaria inversión en el país en los últimos años. ¿Cómo cree que esto afecta las posibilidades que otras empresas transnacionales hagan inversiones en servicios públicos a largo plazo en el Perú?

ARIÑO: La no renovación del contrato a Telefónica puede constituir, sin duda, un obstáculo para que otras empresas transnacionales lleven a cabo inversiones a largo plazo en el Perú. La mayoría de las inversiones que requieren los grandes servicios públicos necesitan amplios plazos de amortización. Y aún cuando, inicialmente, se hayan establecido unos plazos por los que se contrata la prestación del servicio a 20 o 30 años, según los casos, su no renovación impone unos condicionamientos a la actividad de Telefónica que pueden ser muy perjudiciales para el servicio. Por otro lado, Telefónica tiene hoy una posición de dominio por una razón muy simple: otros (ATT, BellSouth) están abandonando el país, lo cual es un indicio poco alentador para que en su día terceros operadores pudieran venir a sustituir a Telefónica. En todo caso, la no renovación a Telefónica y la sustitución de ésta por otra empresa, obligaría a indemnizarle por el rescate en todo lo que signifique valor neto no amortizado de la empresa. La inversión millonaria de esta compañía deberá ser indemnizada.

CASSAGNE: La retirada de cualquier inversor privado de la importancia de Telefónica afecta, indudablemente, las expectativas de inversión en servicios públicos a largo plazo por parte de otras empresas extranjeras.

“EL DERECHO PENAL NO PUEDE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD”*

Entrevista a Günther Jakobs**

Con ocasión de la visita del profesor Günther Jakobs a Lima en el mes de Noviembre, tuvimos la oportunidad de conversar con él y realizar un acercamiento a su Teoría Funcionalista Sistémica, la cual tiene una visión muy particular de la sociedad y de la función del Derecho Penal en la misma.

Esta teoría plantea que el Derecho Penal no tiene como función proteger bienes jurídicos determinados, sino mantener la estructura social vigente, y protegerla de cualquier lesión. Así, las lesiones no son entendidas en sentido individual, sino social; lo que importa al Derecho Penal es que la conducta delictiva lesiona la vigencia de la norma, con lo que se frustran los roles sociales asignados y se obstaculiza la vigencia y reproducción del sistema social.

En las páginas que siguen abordaremos en compañía del reconocido profesor alemán diferentes aspectos de esta teoría.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Milagros de Pomar Saettone, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Róger Yon Ruesta por la asesoría brindada en la preparación de las preguntas, asimismo, agradecemos al doctor José Antonio Caro John por la traducción simultánea de la entrevista.

** Prof. Dr. Dr. h.c. mult. de la Universidad de Bonn, Alemania. Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la misma universidad.

1. El planteamiento funcionalista de la teoría del delito genera una visión sustancialmente distinta a las corrientes precedentes en el Derecho Penal, en tanto parte de una concepción sistémica de la sociedad y de la consideración de cada individuo como protagonista de un rol en la misma. ¿En qué se sustenta este planteamiento?

La respuesta más clara es, en primer lugar, que el Derecho Penal tiene como función mantener la estructura de una sociedad. Cuando hablo de estructura de la sociedad me refiero a una estructura normativa, no a una estructura fáctica; ella tiene que ver con captar el espíritu normativo de una sociedad. Este planteamiento hunde sus raíces en algunas orientaciones filosóficas: en primer lugar, habría que mencionar a la teoría sistémica, y, yendo más a profundidad, de un modo histórico, llegaríamos al sistema filosófico de Hegel. Sin embargo, no se trata tampoco de profundizar mucho en la filosofía ni en la sociología, sino lo fundamental es captar que el Derecho Penal tiene una función, la función de mantener la estructura normativa de la sociedad.

2. ¿En qué medida su postura ha sido influenciada por el sociólogo Luhmann¹?

Lo más importante a subrayar de Luhmann es su concepción del Derecho en sí mismo como un sistema. El desarrollo del sistema no se refiere a una relación fáctica de acción y resultado, sino a un sistema cuyos elementos que lo conforman encierran un significado válido. Explicándolo con un ejemplo: un delincuente con su hecho expresa un significado, un sentido de infracción, y ese sentido es aquello que realmente interesa. El delincuente justamente manifiesta una postura en contra de la vigencia del Derecho, de tal forma que la pena para él no tiene por qué expresar solamente un ejercicio de dolor o una exteriorización de dolor, sino, todo lo contrario, el significado de que, frente a su hecho anti-normativo, la pena es una reacción a favor del restablecimiento del orden normativo quebrantado mediante su infracción.

Es difícil precisar lo que Luhmann ha expresado sobre el Derecho Penal, ya que él se refiere más a una teoría jurídica integral y, en especial al Derecho Público, donde tiene más resonancia. Pienso que para el Derecho Penal es muy útil su aporte acerca de la vinculación entre Derecho y sociedad.

3. Usted ha señalado que la pena tiene una función estabilizadora, es decir, que ésta responde a una forma de definir los valores y funciones de la sociedad y cuya utilidad sería devolver al sistema la legitimidad de su actuación. ¿Cuál es el aporte del funcionalismo respecto a la función de la pena?

Una sociedad no podría vivir sin prohibiciones normativas. Cuando existe un delito, la pena tiene que reaccionar rápidamente para neutralizarlo. Cuando la pena reacciona, lo hace ante la persona que ha quebrantado o lesionado la estructura normativa de la sociedad. Por esta razón, la pena no sólo está dirigida al autor para que no cometa delitos, sino se dirige también a la víctima y a toda la sociedad. Lo principal es que la norma sea vigente e igual para todos, sólo así puede funcionar.

4. Algunos autores señalan que la teoría funcionalista considera al hombre como un simple ostentador de un rol y no como un sujeto portador de dignidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Sería entonces cierto que la teoría funcionalista no toma como variable la afectación de los derechos fundamentales?

Es conocido que en el ámbito hispanohablante, sobre todo Muñoz Conde, en España, y Velásquez Velásquez, en Colombia, han vertido algunas críticas en este sentido. A todo esto respondo con una pregunta: ¿qué debe entenderse por un derecho fundamental, cuando no es un Estado quien de esa forma así lo define e impone?

Si nos imaginamos a dos hombres entre los que no existe ninguna norma que regule su comportamiento, obviamente la situación a apreciar es la de un estado de naturaleza como el descrito por Thomas Hobbes.

Si nosotros queremos hablar de personas con derechos donde rige un Derecho, en todo caso tendríamos que tomar como base la doctrina de Kant que establece que sólo bajo la vigencia de una constitución jurídica que regula las relaciones humanas es posible comprender un derecho fundamental. Entonces, así ya hablamos de personas, pero de personas no sólo con derechos si no también con deberes. Y cuando hablamos de personas con derechos y deberes, también tenemos que hablar de un Estado que garantiza esos deberes y derechos.

¹ Niklas Luhmann (1927-1998) fue un sociólogo alemán que concibió la sociedad como un sistema autopoyético (autoproducción), cerrado y autorreferencial, cuya unidad operacional era la comunicación. La sociedad para Luhmann no estaba integrada por hombres, los sistemas sociales se formaban únicamente si se entabla una comunicación. Para él, las distintas personas individuales participaban en todos los subsistemas funcionalmente diferenciados (la política, el derecho, la economía, la religión, etc.), pero no cabían totalmente en ninguno de ellos, ni en la misma sociedad. En este sentido, el desarrollo social puede ser comprendido como una ampliación de los rendimientos comunicativos. El sistema de la sociedad tiene la capacidad de transformar su propio entorno y modificar los presupuestos sobre los que descansa su propia diferenciación. En tanto sociedad organizada en subsistemas, la misma no dispone de ningún órgano central, dispone de una re-edificación recursiva de observaciones y descripciones como modo de construcción social.

El discurso o la retórica acerca de la dignidad o sobre los Derechos Humanos sin un poder estatal que lo garantice no es más que un disparate.

5. Según los defensores de la teoría de protección de bienes jurídicos, ésta permite hacer una evaluación crítica y una verificación de la utilidad de la legislación vigente. De esta forma se puede analizar si cada tipo penal está realmente protegiendo algún bien jurídico, de no ser el caso, dicho tipo penal podrá ser descartado. ¿Qué opinión le merece esta posición y qué beneficios considera que trae, por el contrario, la adopción de la postura funcionalista en este sentido?

De las últimas discusiones con el profesor Roxin he podido captar que esa idea es básicamente la que él defiende, y considero que no es del todo desacertada. Roxin busca captar el actual estado que sirve de base para los bienes jurídicos, lo mismo que en el funcionalismo se intenta captar el espíritu normativo de la sociedad, que sirve de base para la teoría.

Por ejemplo, yo, como todo alemán, tengo como trauma al Nacional Socialismo, época en la que se entendió que la vida de Hitler era el bien supremo y en segundo nivel de valor estaba la existencia del Partido. Entonces, no se podría aplicar aquí la función crítica de la teoría del bien jurídico; en esa época se veía la vida de Hitler y la existencia del Nacional Socialismo como bienes jurídicos imposibles de criticar.

El Derecho Penal funcionalista respondería que el Nacional Socialismo no captó el espíritu objetivo de su sociedad en su tiempo, y como no captó el espíritu de la sociedad de su tiempo es que en sí era un régimen que iba contra su propio sistema, y contra su propia sociedad.

Si se defiende la tesis según la cual la tarea del Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos, entonces cada merma, cada menoscabo de estos bienes, significaría una catástrofe. Cuando existe un bien jurídico lesionado la inmediata urgencia a responder es si el Derecho Penal tiene que reaccionar ante ese menoscabo. Sin embargo, el Derecho Penal no puede revivir al muerto; el Derecho Penal sólo puede mantener la vigencia del Derecho, en este caso la vida, y eso es lo único que cuenta, mas no el objeto que, en sí, ya está perdido.

Si bien es cierto que, por una parte, los bienes jurídicos tienen un fuerte componente de sensibilidad, también lo es que, de otra parte, no conducen a nada. Lo que importa es captar el espíritu normativo de la época, esa es realmente la base de las relaciones que forman eso

llamado bien jurídico. Si cambia la sociedad, el Derecho Penal tiene que cambiar. En Europa, un ejemplo muy claro es el caso del aborto. Las mujeres vienen abortando desde hace mucho tiempo, sin que la penalización del aborto mediante el Código Penal pueda impedirlo, de allí que la tendencia avanza hacia su despenalización. Si el Derecho Penal no capta en sus normas el espíritu de su sociedad, esas normas se exponen a morir o a quedarse relegadas a una situación ridícula.

6. En relación a la autoría y participación, usted sostiene que la distinción entre autor y partícipe sería cuantitativa y de ningún modo cualitativa. ¿Cómo se materializaría esta diferencia cuantitativa al momento de determinar la pena aplicable, y cuál sería el criterio para determinar si una persona tuvo mayor o menor injerencia en la realización de un delito?

No existe un criterio exacto, simplemente los casos más importantes o más graves son autoría y los menos importantes son participación. Se podría hablar de tres niveles. En primer lugar, a aquellos que realizan la intervención más fuerte se les pone la pena completa, a los otros la pena más atenuada y a los últimos la pena mínima.

En la sociedad no existen los institutos dogmáticos conocidos como autoría y participación; la diferencia que de ellos se hace es meramente conceptual. Históricamente se ha sostenido que el sujeto más importante es aquel que con sus propias manos ha cometido el delito. Sin embargo, la misma historia ha mostrado que esa concepción no es cierta, por ejemplo, el jefe de una banda en una organización criminal no lo hace con las propias manos y a pesar de eso su hecho puede significar una conducta más grave.

Estoy convencido que en el futuro esta postura va avanzar y se va a determinar que la diferenciación entre autoría y participación es solamente cuantitativa. Esta tendencia ya ha comenzado en el Tribunal Alemán cuando abordó el tema de la teoría subjetiva. Lo que realmente importa profundizar son los criterios de determinación de las penas, que en sí la diferencia entre autoría y participación.

7. ¿Cuáles serían entonces los criterios que deberá usar el operador del Derecho para determinar la pena, si no va a distinguir entre autor y partícipe?

El legislador tiene que establecer qué es lo que quiere, una pena para el hecho o una pena para el autor. El legislador puede reaccionar contra el hecho dañino en sí, o contra la voluntad dañina del autor. En un

Estado democrático de Derecho, el legislador tiene que penalizar el hecho en sí y no el ánimo o sentimiento, de ese modo ya se pueden establecer niveles del injusto en relación al hecho. Lo principal entonces va a ser que el injusto sea culpable.

Así, en un primer nivel, estamos hablando de que el injusto tenga que ser culpable. En un segundo nivel, la conducta del hecho doloso merece mayor pena que un hecho de error o imprudente. En el caso de los delitos dolosos, vamos a tener casos graves, medios y leves. Sin embargo, no se puede exagerar en las diferenciaciones. Estos argumentos son los argumentos dogmáticos, pero hay que permitir que el juez también tenga un criterio independiente para determinar la medición de la pena.

Por ejemplo, en Alemania existe una normativa en el Código Penal que dice que cuando la víctima ha provocado la situación de agresión, se tiene que atenuar la pena para el autor. Semejante regulación no se tiene para el caso de las lesiones, solamente para el caso del homicidio, sin embargo, considero perfectamente posible que el juez pueda aplicar el mismo criterio para el caso de la lesión.

El juez no puede actuar sin lugar a dudas como legislador, pero tiene que conocer su código, de tal forma que donde encuentre vacíos o lagunas jurídicas, pueda completarlos con su interpretación, sobre todo extendiendo analógicamente y en todo momento favoreciendo al reo. Esto no es peligroso cuando se trata de castigar el hecho, lo peligroso es cuando el juzgador busca castigar al autor más que al hecho. Esto se da cuando el juez comienza a dar mayor importancia a cosas que no tienen que ver directamente con el hecho, por ejemplo, si el autor es un borracho, un mal hombre, si estuvo separado de su mujer. Todas estas cosas no tienen que ver muchas veces con el hecho.

8. ¿Cómo podría la empresa constituirse en una variable criminógena de la sociedad?

Existe una infinidad de teorías, que se pueden dividir en dos grupos. Primero aquellas que consideran que la empresa sí es autora. En segundo lugar las que dicen lo contrario. En el grupo que afirma la autoría, también se puede hablar de un grupo extremista radical que señala que las empresas son autores porque tienen una culpabilidad en sentido natural. La otra teoría que también afirma la autoría, pero que es más moderada, señala que las empresas son autores pero a través de una ficción jurídica.

En el caso que alguien administre la propiedad de otra persona y ella realice un acto delictivo, en ese caso,

habría que investigar directamente de qué forma esa persona se convierte en autor.

Históricamente, por ejemplo, en los casos en que se perdían las guerras, la responsabilidad del pago de las reparaciones de los daños, no recaía sobre el pueblo sino sobre los gobernantes o reyes.

9. El Perú es un país donde las personas no han interiorizado rol alguno en la sociedad, donde la actuación de las personas se da justamente al margen de la legalidad del sistema, por ejemplo, con la informalidad, y esto es muchas veces avalado por los mismos operadores del Derecho. Asimismo, el legislador peruano permanentemente emite normas que no guardan relación con la realidad, tratando de imponer conductas que no van a ser respetadas por sus ciudadanos ya sea porque van en contra de sus costumbres o de su idiosincrasia. En este contexto, ¿cómo es posible la vigencia de la teoría funcionalista?

La informalidad de hecho es un desafío para el Derecho Penal en el Perú. Así como la diferencia étnica, a ambas hay que tenerlas en cuenta. En esta situación, la tarea del Derecho Penal tiene que ser clara. Claridad en la redacción de los tipos penales y claridad en cuanto a la protección de las personas, pero eso tampoco hace que se deba soslayar aquellos tipos penales dirigidos a la administración que regula el funcionamiento del sistema.

Por ejemplo, la aplicación de condenas radicales para el caso de corrupción sí es buena. Cuando se ataca ese tipo de problemáticas, la sociedad comienza a tener mayor confianza en su sistema penal. Cuando el núcleo ya está asegurado, los demás tipos penales empiezan a tener vigencia. Sin embargo, una sociedad corrupta no tiene un buen Derecho Penal. El Derecho Penal no puede resolver los problemas de la sociedad. Cuando el problema es social, y la sociedad misma no se comprende, entonces el Derecho Penal ya no tiene oportunidad, sólo queda la revolución.

En todas las sociedades donde los problemas no pueden ser correctamente regulados, se tiene la creencia que el Derecho va a resolver los problemas sociales, pero existen situaciones donde el Derecho Penal ya no puede explicar ni resolver un problema. Sin embargo, no considero que la situación peruana sea caótica o no tenga salida como para una revolución. Lo que necesita el Perú son dos fiscales generales con conocimientos y con ganas de trabajar en serio contra la corrupción, como sucedió en Italia.

