

ISSN
00347787

2010

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
122



SAN JOSÉ, COSTA RICA
MAYO-AGOSTO

(Cuatrimestral)
2010

122





Revista

340

R

Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2010.

228 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.



CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dra. Erika Hernández Sandoval	Presidenta
Licda. Stella Santamaría Quesada	Coordinadora de Enlace y Prosecretaría
M.Sc. Christian Enrique Campos Monge	Vicepresidente
Licda. Ana Lorena Castro Corrales	Vocal 5

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Daniel Gadea Nieto	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor E. Salas	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela





Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122, 2010, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).
Colegio de Abogados.





UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

122

SAN JOSE, COSTA RICA
2010
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)





JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2010

Presidenta:

Dra. Erika Hernández Sandoval

Vicepresidente:

M.Sc. Christian Enrique Campos Monge

Secretario:

Licdo. Ronald Eduardo Segura Mena

Prosecretaria:

Licda. Stella Santamaría Jiménez

Tesorero:

Dr. Enrique Rojas Solís

Vocal 1:

Licda. Jeannette Arias Meza

Voca 2:

Lic. Fabio Vincenzi Guilá

Vocal 3:

Licda. Jenny Hernández Solís

Vocal 4:

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas

Vocal 5:

Licda. Ana Lorena Castro Corrales

Fiscal:

Licda. Vivian Wyllins Soto



AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. Oldemar Rodríguez Rojas

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Coordinador de la Comisión Editorial:

M.Sc. Julián Monge-Nájera





PRESENTACION

Esta revista publica investigaciones en los campos de derecho económico internacional, agro-alimentario, societario; análisis económico del derecho, servicios públicos y sobre el realismo jurídico.

Se publican, además, las respectivas reseñas bibliográficas.

El director - editor





INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Derecho e historia: acotaciones británicas al endeudamiento de los países pobres <i>Dr. León Cortiñas-Peláez</i>	13
Las transformaciones del derecho agro-alimentario o la historia de un vínculo <i>Prof. François Collart Dutilleul</i>	65
Los grupos de sociedades en el Perú <i>Lic. Daniel Echaiz Moreno</i>	83
Reflexión en torno al tema de “derecho y economía” <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	131
Los servicios públicos en la legislación costarricense actual <i>Lic. Mario A. Ramírez Granados</i>	171
Nociones fundamentales del realismo jurídico <i>M.Sc. Francisco J. Campos Zamora</i>	191
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	221



DERECHO E HISTORIA: ACOTACIONES BRITÁNICAS AL ENDEUDAMIENTO DE LOS PAÍSES POBRES

Dr. León Cortiñas-Peláez^()*

Abogado

*Al Instituto de Derecho Administrativo de la
Universidad de la República Oriental del
Uruguay y a su Director Prof. Juan Pablo
Cajarville-Peluffó, en cordial Homenaje, con
alta estima intelectual y personal afecto*

(Recibido 21/05/09; aceptado 23/11/09)

(*) Doctor en derecho; Profesor-investigador por oposiciones abiertas de carrera en la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y en la Universidad Carlos III de Madrid (beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en misión de la UAM-Azcapotzalco); *Fellow* de la Fundación Alexander von Humboldt (Bonn-Tübingen, Alemania).

Dirección postal del autor: Prof. Dr. L. Cortiñas-Peláez,
Villa Olímpica 11-902 / 14020 Tlalpan (22), MÉXICO, D. F.

Fax internacional: (00.52.55) 55.25.02.56.

Tels.: cel. (044.55) 15.10.22.10. y 54.14.71.14.

56.65.08.07 y 56.06.83.05

e-mail: fouillouxgaby@yahoo.com.mx

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

RESUMEN

En el marco de las ciencias sociales procede una lectura interdisciplinaria de la ciencia jurídica (o normativa) con las ciencias económicas, políticas e históricas (o extra normativas).

Aquí cabe una perspectiva amplia de América Latina (desde Quebec a la Patagonia), con una mirada global del Tercer Mundo.

Estamos ante una investigación muy difícil, necesariamente interdisciplinaria, aquí considerando variadas fuentes internacionales entre las que sobresalen alemanas y francesas; la cual excluye todo dogmatismo y gesta una visión empírica de un contenido en devenir.

Así se abren interrogantes (y contradicciones quizás inevitables), cuestionamientos de paradigmas.

El estudio pretende contribuir al recíproco enriquecimiento de los enfoques tanto económico como jurídico, en el umbral del siglo XXI. Se excluyen descalificaciones y se abren “pistas” de reflexión.

Palabras claves: “Cajarville”, Corrección, Dogmatismo, Empirismo, Estructuralismo, Keynesianismo, Latinoamérica, Paradigmas.

RÉSUMÉ

Dans le cadre des sciences sociales, il convient d' une lecture interdisciplinaire, de la science juridique (ou normative) avec Les sciences économiques, politiques et historiques (ou extranormatives).

Ici il faut une perspective large de l' Amérique latine (du Québec à lé Patagonie), douée d' un regard “global de Tiers Monde.

C' est une recherche très difficile, nécessairement interdisciplinaire, tenant compte de sources internationaux varées, dont notamment celles allemandes et celles françaises; ceci exclue tout dogmatise et comporte la forge empirique d' un contenu “en devenir”.

Des points d' interrogation (peut-être avec des inévitables contradictions), des modèles en question.

C' est une contribution à l' enrichissement réciproque des optiques tant économique que juridique, au seuil du 21è siècle. Toute disqualification excluse, voici l' ouverture de “pistes” nouvelles pour la réflexion.

Mots clés: Amèrique Latine, “Cajarville”, Correction, Dogmatisme, Empirisme, Keynésianisme, Modèles, Structuralisme.

SUMARIO

Introducción

- I. Interpretaciones y “trampas”
 1. Tres concepciones: estabilidad, corrección, inestabilidad.
- II. La crisis de la deuda: una forma sencilla de contarla
 1. La dinámica de Latinoamérica.- 2. Datos y conceptos: origen.- 3. Variantes conceptuales.- 4. La deuda toma forma: tendencias en 1945-1982.- 5. El estallido: 1982-1983.- 6. El manejo.- 7. Contención, ajuste y austeridad.- 8. Evaluación.- 9. El Plan Baker: ajuste con crecimiento.- 10. Brady y las técnicas del menú de mercado.
- III. Descodificando: Reflexiones sobre deuda y desarrollo
 1. La crisis: una perspectiva del sistema anclado en la estabilidad.- 2. Preferencias subjetivas, manos invisibles y órdenes espontáneas.- 3. La contrarrevolución en la teoría y política del desarrollo.- 4. La crisis: dos modelos del sistema fundado en la estabilidad.- 5. Políticas de control.- 6. Interrogantes críticas de posibles conclusiones.
- IV. Perspectiva moderada
 1. La crisis: perspectiva sistémica correctiva.- 2. ¿Hacia una alianza?: Keynesianismo-pragmatismo.- 3. Mercados abiertos para una sociedad abierta.- 4. Políticas y filosofías morales: De William James a Anthony Giddens.- 5. Una vinculación difícil: modelos capitalistas expansivos y modelos estructuralistas.- 6. Estudios keynesianos y sistema de corrección.- 7. Garantía del servicio y clima económico.- 8. Discusión académica: corrección y dirigismo.
- V. Geopolítica y costos del capitalismo
 1. De un sistema “anclado” en la inestabilidad.- 2. a) Marxismo y economía política radical.- 3. Clase y explotación.- 4. La teoría del valor.- 5. Acumulación y contradicción.- 6. Formación y desplazamiento de la crisis.- 7. b) Políticas radicales y estudios radicales.- 8. c) Mitologías y discursos.- 9. De la geopolítica y su ausencia.- 10. d) La política de víctimas y victimarios.- 11. Un paradigma y políticas “posibles”.
- VI. ¿Hacia conclusiones generales?
 1. Eclecticismo y contrarrevolución.- 2. Incertidumbre y relativismo.
- VII. Algunas observaciones críticas
 1. Matizando lo “británico”. - 2. Introducción y pedagogía. 3. Constituciones latinoamericanas y economía global.- 4. Una escogencia de terciopelo.- 5. Libre investigación científica y dogmatismo continental europeo
- VIII. El reto de otras lecturas



I. INTERPRETACIONES Y “TRAMPAS”

1. Tres concepciones: estabilidad, corrección, inestabilidad

He aquí un subtema⁽¹⁾ apasionante para juristas, quizá arduo y hasta incomprensible para los abogados monodisciplinarios egresados de ciertas escuelas “para-rurales” carentes de nivel universitario y ajenos a la consideración de los elementos extranormativos⁽²⁾ de la ciencia del derecho.

Stuart Corbridge, cuya contribución nos enriquece en estas *acotaciones*, tiene en sus investigaciones dos direcciones o sentidos. En primera instancia, el propósito de dar a conocer de qué se trata con la deuda de los países subdesarrollados,⁽³⁾ esto es, los principales temas que ayudan a explicar la deuda externa, a saber: La crisis de los precios del petróleo, en los años 1973-1974, que sufrió la Organización de Países Exportadores de Petróleo, así como algunos rasgos de su trayectoria⁽⁴⁾ que incluyen: El reciclamiento de los petrodólares a través de los mercados europeos; La segunda crisis del precio del petróleo de los años 1979-1980 y sus resultados monetarios; Los malos manejos en

-
- (1) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.
 - (2) CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Notas preliminares respecto de la normatividad y de la extranormatividad en la deuda externa mexicana”, compilación a cargo de Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Montevideo: *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, ed. UCUDAL y Amalio M. Fernández, 2000, 607 pp., esp. 71-128.
 - (3) MYRDAL, Gunnar, *Economic Theory and Underdeveloped Regions* Londres: Duckworth, 1957; trad. castellana *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, ciudad de México: F.C.E., 1959, múltiples reimpresiones, 188 pp.
 - (4) COMPARATO, Fábio Konder, “Los derechos humanos en el siglo XXI: vida o muerte de la civilización mundial”, trad. del original portugués por León Cortiñas-Peláez, en ciudad de México: *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. / A.) – depto. Derecho, núm. 45, mayo-agosto 2000, pp. 407-418., versión castellana cuyo “impacto nacional e internacional” (según la normatividad del CONACYT) se ha irradiado en otras dos publicaciones.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

la economía doméstica; Los comienzos de una crisis internacional⁽⁵⁾ en México, en 1982,⁽⁶⁾ así como su posterior generalización en diferentes formas, a través de Latinoamérica⁽⁷⁾ y el África sub-sahariana; Los programas de ajuste estructural; los años Baker y Brady. Subtemas todos ellos que van documentando, a nivel del derecho público internacional como del derecho constitucional mexicano y comparado, la brutalidad de la hoy sistemática violación de los ordenamientos jurídicos respectivos, por parte de las fuerzas dominantes de la vida económico-financiera en el tercer tercio del siglo XX (1969-2000).

En una segunda parte, se presentan *tres grandes concepciones de interpretación de la crisis* de la deuda en los países subdesarrollados. Éstas van a ser las perspectivas de: el Sistema de Estabilidad (SE, por su sigla inglesa),⁽⁸⁾ el Sistema de Corrección (SC),⁽⁹⁾ y el Sistema de Inestabilidad (SI),⁽¹⁰⁾ las tres relativas a la relación dialéctica -núcleo de la presente contribución- entre la deuda externa y el desarrollo de los países pobres.⁽¹¹⁾ Esta parte, arranca de la crisis de la deuda, considerando la forma de asumirla, así como proponiendo algunos

-
- (5) DEMICHEL, Francine, *Éléments pour une théorie des relations internationales*, París: Berger-Levrault, 1986, 228 pp.; JOUVE, Edmond, "La crise de l'endettement extérieur du Tiers Monde", París: *Revue française de finances publiques*, núm. 12, monográfico sobre *Dette et Tiers Monde*, ed. L.G.D.J., 1985, 234 pp., esp. 57-70.
- (6) VÁZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho / Miguel Ángel Porrúa, 1990, 210 pp.
- (7) CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Un horizonte polémico: deuda externa y derecho de América Latina", ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, *Alegatos*, (U.A.M.-A)/departamento de derecho, núm. 47-48, en ag. 2001, pp. 35-64, *in 4º*.
- (8) Afín a la Constituyente mexicana de 1856-57.
- (9) Intentado por el mexicano Constituyente permanente, entre 1934 y 1982.
- (10) El asumido por el Constituyente permanente, ya en 1974, y francamente en el período 1981-2009 (?).
- (11) IBÁÑEZ-AGUIRRE, José Antonio (coordinador), *Deuda externa mexicana: ética, teoría, legislación e impacto social*, ciudad de México: Univ. Iberoamericana / Plaza y Valdés, 1998, 401 pp.

métodos para su manejo, que podrían derivar en detalles capitales de organización de los asuntos económicos y políticos en el ámbito internacional.⁽¹²⁾

Se va detallando el contenido de los capítulos claves 3 a 5 (*infra*, nuestros apartados III, IV y V), que hablan acerca de los tres diferentes sistemas que serán analizados y, al acabar la mención del contenido de estos capítulos, se detalla el capítulo final, las conclusiones, que reflejan las vinculaciones entre ideas y políticas económicas,⁽¹³⁾ permitiéndonos una mejor comprensión de las posibilidades escasas y débiles pero sin embargo existentes y manejables que nos brinda el Derecho,⁽¹⁴⁾ interno,⁽¹⁵⁾ como internacional,⁽¹⁶⁾ para la racionalización y humanización⁽¹⁷⁾ de las relaciones sociales.