“NO EXISTE MISTERIO DEL CAPITAL ALGUNO” El *otro* análisis económico del Derecho*

Entrevista a Ugo Mattei**

Especialista en Derecho Comparado y análisis económico del Derecho con estudios en la London School of Economics y la Faculté Internationale de Droit Comparé de Estrasburgo, profesor de Derecho en diferentes universidades y varias materias, miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, autor de once libros e innumerables artículos traducidos a los principales idiomas e investigador con experiencias de campo en diversos países (Congo, Somalia, Israel, Japón, Rusia y Etiopía, entre otros). Ugo Mattei es, qué duda cabe, un académico muy importante. Con motivo de su ponencia por el veinte aniversario del Código Civil organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, THEMIS aprovechó su paso por Lima para conversar con él sobre temas vinculados al análisis económico del Derecho y la realidad nacional.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Federico de Cárdenas Romero, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y por Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, quien tuvo a su cargo la traducción. Agradecemos al doctor Gastón Fernández Cruz por la colaboración brindada para la realización de la presente entrevista.

** Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Torino, Italia (sucesor de cátedra del profesor Rodolfo Sacco). Profesor *Alfred and Hanna Fromm* de Derecho Internacional y Derecho Comparado en la Universidad de California (sucesor de cátedra del profesor Rudolf B. Schlesinger). Boalt Hall School of Law, U.C. Berkeley. LL.M. Dottore in Giurisprudenza por la Universidad de Torino.

1. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho? Específicamente, ¿por qué se interesó por el análisis económico del Derecho proviniendo de un país como Italia que se encuentra más identificado con la aproximación civil tradicional?

Mi interés por el Derecho en general surgió de forma tardía. Cuando acabé la secundaria en Italia me puse a buscar la facultad que comenzaba más tarde, quería tener unas vacaciones muy largas para poder viajar. Así, Derecho empezaba en noviembre mientras las otras facultades que estaba contemplando, que eran la de Economía y Ciencia Política, empezaban en octubre, con lo cual decidí estudiar Derecho. Fue una decisión muy personal.

Mientras que por el análisis económico del Derecho mi interés surgió de una forma distinta. Cuando me gradué de la Facultad de Derecho me fui a África. El primer estudio que realicé fue en el Congo francés, ahí empecé a tomar interés por los temas relacionados con la reforma de las reglas de propiedad y de tierras en los países menos desarrollados. Mientras realizaba mis investigaciones en África me di cuenta que todo lo que había aprendido en la Facultad era prácticamente inútil. A lo que me refiero es que sólo podía entender el Derecho en su aspecto más formal, pero no entendía nada de la esencia del problema económico.

Así que cuando regresé a Italia me di cuenta que lo que quería era involucrarme con la economía, debido a que necesitaba un mejor entendimiento de lo que subyace a las formas legales. Por ese entonces, Calabresi se encontraba visitando Italia con motivo de una conferencia en Pisa y mi mentor, Rodolfo Sacco, me lo presentó... a él que era el tipo importante del análisis económico del Derecho.

Luego fui al Departamento de Economía de Yale y pasé un año trabajando con figuras muy importantes como Calabresi y Tobin e hice los primeros trabajos de mi obra. Así que cuando regresé a Italia fue natural que escribiera el tipo de cosas que escribí. Así fue como empecé con el análisis económico del Derecho, pero esto fue en realidad desde el Derecho Comparado. A mi no me interesaba la rigurosa tradición civil, lo mío fue el Derecho Comparado desde un principio.

2. Recientemente tuvimos la oportunidad de entrevistar a George Priest¹ quien se encontraba en Lima para dictar unas conferencias. En aquella oportunidad le preguntamos acerca del desarrollo del análisis

económico del Derecho en los Estados Unidos. En ese sentido, nos gustaría saber cuál es la posición del movimiento en Europa y cuál es su opinión sobre su futuro.

Bueno, yo fui uno de los primeros en hacer análisis económico del Derecho en Italia en los ochenta. En ese tiempo todos lo veían con mucho optimismo y era realmente emocionante que estuviera llegando algo de análisis económico del Derecho a Europa. De hecho, logramos muchos progresos: hubo un esfuerzo inicial para crear una sociedad europea de análisis económico del Derecho, yo mismo creé, junto con Robert Cooter, el Comparative Law and Economics Forum que es un grupo de académicos de Europa, Estados Unidos y Japón que se reúne todos los años. Asimismo, las jóvenes generaciones de Italia, Alemania, Suecia, Suiza y Escandinavia se interesaron y empezaron a realizar sus propios trabajos.

Ahora bien, en estos momentos considero que el análisis económico del Derecho está sufriendo un declive, no sólo en Europa, sino en los Estados Unidos. En el sentido que ha sido transformado por el neoliberalismo. Se convirtió en una especie de paradigma político y se conectó con el tipo de políticas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y del Consenso de Washington. Así, fue retransformado en una industria, consiguió mucho dinero de instituciones conservadoras como la Fundación Olin y se crearon muchas cátedras en los Estados Unidos de análisis económico del Derecho—lo cual dio la sensación que estaba creciendo. Por el contrario, creo que una vez que un movimiento intelectual se institucionaliza, se acerca demasiado al poder y empieza a decaer, deja de ser interesante y deja de representar una postura crítica.

En Europa lo que realmente nos fascinaba del análisis económico del Derecho al comienzo era su potencial crítico, la posibilidad de mirar al Derecho—que en Europa mirábamos de una manera muy formal—desde la perspectiva de los incentivos y desde la perspectiva de los usuarios del sistema legal. Básicamente nos interesaba utilizar al análisis económico del Derecho como una herramienta para entender al Derecho de una forma crítica.

Pero ahora ya nada resulta interesante en él, debido a que la mayor parte de lo que ha salido del análisis económico del Derecho de los Estados Unidos es desesperadamente parroquial, sólo funciona para ellos, ellos asumen que todo se parece a los Estados Unidos. La mayor parte de los académicos

norteamericanos de esta tendencia son realmente incapaces de desarrollar una forma de pensar que pueda ser usada en diferentes contextos, siendo respetuosa de las diferencias. Así, el análisis económico del Derecho ha tomado una forma imperialista y parroquial. Recientemente escribí un artículo sobre estas ideas que aparecerá en el próximo número del Maryland Law Review titulado "The rise and fall of law and economics" ["El ascenso y la caída del análisis económico del Derecho"], lo escribí con ocasión del simposio en honor a Guido Calabresi celebrado en Maryland.

3. Una crítica común al análisis económico del Derecho aquí en el Perú es la que sostiene que constituye una aproximación incompleta que no toma en cuenta la realidad (espacio y tiempo específicos). Además, se señala que su aplicación en un país con una cultura y proceso histórico distinto podría resultar peligrosa. ¿Encuentra esta crítica fundada?

Sí, hay mucho de cierto en esa afirmación. Sin embargo, no creo que sea una buena razón para no hacer análisis económico del Derecho, ya que definitivamente es cierto que existen muy buenas razones para entender al Derecho desde la perspectiva económica. Entenderlo como un método de trabajo es importante, pero resulta aún más importante tener la capacidad de transformarlo –en el proceso de recepción– en orden a ver para qué puede ser usado. Es importante realizar un esfuerzo para hacer trabajos originales.

Creo que las críticas resultan fundadas si el análisis económico del Derecho se importa de los Estados Unidos, se transfiere al Perú o Europa y el trasfondo institucional no es tomado en cuenta. Yo mismo intenté realizar ése trabajo de "adaptación", sensible a las diferencias institucionales, en mis trabajos comparados de análisis económico del Derecho. Se podría realizar mucho en ese sentido, poner la realidad institucional en el contexto y tomarla en consideración como parte de la película, pero la gente no lo está haciendo. Por alguna razón, las personas que se dedican al análisis económico del Derecho en Europa y Latinoamérica –conozco muy bien a los integrantes de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía– son muy poco críticas, sólo le rinden culto a los pesos pesados de Yale, Chicago, etc., pero no tienen una posición ni una comprensión original. Así que eventualmente desarrollan ideas que no encajan con la realidad.

Se debe tomar en consideración a la realidad de una forma muy humilde, pero es importante presentar una aproximación original. Y esto es lo que hace falta, estamos realmente experimentando un proceso donde

asumimos lo primero que salga de los Estados Unidos sin mucho pensamiento crítico. Esto se relaciona con lo que señalaba antes, si el análisis económico del Derecho no constituye un instrumento de análisis crítico se convierte en propaganda inútil de las hegemonías actuales. Ya tuvimos demasiado neoliberalismo y poder económico llegando aquí por sus propios medios como para tener además una teoría que lo justifique y legitime. Necesitamos algo para entender y criticar.

4. Recientemente leímos en un artículo de Richard Epstein que un adecuado nivel de protección del medio ambiente podría ser alcanzado por simples reglas de propiedad evitando la regulación administrativa que, según su opinión, era una forma de expropiar sin compensar. ¿Cómo podemos conciliar la necesidad de desarrollo con una adecuada protección del medio ambiente?

Epstein es para mí el símbolo del análisis económico del Derecho volviéndose completamente ideológico y, por ende, mala investigación. No tengo ningún problema en señalar esto públicamente. Lo que él ha venido señalando recientemente son por completo tonterías. Quiero decir, su idea de reglas simples para un mundo complejo es como la plataforma política del pensamiento reaccionario. Apunta a destruir las fortalezas de gobierno del Derecho y la política favoreciendo a los fuertes sobre los débiles. En una sociedad afectada por el desequilibrio de poder él argumenta a favor de la ley de la jungla: "retornemos a los buenos tiempos en los que el empleador podía dominar a los empleados atándolos a contratos abusivos".

Desafortunadamente esta es la realidad de la opresión en contra de la cual tenemos que luchar, y en efecto el mundo del profesor Epstein es más real de lo que uno podría imaginarse. Es suficiente ver la realidad en las minas, plantaciones, zonas económicas especiales, etc. Propiedad simple y contratos muy simples triunfan ahí ¿es esto eficiente? El tipo de darwinismo que Epstein aboga en nombre de la eficiencia económica es inmoral.

Resulta más importante la pregunta que plantean sobre la relación entre desarrollo y medio ambiente, y no creo que en absoluto sea una buena idea deshacerse del Derecho Público o del gobierno. Creo que la idea de deshacerse del Derecho Público es equivocada. Si lo haces y reduces el gobierno y la regulación para tener un sistema que funcione en contra de las externalidades –polución, desastres ambientales, explotación laboral, etc.– evitando la anarquía, se necesitaría tener un sistema de cortes que funcione

como el sistema norteamericano. Por razones estructurales y culturales eso no es una posibilidad en la tradición del Derecho Civil, ni en Europa ni aquí. Tampoco es necesariamente deseable. Creo que tenemos que mantener el Derecho Público, la regulación administrativa, las instituciones que son capaces de redistribuir la riqueza, necesitamos más gobierno en vez de menos, necesitamos pagar más impuestos y no menos, necesitamos redescubrir el poder de las políticas de participación para el bien común. No existe razón real alguna por la cual el sector privado deba servir el interés común mejor que el factor público, el sector privado puede ser muy eficiente, pero su propósito es servir al interés privado. No creo que exista algún contenido intelectual real en argumentar *a priori* a favor de la privatización.

5. En el contexto de las conferencias sobre los veinte años del Código Civil peruano, en el cual algunos abogados proponen realizar pequeñas reformas o, incluso, promulgar un nuevo Código: ¿qué tan importantes son las normas para determinar la realidad? ¿No deberíamos enfocarnos también en la cultura?

Creo que el Código Civil peruano puede ser importante como un ejercicio simbólico ya que contiene ideas de funcionamiento social, ideas sociales del Derecho y, en algún sentido, simboliza la posibilidad de que la cultura legal funcione para obtener justicia social, lo cual es realmente importante. Sin embargo, en la práctica es derrotado por la realidad peruana ya que en el nivel más bajo la mayoría de peruanos no vive aplicando el sistema legal formal. Así, la mayor parte de la población del centro del país o de las periferias de las grandes ciudades aplica sistemas legales informales, tal vez legados de la era de la pre-codificación o, incluso, algún legado Inca.

Existen muchas clases de reglas de Derecho informal, Derecho tradicional, que no necesita de jueces o abogados. Estas reglas simplemente funcionan como un sistema legal tradicional que ocupa gran parte del sistema legal. Por encima del Código existe esta gran capa de Derecho "imperial": el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, las grandes firmas norteamericanas, etc., que producen un sistema legal formal que no tiene nada de social, es sólo la estructura legal del imperialismo económico. Además esa capa no tiene nada que hacer con el Código. Así, el Código es derrotado por arriba y por abajo.

La base es ocupada por el Derecho informal y la parte superior por la capa de derecho internacional que es gran medida *americanized*. En el poco espacio medio que queda se encuentra este Código que es simbólico para la cultura legal, tiene algunas ideas, involucra

algún contenido social, pero no creo que haya cumplido algún rol hasta ahora en resistir la penetración de modelos de Derecho neoliberales.

De esta forma, el Derecho privado es producido por el Fondo Monetario Internacional a través de los programas de ajustes estructurales y no tiene nada que ver con responsabilidad social, ellos sólo quieren que les devuelvan el dinero, así que es una especie de nuevo esfuerzo colonial para la extracción. El Fondo no se preocupa si el Código pretende crear una sociedad de personas que vivan juntas en una forma socialmente responsable.

En términos generales, creo que dado el estado de la cuestión resulta de importancia que los peruanos empiecen, finalmente, a trabajar con otros académicos latinoamericanos en Chile, Argentina, Brasil, Ecuador, Bolivia, Uruguay, etc., para que se entiendan y entiendan sus intereses, la realidad del Derecho latinoamericano, y paren de importar Derecho de las antiguas colonias de occidente. Tal vez, dentro de este diálogo, una legislación realmente efectiva y socialmente responsable, que resista la arrogancia del neoliberalismo, pueda ser creada; tal vez incluso un código, que después de todo es una constitución económica.

El Derecho que ustedes han estado importando desde tiempos coloniales ha sido completamente funcional al proceso del capitalismo occidental. Continuar haciéndolo, es decir, importando Derecho es simplemente continuar importando el sistema legal que ha sido creado para favorecer un modelo de desarrollo internacional en el cual Latinoamérica es saqueada sistemáticamente de todos sus recursos. Lo importante es que ustedes establezcan una comunicación con otras culturas latinoamericanas, entiendan su propia realidad, creen alguna resistencia y construyan un sistema legal que integre fuertemente una nueva responsabilidad política en Latinoamérica.

Esto es importante y es el momento indicado para hacerlo ya que Estados Unidos está ocupado en Irak y no está prestando mucha atención a lo que ocurre acá por primera vez en cerca de doscientos años. Este es el momento para que los países deudores Latinoamericanos, ayudados por nuevas y creativas teorías legales, se nieguen a pagarle de vuelta al Fondo y se nieguen a seguir drenando los recursos de los pobres para cumplir con la deuda; en realidad es el momento de reclamar de vuelta –sobre la base de una teoría de restitución– lo que ha sido extraído en las centurias pasadas de seudo independencia. ¡Esto ciertamente sería un rol revolucionario para los académicos peruanos!

Preferiría ver a la cultura jurídica peruana expandiendo conexiones con otras culturas latinoamericanas y

creando ideas originales aquí, criticando un modelo de desarrollo que los está penalizando –y los ha estado penalizando desde siempre– en vez de ver un nuevo Código Civil en Perú.

6. En estos días el Gobierno peruano se encuentra negociando un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Uno de los puntos más duros de la negociación del Tratado es el relativo a las patentes médicas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Creo que no deberían entrar en ese tratado de libre comercio con los Estados Unidos –y nadie debería– hasta que el desequilibrio de poder sea remediado. Considero que todo el asunto del libre comercio – básicamente desde que este país fue independiente– ha sido usado para impedir la creación de una economía local sostenible. Siempre que hubo algún intento para crear una industria local o para proteger la creación de algún desarrollo local unos tipos llegaban con la idea de mercados abiertos para destruir la posibilidad del desarrollo de Sudamérica, poniendo a los países uno en contra del otro, poniendo a las personas de la costa en contra de las personas del interior.

Sabemos que constantemente la política británica en Sudamérica ha sido la de presionar la apertura de los mercados ya que el mercado abierto demanda que los recursos que estaban aquí pueden ser extraídos y llevados a Europa por precios muy baratos. Así fue que tuvieron latifundios, y así fue que no tuvieron clase media. El interés de las potencias de occidente –que predicaban a los pobres el libre comercio mientras protegen su propio comercio– era mantener a las personas pobres porque al hacerlo aseguraban mano de obra barata para extraer materias primas y enviarlas a Europa. La estructura de comunicaciones y carreteras en Latinoamérica es la mejor evidencia de lo que estoy diciendo. Es más fácil ir a Europa que ir a Buenos Aires desde aquí o incluso al Perú del interior. La infraestructura, al igual que la ley, sirvió a los intereses de las potencias extranjeras, particularmente a los británicos, para extraer los recursos y enviarlos a Europa. Gran Bretaña se desarrolló gracias al oro, plata o guano latinoamericano, ¡sólo transferido nominalmente a los españoles porque ellos le debían dinero a los británicos! Todo esto en nombre del libre comercio.

Ahora mismo la propiedad intelectual occidental es como el nuevo latifundio, es nuevamente una forma de acumular nuevos recursos en las manos de un muy reducido número de poderes monopolísticos que están en los Estados Unidos. Estos poderes hacen *lobby* ante el congreso norteamericano –y controlan la Organización Mundial del Comercio– para establecer

reglas de patentes estrictas y duras. Pero una cosa es clara: no existe razón de eficiencia alguna en la propiedad intelectual, las personas del análisis económico del Derecho que defienden la propiedad intelectual son mentirosos, están recibiendo dinero de las grandes potencias para mentir. La propiedad intelectual es ineficiente. Un monopolio no puede ser eficiente. La propiedad intelectual sostiene una estructura de poder monopolístico, concentrando toda la riqueza en las manos de un número muy reducido de actores económicos que controlan tanto el centro como la periferia. Así que si yo fuera ustedes me mantendría afuera de esa estafa llamada tratado del libre comercio.

Estoy a favor de los actos de resistencia. ¡Estuve muy contento de encontrar mientras viajaba por el Perú que todos los DVDs y CDs han sido pirateados! Tal vez exista una buena teoría en no pagar la deuda externa como existe una para la piratería, la resistencia a los derechos de autor. Si los países latinoamericanos se conectan, conversan entre ellos y se dan cuenta que son mercados potencialmente fuerte e importantes, con un potencial liderazgo inteligente, con muchas cosas que son positivas, la actitud y el curso de los eventos pueden cambiar. Lo que hoy parece necesario (como respetar la propiedad intelectual y cumplir con la deuda) podría presentarse de una forma más contingente.

El poder de un demandado con una buena teoría legal es enorme, ¡cualquier abogado sabe eso! Una buena teoría de no cumplimiento de la deuda externa y no respeto a la propiedad intelectual potenciaría a los latinoamericanos. Ustedes tienen toda la razón del mundo para negarse a pagar la deuda externa porque el modelo actual de desarrollo es un fraude, esto es algo que creo desde el fondo de mi corazón. Un modelo de desarrollo más justo, que es algo absolutamente importante y necesario para que la humanidad sobreviva, sólo puede empezar de países como Perú donde las multitudes no tienen nada que perder y los líderes tienen que entender que la proporción de poder está cambiando.

En Latinoamérica se encuentra todo el potencial de una resistencia efectiva, ustedes tienen un nivel sorprendente de cultura común y de experiencias comunes –he estado en Colombia, Argentina, Bolivia, Méjico y Haití. La única razón para estar históricamente separados fue el colonialismo, no existe razón real. Ustedes realmente necesitan trabajar en crear instituciones comunes, instituciones de solidaridad, instituciones de personas, instituciones que sirvan a las personas antes que al lucro... no un tratado de libre comercio con la misma potencia que desde la doctrina Monroe (1823) ha trabajado para cerrarle el paso a su desarrollo y humillar a su gente.

7. ¿Existe otra forma de desarrollo diferente a la del mercado?

El mercado no tiene significado alguno, no existe tal cosa como "el mercado", existen mercados con diferentes características determinadas por diferentes marcos institucionales que tienen que servir ciertos propósitos. Un mercado es una institución y tiene que servir cierto propósito, si sirve el propósito entonces debemos tenerlo y alentarlo. El mercado es un medio no un fin en sí mismo. "El mercado", esta especie de idea universal, noción post 1991 del mercado como único camino al desarrollo, es sólo ideología, este es el tipo de cosas que una buena investigación seria en análisis económico del Derecho rechazaría. Lo que estoy diciendo es: existen mercados, diferentes tipos de mercados y pueden existir instituciones de mercado que sea importante mantener. Sin embargo, existen muchas instituciones fuera del mercado que es importante mantener. Déjenme ponerles un ejemplo, en este país el gran problema es el desempleo, hay mucha gente desempleada. Ahora bien, todas las recetas de reestructuración de mercado que provienen del Banco Mundial implican crear mayor desempleo, todas pretenden racionalizar la producción lo que significa echar a la gente de sus empleos. ¿Qué sentido tiene seguir recetas como esas? Estas recetas no sirven a los intereses de Latinoamérica, sirven a los intereses de la gente del norte que quiere mantener mano de obra barata y mucho desempleo para la producción en masa y la extracción de este país.

Así que no es "el mercado", esta es una falla del mercado, un mercado que sirve al imperialismo y no a las personas. Lo que necesitan hacer con las instituciones

de mercado es usarlas como un medio, pero no dejarlo todo a las fuerzas no reguladas del lucro, porque "el mercado" sólo significa que los más fuertes obtendrán aún más y los menos fuertes siempre menos.

8. El investigador peruano Hernando de Soto sostiene que es posible eliminar la pobreza de los países subdesarrollados formalizando la propiedad informal de las personas pobres de tal forma que puedan tener acceso al crédito. De su experiencia en países subdesarrollados y en temas de propiedad, ¿qué opinión le merece esta teoría?

Estoy en desacuerdo con el señor de Soto y he desarrollado este argumento en mi ponencia presentada en la conferencia sobre los veinte años del Código Civil. El problema real es que los pobres están tan desesperados, explotados y sin esperanzas en el hemisferio sur como que para que cualquier teoría como la de él funcione. La verdadera cuestión es la distribución básica, no el acceso al crédito. Si usted se muere de hambre, si usted vive con dos dólares diarios, si su casa es una pocilga, si se les niega la educación y cuidados básicos a sus hijos, usted no puede siquiera empezar a pensar de forma creativa y convertirse en un empresario. El argumento de Hernando de Soto –el cual, dicho sea de paso, es técnicamente equivocado desde el punto de vista legal– es nuevamente parcial e ideológico. Culpa a los pobres por serlo y a los subdesarrollados por el subdesarrollo, en vez de colocar la responsabilidad donde corresponde. El desarrollo occidental no habría sido posible sin abrir las venas de Latinoamérica. Todo es muy trivial. No existe misterio del capital alguno: occidente trata de impedir todas las alternativas.

REALIDAD O MITO: EN LA BÚSQUEDA DE LOS VERDADEROS ALCANCES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO*

Pablo de la Flor

Viceministro de Comercio Exterior. Jefe del Equipo Negociador para el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Master en Políticas Públicas por la Universidad de Harvard. Master en Relaciones Internacionales por la Universidad de Yale. Candidato al doctorado por la Universidad de Chicago.

Javier Diez Canseco

Congresista de la República.

James Curtis Struble

Embajador de los Estados Unidos en el Perú.

William W. Monning**

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de San Francisco. Profesor de Negociación y Resolución de Conflictos, Monterrey Institute of International Studies, California. Beneficiario de beca Fulbright para la investigación de la negociación y resolución de conflictos a nivel multisectorial a través de la celebración de tratados de libre comercio. Consultor de las Naciones Unidas en comercio y desarrollo (UCTAD).

José Oscátegui

Economista. Ph.D. en Economía, Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Profesor de Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI. Miembro de la Comisión ALCA-Perú en el Grupo de Inversiones.

* La presente Mesa Redonda estuvo a cargo de Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS.

** Las opiniones expresadas por el doctor Monning no representan a ninguna de las instituciones mencionadas, el gobierno de Estados Unidos o la Comisión Fulbright.

El Tratado de Libre Comercio (en adelante, "TLC") a celebrarse entre los Estados Unidos (en adelante, "EE.UU.") y Perú es concebido, por un sector de la sociedad, como el vehículo idóneo para lograr el desarrollo. Sin embargo, una visión escéptica y, quizás, académicamente más exacta, nos permitirá vislumbrar sus verdaderos alcances.

Por ello, THEMIS ha considerado conveniente reunir en la presente Mesa Redonda a diversas personalidades involucradas con la firma del Tratado, sea desde la mesa de negociaciones, desde el gobierno o desde los ambientes académicos.

El resultado ha sido el de tener respuestas heterogéneas, en algunos casos contrarias entre sí y que, creemos, contribuirán de manera significativa a realzar y profundizar el debate en torno al TLC.

Objetivos y alcances del TLC

1. ¿Cuáles son o deberían ser los objetivos de la firma de un tratado de libre comercio con EE.UU.? De celebrarse este tratado, ¿hasta qué punto sería beneficioso? ¿Cómo se integraría a la economía peruana? ¿Qué medidas deberían acompañar su celebración para afirmar sus efectos positivos?

DE LA FLOR: El fin de un TLC es incrementar la cantidad y calidad del empleo, tener precios más bajos para los consumidores y tener una mayor variedad y calidad de productos. Es decir, mejorar la calidad de vida de los peruanos.

Más específicamente, el TLC plantea tres objetivos intermedios. Primero, fortalecer la integración del Perú al mundo, vital para el desarrollo de una economía pequeña como la nuestra. Segundo, incrementar los flujos de inversión, tanto extranjera como nacional. Tercero, generar mayor eficiencia económica a través de la asignación más eficiente de los factores de producción.

El principal beneficio que obtendría el Perú es la consolidación de las preferencias del ATPDEA y la ampliación del acceso de los bienes y servicios peruanos a EE.UU., asegurando mayores oportunidades de crecimiento y diversificación para nuestras exportaciones. Por otro lado, al constituir un acuerdo que incluye todos los aspectos de la relación económica bilateral, permitirá reforzar la estabilidad macroeconómica e institucional mejorando, entre otros indicadores, la clasificación de riesgo país y propiciando la reducción del costo para acceder al crédito. Igualmente, el contar con reglas estables y permanentes facilita la captación de inversión extranjera.

Sobre el particular, resulta importante recalcar que la mejor manera de afrontar con éxito la apertura de mercados es mejorando los niveles de competitividad. Para ello debemos trabajar en la agenda interna, en forma paralela al proceso de negociación, con el objeto de fortalecer nuestro aparato económico. Considero que la competitividad descansa sobre cuatro pilares: la reforma del Estado, las concesiones, la inversión en el capital humano y el acceso a la justicia y los derechos de propiedad.

DIEZ CANSECO: El TLC no es un mero acuerdo comercial, implica compromisos que congelan el modelo económico imperante, estableciendo un tipo de relación entre el Estado y el capital, limitando la capacidad reguladora del Estado, su capacidad de definir leyes nacionales y dar políticas en beneficio de diversos sectores en tanto se interprete que afecten los intereses comerciales y los derechos establecidos por el TLC.

Hay intereses muy distintos en la negociación: el Perú trata principalmente de asegurar mercados y obtener beneficios comerciales (consolidar el ATPDEA), mientras que para EE.UU. significamos, más que un mercado apetecible, un objetivo geopolítico y una ubicación geoestratégica en términos regionales, en donde los intereses sobre el tema de la coca, la seguridad, el acceso a recursos naturales (biodiversidad, recursos energéticos, fuentes hídricas), así como fracturar el proceso de integración sudamericano, son muy importantes para Washington. Por ello, es muy grave no colocar la negociación en su contexto, pues es un asunto muy importante para nuestro país y para el futuro regional andino y sudamericano.

Un acuerdo comercial debe tender a facilitar el intercambio entre los países signatarios, a fin de generar beneficios económicos, impulsar un desarrollo que elimine progresivamente la inequidad, facilitar la satisfacción de necesidades de las personas y erradicar la pobreza, permitiendo una mayor y mejor inserción de nuestra economía y producción en los mercados internacionales. Lamentablemente, el formato del TLC dista mucho de satisfacer estos objetivos.

Frente a las inmensas asimetrías entre la economía peruana y la estadounidense, es necesario incorporar mecanismos de compensación, que permitan que el comercio pueda ser efectivamente un intercambio justo, que efectivamente aporte al desarrollo y la eliminación de la pobreza. Estos principios no están siendo considerados adecuadamente en la negociación. La posición de los países andinos debe ser muy firme: exigir condiciones que permitan enfrentar las asimetrías, asegurar la capacidad del Estado de desarrollar políticas para los sectores más

sensibles y resguardar los derechos fundamentales de las personas por encima de los intereses comerciales. La posición de EE.UU. en este aspecto es absolutamente cerrada, lo que hace que difícilmente el resultado final del TLC será beneficioso para las grandes mayorías del país. Es necesario tener planes de contingencia claros, considerando que existen otros escenarios de integración económica, en donde las exigencias no son tan duras e injustas. Un acuerdo comercial mal diseñado y negociado, en vez de fortalecer nuestra economía e impulsar el desarrollo, puede fomentar y profundizar las inmensas asimetrías internacionales y la inequidad dentro de nuestro país.

STRUBLE: Tal vez, la mejor manera de ilustrar los potenciales beneficios de un TLC sea revisar el éxito que ha tenido el Perú en crear un mercado más amplio para sus productos en EE.UU., a través de programas especiales de comercio en los que ha participado durante la última década. En el año en que se promulgó el ATPA (1991), el Perú exportó \$775 millones a EE.UU. y su déficit comercial con mi país fue de \$70 millones. Durante los últimos cinco años las exportaciones peruanas a EE.UU. han superado amplia y sostenidamente a las importaciones, de tal forma que en el 2003 el Perú exportó \$2,400 millones a EE.UU. y disfrutó de un superávit comercial de \$700 millones. Asimismo, vale la pena mencionar que gran parte de este crecimiento de las exportaciones ha sido en el área de productos nuevos y no de los tradicionales – espárragos, mangos y textiles, por ejemplo. El Perú tiene aún muchas oportunidades de ampliar su comercio con los EE.UU. Para mencionar sólo un ejemplo, EE.UU. importa uvas de mesa por más de 600 millones de dólares anuales; \$440 millones de esas importaciones provienen de Chile. El año pasado el Perú exportó uvas a EE.UU. por solamente \$4 millones.

Dicho esto, el TLC devengará mejores beneficios al Perú si se complementa con un paquete integral de medidas para incrementar la competitividad. El Perú necesita mejorar su sistema educativo a fin de contar con trabajadores mejor capacitados y su sistema judicial para atraer más inversiones. También es necesario mejorar la infraestructura. El gobierno y el sector privado están conscientes de estas necesidades y están trabajando para cubrirlas.

MONNING: Los objetivos positivos de un TLC entre Perú y EE.UU. deberían incluir: un incremento del acceso al mercado norteamericano para los productos peruanos acompañado de la eliminación de las tarifas que distorsionan el comercio, cuotas, subsidios y la remoción de las barreras no tarifarias al comercio (barreras sanitarias y fitosanitarias) que evitan que los productos peruanos compitan en igualdad de condiciones en el mercado norteamericano. En sentido

inverso, los negociadores americanos buscan el acceso recíproco al mercado peruano para los productos norteamericanos. El Tratado puede ser un hito importante para el desarrollo económico. Los subsidios que distorsionan el comercio y la mayor capacidad técnica y manufacturera (en algunas industrias) de EE.UU. podrían ocasionar un desequilibrio en la negociación que podría traer como resultado la pérdida de empleos en Perú dentro de ciertos sectores. El acuerdo bilateral con EE.UU. debería basarse en intercambios equilibrados y la protección de ciertos negocios pequeños, los agricultores de subsistencia y el reconocimiento de los desequilibrios de poder. Los tratados de libre comercio no necesariamente implican o requieren inversión en programas sociales, capacitación para los trabajadores despedidos o protección del medio ambiente y los derechos laborales. Como lo discutiremos en las preguntas que siguen, los tratados bilaterales pueden no ofrecer el rango de protección que puede obtenerse en una negociación como parte de un bloque (grupo de países) o con otras naciones similares que busquen obtener acuerdos equilibrados a través de la Organización Mundial de Comercio (en adelante, “OMC”). Como se dice, “the devil is in the details” (“el diablo está en los detalles”). El comercio y los acuerdos comerciales no son inherentemente buenos o malos. Para que los negociadores obtengan el máximo de beneficios y protección, se deben de haber identificado claramente las metas, tener cronogramas claros y la habilidad para cuantificar y proyectar los beneficios ganados a través del acceso al mercado (de EE.UU.) y de los precios más baratos para el consumidor peruano.

OSCÁTEGUI: El objetivo último de la firma de un TLC debe ser el bienestar de la población, tanto individual como colectivamente, es decir, como país. En este sentido, nuestro bienestar debería mejorar tanto en el corto plazo como en el largo plazo. Por esto, dicha mejora debe medirse no sólo en términos de consumo en el corto plazo, sino también en términos de desarrollo o de inhibición de capacidades productivas en el largo plazo.