Resulta importante, hablar acerca de algunas “trampas”, de las cuales urge advertir al lector. Estas trampas son cuatro:

-
- (12) GOLD, Joseph, *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System: Selected Essays*, Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2 vols., 1979 (XX + 633 pp.) y 1984 (XVIII + 947 pp.).
- (13) Sobre este particular, sintéticamente, pueden leerse las precisiones del maestro André HAURIOU, “De los vínculos entre estructuras económicas y estructuras políticas”, ciudad de México: Alegatos, No. 27, agosto 1994, pp. 293-294.
- (14) GIANNINI, Massimo-Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna: il Mulino, 3ª ed., 1989, 339 pp.
- (15) VÁZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho / Miguel Ángel Porrúa, 1990, 210 pp.
- (16) CARREAU, Dominique y SHAW, Malcolm N., (directores), *La dette extérieure / The External Debt*, Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff, 1995, XXXI + 774 pp.
- (17) Cfr., WALINE, Marcel, “Préface”, *Mélanges Sayagués-Laso*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, 5 vols., en el vol. I, pp. XXV-XXVII; versión castellana en ciudad de México: Alegatos, 1994, pp. 643-644.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

La primera “trampa” radica en la reduccionista cobertura regional,⁽¹⁸⁾ que se hace de la deuda y del desarrollo; *la segunda “trampa”* se refiere a la idea acerca del paradigma o de la forma de ver los debates que utiliza en la crisis de la deuda, en donde quiere hacer notar la complejidad interactiva que existe entre ideas y eventos, y entre modelos y políticas; *la tercera “trampa”*, la menciona con relación a los indicados apartados III, IV y V, y se refiere a lo teóricas que dichas tres “concepciones” pueden resultar; *la cuarta “trampa”*, se refiere a la relación entre los paradigmas intelectuales y lo que se podría llamar la realidad del estudiante universitario, tanto de economía como de derecho,⁽¹⁹⁾ destinatario clave de esta reflexión,⁽²⁰⁾ no muy involucrado, pero a quien intentaremos irle abriendo un nuevo panorama.

II. LA CRISIS DE LA DEUDA: UNA FORMA SENCILLA DE CONTARLA

1. La dinámica de Latinoamérica

Hablar introductoriamente acerca de este tema, no es una tarea fácil,⁽²¹⁾ existen discrepancias en cuanto a algunos economistas, que hacen las cosas más difíciles, dice Corbridge. Teniendo presente este problema, este apartado tiene tres principales objetivos. La primera parte, trata de dar al lector los motivos acerca de cómo y por qué se presentan las estadísticas. La segunda parte, pretende dar un extenso comentario acerca de la dinámica que adoptan los países subdesa-

(18) BEKOLO-EBE, Bruno, *Le statut de l'endettement extérieur dans l'économie sous-développée*, París / Dakar: Présence Africaine, 1985, 443 pp.; vid. igualmente CARREAU, Dominique y SHAW, Malcolm N., (directores), *La dette extérieure / The External Debt*, Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff, 1995, XXXI + 774 pp.

(19) COSSÍO-DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, ciudad de México: ITAM y F.C.E., 1997, 374 pp.

(20) DÜRIG, Günter, “Presencia alemana en la doctrina contemporánea de América Latina (Una contribución del profesor Cortiñas-Peláez)”, Guanajuato: *Tribunal de lo contencioso administrativo del Estado de Guanajuato*, Boletín num. 73, julio-diciembre 2002, pp. 33-58.

(21) HAHN, Hugo J., *Währungsrecht* [Derecho monetario], München: Beck, 1990, XXXII + 528 pp.

rollados; se utiliza a Latinoamérica como ejemplo, en la mayor parte de la exposición. En esta parte, se habla también, como ilustración, de los bancos,⁽²²⁾ y del incumplimiento de 1982 y 1983. La tercera parte concluye con un análisis de algunas de las estrategias⁽²³⁾ que han sido propuestas y puestas en práctica desde 1982 (hasta, por lo menos, 2009).

2. Datos y conceptos: Origen

En este apartado, se habla acerca de los sistemas de información de la deuda, éstos provienen de instituciones internacionales, como son el Fondo Monetario Internacional o FMI (*International Monetary Fund IMF*),⁽²⁴⁾ el Banco de pagos internacionales o BIS (*Bank for International Settlements BIS*), la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo OCDE (*Organization for Economic Cooperation and Development*), y el Banco Mundial (*World Bank*).⁽²⁵⁾ Los sistemas de información de la deuda, difieren en algunos aspectos importantes en estas instituciones: IMF, BIS, OCDE y Banco Mundial. Primeramente, el FMI, da estadísticas acerca de comercio, de pagos y de asuntos financieros, esto desde su Dirección de Estadísticas Comerciales y de Balanza de Pagos. En otra forma, el BIS, tiene algunas limitaciones, ya que aunque la deuda a corto plazo es incluida en sus estadísticas, no considera la deuda recibida de otros créditos que no sean de bancos. La OCDE, ofrece una comunicación más amplia de la deuda que el BIS, sus gráficas incluyen la deuda pública y privada sea o no garantizada,

(22) MARÍN-ARTEAGA, Enrique-Javier, *Making Rules with the Industry* (Implementation of the Capital Adequacy Directive by the Bank of England), tesis (*inédita*) de doctorado en derecho (Ph. D.), Universidad de Oxford / The Centre for Socio - Legal Studies - Faculty of Law, 2001, 325 ff., in 4°. [Por un jurista latinoamericano, discípulo directo del malogrado Vincent WRIGHT].

(23) JOUVE, Edmond, "La crise de l'endettement extérieur du Tiers Monde", París: *Revue française de finances publiques*, núm. 12, monográfico sobre *Dette et Tiers Monde*, ed. L.G.D.J., 1985, 234 pp., esp. 57-70.

(24) GIANVITI, François, "The International Monetary Fund and External Debt", La Haya: *R.C.A.D.I.*, vol. 215 (1989-III), Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 209-286.

(25) LAÏDI, Zaki, *Enquête sur la Banque Mondiale*, París: Fayard, 1989, 359 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

aunque no incluye en sus informes, la deuda a corto plazo. Por otra parte, se encuentra el Sistema de informes de la Deuda del Banco Mundial, que empezó a funcionar desde 1951: los datos que ofrece, son recolectados y mantenidos por un equipo e incluyen los datos del BIS, OCDE y del IMF.

Después de citar las características más importantes de estas instituciones, acerca de sus Sistemas de información de la Deuda (DRS), Corbridge dice que, es el Banco Mundial, quien ofrece las estadísticas más accesibles y comprensibles sobre la deuda externa de los países subdesarrollados,⁽²⁶⁾ y, por esta razón, la mayoría de las estadísticas presentadas, han sido tomadas de las publicaciones del Banco Mundial.

3. Variantes conceptuales

La mayoría que escucha acerca de la deuda, tiene un concepto negativo de ella: con esto comienza Corbridge este apartado y da algunos ejemplos contrarios a esta concepción decimonónica del crédito público, como es el significativo caso de los Estados Unidos de América, quien en 1990, se endeudó por un monto mayor a la deuda contraída por el resto del mundo. Estamos ante un sistema financiero de rotación del dinero que brindan los bancos⁽²⁷⁾ por medio de sus préstamos⁽²⁸⁾ y si esta rotación se entretiene o se paraliza, esto provoca dificultades. Así, los préstamos deben ser pagados,⁽²⁹⁾ en un día cierto, y el no hacerlo, ocasiona que los bancos detengan sus préstamos. En la

(26) LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, XLVI + 776 pp.

(27) VOCKE, Katharina, *Die Zusammenarbeit zwischen dem Internationalen Währungsfonds, der Weltbankgruppe und internationalen Geschäftsbanken vor dem Hintergrund der Schuldenkrise* [El trabajo conjunto entre el Fondo Monetario Internacional, el grupo del Banco Mundial y los bancos internacionales de negocios, en el fondo de la crisis de la deuda], Frankfurt a.M.: Fritz Knapp / Universidad de Köln, 1991, XVI + 363 pp.

(28) JÈZE, Gastón, “La garantie des emprunts publics de l’État”, *R.C.A.D.I.*, vol. 7, 1925, pp. 151-236.

(29) HUG, Walther, “The Law of International Paiements”, *R.C.A.D.I.*, vol. 79, 1951, pp. 511-712.

década de los ochenta, ello sucedió en los países subdesarrollados, a diferencia de otros países deudores como Estados Unidos, Australia y Francia,⁽³⁰⁾ donde el servicio de la deuda no reflejaba que podría convertirse en un problema.

Corbridge presenta un diagrama de la deuda externa que explica precisamente en qué consiste y, en un concepto muy amplio, omnicompreensivo, define que se trata de la deuda pública y públicamente garantizada a largo plazo, la deuda privada no garantizada a corto plazo, el uso de créditos del FMI,⁽³¹⁾ y de la deuda estimada a corto plazo. Añade que, en épocas más recientes, también han sido considerados como parte de ésta los intereses no pagados a tiempo, respecto de la deuda a largo plazo.⁽³²⁾

Ahora bien, el uso de los créditos del FMI, es calculado sobre la base de un año, y se refiere a las obligaciones a ser pagadas que se tienen con el FMI.⁽³³⁾ La deuda a corto plazo es aquella que tiene su “madurez” en un plazo no mayor a un año. La deuda a largo plazo, el Banco Mundial la define, como aquella que adquiere su “madurez” después de un año y que es debida o tiene que ser pagada a extranjeros en moneda extranjera,⁽³⁴⁾ en bienes o en servicios. Conceptúa también a los créditos oficiales: ellos comprenden a prestadores bilaterales o multilaterales, mientras que los créditos privados, comprenden a los bancos comerciales, entre otros.

(30) COLLY, François, *Les emprunts publics de l'État*, tesis para el doctorado de Estado en Derecho, Univ. de París I (Panthéon-Sorbonne), 1982, 718 ff.

(31) CLINE, William R., *International Debt Reexamined*, Washington, D.C.: Institute for International Economics / Longman-London, 1995, XV + 535 pp.

(32) ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'endettement*, París: L.G.D.J., 1997, 720 pp.

(33) GIANVITI, François, “The International Monetary Fund and External Debt”, La Haya: *R.C.A.D.I.*, vol. 215 (1989-III), Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 209-286.

(34) JÈZE, Gastón, “Les paiements internationaux”, *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926, pp. 161-226.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

Cabe ilustrar la afluencia neta de recursos de la deuda diciendo que, en los países más endeudados, la transferencia neta de la deuda resultó negativa para la mayoría en los años ochenta, pues salía más dinero del que captaban; aunque resulta obvia la omisión⁽³⁵⁾ de Corbridge, respecto de los factores⁽³⁶⁾ de corrupción (*backhandlers*) y de administración negligente e inexperta, que gravitaron profundamente en el endeudamiento de latinoamericanos⁽³⁷⁾ y africanos, según la minuciosa investigación de este autor [L.C.P.] en fuentes suizas y alemanas.

4. La deuda toma forma: tendencias en 1945-1982

Es de esperarse que el capital fluya de las regiones más desarrolladas a las menos desarrolladas, y haremos un resumen de cómo históricamente se ha dado el flujo del capital. Pondremos como ejemplo en primera instancia el caso de Latinoamérica, apuntando que es más notorio este préstamo de capitales en algunos países como Brasil o México en comparación con Bolivia y Colombia. Así, algunos porcentajes de la procedencia de la deuda, como es el caso de 1970 en que el 48.1% de la deuda pública a largo plazo provenía de acreedores

(35) EBENROTH, Carsten-Thomas, *Festschrift für... zum 50. Geburtstag* [Libro-Homenaje, a Carsten-Thomas EBENROTH en su 50. cumpleaños], publicado por HENSSLER, Martin *et al.* (editores), *Europäische Integration und Globaler Wettbewerb* [Integración europea y competencia mundial]; en verdad Libro-Homenaje, como prematura y premonitoriamente anotaron los "Herausgeber" en la p. V, ello ante el ulterior e irreversible mal del maestro alemán, - Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1993, X + 773 pp. [aportación crucial].

(36) SARLO [ONETO], Oscar [Luis], *Presupuesto, justicia y contralor* (Análisis y crítica del régimen presupuestal del art. 220 de la Constitución uruguaya), con un «Informe del Instituto de finanzas públicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales» firmado por su Director Ramón VALDÉS-COSTA ["obra de gran extensión y profundidad considerada unánimemente como excelente"] Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1992, 235 pp.

(37) TELLO, Carlos (coordinador); GONZÁLEZ-TIBURCIO, Enrique y BÁEZ, Francisco (coordinadores adjuntos), *México: Informe sobre la crisis (1982 - 1986)*, ciudad de México: U.N.A.M. / Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1989, 537 pp.

privados, de los cuales un 19.5% debida a préstamos de bancos comerciales.⁽³⁸⁾

Se plantean los casos de África y Medio Oriente, comparando con el sur de Asia y África, donde la deuda provenía de créditos oficiales. Los bancos comerciales en años recientes han tenido más cuidado y la industria bancaria⁽³⁹⁾ ha sido más regulada en el último tercio del siglo XX. Así, se desarrolló la participación de los bancos en los préstamos o inversiones en países subdesarrollados y hubo algunos presidentes de bancos como Walter Wriston, el presidente de Citybank, quien adoptó una postura optimista diciendo que los países soberanos⁽⁴⁰⁾ no pueden estar en bancarota. Así, los banqueros preferían hacer préstamos donde encontraban garantías de pago, en este caso a los sectores públicos, que hacer préstamos al sector privado lo que generaba más riesgos.