Las preguntas ¿hasta qué punto sería beneficioso? ¿Cómo se integraría a la economía peruana? No pueden ser respondidas *a priori*. En primer lugar, la pregunta ya presupone que será beneficioso, sin embargo, esto no se puede saber pues el TLC es un tratado y, por ello, es un conjunto de acuerdos y, dada la ausencia de información, no podemos saber si los acuerdos serán beneficiosos o no, pues no los conocemos. El cómo se integraría la economía peruana será un resultado de los acuerdos y de si estos fueron “beneficiosos” o no. Para nosotros es crucial que el acuerdo comercial haga posible que nos desarrollemos industrialmente, pero si esto ocurre o no y en qué

sectores ocurrirá dependerá de los acuerdos a los que se llegue. Una limitación de partida del TLC que resulte de las negociaciones, es que EE.UU. tienen múltiples TLC's con otras economías (India, Pakistán, Chile, Jordania, etc.) y, seguramente, a todas debe decirles lo mismo, es decir, a cada una de esas economías debe ofrecerle un "mercado de 300 millones de personas...". El Perú tendrá que competir con esas economías, pero en sectores como el textil y confecciones, con la necesidad de imponer salvaguardas a la importación, ya hemos demostrado que no tenemos las mejores condiciones para hacerlo.

2. Se ha dicho que la firma del TLC para el Perú serviría para reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de la población. Sin embargo, hay quienes sostienen que los TLC buscan consolidar un modelo económico que potencia la concentración de la riqueza y la inequidad en la distribución del ingreso a escala nacional y global, fortaleciendo a las grandes empresas nacionales y transnacionales. En ese sentido, se postula además que los TLC dificultarían las medidas de fomento que los estados tendrían que tomar como parte de políticas públicas de reducción de la pobreza. ¿Cuál es su opinión acerca de estas afirmaciones?

DE LA FLOR: El TLC no debe entenderse como un fin en sí mismo, sino como un medio para elevar el nivel de bienestar de la población. En segundo lugar, el TLC no puede analizarse como una medida aislada, sino que forma parte de una estrategia de desarrollo cuya agenda interna va más allá de la negociación propiamente dicha. Comprende, entre otros temas, el desarrollo de infraestructura física, la implementación de políticas de competitividad de largo plazo, descentralización, reforma del Estado, etc. De ahí que el TLC con EE.UU. es apenas una pieza del modelo de desarrollo de país.

Además, debo enfatizar que el TLC no puede analizarse como una medida exclusivamente para beneficio de las grandes y medianas empresas peruanas. La posición peruana en esta negociación ha sido concebida para que el beneficio primordial se produzca en las micro, pequeñas y medianas empresas peruanas (MIPYMES) no sólo de Lima sino también de las regiones. Posiblemente no todas las MIPYMES peruanas exporten sus productos directamente a EE.UU. inmediatamente después de la puesta en vigencia del acuerdo, debido a las exigencias del mercado estadounidense en materia de volumen y estandarización de productos. Sin embargo, éstas podrán hacerlo cuando trabajen activamente por medio de la *asociatividad*, el establecimiento de cadenas productivas y la tercerización que necesitan para sacar real provecho del acuerdo.

En lo que se refiere a las compras estatales se debe aclarar que el objetivo propuesto es ser eficiente en dichas adquisiciones para que se pueda aprovechar adecuadamente el Presupuesto de la República. Para reducir la pobreza se cuenta con otras herramientas como los programas sociales, la educación y la facilitación para la creación del empleo.

Además, conviene no perder de vista que el principal instrumento para avanzar en la lucha contra ese flagelo es el crecimiento económico sostenido, propósito que se vería colmado con la negociación del TLC. De hecho, las estimaciones más conservadoras indican que este TLC se traducirá en la generación de no menos de 130,000 nuevos puestos de trabajo en el sector exportador.

DIEZ CANSECO: El formato de los acuerdos de libre comercio que está promoviendo EE.UU., busca consolidar las reformas neoliberales de los años noventa. Dentro del proceso de globalización, estos acuerdos comerciales ponen limitaciones muy serias al rol de los Estados Nacionales. Bajo estas condiciones, el TLC con EE.UU. congelaría y perpetuaría éstas cuestionables políticas limitando las posibilidades futuras para desarrollar otras alternativas, más justas y equitativas, para nuestro modelo de desarrollo.

En materia de TLC y pobreza: ¿qué capacidad tienen los más pobres de acceder a los supuestos beneficios del TLC? ¿Cuáles son los sectores que se beneficiarían del tratado? Sabemos que los principales beneficiarios serán los exportadores, ¿pero quiénes más se beneficiarán, y quiénes perderán? En muchos casos los propios intereses nacionales están encontrados, como es el caso de los productores textiles y los algodóneros. Un estudio reciente del economista Bruno Seminario estima que el TLC tiene un impacto pequeño en términos laborales: un aumento neto del empleo de 18 mil personas. Mientras que en los empleos producto de mayores exportaciones sería de 85 mil empleos, se perderían 67 mil empleos producto de las importaciones y su impacto sobre la producción nacional. Esta estrecha ampliación del empleo no justifica los inmensos riesgos en los que nos estaríamos involucrando con el TLC.

Por tomar el ejemplo del agro nacional: los beneficios estarían básicamente vinculados al sector agro-exportador, ubicado mayoritariamente en la costa. ¿Pero qué va a suceder con los productores agrarios vinculados al mercado interno, ubicados mayoritariamente en la sierra peruana, a quienes se imputa no ser competitivos? ¿Podrán sobrevivir sin medidas de apoyo y mecanismos de compensación que les permitan enfrentar los millonarios subsidios

estadounidenses a su agricultura? Frente al gravísimo abandono del campo peruano, la ausencia de políticas que lo promuevan adecuadamente, el pobrísimo presupuesto público incapaz de establecer subsidios o de aplicar programas de apoyo que permitan hacer frente a las distorsiones y ante el hecho que la aplicación de beneficios tributarios suele hacerse en beneficio de los grandes grupos de poder, es difícil creer que el agro nacional se desarrolle en las injustas condiciones que establece el TLC.

STRUBLE: Los países que han ejecutado políticas de desarrollo enfatizando las exportaciones, como por ejemplo Chile y México, han visto resultados concretos en la reducción de sus niveles de pobreza. El crecimiento del trabajo en el sector exportación tiende a incrementar el empleo formal. En consecuencia, los nuevos puestos de trabajo son mejor remunerados, otorgan un mejor nivel de beneficios para los trabajadores e incrementan la recaudación del Estado. Ello permite una mayor inversión en salud, educación e infraestructura. De acuerdo con cifras del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México, la tasa de desempleo en México ha caído de un 6,2 por ciento en el año 1994 a un 2,7 por ciento en el 2002. Uno de cada cinco trabajadores en México tiene un trabajo vinculado al sector exportador. Asimismo, de los 3,5 millones de nuevos puestos de trabajo creados en México durante el período 1995-2000, la mitad fue el resultado del NAFTA y el crecimiento de las exportaciones. Los empleos vinculados a las exportaciones pagan salarios 37 por ciento más altos que aquellos del resto del sector manufacturero mexicano.

La experiencia es similar tanto en Canadá como en EE.UU. Statistics Canada, el instituto nacional de estadística de Canadá, informa que los puestos de trabajo relacionados con el sector exportador de ese país pagan salarios 35 por ciento más altos que el promedio nacional. En EE.UU., la cifra es del 18 por ciento.

En el caso del Perú, si preguntamos a uno de los más de 60,000 peruanos que hoy trabajan en el cultivo y procesamiento del espárrago si ellos piensan que el ATPDEA ha contribuido a reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de la población, estoy convencido de que su respuesta será rotundamente afirmativa por cuanto hoy, gracias a las exportaciones, tienen un ingreso que antes no tenían. Otro ejemplo muy claro es el de los textiles y confecciones, donde los especialistas estiman que trabajan más de 150,000 personas.

Creo que el TLC brindará importantes oportunidades a las PYMES y MYPES. La gran mayoría de las

empresas que exportan a EE.UU. aprovechando las ventajas del ATPDEA son peruanas y no son grandes. En el caso del sector textil-confecciones, el 96 por ciento de las 30,600 empresas son microempresas, es decir son aquéllas que tienen de 1 a 9 trabajadores. Los casos de los espárragos, mangos, joyería, etc. son similares. Según datos de SUNAT, este año (2004) hay 2,450 empresas que exportan a mi país. Finalmente es claro que con los impuestos generados por estas exportaciones, el Estado tendrá más recursos para dedicarlos a la implementación de políticas públicas orientadas a la reducción de la pobreza.

MONNING: Un tratado de libre comercio NO garantiza beneficios para todos los sectores de la sociedad. Los mercados libres no necesariamente implican una mayor democracia o beneficios. A nivel interno, los representantes del gobierno deben identificar objetivos políticos, sociales y económicos y demostrar cómo un tratado de libre comercio puede revertir en beneficios para toda la población. Se dice a menudo que en el libre comercio hay "ganadores y perdedores". La clave, por supuesto, es maximizar el número de beneficiarios. Por lo menos dos grupos pueden ser identificados como ganadores dentro de los países en desarrollo: (i) aquellos que obtendrán empleos, y (ii) aquellos que aumentarán más su ingreso obtenido al conseguir acceso a productos más baratos en el mercado. Los perdedores serán todos aquellos que pierdan sus trabajos, pierdan la habilidad para competir en el mercado, o continúen viviendo en la pobreza y dependiendo de la caridad, de una economía de mercados negros, o migrando a los centros económicos con la esperanza de conseguir empleos indirectos o beneficios sociales. La inversión social no ha sido identificada como un componente legítimo de los tratados de comercio internacional (bilaterales). La brecha entre los ricos y los pobres se está ampliando. La inversión social sólo se logrará si aquellos que disfrutaban los beneficios del comercio son gravados con impuestos o requeridos a invertir en programas de implementación social. El rol del gobierno, la democratización y la inversión social, serán analizados en las siguientes preguntas.

OSCÁTEGUI: Lo correcto es decir que el TLC *debería* servir para reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de la población. Entre los efectos posibles está el que potencie la concentración de la riqueza y la distribución desigual de la riqueza y que fortalezca sólo a las grandes empresas nacionales y transnacionales, pero esto dependerá de qué cosa se acuerde. Los TLC no son las mejores medidas para desarrollar el comercio y, en este sentido, para promover el desarrollo por intermedio suyo. En el

último número del IMF Survey¹, publicación del Fondo Monetario Internacional, entre las conclusiones de la IMF Trade Research Conference se encuentra que los TLC no han mostrado ser ventajosos para los países pequeños que reciben esa “concesión” del país grande.

Si el TLC beneficiará, como se sostiene, sólo a los sectores más eficientes, entonces la que perderá será la mayoría del país. El TLC debería tener mecanismos de compensación para los sectores que se estima serán afectados, y estos mecanismos podrían ser financiados conjuntamente por el Perú y por EE.UU., pero esto parece que no está en las ideas del equipo negociador, ni en las del MINCETUR, ni en las del Gobierno en general.

3. El TLC a ser celebrado entre EE.UU. y Perú se concibe como un vehículo para lograr la integración comercial de Perú. No obstante, hay quienes consideran que sería preferible negociar en espacios más amplios como la Ronda de Doha en el marco de la OMC. Por otro lado, se argumenta que, teniendo en cuenta la participación reducida de un país como el Perú en la economía de EE.UU., es acertado sostener que el interés de este país no es propiamente comercial, sino que pretendería asegurar un “bloque” de posturas favorables para tener una mejor posición en negociaciones multilaterales. ¿Considera válidas estas afirmaciones?

DE LA FLOR: El Perú necesita integrarse comercialmente al mundo para que nuestros productos y servicios ingresen a otros mercados en condiciones preferenciales, transparentes y predecibles. Es responsabilidad del Estado que nuestros exportadores obtengan y mantengan las mejores condiciones de acceso. Las negociaciones bilaterales como el TLC con EE.UU. y las negociaciones de la Ronda Doha son herramientas importantes para lograr dicho objetivo; sin embargo, existen diferencias de fondo y forma. La OMC constituye el “paraguas” bajo el que se negocian todos los acuerdos bilaterales o regionales de comercio, es decir estos acuerdos deben ser consistentes con las normas de OMC. Las negociaciones comerciales multilaterales y, en particular la Ronda Doha es un proceso de más largo plazo debido a su nivel de complejidad, el número de participantes (casi 150 países), la amplitud de la agenda comercial, la sensibilidad de los temas, la necesidad de lograr consensos para avanzar, entre otros factores. En

cambio, las negociaciones bilaterales, como en el TLC con EE.UU., son procesos más efectivos para lograr acceso a mercados en el corto plazo y depende principalmente de las voluntades e intereses de los países andinos participantes y EE.UU.

Ello no implica que las negociaciones de la OMC no sean importantes. Al contrario, el Perú también participa activamente en ellas porque es consciente que se están tratando los temas comerciales más importantes y sensibles en la actualidad (*antidumping*, subvenciones industriales, subvenciones a la agricultura, propiedad intelectual, entre otros). Más aún en la Ronda Doha se están negociando temas como subsidios agrícolas y disciplinas *antidumping* que EE.UU. no ha profundizado en sus acuerdos bilaterales. Pero, valgan verdades, en estos momentos no se tiene una certeza sobre cuándo concluirán las negociaciones de la Ronda Doha. En este contexto, el TLC es una prioridad porque EE.UU. es nuestro principal socio comercial, recibe un alto porcentaje de nuestras exportaciones no tradicionales y debemos mantener las preferencias que nos otorga. Por tanto, las negociaciones en OMC y las negociaciones de TLC no se oponen sino más bien son negociaciones complementarias.

Por otro lado, no concuerdo con las opiniones que señalan que el objetivo de EE.UU. es formar un “bloque” de posturas favorables para tener una mejor posición en negociaciones multilaterales. El Perú sabe diferenciar muy bien la importancia, el *timing* y los ámbitos de estas negociaciones, por lo tanto, no va a hipotecar sus posiciones e intereses a nivel multilateral por ningún TLC. Precisamente, la consolidación de las preferencias de EE.UU. será un instrumento que nos brindará mayor independencia y autonomía en términos de política comercial y negociadora ya que no estaremos sujetos a la incertidumbre de las preferencias unilaterales.

DIEZ CANSECO: La negociación bilateral con una súper potencia como EE.UU., bajo condiciones y exigencias tan difíciles, puede perjudicarnos seriamente. Las condiciones que tenemos para hacer frente a esas exigencias son infinitamente menores que las que podríamos tener definiendo intereses regionales y enfrentando como bloque sudamericano los procesos de integración hemisférica. No incorporar mecanismos de compensación adecuados, que permitan a los países en vías de desarrollo hacer un tránsito hacia condiciones

¹ IMF Survey 20, Vol. 33, 8 de noviembre de 2004. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/2004/110804.pdf> “preferential trade policies –whether in the form of trade agreements or tariff reductions for exports from development countries- are not equivalent to trade liberalization”, “... it would be more accurate to call these “preferential” rather than free trade agreements”, “such schemes are riddled with problems”, “sectors of export interest to the recipient country are often “sensitive” sectors for the donor country and, thus, frequently exempted from preference schemes”, “these schemes often carry a fair amount of ‘strings’”, “a key test of the effectiveness of such schemes is whether they help create viable industries in the recipient countries; there is no clear evidence that they do”.

de integración más equitativas, es muy riesgoso y podría terminar por sellar una relación de dependencia que difícilmente podremos revertir. Existen varios escenarios de integración comercial y económica. Ahora estamos en el proceso de negociación del TLC con EE.UU., que establece las condiciones más difíciles y las exigencias más duras. En estas condiciones, los beneficios que concedamos y los que obtengamos en este acuerdo, van a sellar el tipo de relación comercial que podamos establecer con otros bloques.

La estrategia de EE.UU. es dividir a Sudamérica y aislar a Brasil y Argentina, que son países que dentro de la región se pusieron firmes en la negociación del ALCA. EE.UU. está negociando con países pequeños y bloques regionales de países pobres –a quienes tienen seriamente comprometidos– para consolidar su posición hegemónica en Latinoamérica, así como para reforzar su posición en los diferentes foros de negociación mundial y hemisférica. El apuro en la negociación, dando la espalda a otros bloques, como el G-21, la relación con el MERCOSUR o el proceso de la Unión Sudamericana, es un gravísimo error del Gobierno. La integración con los países más grandes y desarrollados de Sudamérica, supondría generar un núcleo de interés regional que nos permita entrar en mejores condiciones a la negociación. Lamentablemente, la estrategia del Gobierno parece ser un interlocutor dócil en el TLC a fin de “congraciarnos” con Washington.

STRUBLE: EE.UU. está convencido de los beneficios del libre comercio. Es por eso que negociamos TLC con aquellos países que tienen como estrategia el crecimiento económico a través de las exportaciones y más inversión.

Todos necesitamos avanzar en diversos frentes a la vez. Nuestros países están trabajando arduamente para lograr acuerdos en la ronda de la OMC Doha, así como en torno al ALCA. La propuesta de un TLC entre EE.UU. y Perú, Colombia y Ecuador no partió de nosotros sino de los países amigos de la región Andina. Dado que EE.UU. recibe el 27 por ciento del total de las exportaciones peruanas (las mismas que se incrementaron de un 16 por ciento en la década pasada), es lógico que el Estado peruano busque consolidar un acceso favorable al mercado estadounidense.

MONNING: En principio, los países que enfrentan dificultades de desarrollo similares, comparten economías y prioridades políticas comunes pueden ejercitar un mayor poder de negociación en grupos o

bloques de negociación. El G-21 demostró su poder durante el encuentro ministerial de Cancún (México) de la OMC como parte de la “Ronda de Desarrollo” de Doha. Al bloquear las iniciativas europeas y de EE.UU. en Cancún el G-21 flexionó sus músculos negociadores y demostró el poder de las alianzas que se forman entre los miembros de la OMC. EE.UU. y la Unión Europea parecen haber respondido a este ejercicio de poder de voto en bloque, buscando acuerdos bilaterales (TLC) como la forma más expeditiva. El bloque negociador del G-21 deberá ahora evaluar si la estrategia de “divide y conquistarás” de los representantes comerciales de EE.UU. ofrece mayores beneficios a los socios de las naciones en desarrollo o mayores riesgos. Claramente, uno de los beneficios de un acuerdo bilateral entre Perú y EE.UU. o entre otros países en vías de desarrollo y EE.UU. es el prospecto de ganar acceso más expeditivo a mercados y mayores beneficios económicos que los que se consiguen en forma más retardada por los acuerdos multilaterales y regionales. En términos de medir las ganancias potenciales será crítico cuantificar los beneficios del acceso al mercado de EE.UU. mediante la industria, los productos y el incremento de las ventas proyectadas que se traducirán en nuevos trabajos en el Perú. Simultáneamente, será crítico medir el impacto de los productos de EE.UU. en las industrias, mercados y trabajos peruanos existentes.

Un análisis presentado por Pedro Francke en La República (“TLC con EE.UU. no disminuirá estado de pobreza en el Perú”, del 21 de noviembre de 2004) documenta un estudio de Bruno Seminario de la Universidad del Pacífico, el cual concluye que un neto de 18,147.5 puestos de trabajo son el resultado final de TLC. Estas figuras incluyen proyecciones de empleos creados por la expansión de la exportación, que serían de +85,466.8 y proyecciones de pérdida de empleos que serían de (menos) –67,319.3 como resultado de la competencia por importaciones. El autor concluye que la ganancia neta de empleo de 18,147 puestos no reducirá de forma efectiva los niveles de pobreza en el Perú.

OSCÁTEGUI: El TLC (con contenido desconocido hasta ahora) puede ser vehículo para muchas ilusiones, entre estas la integración comercial del país. Sin embargo, ninguno de sus defensores *a priori* ha dicho, hasta ahora, cómo, esta medida, va a lograr dicha integración. Los más renombrados economistas del mundo especializados en el comercio sostienen que, frente a las negociaciones multilaterales como la Ronda de Doha, los TLC son dañinos para los países pequeños que se involucran en tales acuerdos². La razón para que esto sea así es que en las

² Por ejemplo, BHAGWATI, Jagdish y Arvind PANAGARIYA, de Columbia University, T.N. Srinivasan de Yale University. Ver: de BHAGWATI, <http://www.columbia.edu/~jb38/testimony.pdf>, de PANAGARIYA “Trips and the WTO: An Uneasy Marriage” y otros trabajos en <http://www.columbia.edu/~ap2231/policy.html>.

negociaciones bilaterales, como en los TLC, los países pequeños carecen de capacidad negociadora frente a los países grandes, mientras que en las multilaterales los que ven reducida su capacidad negociadora son estos últimos. Por esto, los países grandes usan los TLC para imponer condiciones que no podrían en negociaciones multilaterales, con lo que se preparan para ir a estas negociaciones con acuerdos ya obtenidos, y así incrementan su capacidad negociadora frente a otros grandes bloques comerciales³. Los TLC no son políticas que beneficien al comercio mundial, no constituyen medidas de apertura comercial, no son acuerdos balanceados para los países pequeños. El mecanismo de apertura comercial debería ser la negociación multilateral, en la actualidad esto significa la Ronda de Doha.

TLC y democracia

4. Se suele asociar el discurso del libre comercio con el de democracia, sin embargo, desde otra perspectiva se sostiene que los tratados de libre comercio delimitan lo que los Estados pueden y no pueden hacer en materia económica y, de esta manera, vacían la “constitución económica” de contenido. Ante esto, la política económica ya no depende de los cambios políticos, ni de las decisiones adoptadas en instituciones democráticas de cada país, sino que son compromisos legales pactados internacionalmente, lo que sin duda es deseable en términos de estabilidad, pero discutible en términos de libertad y democracia. ¿Considera válida esta crítica? De ser así, ¿hasta qué punto resta legitimidad a este tipo de negociaciones?

DE LA FLOR: Las negociaciones comerciales que celebra un país, sea en el marco multilateral (OMC) o bilateral (tratados de libre comercio) son una decisión y política de Estado, no de gobierno; por lo que si el Estado decide entrar en negociaciones o celebra compromisos a nivel internacional, deberá respetarlos independientemente del gobierno de turno.

No es un cuestionamiento a la libertad, porque el Estado ha ejercido su plena libertad y soberanía al decidir entrar en negociaciones o adoptar determinada política comercial. Además, tampoco es cierto que el Estado pierda grados de libertad en su manejo económico como resultado de los compromisos que

asuma en el contexto de las negociaciones antes señaladas. Finalmente, si así se estimara conveniente, el gobierno tiene la potestad de no suscribir aquellos tratados cuyas cláusulas resulten lesivas al interés nacional, o denunciar aquellas que ya ha negociado.

DIEZ CANSECO: Es necesario partir por entender la democracia como un concepto integral. No se trata tan sólo de un régimen político sino un sistema efectivamente inclusivo en el que se generen igualdad de oportunidades para la gente y que permita la adecuada satisfacción de las necesidades de las personas, de manera que podamos hablar de una ciudadanía plena. En este sentido, el rol de los Estados es fundamental, más aún en países como el nuestro. Por ello, cuando se habla de libre comercio en el formato del TLC, vemos expresados los nuevos intereses de la economía globalizada que ponen en jaque a los Estados Nacionales, poniendo en discusión su rol frente a la regulación de las relaciones económicas y su capacidad de definir su modelo de desarrollo.

Sobre la legitimidad del proceso –y considerando que el TLC sería un acuerdo permanente–, algo que no se destaca lo suficiente, es que son los negociadores peruanos los que están definiendo, prácticamente en solitario los parámetros de la propia negociación, definiendo que tipo de rol jugará el Estado peruano con relación a la economía nacional, lo que conlleva limitaciones a la propia Constitución Política, a la garantía de una serie de derechos, a las competencias de los poderes del Estado, tal como es el caso del tipo de leyes que podrá dar no o no el Congreso de la República. Aquí hay una fuerte contradicción: los negociadores peruanos son ahora legisladores y definen los límites en los que se tendrán que enmarcar los poderes del Estado. Esto es inaceptable. No es posible que un puñado de funcionarios nombrados –más allá de su capacidad e integridad profesional– tenga tal poder de decidir y comprometer unilateralmente al Perú.

Se pone en evidencia las limitaciones que el proceso de globalización económica impone a los Estados, cuestionando y recortando sus capacidades en función de las relaciones económicas y los intereses del capital. La negociación del TLC con EE.UU. no puede hacerse de espaldas al país, ni se puede negociar con el apuro con el que lo estamos haciendo.

STRUBLE: Uno de los beneficios de un TLC es que puede contribuir a generar reformas y fortalecer las

³ Ver: BHAGWATI, Jagdish “The Singapore and Chile Free Trade Agreement”. En: <http://www.columbia.edu/~jb38/testimony.pdf> “...the bilaterals, between us (se refiere a los EE.UU.) and small countries are increasingly used to establish ‘templates’ by different lobbies which then proceed to argue, both in Congress and then at the multilateral negotiations, that this template must logically be extended to the multilateral trade negotiations. Since in many cases, it is the developing countries who hesitate and oppose these lobbying demands at the multilateral talks, and since bilaterals with the developing countries are used to create the templates, the process has also been described realistically, perhaps cynically, as an application of the Leninist policy of ‘divide and rule’”.

instituciones democráticas. Las naciones democráticas y prósperas tienen ciertos elementos en común. Cuentan con reglas transparentes y predecibles que ofrecen a los inversionistas –que en muchos casos son ciudadanos de esas naciones y no extranjeros– garantías de que sus derechos y sus propiedades serán respetados. Las democracias no son arbitrarias. Fíjense en la Unión Europea, por ejemplo. La Unión Europea agrupa a veinticinco países con gobiernos independientes cuyas filosofías políticas van desde la democracia social hasta la conservadora. Los tratados de libre comercio reducen la arbitrariedad y permiten a la vez la implementación de una gran variedad de políticas económicas locales.

MONNING: En EE.UU. la administración Bush y los medios de comunicación utilizan con frecuencia los términos “libre mercado” y “democracia” intercambiamente. Evidentemente, la fuerza de las instituciones democráticas puede apoyar el desarrollo de verdaderos mercados libres, y los beneficios económicos de un mercado libre pueden coadyuvar al desarrollo de más instituciones democráticas (transparencia, eliminación de la corrupción, etc.), pero las iniciativas económicas de los mercados libres NO garantizan el establecimiento o desarrollo de la democracia. Los acuerdos comerciales, incluyendo el GATT/OMC, TLCAN y CAFTA, necesariamente representan la decisión de gobiernos miembros de sacrificar ciertos derechos soberanos a cambio de beneficios futuros a ser disfrutados en un ambiente de mercado abierto y libre comercio. El pobremente llamado movimiento “antiglobalización” (Seattle, Montreal, Davos, Cancún, Santiago/reunión de APEC, etc.) representa la conciencia de aquellos que buscan construir instituciones democráticas y expandir las protecciones al ambiente, al trabajo y a los derechos humanos. Los puristas del libre comercio sostienen que los acuerdos de libre comercio son, por diseño, de naturaleza económica y no el vehículo apropiado para ocuparse de temas como libertad y democracia. Para aquellos que ven el crecimiento económico, el comercio y el desarrollo unidos inextricablemente, un argumento fuerte debe ser hecho para usar estos instrumentos como medio de identificar estándares de derechos democráticos, derechos humanos, ambientales y derechos de trabajo. Algunos representantes de las economías en desarrollo argumentan que incluir temas de democracia y libertad en la agenda de comercio podría entorpecer y retardar su desarrollo económico. Posponer esta protección a un futuro más “conveniente” es minimizar o subvertir los objetivos articulados del GATT, OMC y la “Ronda de Desarrollo” de Doha, que reconocen el objetivo del desarrollo económico como ligado a la eliminación de la pobreza y los beneficios compartidos.

OSCÁTEGUI: El problema con los acuerdos internacionales, sean comerciales o no, es que no pueden ser modificados por voluntad de sólo una de las partes. Esto debería obligar a la búsqueda de un consenso nacional sobre la base de información clara sobre los posibles afectados por el acuerdo, y sobre la base de la atenuación de los efectos negativos que pudieran existir. Algunos, por lo general ultraliberales, consideran que el Estado actúa siempre mal e ineficientemente, que la política económica que se hace en el Perú es siempre mala y que va a seguir siéndolo. Esto es una extensión de su ausencia de nacionalismo, de su pretensión de ser “ciudadanos del mundo”, y de su convicción de que el país estaría mejor si dependiera directamente de alguna potencia, digamos EE.UU. Por esto, creen que lo mejor que puede ocurrir es maniatar al Estado y así reducir la posibilidad de hacer política económica por parte de los gobiernos nacionales. Anteriormente, hace poco, siguiendo el ejemplo de los liberales argentinos, quisieron eliminar, prácticamente, la política monetaria (y la fiscal) con la dolarización. La debacle de esa medida en Argentina los llevó a no insistir en la dolarización, pero no a abandonar el sueño de maniatar al Estado. Ahora consideran que los acuerdos comerciales pueden maniatar al Estado lo suficiente como para que sea incapaz de hacer política económica, no sólo política comercial, sino política económica en general. Al respecto es bueno no perder de vista que maniatar la política comercial implica, necesariamente, reducir la capacidad de hacer política monetaria y fiscal. Sin embargo, tal como la debacle de Argentina lo mostró, no es bueno inmovilizar esta capacidad.

5. ¿Hasta qué punto son determinantes para la conclusión y ejecución del TLC las elecciones presidenciales y el consiguiente cambio en la composición del congreso de EE.UU.? En el caso de Perú, a diferencia de EE.UU., el TLC se viene negociando “a espaldas” del Congreso, ¿puede afectar esta situación la futura aprobación del tratado por parte de éste?

DE LA FLOR: El triunfo del Presidente Bush en EE.UU. para un segundo período hace prever que la política comercial de EE.UU. se mantendrá y en consecuencia se impulsarán las negociaciones comerciales que EE.UU. mantiene con sus socios.

En el caso del Perú, el TLC no se negocia “a espaldas” de nadie, por el contrario el MINCETUR ha realizado todos los esfuerzos necesarios para que la Negociación del TLC con EE.UU. sea transparente. Para ello se desarrolló un Plan Nacional de Comunicaciones y se acreditaron 133 instituciones participantes: 24 gobiernos regionales, 12 ministerios, 22 organismos públicos, 40 gremios empresariales, 11 universidades

y escuelas de postgrado, 4 centrales sindicales, 5 colegios profesionales, 5 centros de investigación, 5 asociaciones y 5 fundaciones.

Como parte del mismo Plan se ha desarrollado una página web informativa (www.tlcperu-eeuu.gob.pe), se han elaborado paquetes informativos básicos sobre el TLC, se han auspiciado actividades de difusión en regiones, se han organizado conferencias públicas sobre el TLC, se realizó un taller sobre el TLC para Presidentes Regionales, se realizó un seminario sobre TLC para Prensa Especializada y se han realizado 56 acciones con el Congreso de la República del Perú.

Definitivamente, nuestro Congreso ha estado informado sobre cada paso en las negociaciones. Las acciones realizadas con dicha institución son las siguientes: 13 Comunicaciones Generales sobre las negociaciones, sus objetivos y sensibilidades; 11 presentaciones en audiencias organizadas por el Congreso; 13 reuniones con las bancadas parlamentarias; 8 reuniones individuales con Presidentes del Congreso, Presidentes de las Comisiones Parlamentarias y Congresistas; 6 comunicaciones invitando a participar en los grupos de trabajo y las rondas de negociación; y 5 respuestas por escrito a requerimientos informativos.

Adicionalmente, se ha apoyado la participación directa de 25 congresistas en la sexta ronda de negociación.

DIEZ CANSECO: Los objetivos de EE.UU. están claramente planteados en el Trade Promotion Authority Act (TPA), que rige al equipo negociador y define los objetivos a obtener y establece los límites para la negociación, es un acuerdo entre Republicanos y Demócratas, lo que nos muestra que en términos generales los intereses norteamericanos están claramente definidos y consensuados. El triunfo de Bush, nos indica que nada ha cambiado. Sin embargo, sí vale la pena mencionar que dentro del congreso norteamericano existen sectores críticos, los cuales se han pronunciado claramente con relación al inmenso peligro que las pretensiones norteamericanas sobre el tema de patentes tendría en el acceso a los medicamentos genéricos.

La situación del Perú es diametralmente distinta. La definición de los intereses nacionales para la negociación la está haciendo el MINCETUR, si bien coordinando con otros ministerios, ha establecido algunos mecanismos de diálogo con la sociedad civil y efectuado reuniones informativas en el Congreso de la República, estos mecanismos son insuficientes, ya que no aseguran una adecuada incorporación de los temas sensibles en la posición negociadora. En ese sentido, la relación del MINCETUR con el Congreso ha

sido muy débil y en ello el Congreso tiene que aceptar parte de responsabilidad. En primer lugar, no existe un marco para las negociaciones que establezca principios que deben ser garantizados, de manera que existan límites naturales que deban seguir los negociadores frente a temas que implican aspectos constitucionales. Por ello, es urgente que el Congreso de la República establezca a través de una Ley Marco, los principios rectores para estas negociaciones. El Congreso recibirá el texto final negociado del TLC para su aprobación o denegación, al cual no podrá hacerle ningún tipo de modificación, ni de contenido, ni de forma. Siendo los parlamentarios también responsables de la suscripción del acuerdo, es necesario que se establezcan principios claros que desarrollen y defiendan principios constitucionales que hoy son amenazados por los intereses comerciales.