Kuczynski, reiteradamente citado por Corbridge, apunta que entre 1979 y 1981, México duplicó (bajo el impulso electoralista del entonces Secretario de Programación y Presupuesto Prof. M. de la Madrid-H.) su deuda externa⁽⁴¹⁾ con los bancos, aumentándose mucho la deuda de corto plazo, al tiempo que el precio del barril del crudo de exportación también se elevó, incrementándose también el gasto público, éste financiado por bancos externos en un 20%.

(38) HAHN, Hugo J., *Währungsrecht* [Derecho monetario], München: Beck, 1990, XXXII + 528 pp.

(39) Cfr., ampliamente, MARÍN-ARTEAGA, Enrique J., *Making Rules With the Industry (Implementation of the Capital Adequacy Directive by the Bank of England)*, Oxford: Faculty of Law, thesis for Ph.D., 2000, 325 pp.; disertación doctoral concebida bajo la dirección de un fino y agudo jurista británico, el malogrado Vincent Wrigth (> 1999), de profunda huella en las más recientes y creativas investigaciones del Derecho Económico.

(40) KNIEPER, Rolf, *Nationale Souveränität – Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung* [Soberanía nacional – Investigación relativa al fin y al inicio de un orden mundial], Frankfurt a.M.: Fischer, 1991, 247 pp.

(41) SARLO [ONETO], Oscar [Luis], *Presupuesto, justicia y contralor* (Análisis y crítica del régimen presupuestal del art. 220 de la Constitución uruguaya), con un “Informe del Instituto de finanzas públicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” firmado por su Director Ramón VALDÉS-COSTA [“obra de gran extensión y profundidad considerada unánimemente como excelente”] Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1992, 235 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

5. El estallido: 1982-1983

La crisis de la deuda sobresaltó la atención internacional⁽⁴²⁾ con la decisión de México de incumplir su obligación de pago de la deuda externa en agosto de 1982, no siendo difícil encontrar algunas de sus razones, citándose en primera instancia, la situación económica internacional entre 1978 y 1982, combinada con la situación del dólar, así como la del desempleo que hubo en Estados Unidos, y el alza de intereses que se dio entonces. Después de señalar algunos antecedentes inmediatos⁽⁴³⁾ del estallido de la crisis de 1982, cabe visualizar las alternativas para el mejoramiento de este problema.

6. El manejo

Para la doctrina aquí considerada, la deuda ha sido asumida en diferentes formas para su manejo, que se desarrollan en estos tres momentos: contención, ajuste y austeridad (1982-1985); ajuste con crecimiento (los años Baker 1985-1988); y, por último, la iniciativa Brady y el menú de mercado de la deuda escrita (1988-1989). Claro que algunos difieren de este planteamiento y lo contemplaremos en los puntos subsecuentes.

7. Contención, ajuste y austeridad

Los países capitalistas más avanzados no tardaron en apreciar el significado del incumplimiento de México en su deuda. Corbridge⁽⁴⁴⁾ da una excelente guía de lo sucedido, lo que ayuda a explicar en gran parte el por qué el interés de los bancos, con la complicidad de las máximas instancias político-financieras federales mexicanas, en participar en el rescate de México junto con el gobierno de Estados Unidos y el FMI; esto significó que se haría un programa emergente de

(42) DEMICHEL, Francine, *Éléments pour une théorie des relations internationales*, París: Berger-Levrault, 1986, 228 pp.

(43) Siempre omitiendo las negligentes y hasta delictuosas conductas de ciertos altos administradores bancarios y financieros del Estado Mexicano.

(44) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.

financiamiento a México para levantar sus bajas reservas, programa asumido por los diferentes países y organizaciones financieras como el FMI; bancos como el Citybank y otros europeos.⁽⁴⁵⁾

En recompensa por su cooperación, los bancos demandaron compensaciones en forma de “honorarios”. Cabe señalar la forma imperativa (y no soberana)⁽⁴⁶⁾ en que se debía manejar México para conseguir la renegociación de la deuda, acatando la exigencia de la reducción del gasto público, y otras medidas anexas, recordando que estos ajustes fueron impuestos en Latinoamérica y en la mayoría de regiones afines⁽⁴⁷⁾ entre los años 82 y 85. El trato dado a México,⁽⁴⁸⁾ sentó un precedente en base al cual serían atendidas las siguientes negociaciones de la deuda, las cuales, mediante su consideración bilateral contraria al multilateralismo financiero preconizado entre otros por México en el Acuerdo de Cartagena (1985), al ser analizadas caso por caso, tendrían variantes ineludiblemente dominadas⁽⁴⁹⁾ por los acreedores, pues seguirían la misma estructura, que sería: *a)* renegociación con los bancos comerciales; *b)* mantenimiento de reducidas líneas comerciales y depósitos interbancarios; *c)* préstamos largos involuntarios; *d)* cortes significativos en los sectores públicos con déficits de

(45) CARREAU, Dominique y SHAW, Malcolm N., (directores), *La dette extérieure / The External Debt*, Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff, 1995, XXXI + 774 pp.

(46) KNIEPER, Rolf, *Nationale Souveränität – Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung* [Soberanía nacional – Investigación relativa al fin y al inicio de un orden mundial], Frankfurt a.M.: Fischer, 1991, 247 pp.

(47) Con semejantes complicidades de *backhandlers* africanos y latinoamericanos. Cfr., por todos, los trabajos del experto alemán Thomas-Carstens EBENDROTH, catedrático y director del Instituto de Investigaciones económicas y financieras de la Universidad alemana de Konstanz, prolijamente platicados, documentados y anotados durante nuestros dos días de visita al propio Instituto de Konstanz (L.C.P.).

(48) SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* [Fines del Estado y determinación de los fines del Estado], Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, XXII + 593 pp.

(49) STOKKE, Olav, director, *Aid and Political Conditionality*, Londres: Frank Cass, 1995, XVIII + 417 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

los países endeudados; *e*) reducción⁽⁵⁰⁾ en la forma de importaciones de bienes y servicios provenientes de los países endeudados; *f*) tibios intentos para incrementar las exportaciones de bienes y servicios de las naciones endeudadas, bloqueadas *de facto* por los países del G-7.⁽⁵¹⁾

Los déficits del sector público de los países endeudados, fueron recortados, en acuerdo con los términos de los paquetes elaborados por el FMI; esto, ya que se argumentó, en contradicción con la Constitución mexicana,⁽⁵²⁾ que existe un vínculo (no creativo, como lo postulan el Constituyente y la doctrina financiera mexicana,⁽⁵³⁾ sino pretendidamente vicioso) entre la posición de la deuda externa y el déficit en el sector público de cada país.⁽⁵⁴⁾

8. Evaluación

Resulta difícil evaluar la efectividad de la estrategia de contención y austeridad. Sin exponer argumentos que se verán más lejos, la narrativa simple acerca de la deuda, puede ser lo suficientemente amplia para mostrar *seis particulares puntos de diagnóstico y conclusión*. Estos se refieren a: la posibilidad de una “corrida” sobre los

-
- (50) HUDSON, Michael, *Trade, Development and Foreign Debt*, Londres: Pluto Press, 2 vols., 1992, XIV + 481 pp.
- (51) CUEVA, Mario de la, versión castellana del original alemán [*Kallikles, Studien zur Geschichte der Lehre vom Recht des Stärkeren* (Calicles, Estudios sobre la historia y la doctrina del derecho del más fuerte) 1922] y “Estudio Preliminar” a MENZEL, Adolfo, *Calicles*, ciudad de México: U.N.A.M., Centro de Estudios Filosóficos, 1964, 148 pp.
- (52) El clausulado, impuesto por los acreedores, implicó una violación de los artículos 25, 73, 74 y 117 de la Carta Magna.
- (53) Cfr., con precisas referencias a la legislación federal y a la doctrina clásica (Cortina-Gutiérrez, Faya-Viesca, Flores-Zavala y Garza-González), CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Del derecho financiero, en diálogo impar con el maestro Valdés Costa”, en PEIRANO-FACIO, Juan Carlos (Coordinación general), *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2 vols., 1999, 1279 pp., en su vol. II, pp. 299-820, esp. numerales 19 a 30, pp. 809-814.
- (54) BALDASSARRI, Mario (compilador), *Dèficit, dèbito pùbblico ed effetti sul sistema econòmico* (Aspetti teorici ed evidenze empiriche), Roma: SIPI, 1990, 523 pp.

bancos comerciales, la naturaleza del proceso de renegociación,⁽⁵⁵⁾ la política de transferencias netas negativas, el mejoramiento de los sistemas comerciales internacionales,⁽⁵⁶⁾ la posibilidad de una deuda “colgada”⁽⁵⁷⁾ y su impacto en las inversiones, y el problema del desarrollo.

Respecto del trato de la deuda-bomba, si podemos decir algo con certeza acerca de los ochenta, sería que una gran crisis internacional bancaria fue evitada y que los mayores bancos centrales del mundo no se colapsaron como resultado de los incumplimientos en Latinoamérica. La renegociación de la deuda se hizo en un plano desigual:⁽⁵⁸⁾ los más favorecidos fueron los bancos renegociadores que no desaprovecharon la oportunidad, para explotar la situación de necesidad en que se encontraban las naciones deudoras,⁽⁵⁹⁾ incurriendo para ello, típicamente, en algunos de los vicios más tradicionales de la teoría general de las obligaciones civiles (así, dolo, violencia, error manifiesto y, muy particularmente, en múltiples especies de lesión).⁽⁶⁰⁾ Una inspección detenida de las estadísticas comerciales, revela que la mayoría de los ajustes hechos entre 1982 y 1985, se hicieron en términos de importaciones y no de exportaciones, esto es, que para las naciones más endeudadas, la opción de exportar más no era nada fácil. La opción más fácil, era la de cortar importaciones, que fue lo que hicieron la mayoría

-
- (55) FERRARI-BRAVO, Giuliano, *Keynes. Uno studio di diplomazia econòmica*, Padova: CEDAM, 1990, 480 pp.
- (56) LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, XLVI + 776 pp.
- (57) LEYENDECKER, Ludwig, *Auslandsverschuldung und Völkerrecht* [El endeudamiento exterior y el derecho internacional], Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1988, XIII + 386 pp. [tesis doctoral de la Universidad de Bonn, con mención].
- (58) STOKKE, Olav, director, *Aid and Political Conditionality*, Londres: Frank Cass, 1995, XVIII + 417 pp.
- (59) QURESHI, Asif H., *International Economic Law*, Londres: Sweet & Maxwell, 1999, XXVIII + 417 pp.
- (60) Cfr., OSSIPOW, Paul, *De la lésion* (Étude de droit positif et de droit comparé), Préface de Pierre ARMINJON, Lausana: Roth & París: Sirey, 1940, 413 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

de los países. Respecto del desarrollo, Latinoamérica, fue sacrificada para asegurar la estabilidad del sistema bancario internacional,⁽⁶¹⁾ en procedimiento violatorio de la mayoría de los ordenamientos constitucionales de América Latina.⁽⁶²⁾

9. El plan Baker: ajuste con crecimiento

El secretario del tesoro de Estados Unidos de América, James Baker, anunció en octubre de 1985, una nueva iniciativa con respecto a la deuda. Si el problema de la deuda tenía que ser resuelto, ello podría ser mediante un Programa para el Crecimiento Sostenido, que incorporara tres elementos:

- 1) La adopción por parte de los principales países endeudados, de amplias políticas macroeconómicas y estructurales, apoyadas por instituciones financieras internacionales⁽⁶³⁾ para promover tanto el crecimiento como el ajuste de la balanza de pagos y la reducción de la inflación.
- 2) Un papel central continuo para el FMI, en conjunción con un creciente y más efectivo ajuste estructural de préstamos desde los bancos multilaterales de desarrollo, ambos en apoyo de la adopción por los principales deudores, de políticas de mercado orientadas hacia el crecimiento.⁽⁶⁴⁾
- 3) Incremento de préstamos por los bancos privados en apoyo de amplios programas⁽⁶⁵⁾ de ajuste económico.⁽⁶⁶⁾

(61) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp., en su p. 60.

(62) En particular de la Constitución federal mexicana (esp., en sus artículos 25 a 28, y 117, 2º).

(63) HUG, Walther, "The Law of International Paiements", *R.C.A.D.I.*, vol. 79, 1951, pp. 511-712.

(64) CLINE, William R., *International Debt Reexamined*, Washington, D.C.: Institute for International Economics / Longman-London, 1995, XV + 535 pp.

(65) MATTEUZZI, Massimo y SIMONAZZI, Annamaria, *Il debito pubblico*, Bologna: il Mulino, 1988, 366 pp.

(66) ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'endettement*, París: L.G.D.J., 1997, 720 pp.

Las palabras clave eran para Baker “ajuste con crecimiento”,⁽⁶⁷⁾ y la promesa parecía ser que los nuevos recursos podían ser viables para algunos de los países endeudados.