En segundo lugar, es preocupante que el Congreso de la República no cuente con una instancia permanente de seguimiento de las negociaciones que le permita, no sólo conocer el avance de las negociaciones, sino alcanzar propuestas específicas y fiscalizar oportunamente el proceso.

STRUBLE: En los años 80, durante un gobierno del Partido Republicano, EE.UU. inició las negociaciones del tratado de libre comercio con los países vecinos de México y Canadá. Estas negociaciones concluyeron durante un gobierno del Partido Demócrata. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) entró en vigencia en el año 1993. Las interrogantes, comentarios e inquietudes que generaron las negociaciones en los tres países fueron muy parecidas a las que comienzan a surgir a medida que avanza el debate en el Perú. En este caso, he observado que el MINCETUR ha estado muy activo difundiendo los temas en negociación y buscando el aporte de distintas entidades públicas y privadas, incluyendo el Congreso. Congresistas y asesores han participado en el llamado "cuarto de al lado" durante las rondas de negociaciones que se han venido llevando a cabo. Por ejemplo, en la última Ronda de Tucson ha habido una importante delegación de más de veinte congresistas.

MONNING: La reelección del Presidente George Bush y el control por el Partido Republicano de la Casa de Representantes y el Senado muestra la continuación de las políticas comerciales de Bush con el apoyo del Congreso. Con autoridad negocial "sin trámite previo" que cumplir, la administración de Bush puede negociar acuerdos bilaterales o multilaterales que sólo requieren un voto de "sí" o "no" del Congreso. En otras palabras, el Congreso americano no puede enmendar o cambiar el texto de cualquier acuerdo negociado por los representantes de la administración. Aparentemente, la prioridad de la administración Bush es asegurar

múltiples acuerdos comerciales bilaterales usando cronogramas deliberados para proteger sus intereses percibidos. Mientras CAFTA (el acuerdo de libre comercio entre EE.UU. y Centro América) representa un pacto reciente de comercio regional, la búsqueda por la administración de un área de libre comercio de las Américas (FTAA/ALCA) parece destinada a tomar una posición secundaria a la negociación más probable de acuerdos bilaterales que imitarán el acuerdo comercial de EE.UU. con Chile.

OSCÁTEGUI: En lo que respecta a EE.UU. esta pregunta fue resuelta por la realidad, pues ya ocurrieron las elecciones y ganó Bush, quien venía impulsando estos tratados. Sin embargo, así hubiera ganado Kerry no era de esperar ningún cambio significativo. Los TLC con los países de América Latina son beneficiosos para EE.UU., y surgen de su incapacidad de aglutinar a todo un continente con una propuesta única de relación comercial. Los tratados bilaterales son más convenientes para ellos con la finalidad de llegar a la Ronda de Doha con acuerdos que sería imposible obtener en acuerdos multilaterales. En esta Ronda, EE.UU. espera negociar como bloque con los otros grandes bloques comerciales, Europa, Asia. Por esto, la política de Estado de EE.UU. bajo Kerry también hubiera sido mantener los TLC, independientemente de lo que los candidatos dijeron durante el período electoral. Debemos preocuparnos más por la aprobación del Congreso peruano, pues ante la poca transparencia de las negociaciones la población peruana se está formando las más diversas ideas y expectativas, que pueden no corresponder con la realidad. Esto podría ser causa de manifestaciones de desacuerdo y descontento.

Inversión

6. Los TLC estipulan una serie de reglas que tienen por objeto crear las condiciones idóneas para que las empresas, tanto nacionales como extranjeras, maximicen sus ganancias. Sin embargo, no contienen la exigencia de ninguna contraprestación en términos de colaboración al desarrollo del país, ¿qué papel juega el tema relativo a la responsabilidad social de las empresas en las negociaciones del TLC?

DE LA FLOR: Debemos recordar que el TLC de por sí es un instrumento que facilitará y promoverá el ingreso de nuevas inversiones a nuestro país. Una de las razones primordiales de haber iniciado negociaciones con EE.UU. fue justamente tener la posibilidad de incrementar los flujos de inversión, tanto extranjera como nacional hacia nuestro país.

Respondiendo concretamente la pregunta, debo informarles que el TLC incorpora dos capítulos vinculados a la responsabilidad social de las empresas. El primero es el de Normas Laborales y el segundo vinculado a los Estándares Medio Ambientales.

Adicionalmente, es conveniente aclarar que las empresas que producen eficientemente están generando empleos que en sí mismos ya contribuyen al desarrollo del país.

DIEZ CANSECO: El capítulo de Inversiones del TLC con EE.UU., es un capítulo muy sensible ya que desde los principios de "Trato Nacional" y el "Principio de nación más favorecida", puede recortar la capacidad del Estado de impulsar medidas que busquen vincular las inversiones con el desarrollo nacional: por ejemplo, establecer requisitos de desempeño a las inversiones que vinculen a la inversión extranjera con desarrollo nacional, regional o local, estableciéndole requisitos como la transferencia de tecnología, el cumplimiento con determinado tipo de requisitos ambientales o sociales, etc. Ello es una necesidad nacional.

El TLC también establece limitaciones a la posibilidad de incorporar mecanismos para el control de capitales u otros controles financieros. Esta limitación es muy seria en particular para el control de los llamados "capitales golondrinos", que se mueven como capital especulativo y que han llegado a ocasionar serias crisis económicas. Mantener estos mecanismos de control de capitales es muy importante, deben poder estar siempre disponibles para los países en desarrollo, de manera que se pueda asegurar la estabilidad económica.

Los requisitos de desempeño para la inversión que se están limitando en la negociación, son un mecanismo eficiente mediante el cual se genera un vínculo entre responsabilidad social de las empresas y las inversiones. Parece que para muchas personas, y mucho más para los grandes intereses económicos, hablar de responsabilidad social de la empresa –como sucedió en la discusión de la Ley de Regalías Mineras– es estar en contra de la inversión, y esto está reflejándose en la negociación del TLC.

STRUBLE: Esta pregunta requiere una aclaración. Ninguno de los tratados de libre comercio que ha firmado EE.UU. establece garantías de ganancias para compañías privadas. Lo que hacen estos acuerdos es establecer reglas claras y perdurables que hagan previsible la actividad económica a fin de atraer inversiones. Por otro lado, la contribución al desarrollo del país por parte de las empresas, con TLC o sin TLC, está constituida por los impuestos que pagan al fisco y el empleo que generan, así como

la expansión de productos de calidad a precios bajos y asequibles al público.

Un aspecto importante de todos los tratados de comercio que hemos firmado es el reconocimiento de la responsabilidad social. Por ejemplo, el CAFTA recientemente suscrito con los países centroamericanos, contiene una estrategia diseñada especialmente para apoyar el respeto –en el ámbito interno de cada país– de los derechos laborales, así como para fortalecer la capacidad de las naciones centroamericanas para hacer cumplir la legislación laboral. El CAFTA incluye un capítulo innovador sobre el tema de protección ambiental y mecanismos de resolución de controversias. Allí se establece la realización de audiencias públicas, el acceso público a diversos documentos, una mayor transparencia y sólidas disposiciones contra la corrupción.

MONNING: Las inversiones (inversiones extranjeras directas) son vistas como la llave del desarrollo económico, la erradicación de la pobreza y la panacea para los problemas económicos, sociales y aun los políticos. Pero, los acuerdos de inversión representan un intento de los gobiernos de establecer un sistema basado en reglas para la inversión privada directa. El enlace entre las inversiones y el desarrollo necesariamente requiere o que el gobierno proteja los intereses domésticos o que negocie los términos para alcanzar objetivos de desarrollo. En el caso de la industria minera peruana, la cual representa aproximadamente el 52 por ciento de todo el intercambio por exportación peruano, varios modelos han surgido indicando diversos resultados en términos de beneficios amplios para la sociedad provenientes de la inversión en operaciones mineras. Las operaciones mineras extranjeras en Tintaya y Las Bambas aparecen como modelos de la participación de la comunidad en la negociación en temas relacionados con la transferencia de la tierra, protección del medio ambiente, derechos humanos, y los objetivos de desarrollo a largo plazo. Las compañías australianas-británicas y suizas involucradas con Tintaya y Las Bambas pueden ser apropiadamente llamadas inversionistas “socialmente responsables”.

La ley peruana también requiere un “gravamen social” a todos aquellos postores de exploraciones de minerales y concesiones mineras. Queda por verse si el resultado de estos “gravámenes sociales” será recolectado y distribuido de una forma que, en realidad mejore la situación de las comunidades empobrecidas localizadas en las cercanías de ricas reservas de mineral.

La controversial operación minera de Yanachoca en Cajamarca, Perú, representa otro ejemplo de cómo otro inversionista extranjero (Newmont Minning Company,

EE.UU.) podría o no promover políticas empresariales socialmente responsables. Cuando Yanacocha inició sus operaciones mineras en Cajamarca en 1994, Cajamarca se situaba como la cuarta región más pobre del Perú. Diez años más tarde, y después de billones de dólares de extracción de oro y plata de los yacimientos mineros de Yanacocha, Cajamarca se sitúa como la segunda región más pobre de Perú. El impacto ambiental y social de la compañía Minera Yanacocha (envenenamiento por mercurio en Choropampa, junio de 2000) y los impactos sobre el agua han provocado resistencias de amplia base para nuevas exploraciones en el cerro Quilish en Cajamarca. La compañía Minera Yanacocha ha tomado un paso sin precedentes al anunciar la aceptación de la suspensión de su permiso de exploración del cerro Quilish por el Gobierno y al comprometerse a dialogar con la comunidad a través de las Mesa de Dialogo reconociendo su pobre comunicación con la comunidad cajamarquina en el pasado (El Comercio, 4 de noviembre de 2004, Yanacocha pagó un aviso publicitario).

La responsabilidad social necesita ser exigida, no quedar como una opción voluntaria. Los inversionistas extranjeros, sus socios corporativos nacionales y los ministros de gobierno necesitan convocar a los representantes de las comunidades a la identificación de prioridades de desarrollo antes, no después de que los acuerdos de inversión hayan sido negociados e implementados.

OSCÁTEGUI: La pregunta debería decir “los TLC estipulan una serie de reglas que tienen por objeto crear las condiciones idóneas para que las empresas de EE.UU. maximicen sus ganancias”. Me es difícil pensar en empresas peruanas ingresando al mercado estadounidense, competitivamente y en las magnitudes en que ingresan al Perú las empresas norteamericanas. Por esto, los acuerdos al respecto serán, fundamentalmente, una protección a las empresas de EE.UU. Los temas como el de la “responsabilidad social de las empresas” no tienen lugar en las negociaciones del TLC, lo que no quiere decir que no deberían tenerlo.

Propiedad intelectual

7. Los sistemas de patentes básicamente están pensados para otorgarle a los inventores los incentivos necesarios para que investiguen y creen más al permitirles internalizar los beneficios de sus esfuerzos en forma exclusiva por un periodo de tiempo. El dilema se presenta con relación a los costos sociales de estos sistemas ya que generan menor difusión y acceso a los medicamentos. Teniendo en cuenta la realidad social peruana, ¿cómo resolvería el dilema con relación a las patentes médicas?

DE LA FLOR: Estamos negociando para que en el TLC se adopten mecanismos que permitan un adecuado y oportuno acceso a los medicamentos, principalmente a los esenciales, para los consumidores peruanos.

Es necesario tener en cuenta que mecanismos como las licencias obligatorias y las importaciones paralelas constituyen una flexibilización a los derechos de patente, permitidos en los ADPIC-Declaración de Doha e incluidas en la propuesta de EE.UU. Algunas de las condiciones para su utilización son situaciones tales como emergencia nacional u otra circunstancia de urgencia extrema.

Ahora bien, cuán flexibles pueden ser las condiciones para la utilización de estos mecanismos dependerá de los resultados de la negociación. Apuntamos a que éstas guarden relación con los intereses legítimos del país, pero también evitando violentar los derechos del titular de la patente.

Una ayuda para comprender el verdadero impacto de los productos patentados es conocer el ritmo de ingreso de nuevas medicinas al Perú. Así, de las 122 moléculas nuevas lanzadas en el mundo en los últimos seis años, sólo 36 fueron traídas al país y únicamente 11 tienen un mercado interno interesante como para ser copiadas. Tomando en cuenta que en las farmacias peruanas se comercializan alrededor de 5 mil medicamentos, el número de nuevas patentes es ínfimo.

DIEZ CANSECO: El tema ha sido ya debatido en la OMC y los países que hoy estamos negociando el TLC ya tenemos un acuerdo sobre la materia: en la Ronda de Doha de la OMC se consagraron los intereses de la salud pública por encima de los intereses comerciales y este tiene que ser el límite natural para la negociación de temas referidos a propiedad intelectual. Allí ya se estableció la vigencia de patentes por un plazo de 20 años, cifra que es por demás alta y que supone importantes limitaciones para acceder a medicamentos genéricos. Las pretensiones de EE.UU. de establecer en el TLC un esquema ADPIC *plus*, mediante el cual buscan ampliar el plazo de las patentes (segundos usos o la protección de los datos de prueba), y el ámbito de patentabilidad (*patentamiento* de plantas y animales con pequeñas variaciones genéticas) son inadmisibles. Ceder en esto sería conceder mayores beneficios a los grandes monopolios farmacéuticos, incrementando el costo social que ya genera la protección de las patentes.

La industria farmacéutica es la tercera industria mundial luego de la industria armamentista y petrolera. Por lo tanto, los *lobbies* e intereses tras la negociación del TLC son muy grandes y comprometen a importantes sectores políticos en EE.UU. El tema del SIDA es un buen ejemplo: en el Perú 76,000 personas

aproximadamente viven con SIDA. Un tratamiento con medicamentos genéricos costaría US\$ 408 por persona al año, mientras que un tratamiento similar con medicamentos de marca costaría US\$ 4,300. Estamos hablando de un precio diez veces mayor. Este costo más alto no sólo lo tendría que asumir los pacientes, sino que supondrá una significativa alza del presupuesto público, si consideramos que según los datos del Ministerio de Salud el 72 por ciento de las medicinas que se recetan y aplican en hospitales públicos y centros de atención médica son medicamentos genéricos. Aquí, hay que saludar la firme posición del Ministerio de Salud en este tema, defendiendo el acceso a medicamentos genéricos y definiendo claramente cuáles son los temas inaceptables en la negociación. Los límites para la negociación del tema de patentes ya están puestos por el propio Ministerio de Salud y en ellos debemos ser muy firmes: encauzarnos hacia un régimen tipo ADPIC *plus* es inadmisibile ya que pone en serio riesgo la salud de millones de peruanos.

STRUBLE: El temor a que la protección de los derechos de propiedad intelectual (que es un elemento esencial del TLC) afecte el precio y la disponibilidad de las medicinas en el Perú, es un tema de preocupación en el país. EE.UU. defiende con firmeza en la OMC y asegura que las normas internacionales sobre los derechos de propiedad intelectual no afecten el acceso de los países pobres a las medicinas esenciales. Ningún tratado comercial que hayamos negociado va en contra de este principio. De hecho, el tratado suscrito recientemente con América Central incluye una cláusula específica reiterando esa posición. Éste se encuentra disponible en la Internet para que todas las personas interesadas puedan informarse. En el Perú, el 98 por ciento del total de medicinas son vendidas como medicamentos genéricos y no cuentan con ninguna patente. Ellas no son cubiertas por la protección de los derechos de propiedad intelectual. Hay que señalar que el nivel de protección de las patentes de productos farmacéuticos en el Perú es muy bajo. Por esta razón, los fabricantes de varios países prefieren no vender sus medicinas en el Perú por temor a que sean pirateadas. No es, pues, la protección de la propiedad intelectual lo que afecta a los pacientes peruanos, sino más bien la débil protección lo que los ha privado de las dos terceras partes de los medicamentos que se han desarrollado en los últimos cinco años y que sí están disponibles en otros países.

MONNING: Las patentes médicas representan uno de los temas de comercio más controversiales del nuevo milenio. Los efectos devastadores del VIH/SIDA destruyen vidas y llevan a la ruina a las familias que buscan aliviar el sufrimiento de esta enfermedad debilitante. Las naciones africanas ocupan el primer lugar en el mundo

en pérdida de vidas humanas por motivo del VIH/SIDA, pero ningún país ha escapado del horroroso impacto de esta enfermedad incurable. Las compañías farmacéuticas más importantes han luchado para proteger sus patentes y derechos exclusivos dentro del mercado, sobre las drogas que alivian y extienden las vidas de los pacientes. Algunas concesiones han sido hechas por estas enormes compañías farmacéuticas, pero el verdadero tema está relacionado no sólo a las drogas relativas al VIH/SIDA, sino a un ancho rango de medicinas que podrían salvar vidas o prolongarlas. En este terreno, la OMC y la OMS necesitan proponer la excepción de algunas medicinas salvadoras de vidas de la así llamada protección de las patentes. Una forma de prevenir la actividad del mercado negro lucrando con los productos médicos "similares" o producidos de modo paralelo es la participación del Gobierno, por intermedio de sus ministerios de salud, en la producción y adquisición "al costo" de los productos en manos de los propietarios de las patentes para combatir y prevenir las enfermedades fatales.

Un tema relacionado en el campo de la protección de las patentes es la práctica de las farmacéuticas multinacionales y compañías productoras de alimentos de expandir sus portafolios de productos "capturando" y patentando la propiedad de plantas aborígenes, animales y otros componentes biológicos regionales. La explotación del mundo en desarrollo y los productos regionales indígenas, sean alimentos, plantas, insectos o animales no debería beneficiar a aquellas compañías con abogados, grandes presupuestos y el *know how* para acelerar las aplicaciones de las patentes desde sus laboratorios a las oficinas de patentes. Un caso muy conocido involucra la patente de la compañía Monsanto sobre una variedad de frijol rojo cultivada por agricultores de subsistencia mexicanos por centurias. Ahora que Monsanto ha patentado esta variedad de frijol, está cobrando a los agricultores por el uso de la patente para continuar cultivando este producto autóctono de sus tierras y que es un elemento esencial de sus culturas.

En el caso de Perú, la rica variedad de plantas autóctonas, insectos y animales de las regiones andina y amazónica representa una atractiva fuente para la extracción foránea y las patentes. La explotación de esta rica y potencialmente lucrativa variedad de plantas y otros recursos naturales estaría mejor protegida a través de convenios internacionales y no sujetos a una carrera contra el tiempo hacia la oficina de patentes que sólo beneficiará a las grandes multinacionales en detrimento de las comunidades tradicionales y las economías de los países en desarrollo.

OSCÁTEGUI: Las patentes no son otra cosa que derechos monopólicos sobre ciertos procesos o productos. Esto no es necesariamente malo, sobre todo en esta época en la

que parte de la investigación, sobre todo la investigación aplicada, es realizada por empresas. El objetivo es garantizar que el investigador sea adecuadamente retribuido. Sin embargo, si tener una patente por 20 años ya es, en mi opinión, exagerado, ampliar este tiempo, como lo quieren los norteamericanos, es contraproducente. Deberíamos tener en cuenta que los acuerdos sobre el respeto a la propiedad intelectual no son, propiamente, temas de comercio internacional. Los acuerdos comerciales no tienen por qué incorporarlo. Sin embargo, EE.UU. los viene imponiendo como parte de esos acuerdos. El argumento es que ellos tienen por objeto proteger la producción intelectual y así incentivarla. Una forma de ver esto desde el lado de los países emergentes, debe ser que, como su propósito es incentivar la producción intelectual, los acuerdos en el TLC deben buscar que esta sea incentivada no sólo en EE.UU., sino también en el Perú. Por esto, si los acuerdos a los que se llega garantizan únicamente la lucha contra la "piratería" (que es un problema policial, pero no es un tema de comercio libre), no serían beneficiosos para el Perú, pues nuestro país transferiría recursos como pago a la propiedad intelectual sin recibir nada a cambio. Dada la diferencia en capacidad tecnológica, educativa, etc., nuestro país produce ninguno o muy pocos inventos patentables que puedan ser comercialmente atractivos en el mercado norteamericano. Por esto, nosotros no recibiríamos nada o casi nada, pero transferiríamos recursos. En cambio, una relación balanceada en el tema de la propiedad intelectual sería un acuerdo sobre el uso de los recursos globales, generados por el acuerdo comercial, tanto en EE.UU. como en el Perú, para incentivar la producción intelectual y la capacidad tecnológica también en nuestro país. Esto podría ser en la forma de repartirnos, en cantidades iguales o muy cerca de ello, con EE.UU., el fondo total generado entre ambos países por este concepto, y usar la parte de esos recursos que nos correspondería para mejorar la educación y la capacidad tecnológica del Perú. En lo que respecta a los productos relacionados con la salud, los plazos de las patentes no deberían aumentar. Pero, no debemos dejar de decir que lo mejor sería que los acuerdos sobre la propiedad intelectual y todos los demás que estén relacionados con el desarrollo del comercio, sean resultado de las negociaciones en la Ronda de Doha y no de acuerdos entre un gigante y algunos pigmeos.

Agricultura

8. Teniendo en cuenta la política de subsidios aplicada por EE.UU. a sus productos agrícolas ¿puede ser perjudicial al desarrollo agrícola nacional "abrir" nuestro mercado a dichos productos?

DE LA FLOR: Primero es conveniente aclarar que la aplicación de subsidios por parte de algunos países

conlleva a impactos ambiguos sobre las economías de los países receptores. Existen impactos positivos sobre el bienestar de los consumidores derivados de la posibilidad de adquirir productos a menores precios y destinar los excedentes a la adquisición de otros bienes y servicios; sin embargo, también existen impactos negativos sobre los ingresos de los productores locales en países no competitivos en los productos subsidiados. Lo importante es observar el balance sobre el bienestar de la economía en su conjunto.

En concreto para la negociación con EE.UU., los subsidios en este país no afectan a todo el universo agropecuario, sino solamente a 14 productos, gran parte de los cuales presentan un interés ofensivo para el Perú en la presente negociación, considerando el enorme potencial del mercado norteamericano y la competitividad nacional.

De estos 14 productos, el Perú sólo produce 7, siendo deficitario en todos; es decir, la producción es insuficiente para abastecer a la demanda interna, la misma que por su magnitud, no representa un mercado significativamente atractivo para los grandes productores internacionales. Además, de los 7 productos importados, solamente 2 provienen mayoritariamente de EE.UU., mientras que el resto proviene principalmente de Bolivia, Argentina o Uruguay.

Ahora, el hecho que el real interés defensivo del Perú respecto a los productos subsidiados en EE.UU. sea verdaderamente reducido, no quiere decir que vayamos a descuidar este aspecto de la negociación, todo lo contrario. Nosotros partimos siendo realistas y reconociendo que los subsidios agrícolas no surgen con el TLC ni van a dejar de existir con él; pero también somos concientes que las negociaciones nos brindan una gran oportunidad por constituir un marco para plantear mecanismos creativos orientados a corregir las distorsiones causadas por los subsidios. Esta es la firme posición del Perú en estas negociaciones y en esa línea venimos trabajando.

DIEZ CANSECO: Definitivamente abrir nuestro mercado a los productos agrarios subsidiados generaría una grave crisis agraria nacional. Este es uno de los temas más sensibles del TLC, ya que muestra de manera expresa la relación asimétrica que existe en la negociación. Los millonarios subsidios que tienen los agricultores en EE.UU., generan distorsiones a los precios internacionales de los productos agrícolas afectando significativamente a los productores nacionales. No podemos aceptar las condiciones que nos exige EE.UU., en donde ellos han manifestado que se reservan la potestad de mantener sus subsidios y ayudas internas al agro, y que sólo debatirán estos

temas en el marco de la OMC. Junto con esta posición, EE.UU. nos exigen que nosotros eliminemos la Franja de Precios, que es el mecanismo más eficiente que hoy tenemos para contrarrestar estas distorsiones y esto es sólo para algunos productos nacionales.

Es inadmisibles que la posición del equipo negociador peruano en este tema sea dubitativa. Colombia y Ecuador han sido muy firmes en este aspecto. Si el propio Ministro de Agricultura, Álvaro Quijandría ha afirmado recientemente a un diario nacional que “si mantenemos la franja de precios no se podrá lograr un TLC con Estados Unidos”, lo cual equivale a tirar la toalla, entonces me pregunto: ¿qué tipo de firmeza en nuestra posición negociadora es esa?

Es cierto que con el ATPDEA el crecimiento de la industria agro-exportadora ha sido significativo, y que es necesario consolidar y preservar éste crecimiento y su importante aporte a la economía nacional, pero esto no se puede hacer a costa del resto de sectores productivos nacionales que son mayoritarios y que sostienen los productos más importantes de la canasta alimenticia nacional y de la que dependen miles de familias campesinas, en donde están los sectores más pobres de la población. Un TLC que ponga en riesgo a este sector es inadmisibles, ya que compromete la seguridad alimentaria y la economía de miles de familias, que constituyen aproximadamente el 65 por ciento de la PEA en el área rural.

STRUBLE: El MINCETUR ha hecho un estudio del impacto real de los productos subsidiados que vienen tanto de EE.UU. como de otros países. Este estudio muestra que los subsidios no afectan a todo el universo agropecuario, sino a 14 productos básicos de un universo de más de 1,100 productos. De esos 14 productos, el Perú produce únicamente 7 y en estos casos la producción nacional resulta insuficiente para abastecer la demanda interna. De los 7 productos sólo 2 provienen mayoritariamente de EE.UU. –algodón y trigo. En las negociaciones que se llevan a cabo estamos conversando sobre lo que se puede hacer para contrarrestar el impacto de dichos subsidios.

Por otro lado, es la OMC la que establece límites a los subsidios agrícolas. Cabe recordar que el subsidio más alto permitido por la OMC fue otorgado a la Unión Europea y es de alrededor de \$67 mil millones. El segundo subsidio más alto fue concedido al Japón, unos \$33 mil millones mientras que el límite fijado por la OMC para EE.UU. es de \$19 mil millones. Hace dos años EE.UU. propuso a ese organismo que se eliminaran todos los subsidios agrícolas en un plazo de cinco años. Sin embargo, nuestros principales competidores –la UE y el Japón– no respondieron.

MONNING: El tema de los subsidios agrícolas es uno de los más importantes en la agenda comercial contemporánea. Recientemente la OMC resolvió una controversia en favor de Brasil, quien presentó una queja contra EE.UU. basada en la distorsión del mercado producida por los subsidios de EE.UU. a la industria del algodón. Durante el primer gobierno de la administración Bush los subsidios agrícolas fueron dramáticamente incrementados en el intento presidencial de solidificar el apoyo de los agricultores del medio oeste de granos, algodón, azúcar y otros productos de exportación (ver: Ley Farm Bill del 13 de mayo de 2002). Estos subsidios que distorsionan el comercio desafían los principios del libre comercio y conllevan el desplazamiento de los productores agrícolas locales por los productos agrícolas subsidiados de EE.UU. (los agricultores mexicanos del maíz han sido drásticamente impactados por la importación del maíz norteamericano subsidiado). Asimismo, la exportación de productos agrícolas de países en desarrollo ha demostrado ser económicamente desastrosa en sus esfuerzos por competir con productos similares en los EE.UU. que gozan de subsidios o cuotas de protección (algodón, azúcar, maíz, espárragos, nueces, etc.).

Como principio básico de equidad y fundamento del libre comercio, las naciones importadoras no deberían ser expuestas a competir con los productos subsidiados de EE.UU. Para crear equidad e igualdad en los acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio, las economías importadoras deberían luchar por el derecho a imponer modificaciones tarifarias, cuotas o requerir la eliminación de los subsidios injustos a los productos agrícolas de EE.UU. Hacerlo de otra manera significaría aceptar la competencia desleal en detrimento de los productores agrícolas locales y de los objetivos políticos más amplios en materia económica y social.

OSCÁTEGUI: Hay pocos productos agrícolas en los cuales somos competidores de la producción norteamericana. Creo que hay productos agrícolas que nunca podremos producir a los precios que pueden ser producidos en países como EE.UU., me refiero al trigo, la cebada, la soya, por ejemplo. En este sentido, los subsidios de ese país a gran parte de su producción agrícola no nos afectan directamente. Sin embargo, en aquellos productos en los que su producción subsidiada competiría ventajosamente con nuestra producción, tendríamos que conseguir que los acuerdos a los que se llegue nos permitan reciprocitar y aplicarles medidas equivalentes.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL PERÚ: SU IMPACTO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

Reseña por Javier de Belaunde L. de R.**

Será en lo sucesivo imposible discutir sobre la situación de la enseñanza del Derecho en nuestro país, sin tener en cuenta el informe elaborado en el 2004 por Luis Pásara sobre la enseñanza del Derecho en el Perú y su impacto en la administración de justicia. La iniciativa se debe a la preocupación del entonces Ministro de Justicia, Baldo Kresalja, quien supo identificar no sólo una vinculación que muchas veces pasa inadvertida (enseñanza del Derecho/administración de justicia), sino al investigador que desde una perspectiva socio-jurídica podía dar luces sobre el estado de la cuestión.

Pásara, es un reconocido investigador sobre temas de justicia y uno de los más representativos exponentes del movimiento de reforma de la enseñanza del Derecho que tuvo tanta vigencia en América Latina en la década de los setenta y que alcanzó en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, una de sus más influyentes expresiones.

“Nos hemos olvidado del abogado”, expresa un entrevistado por Pásara, sintetizando cómo la crítica social a la administración de justicia generalmente se expresa en una desaprobación a jueces y fiscales y no comprende a los abogados. Así la preocupación sobre la formación y desempeño de estos es escasa o percibida como un tema aparte. Este olvido es absolutamente injustificado. No sólo los jueces y fiscales son abogados, sino el abogado tiene un rol determinante en el sometimiento y procesamiento del conflicto que es llevado a los tribunales.

El primer interés del Informe está pues, en poner sobre la mesa la imposibilidad de identificar seriamente las falencias de un sistema de justicia –sobre cuya incapacidad para responder a las expectativas sociales

hay consenso– sin percibir que el problema comienza en las facultades de Derecho, es decir en la formación de los abogados. Por tanto, resulta imposible acometer un proyecto integral de reforma judicial sin acometer una profunda revisión de los estudios universitarios de Derecho.

El Informe, realizado en corto tiempo (marzo a julio de 2004), no intenta agotar el tema. En realidad, podríamos decir, quiere abrir un debate imprescindible y urgente, aportando y sistematizando datos objetivos para establecer un estado de la cuestión que quizás sospechábamos, pero cuyas dimensiones de gravedad y características, ciertamente no conocíamos.

Pásara busca, “desde la perspectiva de las necesidades de un sistema de justicia que se halla en franco estado de crisis” identificar la situación de la enseñanza del Derecho en el Perú. Para ello, además del procesamiento de algunas investigaciones parciales previas y de la información documental disponible, el investigador ha usado cinco instrumentos: a) entrevistas a autoridades de las facultades de Derecho; b) encuesta aplicada a diez estudiantes en cada facultad; c) encuesta aplicada a cinco profesores en cada facultad; d) observación de cinco clases en cada facultad; y e) entrevista a un conjunto de informantes calificados (profesionales experimentados y conocedores, con amplio reconocimiento público). Los primeros cuatro instrumentos fueron aplicados en 23 de las 47 facultades de Derecho; en 10 facultades más se aplicaron, debido a diversas limitaciones, sólo algunos de los instrumentos.

Para comprender adecuadamente el interés del Informe, resulta inevitable dar algunas pinceladas sobre

* PÁSARA, Luis. “La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia”. Lima: Ministerio de Justicia. 2004. 114 pp.

** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS-Revista de Derecho. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS.

su contenido. Un primer capítulo se ocupa del **estado de la justicia y el papel de los abogados**, analizando la percepción social del problema y del rol de los abogados, describiendo, de otro lado, con información y mucha perspicacia, cómo se ejerce la profesión en el Perú hoy. Cuestión central en este capítulo es el acápite en el cual se analizan las calidades del abogado litigante y sus consecuencias para la justicia. El conocimiento del caso; la solidez del razonamiento jurídico; la calidad para redactar; la disposición y capacidad para la negociación; y la preocupación por el interés del cliente, son materia de un “bisturí” analítico que tiene un interés que ciertamente trasciende a los propósitos del Informe.

El segundo capítulo se introduce en **las facultades de Derecho, lugar de formación del abogado**. Revelador y sorprendentemente ilustrativo en cuanto a sus consecuencias es el acápite sobre el marco normativo. El caso de las filiales, del bachillerato automático y del otorgamiento del título profesional, y de la enseñanza a distancia, son cuestiones relativamente nuevas y que no pueden ser soslayadas sobre todo para un análisis de las perspectivas en la evolución inmediata del problema. Pásara luego nos da información objetiva sobre el crecimiento y características del número de facultades de Derecho. Eran 25 en 1986, y la mayoría eran públicas, hoy son 47 y la mayoría son privadas. “La expansión del número de universidades privadas, correspondientes al modelo empresarial del D.L. 882, está acompañada de una mayor permisividad en el ingreso a ellas...”. En 1986 estudiaban Derecho 34,770 alumnos; según datos disponibles, en el 2003 eran 44,153 los alumnos; casi uno de cada diez estudiantes universitarios del país estudia Derecho. Pero sin duda, lo más revelador del capítulo está en la descripción del panorama institucional: las verdaderas condiciones en las que se enseña y estudia Derecho. Los datos sobre las bibliotecas, por ejemplo, son ilustrativos.