Hagamos una evaluación práctica: que la iniciativa Baker fuera a la larga reemplazada por la iniciativa Brady en 1988-1989, habla de que aquella no había tenido mucho éxito. Pese a esto, algunos puntos siguen vigentes, como el crecimiento económico mundial y sus vínculos económicos regionales, la continuidad del ajuste estructural y la prosecución de los préstamos bancarios y, por último, el mejoramiento de algunos indicadores mayores del desarrollo.⁽⁶⁸⁾

10. Brady y las técnicas del menú de mercado

Los años Baker fueron un prelude, para propósitos más pretendidamente radicales en el manejo de la deuda.⁽⁶⁹⁾ La deuda después de algunos años, estaba concentrada en el sector no privado. El posteriormente secretario del tesoro de Estados Unidos, proponía en 1989, a diferencia de Baker, la inclusión del apoyo oficial para la deuda y su servicio. Las propuestas de Brady, fueron dirigidas principalmente a las ahora etiquetadas como “naciones seriamente endeudadas de medianos ingresos”. El paquete fue asumido por el FMI y el Banco Mundial en 1989, cuando ambas instituciones adoptaron líneas de operación y procedimiento para la reducción de la deuda y su servicio. La iniciativa Brady, comprendió algunos programas para naciones

(67) Cfr., ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique, *La crisis y la deuda externa en América Latina*, San José: Universidad de Costa Rica, 1993, 232 pp.

(68) SURBIGUET, Marcel, *Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement (a partir de l'exemple malgache)*, “Préface” del “doyen” C. A. COLLIARD, “Avant-propos” del Embajador RAKOTOMANGA, tesis para el doctorado de Estado en derecho, con la mención máxima [Lauréat de París], París: L. G. D. J., 2 vols., 1970, XVI + 264 pp. + 151 pp.

(69) Ello, claro está, desde la perspectiva de los acreedores y ante la impotente descoordinación y aún implosión de los deudores, que el Acuerdo de Cartagena (1985) pretendió algo ingenuamente coagular, un poco a la manera del retórico Congreso Anfictiónico de Panamá, convocado por Simón Bolívar en 1826.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

severamente endeudadas,⁽⁷⁰⁾ con el propósito de atender la reducción de la deuda y sus servicios y algunas innovaciones asociadas con respecto a las técnicas del menú de mercado, que posibilitaban el apoyo oficial para la reducción de la deuda y su servicio.⁽⁷¹⁾

Acerca de México,⁽⁷²⁾ el punto central del acuerdo con la administración salinista,⁽⁷³⁾ fue la reducción de los instrumentos de la deuda, escogidos para cortar el costo de su deuda comercial. El acuerdo estableció que los bancos tomaran una pérdida del 35% o reciclaran aproximadamente 2/3 partes de los pagos de interés por un periodo de cuatro años. Así como en el caso de México, se hicieron acuerdos bilaterales con otros países, pero siempre en la leonina⁽⁷⁴⁾ postura de las economías centrales potenciadas por su permanente dominación en las relaciones comerciales ya entonces globalizadas y, para ello, en una política de atender el problema de la deuda nunca en forma multilateral sino caso por caso, ejecutándolos en combinación con cambios en los tributos y en leyes de los países deudores, que facilitaran su progresivo desmantelamiento productivo en beneficio de las hoy conocidas como potencias del G-7.⁽⁷⁵⁾ Estos cambios ofrecían incentivos tributarios a los

-
- (70) Es decir, de deudores de créditos definitivamente incobrables por los bancos de los países agrupados en el G-7.
- (71) SCHUURMAN, Franz J., *Beyond the Impasse* (New Directions in Development Theory), Londres / New Jersey: Zed Books, 1996, X + 233 pp.
- (72) IBÁÑEZ-AGUIRRE, José Antonio (coordinador), *Deuda externa mexicana: ética, teoría, legislación e impacto social*, ciudad de México: Univ. Iberoamericana / Plaza y Valdés, 1998, 401 pp.
- (73) Pudiéndose contrastar la tan ultrajada noción de “solidaridad” con la ínclita fuente francesa de la fraternidad: BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français* (Le passé, le présent et l’avenir de la solidarité), “Préface” de Philippe ARDANT, París: L.G.D.J., 1993, XVIII + 691 pp.
- (74) CUEVA, Mario de la, versión castellana del original alemán [*Kallikles, Studien zur Geschichte der Lehre vom Recht des Stärkeren* (Calicles, Estudios sobre la historia y la doctrina del derecho del más fuerte) 1922] y “Estudio Preliminar” a MENZEL, Adolfo, *Calicles*, ciudad de México: U.N.A.M., Centro de Estudios Filosóficos, 1964, 148 pp.
- (75) TOUSSAINT, Eric, *Your Money or your Life! (The Tyranny of Global Finance)*, Londres: Pluto Press, 1999, XXVIII + 322 pp.

bancos los cuales así apoyaban con mayor interés los planes de la iniciativa Brady. Esto envolvía una cierta socialización de la deuda en Estados Unidos de América,⁽⁷⁶⁾ y un acuerdo de reducción de la deuda en el menú de mercado.

Todavía no es posible ofrecer una evaluación completa de la aproximación del menú de mercado con respecto a la crisis de la deuda. Sólo hay algunos progresos señalables, brindando algunas cifras en donde es alentador que se consideró a México entre los países que han alcanzado pequeñas mejorías. Respecto de éstas, empero, cabe señalar que están teñidas de ingenuidad, pues el monto multimillonario de la deuda mexicana no ha cesado de crecer desproporcionadamente en la década 1990-2000. Las proyecciones de mediano plazo (2000-2018) de la propia Secretaría mexicana de Hacienda y Crédito Público (S.H.C.P.), cotejadas con otras fuentes internacionales (BIS, CEPAL, SELA, etc.) no son optimistas, máxime ahorita con la asunción del Poder Ejecutivo (2000-2006-2012-?) por los ultramontanos sectores “godos”.⁽⁷⁷⁾

Tres puntos para concluir esta primera parte. *Primero*, hubo algunas voces de los países acreedores acerca de manejar ellos mismos la deuda ante las “mejorías” de 1990-91; en *Segundo* lugar, apuntamos que se pueden dar sorpresas en la crisis de la deuda, como surge de la experiencia mexicana de 1994 y especialmente de 2008-2009; en *Tercer* lugar, la crisis de la deuda no se ha acabado: una gravísima crisis bancaria posterior a la de 1982-1985 puede haber sido sorteada, pero está latente y en curso (2007-2013?) una crisis no sólo de las economías centrales sino también de los países subdesarrollados. La cuestión de *por qué* podría darse, y qué podría y debería hacerse al respecto, es el tema de lo que sigue.

(76) STEELE GORDON, John, *Hamilton's Blessing (The Extraordinary Life and Times of Our National Debt)*, Nueva York: Walker, 1997, XIV + 214 pp.

(77) En este sentido, la contundente página del Maestro Diego VALADÉS, titulada “El regreso de los godos”, en su creativa colaboración en la revista *Proceso*, ciudad de México, núm. 1713, 30 agosto 2009.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

III. DESCODIFICANDO: REFLEXIONES SOBRE DEUDA Y DESARROLLO

1. La crisis: una perspectiva del sistema anclado en la estabilidad

Los argumentos más optimistas al hablar de la crisis de la deuda de los países subdesarrollados, son encontrados introductoramente dentro de la perspectiva calificada de Sistema fundado en la estabilidad (SE, por su sigla inglesa).⁽⁷⁸⁾ Se la define, de forma breve, con una serie de argumentos que sugieren: Que la economía internacional y el sistema financiero son inherentemente estables, con economías abiertas que tienden al orden espontáneo y/o al estado de equilibrio⁽⁷⁹⁾ dinámico y al crecimiento económico; Que los estados o las organizaciones internacionales, buscan intervenir en mercados abiertos, sobre la base de que están localizados en un desequilibrio temporal que tiene un riesgo político y económico; y Que la responsabilidad⁽⁸⁰⁾ por la particular crisis de la deuda debería ser soportada por aquellos que tienen créditos y por los deudores que han actuado en contra de las normas de prudencia económica y los imperativos del dinero.⁽⁸¹⁾

(78) CLINE, William R., *International Debt Reexamined*, Washington, D.C.: Institute for International Economics / Longman-London, 1995, XV + 535 pp.

(79) Por el contrario, la ley perpetua de la libre economía es la ley del desequilibrio, que es menester reequilibrar mediante la intervención de los poderes públicos nacional y eventualmente internacional. En otros términos, *la ley de la causación circular acumulativa de la desigualdad interna y del subdesarrollo internacional*, exige su ruptura mediante la búsqueda de los valores de igualdad y fraternidad, ajenos a la mecánica “anglosajona” de la “pura” libertad: así, entre otras, las contribuciones de dos Premios Nobel, los economistas MYRDAL y GALBRAITH.

(80) SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Los derechos humanos y las medidas de ejecución*, estudio presentado en el Seminario de derecho internacional de la UNESCO en agosto de 1952 en La Habana (Cuba); apartado de la “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Montevideo, 1953.

(81) IBÁÑEZ-AGUIRRE, José Antonio (coordinador), *Deuda externa mexicana: ética, teoría, legislación e impacto social*, ciudad de México: Univ. Iberoamericana / Plaza y Valdés, 1998, 401 pp.

2. Preferencias subjetivas, manos invisibles y órdenes espontáneas

Muchos no-economistas, podrían ofrecer una definición de qué constituye un mercado económico. Factores como el mercado, la libertad individual, y “la mano invisible”⁽⁸²⁾ vinculada a los individuos son vistos como cerradamente entrelazados. Hay algo que decir acerca de la percepción que tienen del mercado económico los no-economistas. En principio, se trata de sugerir una definición que satisfaga a todos, se habla por ejemplo, de que el individuo según Milton Friedman, es libre para elegir; se dice que desde los tiempos de Adam Smith ha sido asumido en el mundo de la economía, que las acciones de la iniciativa privada pueden tener efectos públicos benéficos que en un principio no fueron considerados por los actores. Los teóricos de preferencias subjetivas se inclinan a enfatizar las virtudes de un mercado económico competitivo. Así pues, disertando acerca de lo que dicen los teóricos de preferencias subjetivas, defendiendo el mercado, y más adelante evocando lo que piensan algunos otros, que dicen que los mercados reales, no pueden ser reducidos a la teoría de la perfecta competencia y al análisis general de equilibrio, tenemos que los mercados son el resultado del actuar humano, y no algo que se haya diseñado para ser lo que es. Así, cabría apuntar una serie de principios generales sobre política económica y acciones políticas sobre las que se desarrolla el sistema fundado en la estabilidad: estos principios, incluyen ideas que tratan de preferencias subjetivas como las anteriormente apuntadas, nociones de competencia de mercado, orden y equilibrio, así como una filosofía liberista de sólo retribuir lo merecido. Encontramos también, que existen diferentes puntos de vista entre los neoclásicos,⁽⁸³⁾ los monetaristas⁽⁸⁴⁾ y los economistas austriacos.

(82) Respecto de esta clásica expresión de la filosofía económica inglesa, cabe en México remitir a su irónica consideración por OSORNIO-CORRES, Francisco Javier, “El sector público en la economía de México”, en la obra colectiva de CORTIÑAS-PELÁEZ, León, director, *Introducción al derecho administrativo*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2ª ed., 1994, 363 pp., en sus pp. 219-253, sp. 243.

(83) QURESHI, Asif H., *International Economic Law*, Londres: Sweet & Maxwell, 1999, XXVIII + 417 pp.

(84) SURBIGUET, Marcel, *Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement (a partir de l'exemple malgache)*, “Préface” del “doyen” C. A. COLLIARD, “Avant-propos” del Embajador Rakotomangana, tesis para el doctorado de Estado en derecho, con la mención máxima [Lauréat de París], París : L. G. D. J., 2 vols., 1970, XVI + 264 pp. + 151 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

3. La contrarrevolución en la teoría y política del desarrollo

Seguidamente, cabe considerar cómo las ideas que fueron antes señaladas, se han desarrollado y ahora ocupan un lugar central en la contrarrevolución⁽⁸⁵⁾ de las teorías y políticas del desarrollo. Se muestra cómo un gran desarrollo ha sido puesto en juego bajo el papel de teorías de preferencias subjetivas y monoeconómicas y, políticamente, a través de grandes impulsos de organización, donde se incluyen al FMI y al Banco Mundial. Para algunos autores anglosajones, la nueva visión del crecimiento, es que los mercados y los incentivos pueden trabajar en países subdesarrollados, pero éstos deben ser filtrados⁽⁸⁶⁾ a través de políticas de gobierno las cuales, si no son apropiadas, pueden reducir o negar la posibilidad de obtener beneficios.⁽⁸⁷⁾

4. La crisis: Dos modelos del sistema fundado en la estabilidad

Analicemos las formas en que los estudiosos de la contrarrevolución del desarrollo han desarrollado su trabajo acerca de los orígenes y significado de los países subdesarrollados. Dos modelos: por una parte, un modelo de la deuda cíclica, el cual relata de manera optimista un desequilibrio temporal en la economía global; al hablar de este modelo, Corbridge cita a Michael Beenstock,⁽⁸⁸⁾ comenta acerca de un fenómeno de equilibrio que se explica según la teoría del desarrollo cíclico; y también cita a William Cline, eminente estudioso de los temas

(85) SAID, Edward W., *Culture and Imperialism*, Londres: Vintage, 1994, XXXII + 444 pp. [reflexión profunda, de fuerte actualidad, renovada desde 2001].

(86) MARÍN-ARTEAGA, Enrique-Javier, *Making Rules with the Industry* (Implementation of the Capital Adequacy Directive by the Bank of England), tesis (*inédita*) de doctorado en derecho (Ph. D.), Universidad de Oxford / The Centre for Socio - Legal Studies - Faculty of Law, 2001, 325 ff., *in 4º*. [Por un jurista latinoamericano, discípulo directo del malogrado Vincent WRIGHT].