Los protagonistas de la enseñanza del Derecho ocupan el tercer capítulo: la condición docente y el perfil de los estudiantes. Encontramos una constante sobre la información: “No se dispone de información oficial sobre el número de profesores de Derecho existentes en el país”, pero “de los 2225 profesores en funciones en las 32 facultades de las que se obtuvo información, cuatro de cada cinco se desempeñaban como profesores por horas”, ello debilita la tarea docente y hace muy limitada la posibilidad de investigación. El 69% son contratados, “lo que nos refiere a personal docente que ejerce la función sin haber pasado por un concurso de selección”. Más allá de estos y otros datos sobre la condición de los docentes, dos cuestiones son destacadas por el mismo Pásara. Una se refiere a la falta de definición

institucional de objetivos y métodos: “De la diversidad de conductas observadas en clase, puede deducirse que la manera de enseñar queda librada a la iniciativa y la seriedad, el criterio y los conocimientos o la imaginación de cada docente”. La otra se refiere a los contenidos: “Un aspecto de particular interés en la observación de clases fue el referido a asuntos de ética profesional. Hubo varios casos en los cuales el profesor enseñaba a sus alumnos cómo circunvalar la ley”.

El estudio aporta al conocimiento del perfil del estudiante: a) quién estudia Derecho; b) sus motivaciones para escoger la carrera; c) las expectativas de desempeño profesional que albergan; d) las características del trabajo académico del estudiante promedio; e) sus percepciones del rol del profesor y del alumno; y f) el balance de los alumnos sobre la formación recibida y el servicio ofrecido por las facultades. Esta agenda tan rica ofrece datos y reflexiones muy importantes para analizar en perspectiva lo que podemos esperar de la profesión legal en el corto plazo. Sobre el trabajo académico: “Pocos estudiantes hicieron referencia a la actitud favorable a la lectura como un rasgo del alumno ideal. Con frecuencia, los profesores entrevistados indicaron que una de las mayores carencias entre los estudiantes de Derecho (...) es la poca dedicación a la lectura. Sin embargo, las observaciones de clase permitieron verificar que los profesores no exigen a los alumnos en clase que muestren los resultados de las lecturas aparentemente exigidas”. Sobre las motivaciones: “entre el sector de estudiantes que eligieron la carrera debido a su utilidad, apenas 1.2% de estudiantes de universidades privadas deseaba ser juez, frente a 20% de los estudiantes de universidades públicas, cuya motivación para estudiar derecho era la misma”. Sobre la valoración de los estudiantes de su formación hay datos que parecen revelar una percepción preocupante de lo que se requiere para ejercer la profesión: “La mitad de los estudiantes entrevistados manifestaron sentirse frustrados debido a la formación recibida; sin embargo, resulta sorprendente que sólo uno de cada cinco estudiantes (21.4%) considere que no está siendo preparado para un buen desempeño como abogado”.

El capítulo cuarto informa sobre **la dinámica de la enseñanza del Derecho** en dos acápites: el primero es sobre **los contenidos** (qué se enseña); una opinión recogida parece sintetizar el estado de la cuestión: “no hay que ir más allá de lo que nos dice la ley”. El segundo acápite es sobre **los métodos** (cómo se enseña); luego de contrastar lo que los profesores y alumnos dicen que hacen, con las observaciones del contenido y dinámica de las clases en las que impera la tradicional clase conferencia, se arrojan diversas conclusiones. Una anota: “La mayoría de los docentes

que decían hacer en clase aquello que en realidad no hacen, sí sabían cómo debería ser su labor en aula. La deficiencia docente en el cómo enseñar corresponde, entonces, a la renuencia a abandonar un método tradicional de enseñanza que resulta menos laborioso y exigente para el profesor”.

El Informe termina con un capítulo sobre **conclusiones, recomendaciones y alternativas**; que plantea reflexiones sobre los resultados del estudio, sobre las posibilidades de mejorar las contribuciones del abogado a la justicia y sobre alternativas sobre decisiones a tomar. En este último aspecto se plantean cambios legales; cambios en el interior de las universidades y cambios en el sistema universitario.

Como puede apreciarse, estamos ante un informe con gran variedad temática y con una riqueza de información y análisis enormes. Probablemente en un tiempo mayor se podría haber alcanzado una sistematización más precisa, pero ciertamente lo brindado en el informe contiene, a nuestro entender, todos los elementos para conocer con mucha claridad los aspectos centrales del problema y para plantearnos medidas urgentes a fin de evitar lo que resulta en este momento previsible: que las deficiencias en la enseñanza del Derecho, por su nivel de gravedad, ahonden en el corto plazo la crisis de vigencia social no sólo del sistema de administración de justicia, sino del sistema legal.

En esta línea, quisiera destacar tres cuestiones que me parecen relevantes:

1) En un estudio que hicimos en 1993 sobre la enseñanza legal en Lima, constatamos una grave situación que afectaba severamente las perspectivas de mejorar la administración de justicia. Entonces, la baja calidad de la enseñanza parecía importantemente vinculada a las limitaciones económicas de la universidad peruana. En el 2004, el Informe Pásara nos revela que la situación se ha agravado y tiende a empeorar. A los viejos problemas de la universidad peruana, se ha sumado otro: la transformación, permitida por el marco legal, de la enseñanza universitaria en un negocio sin mínimos mecanismos de control o acreditación. Con las excepciones que se pueden contar sin usar todos los dedos de una mano, la universidad-empresa es hoy en día una vía de acceder al título profesional de abogado (el cual, dicho sea de paso, se otorga a nombre de la Nación) sin mínimos requisitos de calidad. El Informe Pásara nos revela

un mundo ignoto para muchos y alucinante en sus características, el de las filiales de estas universidades-empresa. Debe anotarse que el “producto” de estas filiales (centros de estudios en sedes distintas a la de la Universidad) aún no ha llegado al Poder Judicial.

- 2) El tratamiento que Pásara da a la universidad-empresa puede ser polémico. Un mérito en sí mismo del trabajo es poner el tema sobre la mesa. En esa línea el “encuentro” de las filiales es particularmente importante. Una conclusión a la que podría arribarse es que muchas de estas filiales podrían estar engañando a sus estudiantes, pero según revela Pásara, esta conclusión podría ser precipitada: “el centro de la oferta de estas universidades es el título profesional, no la formación, y acaso esa oferta corresponda a una demanda social en la que escasean la seriedad y los objetivos definidos para formarse profesionalmente”. Un abogado y docente anotó: “Lo que los alumnos buscan es tener las pistolas. Y el título profesional son las pistolas. Con eso saldrán a la calle”. Estimo que existe una responsabilidad social ineludible que lleva a revisar con seriedad y urgencia las recomendaciones del Informe sobre la necesidad de modificar el marco legal vigente, con particular énfasis en la derogación de la ley que autoriza la creación de filiales. Dice Pásara: “el engañado mayoritario no es el estudiante que acude a una facultad de Derecho... El engañado por el nivel al que ha descendido la enseñanza del Derecho es el ciudadano que, como respecto de otros profesionales, espera del abogado un servicio eficiente y, en cambio, paga a cambio de poco o nada”.
- 3) Resulta fundamental que desde las universidades que aspiran a brindar un auténtico servicio al país, se asuma el reto de plantear una profunda revisión de la enseñanza del Derecho. No resulta posible que preguntas elementales de para qué enseñar, qué enseñar y cómo enseñar, no formen parte de la agenda permanente de las facultades de Derecho. En esa línea, el Informe Pásara plantea un reto: que estas preguntas superen el ámbito de la competencia particular y que se pueda generar en la colectividad universitaria una reflexión común sobre las medidas a tomar para lograr que la enseñanza del Derecho sirva no sólo para mejorar el sistema de justicia, sino para que los ciudadanos recuperen algo de confianza en el sistema legal y en el Derecho como forma de organizar la vida en sociedad.

SISTEMA DE TITULACIÓN DE LA PROPIEDAD Un análisis de su realidad organizativa*

Reseña por Alfredo Bullard González**

El Derecho no es más que la suma de una serie de ideas, organizadas para ser puestas al servicio de la convivencia humana. El trabajo que reseñamos es una clara muestra de un esfuerzo de entender esas "ideas" para llevarlas a la dimensión que les corresponde. El profesor y académico español Benito Arruñada ha escogido la idea llamada "propiedad", la ha buscado con cuidado, ha estudiado su conducta con detalle, ha visto de qué se alimenta y de qué no, cómo sobrevive y quién la mata, qué la alegra y qué la entristece. Nos ha indicado quiénes son sus enemigos y cómo debemos protegerla. Y lo más importante, nos ha dicho que la "leyenda de la propiedad" sí tiene un impacto en la vida de los seres humanos. Que la propiedad sea una invención humana no le quita su rol en generar bienestar a los hombres. Es que el Derecho es algo más que simple invención o mera imaginación. Es invención e imaginación aplicada que pueden ayudar a los hombres a vivir mejor.

Para ello, Benito usa las herramientas que le brinda el análisis económico del Derecho. Ello le permite sacar la idea de una mitología inútil y sujetarla con la "cuerda" de la razón aplicada, al razonamiento científico que intenta alejar al Derecho de una filosofía de conceptos inútil e infértil.

Por supuesto que las reacciones no se dejarán esperar con la publicación de este libro. Algunos verán a Benito como una suerte de subversivo que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la que se mueven los conceptos, va a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre.

Este razonamiento se expresará en términos tales como "va contra todo lo establecido", "atenta contra toda nuestra tradición jurídica", "pretenden sustituir

al Derecho por instituciones económicas", "es puramente eficientista", "¿dónde está la idea de justicia?", entre otros.

Como muestra el trabajo que estamos reseñando, el análisis económico del Derecho no propone acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Sólo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana.

¿Por qué usar el análisis económico del Derecho? El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Sólo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos, es posible desarrollar modelos de predicción sumamente complejos que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana que persigue

* ARRUÑADA, Benito. "Sistema de Titulación de la Propiedad. Un análisis de su realidad organizativa". Lima: Palestra Editores. 2004. 398 pp.

** Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Profesor de análisis económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

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

Lo que ha hecho Benito en el trabajo que reseñamos es aplicar esta metodología a la evaluación de los incentivos que crean los sistemas de propiedad, poniendo un especial énfasis en el papel del sistema registral. Ello nos permite descubrir que la propiedad no es la idea abstracta o el concepto que hemos inventado los hombres, sino la forma como la implementamos. Pocos trabajos han relacionado tan bien la función económica de la propiedad con los mecanismos operativos que la ponen en práctica, que la hacen oponible y que permiten que se desarrollen sus fines.

El trabajo de Benito Arruñada dista además de caer en la tentación de limitarse a la descripción meramente conceptual. Es fácil para muchos cultores del análisis económico del Derecho caer en lo mismo que se critica y quedar atrapados en una mera especulación conceptual. El trabajo se embarca en el difícil reto de revisar las experiencias concretas, la historia de las instituciones en diversas latitudes y en distintas épocas. Y ello se refuerza con data e información que es analizada con cuidado y que nos permite descubrir elementos que la simple especulación conceptual suele soslayar. La más evidente es la repuesta a la pregunta ¿funcionan las cosas?

En ese sentido, el libro entrena nuestra intuición para saber qué funciona y qué no, qué dio resultados y qué no nos llevó a ninguna parte, qué vale la pena y qué es mejor reservar para el olvido. Y lo hace contándonos casos reales, experiencias concretas y evaluando sus consecuencias con una minuciosidad que es difícil encontrar en un trabajo de la extensión del presente. Esto enmarca el trabajo dentro de los límites de la llamada economía neoinstitucional, de cuya sociedad científica, la International Society for New Institutional Economics (ISNIE), Arruñada ha sido elegido Presidente hace poco, y que se caracteriza justamente por no conformarse con el concepto, por comprender que las instituciones, si bien son en principio reglas abstractas creadas por los hombres, tienen que tener una dimensión práctica.

En esa línea, no basta con definir que los derechos reales son exclusivos, tal exclusividad debe ser puesta en práctica. Pero, a su vez, poner la exclusividad en

práctica tiene costos reales, porque si bien el sistema de exclusión tiene por finalidad reducir los costos de transacción en la economía, ese mismo sistema se convierte a sí mismo en un costo de transacción que puede conducirnos a que “la planchada nos salga más cara que la camisa”. En esa línea, Benito nos invita a escapar de la forma común en que pensamos los abogados, que perseguimos construir sistemas perfectos sin pensar que la perfección cuesta. Benito nos invita a ser realistas, a poner a la propiedad en el suelo, lejos de la profundidad de los conceptos jurídicos en los que las ideas sobrenaturales que plagan el Derecho suelen esconderse.

Aquí surge una feliz coincidencia entre el trabajo de un español como Arruñada y la situación del Perú y buena parte de Iberoamérica. En concreto, el Perú ha experimentado una interesante evolución en su sistema de propiedad, de la mano del desarrollo de un nuevo sistema registral. Los mecanismos de titulación de la propiedad informal (COFOPRI y PETT); la creación del Registro Predial Urbano; la relativa y aún incompleta modernización de los registros públicos; la continua amenaza del notariado, con sus intentos de elevar los costos de transacción para generar más rentas; entre otros hechos; convierten al Perú en un laboratorio perfecto para probar las tesis que Benito nos sugiere. Y muchas de sus conclusiones se confirman.

Por ejemplo, la necesidad de competencia como mecanismo para mejorar la calidad de la contratación privada es una muestra. Por otro lado, la protección de terceros a través de la acción estatal puede crear monopolios que pueden ser necesarios. Pero ello de ninguna manera puede justificar la creación de sistemas “privados” de apropiación de rentas monopólicas por medio de la actuación de los notarios. Así, es constante la presión de los notarios para que, en defensa de una supuesta necesidad de mayor seguridad jurídica, se requiera su intervención con carácter obligatorio, de modo que puedan apropiarse de los recursos de los usuarios y pese a no satisfacer necesidad real alguna.

La discusión entre la alternativa de uso de un sistema de registro de derechos y un sistema de registro de documentos nos ayuda también a romper paradigmas. No necesariamente un sistema es superior al otro. En Derecho no existe el famoso “cebo de culebra”, ese ungüento que los charlatanes ofrecen en las calles y que supuestamente cura todas las enfermedades y males del cuerpo y el alma. En Derecho las instituciones deben responder a una realidad social determinada y no siempre esta realidad adolece de lo mismos males. En ciertas circunstancias (como puede ser en las áreas rurales apartadas del Perú), un registro de derechos puede ser demasiado caro para funcionar y un registro de documentos, o incluso el mantenimiento de los

derechos en un régimen de privacidad, pueden ser remedios más adecuados.

Arruñada nos advierte que el mundo real puede hundir a la propiedad si esta no asume que sus fuerzas no provienen de su naturaleza conceptual, sino de su capacidad de adaptarse al mundo real. Este libro les dirá por qué en ciertos lugares la propiedad no existe, y por qué en otros sí. Y no es sólo un problema de fe. No basta creer que necesitamos a la propiedad para que ésta resuelva nuestros problemas. La propiedad hay que vivirla.

Si quisiera resumir el libro, diría que lo que busca es matar un cierto tipo de idea de propiedad, la meramente abstracta y conceptual, para resucitarla en la forma de una idea práctica, capaz de resolver problemas reales, liberado de la "mitología" dogmática que suele atrapar a nuestras instituciones jurídicas. La supervivencia de la propiedad como institución depende justamente de "matarla" bajo cierta visión y

recuperarla como una idea nueva, vinculada a la realidad y que permita que el Derecho escape de convertirse en una leyenda conocida y relatada por sólo unos cuantos abogados iniciados en una especie de ocultismo conceptual. No queremos que la propiedad quede reducida al dicho de esos cuantos "iluminados" que recorriendo un bosque la vieron por un instante y nos sujetan a la dictadura de creerles todo lo que nos dicen sólo porque los demás no tuvimos la suerte de "conocer el mito".

Benito Arruñada nos libera de esa dictadura y nos muestra que la realidad del mito está en la cabeza de los hombres, en su capacidad de razonar, de ser creativos y de encontrar soluciones prácticas. Así, la propiedad, sí vale la pena.

En síntesis, no me queda sino invitarlos a leer el libro, a acompañar a Benito Arruñada en su aventura. Será una aventura interesante, académica e intelectualmente exigente.

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** estuvo conformada por: Javier de Belaunde (Director), Federico de Cárdenas, Giorgio Massari, Iván Blume, Milagros de Pomar y Oscar Súmar.