(87) SCHURMAN, Franz J., *Beyond the Impasse* (New Directions in Development Theory), Londres / New Jersey: Zed Books, 1996, X + 233 pp.

(88) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp., p. 101.

de la deuda;⁽⁸⁹⁾ el trabajo de Cline proporciona una valiosa exposición, en donde pretende demostrar que la crisis de la deuda consiste en una temporal crisis de liquidez y no en una crisis de solvencia global. En su modelo, se muestran en los diecinueve países más endeudados, cinco parámetros de la crisis de la deuda: El grado de crecimiento de las ciudades industriales, el precio del petróleo, la tasa de interés, el precio del dólar,⁽⁹⁰⁾ y la tasa de inflación global.

Más adelante, se recuerda la tesis según la cual por los años de 1985-86, era aparente el optimismo creado por los modelos de la deuda cíclica, pero se dijo que estos modelos no habían sido realizados en el mundo real de los países subdesarrollados. Ahora bien, la llamada crisis de la deuda había sido tratada por los teóricos de la deuda cíclica, como el resultado de una temporal crisis de liquidez, suponiendo ingenuamente que una vez que se controlase la inflación, la crisis de la deuda desaparecería. En esta tesis se analizan temas como el de los déficits fiscales que existen en Latinoamérica y por los monetaristas se dice que es evidente que si existe la voluntad de hacer bien las cosas, se deben sentar o poner objetivos monetarios y luego alcanzarlos; así, virtualmente, todos los estudiosos de la crisis de la deuda coinciden en que la volatilidad de capitales es un problema común en los países subdesarrollados y es una consecuencia directa de los grandes déficits fiscales y de las políticas antiinflacionarias.⁽⁹¹⁾ Corbridge explica lo que es la volatilidad de capitales, referida a la acumulación de activos extranjeros, por el sector privado de una economía, frecuentemente al mismo tiempo que el sector público incurre en la contratación de la deuda externa, siendo que la volatilidad de capitales es difícil de medir

(89) CLINE, William R., *International Debt Reexamined*, Washington, D.C.: Institute for International Economics / Longman-London, 1995, XV + 535 pp.

(90) NOLDE, Baron Boris, "La monnaie en droit international public", *R.C.A.D.I.*, vol. 27, 1929, pp. 246-396; SAUCER-HALL, Georges, "La clause-or dans les contrats publics et privés", 1937, *R.C.A.D.I.*, vol. 60, pp. 651-784; VÁZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La formación histórica del sistema monetario mexicano y su derecho*, "Prólogo" de José Luis SOBERANES-FERNÁNDEZ, ciudad de México: U.N.A.M. / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, VIII + 917 pp.

(91) SINGER, H. W. y SHARMA, Soumitra, editores, *Economic Development and World Debt*, Londres: MacMillan, 1989, XXII + 453 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

en forma exacta. En esta postura estaríamos volviendo a las ideas de la eficiencia de mercado, de autocorrección y de equilibrio espontáneo.⁽⁹²⁾

5. Políticas de control

Es aparente que no hay una regla simple de la perspectiva del Sistema fundado en la Estabilidad para tratar la llamada crisis de la deuda. Sería más preciso hablar de un rango de propósitos, más o menos consistentes con esta estructura, y el cual rango recuerda la lógica subyacente de la contrarrevolución en la teoría del desarrollo y de las acciones a tomar.

Probablemente la mejor forma para hacer este señalamiento es partir de una forma de razonamiento expuesta por el profesor Sjaastad en 1983.⁽⁹³⁾ De acuerdo a Sjaastad, sólo hay tres posibilidades, cuando se trata de determinar quién va a cargar con las pérdidas de una operación internacional de crédito público: *a)* los países deudores pueden hacer sus ajustes fiscales y reducciones en general, que son requeridas para el servicio de su deuda externa; *b)* las instituciones de préstamo pueden absorber las pérdidas que provienen de sus decisiones de préstamo previas; o *c)* las pérdidas pueden ser transferidas total o parcialmente a una tercera parte, es decir a los contribuyentes de los países acreedores.⁽⁹⁴⁾

Los teóricos o tratadistas del Sistema fundado en la Estabilidad (SE, por su sigla inglesa) son como unívocos en argumentar algunas combinaciones de *a)* y *b)*.

El problema real consiste en la habilidad de determinado deudor para servir su deuda y ello depende de su astucia para manejar el intercambio con el extranjero. La advertencia en general, obvia acotamos en la mayoría de los autores del G-7, pretende que las naciones deudoras privaticen partes de su economía y la orienten hacia la

(92) Todo ello, en las antípodas de las precitadas obras de Galbraith y de Myrdal.

(93) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.; citando al professor SJAASTAD, p. 118.

(94) BALDASSARRI, Mario (compilador), *Dèficit, dèbito pùbblico ed effetti sul sistema econòmico* (Aspetti teorici ed evidenze empiriche), Roma: SIPI, 1990, 523 pp.

economía global. Como mínimo, les será requerido el desmantelamiento de barreras proteccionistas y la revaluación de las monedas locales; una vez más, la lógica pretendida por los acreedores en busca de ganancias aún mayores, es la lógica competitiva del mercado (la de Bretton Woods, acotamos nosotros, es decir la de Adam Smith y Milton Friedman).

6. Interrogantes críticas de posibles conclusiones

Lo anterior no habrá sido exitoso o trascendente si ha dado la impresión de que la perspectiva del sistema fundado en la estabilidad es una perspectiva unitaria sobre la crisis de la deuda, o que esto es cerradamente una perspectiva de los acreedores o del FMI. Las posturas de los autores que hablan del sistema fundado en la estabilidad no son siempre las mismas. El paradigma de las preferencias subjetivas provee una serie de recursos,⁽⁹⁵⁾ los cuales informan una contrarrevolución en los estudios acerca del desarrollo, lo cual hace variar las perspectivas acerca del sistema fundado en la estabilidad ante la crisis de la deuda.

Exactamente, qué cuestiones deben plantearse con esto, aparecerá seguidamente. Por el momento es suficiente señalar solamente los puntos generales para una teoría del sistema fundada (o, mejor, “anclada”) en la estabilidad (SI).

Estos puntos generales son cuatro:

Primero, cuál es la relación entre lo que puede ser llamado tiempo real y abstracto, o modelo de tiempo, en un marco de preferencia subjetiva.

Segundo, cómo son las preguntas de los vínculos de espacio y región manejados en la estructura del sistema fundado en la estabilidad. Este sistema significa teorizar la crisis de la deuda con la mentalidad acreedora, es decir, sobre la base del análisis caso por caso; ello sin preguntarnos por su costo humano expresado en los niveles de pobreza y desempleo.

(95) TOUSSAINT, Eric, *Your Money or your Life! (The Tyranny of Global Finance)*, Londres: Pluto Press, 1999, XXVIII + 322 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

Tercero, cuál es la relación entre la estabilidad bancaria y la estabilidad del desarrollo en el sistema “anclado” en la estabilidad.

Cuarto, ¿qué tenemos que hacer acerca de los avances en el cálculo moral⁽⁹⁶⁾ por la contrarrevolución de los estudios de desarrollo?, ¿es razonable, como una línea fuerte sobre la indivisibilidad de lo individual de la responsabilidad, para su destino o nuestro destino, dónde deja su cuestión de intencionalidad? Algunas respuestas a estos planteamientos pueden ser encontradas en los siguientes desarrollos. En ese sentido, se impone la formulación de algunas preguntas decisivas, en un mundo científico en el cual el cinismo lucrativo y la devaluación de toda trascendencia parecerían orillarnos hacia el hundimiento de toda la autenticidad otrora personificada por científicos como Narciso Bassols y Mario de la Cueva, como Albert Einstein y Hermann Heller:

Así ¿la perspectiva del sistema anclado en la estabilidad no privilegia una auditoría instantánea del mercado y una visión largoplacista del ajuste, por encima de una escala más institucional y de mediano término, más próxima a las preocupaciones concretas de las mujeres y de los varones reales?⁽⁹⁷⁾ ¿Cuáles son los costos del desempleo en aquéllos lugares específicos regidos por el “apretarse el cinturón”?

Finalmente, ¿no existen circunstancias en las cuáles el desarrollo debería ser privilegiado⁽⁹⁸⁾ respecto de la “deuda”, de tal modo que las necesidades y derechos de extranjeros distantes pudieran ser tomadas en consideración? ¿Configura una conducta limpia la penalización de los pobres⁽⁹⁹⁾ de países incumplidos, cuándo muchos de ellos no han

(96) BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français* (Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité), “Préface” de Philippe ARDANT, París: L.G.D.J., 1993, XVIII + 691 pp.

(97) COMPARATO, Fábio Konder, “Los derechos humanos en el siglo XXI: vida o muerte de la civilización mundial”, trad. del original portugués por León Cortiñas-Peláez, en ciudad de México: *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. / A.) – depto. Derecho, núm. 45, mayo-agosto 2000, pp. 407-418.

(98) CHARLIER, Robert-Edouard, *Service public et libertés (Mélanges à)*, París: Émile Paul y éd. de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, XXX + 896 pp.

(99) WOODWARD, David, *Debt, Adjustment and Poverty in Developing Countries*, Londres: Pinter / Save the Children, 1992, 2 vols. (X + 330 pp.; XII + 340 pp.).

ganado casi nada por vía de los empréstitos? ¿adónde queda con esto la cuestión de la intencionalidad?⁽¹⁰⁰⁾

IV. PERSPECTIVA MODERADA

1. La crisis: perspectiva sistémica correctiva

Cabe hacer referencia introductoriamente a que la mayoría de los países hacen sus interpretaciones del problema de la crisis de la deuda, basándose en la perspectiva moderada en la cual es más difícil fijar metas: la perspectiva del Sistema-Corrección (SC o sistémica correctiva). El SC hace hincapié en los efectos que provoca un país endeudado, efectos que son recibidos por la economía internacional. Esta perspectiva acepta que la crisis de la deuda, es una crisis común,⁽¹⁰¹⁾ la cual demanda una serie de soluciones comunes.

Concomitantemente, cabe exponer la influencia que tiene el keynesianismo en esta perspectiva. A saber: keynesianismo-pragmatismo, estudios keynesianos de desarrollo, deuda y desarrollo, planes de acción para el manejo de la deuda.

2. ¿Hacia una alianza?: Keynesianismo-pragmatismo

Podemos ver al keynesianismo como forma de razonamiento económico, y pensar que bien se puede aliar a un cierto pragmatismo. Seguidamente, sintetizaremos ambos temas, haciendo un breve resumen de lo que trata cada uno:

3. Mercados abiertos para una sociedad abierta

Cabe recordar que el keynesianismo surge con la gran obra de Keynes *“Teoría general del empleo, el interés y el dinero”*, del año de

(100) ZEA, Leopoldo, *Fin de milenio. Emergencia de los marginados*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (col. Tierra Firme), 2000, 359 pp.

(101) CARREAU, Dominique y SHAW, Malcolm N., (directores), *La dette extérieure / The External Debt*, Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff, 1995, XXXI + 774 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

1936, que se basó en la depresión económica del Reino Unido en los años treinta.⁽¹⁰²⁾ Keynes fue un “liberal” (en el sentido estadounidense de la palabra) y no dudaba de que los mercados debían defenderse, y de que los mercados abiertos eran una base muy importante para que existiera una sociedad abierta.⁽¹⁰³⁾

Keynes, en la síntesis de Corbridge, desarrolla su teoría sobre la base de cuatro principales puntos; *El primero* habla acerca de las características de los agentes económicos; *El segundo* punto, acerca de la relación de los trabajadores con la economía, y señala que una vez observado que los trabajadores no actuaban en la forma considerada por la economía neoclásica, la economía puede volverse lenta, esto por un abultado número de desempleados que no contribuyen al crecimiento de la economía, lo cual, lógicamente afecta la confianza para invertir; *El tercer* punto surge del segundo pues no se puede esperar que haya inversión donde los resultados a esperar sean de antemano pobres, por lo cual el Estado debe apoyar con inversiones y cambios en las políticas fiscales y monetarias; *Finalmente*, el problema del keynesianismo como filosofía económica, no siempre se combina para producir lo que busca la sociedad, por su propia naturaleza individualista, y ahí es donde surge el problema que se da en tiempo y espacio.

4. Políticas y filosofías morales: de William James a Anthony Giddens

Es un planteamiento muy inglés, hoy diríamos en la línea político-social de Giddens,⁽¹⁰⁴⁾ acerca de la forma de asociarse las políticas y las filosofías morales con el keynesianismo, de cómo debiera o podría aplicarse el keynesianismo de forma justa de acuerdo a sus principios. Esto es, la forma en que se ponen en práctica las ideas del keynesianismo en el mundo real.

(102) FERRARI-BRAVO, Giuliano, *Keynes. Uno studio di diplomazia economica*, Padova: CEDAM, 1990, 480 pp.

(103) CORTIÑAS-PELÁEZ, León y JUÁREZ-GARCÍA, Luciano, “Economía, Constitución y sociedad en México”, en *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México a don José Antonio Pérez-Porrúa*, ciudad de México: Porrúa Hermanos S.A. 1997, 653 pp., en sus págs. 173-232.

(104) GIDDENS, Anthony, *The Third Way* (The Renewal of Social Democracy), Cambridge/Oxford: Polity Press y Blackwell, 1999, X + 166 pp.

5. Una vinculación difícil: modelos capitalistas expansivos y modelos estructuralistas

Resulta difícil vincular al keynesianismo directamente con una filosofía política, tanto como escribir acerca de los estudios keynesianos de desarrollo; así pues, el profesor londinense escribe de los problemas que existen en cuanto a estos estudios, y considera cómo una confianza puesta en los primeros modelos de crecimiento capitalista, ha dado pie a otras posturas un tanto eclécticas. Así podemos hablar de los economistas keynesianos del desarrollo, referidos a dos tradiciones relevantes. En *primer lugar*, los primeros modelos de crecimiento keynesiano, llamados “Modelos nucleares capitalistas expansivos”;⁽¹⁰⁵⁾ en *segundo lugar*, los modelos estructuralistas, asociados con economistas que trabajan para la CEPAL.⁽¹⁰⁶⁾

También se plantean los modelos estructuralistas, en donde se apunta que, para ellos, el subdesarrollo de la mayoría de los países en desarrollo, es una consecuencia de su desigual y asimétrica integración dentro del sistema económico mundial.⁽¹⁰⁷⁾

6. Estudios keynesianos y sistema de corrección

Si la intención de pensar y actuar en forma pragmática es característica de los estudios keynesianos de desarrollo, también es característica de la perspectiva del Sistema de Corrección (SC) para los países en vías de desarrollo; enfatiza Corbridge cómo la perspectiva del SC toma sentido y se percata acerca de los orígenes y significado de la

(105) “*Expanding Capitalists Nucleous Models*”, p. 136.

(106) ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique, *La crisis y la deuda externa en América Latina*, San José: Universidad de Costa Rica, 1993, 232 pp.; SARLO [ONETO], Oscar [Luis], *Presupuesto, justicia y contralor* (Análisis y crítica del régimen presupuestal del art. 220 de la Constitución uruguaya), con un “Informe del Instituto de finanzas públicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” firmado por su Director Ramón VALDÉS-COSTA [“obra de gran extensión y profundidad considerada unánimemente como excelente”] Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1992, 235 pp.

(107) HOBBSBAWN, Eric, *Age of Extremes (The Short Twentieth Century 1914-1991)*, London: Abacus (Little, Brown and Company), 1999, XII + 627 pp.; GIANNINI, Massimo-Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna: il Mulino, 3ª ed., 1989, 339 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

deuda, y cita a algunos de los que considera los más importantes análisis acerca del tema de la crisis de la deuda, que fueron hechos dentro de la perspectiva del SC; más adelante, hace un análisis acerca de las estrategias de ajuste y contención para el manejo de la deuda que se hicieron en los años ochenta,⁽¹⁰⁸⁾ sobresaliendo puntos como eficiencia, moralidad⁽¹⁰⁹⁾ y política en sentido amplio, acerca de las medidas tomadas.

7. Garantía del servicio y clima económico

Estos planes varían, pero básicamente los teóricos del SC, coinciden en dos puntos: por una parte, dicen que hay un precedente histórico para la carga de la distribución y, por otra parte, que el servicio de la deuda está últimamente mejor garantizado por la inversión y el crecimiento. Cita a autores que se han destacado por su preocupación en examinar los récords históricos del manejo de la deuda. Señala que la mayoría de los teóricos del SC, se interesan en el clima económico en el cual los ajustes estructurales son mejor perseguidos. A continuación, cabe señalar una serie de políticas o estrategias que fueron propuestas en los años ochenta. A propósito de estas propuestas, de sólo algunas de las muchas que surgieron, parecería que Corbridge no apuntó las más radicales, pero que las apuntadas no fueron exclusivamente del SC, sino las que llamaron la atención de algunas instituciones como el Banco Mundial, encargadas del manejo de la deuda.

8. Discusión académica: corrección y dirigismo

Este Sistema-Corrección, se encuentra en el centro de los estudios sobre deuda y desarrollo, intermedio entre las perspectivas del Sistema fundado en la estabilidad y del Sistema-Inestabilidad; sin embargo, aunque no lo parezca, la perspectiva del SC es la que promueve mayor discusión en el proceso académico, máxime que los estudiosos del

(108) COSSÍO-DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, ciudad de México: ITAM y F.C.E., 1997, 374 pp. ; SCHUURMAN, Franz J., *Beyond the Impasse* (New Directions in Development Theory), Londres / New Jersey: Zed Books, 1996, X + 233 pp.

(109) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.; pp. 153-154.

tema, ya no señalan que esta perspectiva adoptaría una tendencia hacia el dirigismo.⁽¹¹⁰⁾

La crítica hacia esta perspectiva, atiende a que los teóricos del SC, tienen altas tendencias hacia un liberalismo poco agresivo, y omiten reconocer que la crisis de la deuda es sintomática de otras inestabilidades crónicas en el capitalismo financiero, inestabilidades crónicas que exponemos a continuación.

V. GEOPOLÍTICA Y COSTOS DEL CAPITALISMO

1. De un Sistema “anclado” en la Inestabilidad (SI)

La tercera perspectiva acerca del desarrollo de los países con problemas de la deuda, se sobrepone introductoriamente frente a la perspectiva keynesiana, pero en algunos aspectos es similar. La perspectiva del Sistema de Inestabilidad (SI) rechaza todo análisis de la crisis, excepto en términos de una visión muy amplia de ciertas tendencias dentro de la economía política global. La geográfica⁽¹¹¹⁾ incidencia de la crisis de la deuda, se vuelve una clara expresión de que existe una batalla geopolítica,⁽¹¹²⁾ la cual trata de evadir los costos de la devaluación que están vinculados con una profunda crisis del capitalismo.⁽¹¹³⁾ Esta batalla es sostenida por acreedores y deudores en países endeudados y entre los Estados Unidos y sus rivales.

Aunque es posible desarrollar en esta forma los principales tópicos del SI, será evidente que la consideración por los países en desarrollo del SI, varía de forma marcada en términos de los procesos

(110) MYRDAL, Gunnar, *Economic Theory and Underdeveloped Regions* Londres: Duckworth, 1957; trad. castellana *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, ciudad de México: F.C.E., 1959, múltiples reimpresiones, 188 pp.

(111) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.

(112) COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, XIV + 489 pp.

(113) PEFFER, R. G., *Marxism, Morality and social Justice*, Oxford / Princeton: Princeton University Press, 1990, XIV + 526 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

de dislocación, que ellos mismos escogieron enfatizar. El autor británico advierte que su ánimo aquí se dirige a reflejar esta variedad en vez de disfrazarla. La economía política radical es un término encubridor y esto debe recordarse. Después de hacer estos apuntes, veamos tantito subtemas siguientes de este discurso.

2. A) Marxismo y economía política radical

Corbridge, a quien aquí seguiremos, hace una breve semblanza de lo que es la economía política marxista, hablando acerca del propio Marx,⁽¹¹⁴⁾ así como del marxismo y plantea que, al igual que con Keynes y el keynesianismo, los trabajos de Marx son diferentes a lo que es el marxismo.⁽¹¹⁵⁾ Es cierto que “la muerte” del marxismo ha sido “proclamada” recientemente con la implosión del socialismo real: ahora bien, si el marxismo es deficiente como una guía de política, parecería necesario no seguir al marxismo como una guía para el cambiante ámbito del capitalismo y la modernidad.⁽¹¹⁶⁾

3. Clase y explotación

Importa destacar empero que es importante revisar ciertos aspectos de la economía marxista y, para empezar, plantearnos que es importante conocer el concepto de clase y la teoría marxista de la explotación.⁽¹¹⁷⁾

(114) NELSON, Anitra, *Marx's Concept of Money (The god of commodities)*, Londres / Nueva York: Routledge, 1999, XIV + 254 pp.

(115) PEFFER, R. G., *Marxism, Morality and social Justice*, Oxford / Princeton: Princeton University Press, 1990, XIV + 526 pp.

(116) Pero esta petición de principio quizá huye de lo que pretende demostrar... [L.C.P.]

(117) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp. ; pp. 167-168.

4. La teoría del valor

Para Marx, dice Corbridge,⁽¹¹⁸⁾ el trabajo es la fuente de todo valor y, con base en esto, desarrolla este punto desde la perspectiva marxista.

5. Acumulación y contradicción

Ahora bien, procede reconocer la plausibilidad de la teoría marxista, su sensibilidad hacia la dinámica de la acumulación y la formación de una crisis dentro del modo capitalista de producción. Marx pensaba que las inherentes contradicciones del capitalismo, podían trascender y convertirse en una más racional organización de la sociedad.

6. Formación y desplazamiento de la crisis

Corbridge muestra un esquema de la formación y desplazamiento de la crisis en la pág. 173 y pone atención a tres puntos que son principalmente: en *primer lugar*, el imperialismo;⁽¹¹⁹⁾ tiempo, espacio, crisis y circuitos del capital; en *segundo lugar*, la circulación del capital,⁽¹²⁰⁾ en donde muestra otro esquema (pág. 175); y *finalmente*, la crisis y regulación de la misma, en donde señala que ciertos académicos han apuntado que las diferentes crisis vividas en el siglo XX, corresponden a dos periodos de transición establecidos entre regímenes de acumulación y sus modos de regulación asociados.⁽¹²¹⁾

(118) CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.

(119) SAID, Edward W., *Culture and Imperialism*, Londres: Vintage, 1994, XXXII + 444 pp. [reflexión profunda, de fuerte actualidad, renovada desde 2001].

(120) TELLO, Carlos (coordinador); GONZÁLEZ-TIBURCIO, Enrique y BÁEZ, Francisco (coordinadores adjuntos), *México: Informe sobre la crisis (1982-1986)*, ciudad de México: U.N.A.M. / Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1989, 537 pp.

(121) SINGER, H. W. y SHARMA, Soumitra, editores, *Economic Development and World Debt*, Londres: MacMillan, 1989, XXII + 453 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

7. B) Políticas radicales y estudios radicales

La economía política radical, se vincula directamente con la perspectiva del Sistema fundado en la estabilidad, sobre la crisis de la deuda. Cita a tres modelos prominentes dentro de la tradición radical: El desarrollo del subdesarrollo, El análisis de la dependencia, y una consideración de la internacionalización del capital⁽¹²²⁾ y sus efectos sobre los países en desarrollo.⁽¹²³⁾ En esta sección, Corbridge examina las relaciones entre estas políticas radicales y los estudios radicales del desarrollo.

8. C) Mitologías y discursos

Para Corbridge, la estructura típica de la perspectiva del SI es la siguiente:

en *primer lugar*, una crítica al relato común de la crisis de la deuda;

en *segundo lugar* una discusión sobre el papel del crédito monetario⁽¹²⁴⁾ y la regulación del capitalismo tardío; y

en *tercer lugar*, un análisis de las políticas de competencia monetaria y manejo de la crisis.⁽¹²⁵⁾

A continuación, desde el punto de vista del SI, cabe hablar de algunos mitos que se han creado acerca de la deuda, como el de que

(122) VALLE, Carlos del, *La deuda externa de América Latina* (Relaciones Norte-Sur. Perspectiva ética), "Prólogo" de Paulo Evaristo ARNS, Estella (Navarra): evd, 1992, 706 pp.

(123) SURBIGUET, Marcel, *Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement (à partir de l'exemple malgache)*, "Préface" del "doyen" C. A. COLLIARD, "Avant-propos" del Embajador Rakoto-RATSIMAMANGA, tesis para el doctorado de Estado en derecho, con la mención máxima [Lauréat de Paris], París: L. G. D. J., 2 vols., 1970, XVI + 264 pp. + 151 pp.

(124) VÁZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La formación histórica del sistema monetario mexicano y su derecho*, "Prólogo" de José Luis SOBERANES-FERNÁNDEZ, ciudad de México: U.N.A.M. / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, VIII + 917 pp.

(125) TOUSSAINT, Eric, *Your Money or your Life! (The Tyranny of Global Finance)*, Londres: Pluto Press, 1999, XXVIII + 322 pp.

la crisis de Latinoamérica de los años ochenta fue una sola, sino que son crisis comunes, que tienen lugar en un área geográfica extensa. Así como el problema de nombrar de una forma u otra a la crisis de la deuda, existen los problemas de ordenar y de conocer los orígenes, para tratar mejor el problema, y en este caso, la deuda latinoamericana es producto de sucesos que se dieron en los años 1973-1974. En este aspecto, Corbridge dirige su atención hacia algunos discursos⁽¹²⁶⁾ que se han adelantado a explicar la crónica inestabilidad del sistema capitalista moderno. Para el autor inglés, estos discursos son más o menos populistas, y más o menos académicos.

9. De la geopolítica y su ausencia

Al llegar a este punto, casi no se ha hablado en el modelo considerado de la geopolítica,⁽¹²⁷⁾ después considera el problema que se plantea con el Sistema de Inestabilidad, acerca de por qué precisamente la crisis de la deuda se desenvuelve geográficamente en la zona de Latinoamérica, y el papel jugado por Estados Unidos de América. Desarrolla esto, refiriendo los problemas que tuvo Estados Unidos, que al no poder mantener la política de cambio de oro⁽¹²⁸⁾ por dólar, tuvo que cambiar de política produciendo una inflación por emitir más dólares. Así, la década de los setenta fue una década de inflación, porque Estados Unidos decidió bajar el valor del dólar para mantener sus políticas intercambiarias,⁽¹²⁹⁾ siendo el principal instrumento para realizar este plan de acción el FMI, que intervino principalmente en África y Latinoamérica con la ideología de mercado.⁽¹³⁰⁾

(126) WOODWARD, David, *Debt, Adjustment and Poverty in Developing Countries*, Londres: Pinter / Save the Children, 1992, 2 vols. (X + 330 pp.; XII + 340 pp.).

(127) KNIEPER, Rolf, *Nationale Souveränität – Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung* [Soberanía nacional – Investigación relativa al fin y al inicio de un orden mundial], Frankfurt a.M.: Fischer, 1991, 247 pp.

(128) NOLDE, Baron Boris, “La monnaie en droit international public”, *R.C.A.D.I.*, vol. 27, 1929, pp. 246-396.

(129) BURDEAU, Geneviève, “L’exercice des compétences monétaires par les États”, *R.C.A.D.I.*, vol. 212, 1988, pp. 211-369.

(130) JOUVE, Edmond, “La crise de l’endettement extérieur du Tiers Monde”, París: *Revue française de finances publiques*, núm. 12, monográfico sobre *Dette et Tiers Monde*, ed. L.G.D.J., 1985, 234 pp., esp. 57-70.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

10. D) La política de víctimas y victimarios

Se ofrecen aquí los puntos de vista de los teóricos del SI, acerca de las formas de política de la deuda que han surgido, criticándolos, como es el caso de culpar a las víctimas (*policing of victim-blaming*, pág. 196) en donde dicen los teóricos que EUA es el único culpable y quien debiera cargar el peso de la crisis de los países endeudados; también se critica la política unilateral de atender la crisis caso por caso;⁽¹³¹⁾ esta sección concluye con tres propuestas de teóricos de la perspectiva del SI, las cuales refieren posibles soluciones para esta crisis de la deuda, sosteniendo que no son utópicas y que hay caminos para lograrlo.

11. Un paradigma y políticas “posibles”

Concluye Corbridge que la perspectiva del SI, acerca de la crisis se distingue por el amplio cuadro espacio-temporal⁽¹³²⁾ que pinta acerca de la deuda y el desarrollo, resaltando algunos puntos como el de que su narrativa empieza en los años sesenta y no en los setenta, o como que el origen de la deuda fue en el norte y no en el sur. También denuncia que la crisis en los países subdesarrollados, es síntoma de un mal más profundo y, más adelante, habla de que este SI, se encuentra entre un marxismo y un populismo que forjan un paradigma.

Para finalizar, plantea tres secciones de preguntas que pueden hacerse del SI, diciendo que la lista podría ser más extensa, y que las respuestas a éstas pueden presentarse en un futuro y el lector podría anticiparlas a su juicio. Finaliza hacia la conclusión, apuntando que hay un vínculo cerrado entre las políticas propuestas para tratar la crisis de la deuda; ello frente a los discursos sobre deuda y desarrollo que hacen esas políticas “posibles”.

(131) DEMICHEL, Francine, *Éléments pour une théorie des relations internationales*, París: Berger-Levrault, 1986, 228 pp.

(132) HUDSON, Michael, *Trade, Development and Foreign Debt*, Londres: Pluto Press, 2 vols., 1992, XIV + 481 pp.

VI. ¿HACIA CONCLUSIONES GENERALES?

1. Eclecticismo y contrarrevolución

Corbridge inicia la conclusión general de su obra diciendo cuál ha sido su ánimo al asumir esta reflexión “primermundista”, afirma que éste ha sido ofrecer una narración objetiva de lo que se considera la crisis de la deuda, conjuntamente con tres particulares lecturas que definen las relaciones entre deuda, desarrollo y mal-desarrollo; ante esto, plantea dos preguntas que surgen para ser discutidas: *primero*, ¿cuáles, si es que hay algunas, son las relaciones que existen entre “lecturas” particulares de la crisis de la deuda, y estrategias particulares del “manejo” de la crisis de la deuda? y, *segundo*, ¿cómo podemos evaluar las tres perspectivas mostradas *supra*, en nuestros apartados III a V, numerales 12ss, 18ss y 26ss?; algo así como un juicio de valor entre las tres perspectivas mostradas. La primera pregunta, hace regresar a que resulta difícil asignar responsabilidad intelectual para las actuales decisiones políticas, permitiendo sólo resultados políticos. También regresa a la postura de Keynes,⁽¹³³⁾ con su sugerencia de que los hombres prácticos que se dicen no influenciados por lo que dicen los intelectuales, son quienes devienen los esclavos de algún difunto economista. Los desquiciados en autoridad, que oyen voces en el aire, están destilando su locura emanada de algún académico mal escritor de algunos años atrás.

Para esta “lectura británica”, cabe puntualizar que no se puede concluir respecto de la deuda y desarrollo insinuando que la crisis de los países en desarrollo ha sido enteramente manejada conforme a lo que dicen los teóricos del Sistema fundado en la estabilidad y/o por los teóricos del Sistema-Corrección: en efecto, señalan que se puede apuntar que, entre 1982 y 1985, la crisis de la deuda fue manejada como una crisis bancaria y que los EUA, estuvieron al mando de las políticas adoptadas.⁽¹³⁴⁾ Después, a mediados de los ochenta, esta actitud comenzó a cambiar: los bancos, comenzaron a reconstruir sus bases de capital, nuevos instrumentos para la conversión de la deuda

(133) FERRARI-BRAVO, Giuliano, *Keynes. Uno studio di diplomazia economica*, Padova: CEDAM, 1990, 480 pp.

(134) CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “La dictadura monetaria globalizada: de sus raíces en la teoría del derecho público”, ciudad de México: *Alegatos*, núm. 42, agosto de 1999, pp. 283-300, *in* 4º y su bibliografía (pp. 293-300).

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

comenzaron a aparecer y fue puesto en juego el plan Brady para que interviniese también el sector oficial, en un proceso de dirección o manejo de la deuda ya puesto a presión de la iniciativa privada.⁽¹³⁵⁾ Recuerda que para los noventa había ya un clima más flexible para atender el problema de la deuda, con las acciones tomadas por Japón, Francia e Inglaterra, y también con las acciones tomadas por los EUA, para poder reducir los montos de la deuda pública y privada en Latinoamérica y África.

Una más razonable conclusión acerca de las tres alternativas, es que los elementos del SE y del SC, han sido desplegados de diferentes maneras, como parte de las prácticas de manejo de la deuda de los años ochenta. Las ideas del SI han sido consideradas como parte de la postura de negociación de algunos países endeudados. Los años de ajuste-contención de 1982 a 1985, fueron fuertemente influenciados por las ideas del SE, al tiempo que eran atendidos por la agenda geopolítica de los EUA y por las necesidades de los bancos comerciales.

En la segunda mitad de los años ochenta, las prácticas acerca del manejo de la deuda, se reflejaron con una postura ecléctica entre las teorías del SE y el SC. Las consecuencias globales de una supuesta crisis local de endeudamiento fueron registradas más directamente en los discursos oficiales de los poderes de crédito, y emergió un nuevo reconocimiento de que la crisis de la deuda no podría ser resuelta en ausencia de una concertada participación internacional para proveer un crecimiento económico global.⁽¹³⁶⁾ En ese momento, surgieron políticas

(135) VOCKE, Katharina, *Die Zusammenarbeit zwischen dem Internationalen Währungs-fonds, der Weltbankgruppe und internationalen Geschäftsbanken vor dem Hintergrund der Schuldenkrise* [El trabajo conjunto entre el Fondo Monetario Internacional, el grupo del Banco Mundial y los bancos internacionales de negocios, en el fondo de la crisis de la deuda], Frankfurt a.M.: Fritz Knapp / Universidad de Köln, 1991, XVI + 363 pp.

(136) EBENROTH, Carsten-Thomas, *Festschrift für... zum 50. Geburtstag* [Libro-Homenaje, a Carsten-Thomas EBENROTH en su 50 cumpleaños], publicado por HENSSLER, Martin *et al.* (editores), *Europäische Integration und Globaler Wettbewerb* [Integración europea y competencia mundial]; en verdad Libro-Homenaje, como prematura y premonitoriamente anotaron los "Herausgeber" en la p. V, ello ante el ulterior e irreversible mal del maestro alemán, - Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1993, X + 773 pp. [aportación crucial].

diversas de manejo de la deuda, sobresaliendo tendencias hacia programas de ajustes estructurales y hacia la liberalización de la economía. Así, cabe resaltar la “contrarrevolución”⁽¹³⁷⁾ que se dio, siendo ésta especialmente exitosa en definir los límites de lo que era posible y deseable en el reino de las actividades políticas y económicas en el mundo en desarrollo.

Viene a continuación, *la parte medular de la conclusión*, al cuestionarse Corbridge: ¿qué es lo deseable, y cómo podemos elegir entre las diferentes posturas sugeridas por teóricos económicos y dirigentes políticos y económicos?, ¿Cómo puede contribuir un análisis de las diferentes posturas sobre deuda y desarrollo a los debates intelectuales y políticos expuestos?. Dicho de otra forma, lo que trata de plantear es la cuestión de ¿cuál de nuestros apartados IV a V, ofrece el juicio o razonamiento más convincente para una solución humana y jurídicamente coherente⁽¹³⁸⁾ de la crisis de la deuda ante el desarrollo?

Para Corbridge, la respuesta es que *la pregunta está mal planteada*, cada una de las consideraciones o posturas desarrolladas en los capítulos III a V, tiene sus méritos, ya que aunque algunas consideraciones pudieran resultar radicales, son atractivas por el hecho de intentar dar alternativas y explicaciones sobre la crisis de la deuda. Brinda una explicación del punto de vista radical, destacando que resulta efectivo por el hecho de cuestionar estrategias particulares de desarrollo y mal desarrollo, y en la forma de señalar ciertas inestabilidades y tendencias de la crisis en el proceso de acumulación de capital. El problema viene al plantear las políticas que deben ser seguidas para respaldar estos puntos negativos vistos por el SI.

Después medita un poco acerca de lo que hay que considerar del SE, diciendo que es débil en algunas cosas y fuerte en otros puntos, por las mismas razones: que su debilidad viene de su intención de tratar con las contradicciones de un mundo imperfecto, poniendo medidas punitivas ante estas imperfecciones,⁽¹³⁹⁾ y según Corbridge es difícil ver cómo el mercado puede ser su propio guardián y su propio salvador.

(137) SAID, Edward W., *Culture and Imperialism*, Londres: Vintage, 1994, XXXII + 444 pp. [reflexión profunda, de fuerte actualidad, renovada desde 2001].

(138) COSSÍO-DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, ciudad de México: ITAM y F.C.E., 1997, 374 pp.

(139) PEFFER, R. G., *Marxism, Morality and social Justice*, Oxford / Princeton: Princeton University Press, 1990, XIV + 526 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

2. Incertidumbre y relativismo

Esto nos lleva a la perspectiva del SC. Está persuadido, por las contradicciones entre el marxismo y la modernidad del capitalismo, de que los propósitos para una reforma económica, deberían tomar en cuenta estas tensiones y trabajar con ellas y dentro de ellas. Ésta necesidad, no es una defensa del *statu quo*: es un argumento contra el finalismo intelectual y político, contra el mundo económico que asume que la contradicción del capitalismo y la modernidad puede ser señalada como opuesta para modificar y resituar a otras alternativas, las cuales podrían ser menos asimétricas.

En esta misma perspectiva del SE, Corbridge subraya algo que ha sido aplicado en México y otros países deudores del Tercer Mundo, en cuanto deben “privatizar su economía, orientándola hacia una economía global”. Esto es lo que desde 1982 se está tratando de hacer con nuestra economía nacional, recurriendo a múltiples “fraudes” electorales y económico-financieros: el profesor británico debería tocar el tema de los impedimentos históricos, políticos, sociales y hasta normativos⁽¹⁴⁰⁾ que tienen los países latinoamericanos. Esto es, que las constituciones de cada país, por el hecho de ser éstos culturalmente diferentes y regir en sociedades que aún no han llegado a su madurez,⁽¹⁴¹⁾ hacen diferente la forma en que se deben aplicar ciertas políticas económicas, pues no pueden imponerse “desde afuera” por quienes carecen del íntimo conocimiento sociopsicológico requerido por la plenitud jurídica de nuestros pueblos.

Cabría terminar estas *Acotaciones*, no con un detallado prospecto para las reformas del manejo de la deuda, pero con la sugerencia de que el desarrollo está definido por sus contradicciones y por sus dilemas. Esperar respuestas simples a preguntas complicadas es fácil y engañoso: inciertamente, es ello la naturaleza de la condición moderna y una celebración de tal hecho al nivel de teoría y política no podría ser

(140) Por ejemplo, en la Constitución federal mexicana, vigente con superficiales aunque muy numerosas reformas desde 1917, el jurista no puede ignorar los artículos 25, 26, 27, 28, 73, 117, 131, 134; así como sus prolijas reglas subordinadas.

(141) HAURIUO, André, *Cours de droit constitutionnel étranger. Les pays du Tiers Monde*, París: Les cours de droit, 1961-1963, mis notas personales [L.C.P.].

una mala cosa. Pero, he aquí una postura que nos parece capital: *inciertamente no se debe confundir con relativismo* intelectual o moral. Su argumento, no es un argumento para la inactividad, o para políticas que caigan al registrar las evidentes injusticias⁽¹⁴²⁾ del moderno sistema mundial. Es un argumento en favor de la cartesiana discriminación; una inyección intelectual para ser siempre crítico de temas particulares acerca de la deuda y desarrollo y, para ser cautelosos al proponer soluciones a problemas que resisten diagnósticos simples.

Es por eso, que Corbridge se inclina hacia el SC, aunque sin demeritar lo propuesto por el SE y por el SI. La necesidad de escoger de alguna forma entre los tres puntos de vista, no quita que los tres planteen sus modelos de una “buena sociedad”. La intención de algunos autores al proponer diferentes “narraciones”, oponiéndose en muchos aspectos a las de otros, no implica que el lector esté obligado a hacer lo mismo.

VII. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS

1. Matizando lo “británico”

En general, la obra de Stuart Corbridge es valiosa y creativa, ya que ofrece un acercamiento jurídico (aunque extranormativo) a los temas de la deuda y desarrollo, tomando como principal punto las crisis internacionales de la deuda de los ochenta y de los noventa, así como sus consecuencias económicas y geopolíticas. A continuación, se exponen reflexiones complementarias acerca de la tendencia doctrinal así acotada.

2. Introducción y pedagogía

Por principio de cuentas, encontramos una buena introducción, ya que en ella, se presentan los puntos a tratar, preparando el camino para que el lector, profesor o estudiante, se vaya preparando a enfrentarse a una serie de datos y gráficas que se exponen durante el

(142) IBÁÑEZ-AGUIRRE, José Antonio (coordinador), *Deuda externa mexicana: ética, teoría, legislación e impacto social*, ciudad de México: Univ. Iberoamericana / Plaza y Valdés, 1998, 401 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

libro. Dentro de esta introducción, hay que dar mérito a Corbridge por las advertencias que hace acerca de cuatro fallas o “trampas”, en las que puede caer el lector y menciona que ha tratado de minimizarlas en lo posible (*supra*, numeral 1, al final).

3. Constituciones latinoamericanas y economía global

En el desarrollo de la perspectiva del Sistema-Inestabilidad, da la apariencia de un descarte como medida de solución a la problemática tratada, no de manera muy obvia, pero nos llama la atención la página 193, en donde se mencionan ciertos aspectos que hacen ver a esta perspectiva como contradictoria, como no se hizo con ninguna de las anteriores, saliéndose un poco de la objetividad, para irla descartando de antemano.

4. Una escogencia de terciopelo

El detalle que se nos hace más criticable de la obra, es la conclusión, la cual, la va desarrollando de buena forma, planteando en un principio las preguntas o cuestiones que surgen acerca de la obra, y las va contestando correctamente, pero al llegar al punto crucial, se lava las manos; en lo personal: En efecto, esperábamos una respuesta más convincente a la pregunta de entre cuál de las perspectivas de los sistemas expuestos se debía elegir, es decir, que escogiera tajantemente una postura y argumentará el porqué de esa determinación y la eventual conveniencia de tomarla, pero el autor británico (*“wait and see”*), parece alejarse, como para tomar espacio y darnos una lección de técnica de investigación. Esto es, el autor señala al SC, como el más adecuado, pero faltaron los argumentos que dejaran al lector al tanto de su postura, disculpándose por decirlo así, diciendo que el lector no debe quedarse con la postura de un solo autor, sino que debe estar abierto para otras; entonces, es algo así como si el autor hubiese tomado la posición que recomienda al lector, sin definirse totalmente por una perspectiva.

5. Libre investigación científica y dogmatismo continental europeo

Estas páginas londinenses logran su objetivo, al ofrecer un amplio esquema para que profesores y estudiantes puedan tener un

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (13-64) mayo-agosto 2010

punto de vista general y de ahí, tomar sus propias conclusiones. Nos parece empero que Corbridge, debió haber sido más enfático al argumentar su postura y no sólo dejar al arbitrio del lector, cuál debe ser la política a definir en el tema tan polémico de la deuda externa y el desarrollo.

La incertidumbre de hacer una elección, no significa que tengamos que escoger imperativamente con certeza. Inciertamente, *una actitud de duda radical* (he aquí al académico británico, discípulo de Ockam y de Hume) *no es algo que deba ser menospreciado*. Paradójicamente, semejante radicalismo europeo continental habría implicado una actitud dogmática, “mediterránea” y tercermundista, incompatible con la, empírica e insular, apertura a la libre investigación científica, que es baza esencial de la ciencia inglesa, desde Bacon y Newton, hasta Dicey y Newman.

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

VIII. EL RETO DE OTRAS LECTURAS

ASSMANN, Heinz-Dieter; KIRCHNER, Christian y SCHANZE, Erich, *Ökonomische Analyse des Rechts* [El análisis económico del Derecho], Tübingen: Mohr, 1993, XVI + 342 pp.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'endettement*, París: L.G.D.J., 1997, 720 pp.

BALDASSARRI, Mario (compilador), *Dèficit, dèbito pùblico ed effetti sul sistema econòmico* (Aspetti teorici ed evidenze empiriche), Roma: SIPI, 1990, 523 pp.

BEKOLO-EBE, Bruno, *Le statut de l'endettement extérieur dans l'économie sous-développée*, París / Dakar: Présence Africaine, 1985, 443 pp.

BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français* (Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité), "Préface" de Philippe ARDANT, París: L.G.D.J., 1993, XVIII + 691 pp.

BURDEAU, Geneviève, "L'exercice des compétences monétaires par les États", *R.C.A.D.I.*, vol. 212, 1988, pp. 211-369.

CARREAU, Dominique y SHAW, Malcolm N., (directores), *La dette extérieure / The External Debt*, Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff, 1995, XXXI + 774 pp.

CLINE, William R., *International Debt Reexamined*, Washington, D.C.: Institute for International Economics / Longman-London, 1995, XV + 535 pp.

CHARLIER, Robert-Edouard, *Service public et libertés (Mélanges à)*, París: Émile Paul y éd. de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, XXX + 896 pp.

COLLY, François, *Les emprunts publics de l'État*, tesis para el doctorado de Estado en Derecho, Univ. de París I (Panthéon-Sorbonne), 1982, 718 ff.

COMPARATO, Fábio Konder, "Los derechos humanos en el siglo XXI: vida o muerte de la civilización mundial", trad. del original portugués por León Cortiñas-Peláez, en ciudad de México: *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. / A.) – depto. Derecho, núm. 45, mayo-agosto 2000, pp. 407-418, versión castellana cuyo "impacto nacional e internacional" (según la normatividad del CONACYT) se ha irradiado en otras dos publicaciones, a saber:

COMPARATO, Fábio Konder, en la obra dirigida por Raúl MORODO y Pedro DE VEGA, *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (13-64) mayo-agosto 2010

Pablo Lucas-Verdú, Madrid / México, vicedecanato de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid y dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, 4 tomos, XXVIII + 2872 págs., esp. en el t. III, págs. 1681-1701.

COMPARATO, Fábio Konder, Guanajuato: *Investigaciones jurídicas*, 2ª época, vol. XV, núm. 73, julio-diciembre 2002, págs. 59-86.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, XIV + 489 pp.

CORBRIDGE, Stuart, *Debt and Development*, Oxford: Blackwell, 1993, XII + 231 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León y JUÁREZ-GARCÍA, Luciano, "Economía, Constitución y sociedad en México", en *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México a don José Antonio Pérez-Porrúa*, ciudad de México: Porrúa Hermanos S.A., 1997, 653 pp., en sus págs. 173-232.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "La dictadura monetaria globalizada: de sus raíces en la teoría del derecho público", ciudad de México: *Alegatos*, núm. 42, agosto de 1999, pp. 283-300, *in 4º* y su bibliografía (pp. 293-300).

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Notas preliminares respecto de la normatividad y de la extranormatividad en la deuda externa mexicana", compilación a cargo de Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Montevideo: *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, ed. UCUDAL y Amalio M. Fernández, 2000, 607 pp., esp. 71-128.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Un horizonte polémico: deuda externa y derecho de América Latina", ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, *Alegatos*, (U.A.M.-A)/departamento de derecho, núm. 47-48, en-ag. 2001, pp. 35-64, *in 4º*.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Contribución a la bibliografía y hemerografía generales sobre "la deuda externa y el derecho", Una investigación latinoamericana", ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, *Alegatos*, (U.A.M.-A)/departamento de derecho, núm. 56-57, en-ag. 2004, pp. 227-292, *in 4º*.

COSSÍO-DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, ciudad de México: ITAM y F.C.E., 1997, 374 pp.

CUEVA, Mario de la, versión castellana del original alemán [*Kallikles, Studien zur Geschichte der Lehre vom Recht des Stärkeren*] (Calicles, Estudios

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

sobre la historia y la doctrina del derecho del más fuerte) 1922] y “Estudio Preliminar” a MENZEL, Adolfo, *Calicles*, ciudad de México: U.N.A.M., Centro de Estudios Filosóficos, 1964, 148 pp.

DEMICHEL, Francine, *Éléments pour une théorie des relations internationales*, París: Berger-Levrault, 1986, 228 pp.

DÜRIG, Günter, “Presencia alemana en la doctrina contemporánea de América Latina (Una contribución del profesor Cortiñas - Peláez)”, Guanajuato: *Tribunal de lo contencioso administrativo del Estado de Guanajuato*, Boletín núm. 73, julio-diciembre 2002, pp. 33-58.

EBENROTH, Carsten-Thomas, *Festschrift für... zum 50. Geburtstag* [Libro-Homenaje, a Carsten-Thomas EBENROTH en su 50. cumpleaños], publicado por HENSSLER, Martin *et al.* (editores), *Europäische Integration und Globaler Wettbewerb* [Integración europea y competencia mundial]; en verdad Libro-Homenaje, como prematura y premonitoriamente anotaron los “Herausgeber” en la p. V, ello ante el ulterior e irreversible mal del maestro alemán, - Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1993, X + 773 pp.

FERRARI-BRAVO, Giuliano, *Keynes. Uno studio di diplomazia economica*, Padova: CEDAM, 1990, 480 pp.

GIANNINI, Massimo-Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna: il Mulino, 3ª ed., 1989, 339 pp.

GIANVITI, François, “The International Monetary Fund and External Debt”, La Haya: R.C.A.D.I., vol. 215 (1989-III), Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 209-286.

GIDDENS, Anthony, *The Third Way* (The Renewal of Social Democracy), Cambridge/Oxford: Polity Press y Blackwell, 1999, X + 166 pp.

GOLD, Joseph, *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System: Selected Essays*, Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2 vols., 1979 (XX + 633 pp.) y 1984 (XVIII + 947 pp.).

HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* [La doctrina constitucional como ciencia cultural], Berlín: Duncker & Humblot, 2ª ed., 1998, XLV + 1198 pp. [síntesis mayor, del discípulo de H. HELLER y R. SMEND].

HAHN, Hugo J., *Währungsrecht* [Derecho monetario], München: Beck, 1990, XXXII + 528 pp.

HAURIOU, André, *Cours de droit constitutionnel étranger. Les pays du Tiers Monde*, París: Les cours de droit, 1961-1963, mis notas personales [L.C.P.].

Revista de Ciencias Jurídicas Nº 122 (13-64) mayo-agosto 2010

- HOBSBAWN, Eric, *Age of Extremes (The Short Twentieth Century 1914-1991)*, London: Abacus (Little, Brown and Company), 1999, XII + 627 pp.
- HUDSON, Michael, *Trade, Development and Foreign Debt*, Londres: Pluto Press, 2 vols., 1992, XIV + 481 pp.
- HUG, Walther, "The Law of International Paiements", *R.C.A.D.I.*, vol. 79, 1951, pp. 511-712.
- IBÁÑEZ-AGUIRRE, José Antonio (coordinador), *Deuda externa mexicana: ética, teoría, legislación e impacto social*, ciudad de México: Univ. Iberoamericana / Plaza y Valdés, 1998, 401 pp.
- JAMES, William, *El pragmatismo*, trad. castellana, Buenos Aires: Losada, 1912, múltiples reediciones.
- JÈZE, Gastón, "La garantie des emprunts publics de l'État", *R.C.A.D.I.*, vol. 7, 1925, pp. 151-236.
- JÈZE, Gastón, "Les paiements internationaux", *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926, pp. 161-226.
- JÈZE, Gastón, "La stabilisation des monnaies", *R.C.A.D.I.*, vol. 38, 1931, pp. 467-540.
- JOUVE, Edmond, "La crise de l'endettement extérieur du Tiers Monde", París: *Revue française de finances publiques*, núm. 12, monográfico sobre *Dette et Tiers Monde*, ed. L.G.D.J., 1985, 234 pp., esp. 57-70.
- KNIEPER, Rolf, *Nationale Souveränität – Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung* [Soberanía nacional – Investigación relativa al fin y al inicio de un orden mundial], Frankfurt a.M.: Fischer, 1991, 247 pp.
- LAÏDI, Zaki, *Enquête sur la Banque Mondiale*, París: Fayard, 1989, 359 pp.
- LEYENDECKER, Ludwig, *Auslandsverschuldung und Völkerrecht* [El endeudamiento exterior y el derecho internacional], Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1988, XIII + 386 pp. [tesis doctoral de la Universidad de Bonn, con mención].
- LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, XLVI + 776 pp.
- MARÍN-ARTEAGA, Enrique-Javier, *Making Rules with the Industry* (Implementation of the Capital Adequacy Directive by the Bank of England), tesis (*inédita*) de doctorado en derecho (Ph. D.), Universidad de Oxford /

CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...

The Centre for Socio - Legal Studies - Faculty of Law, 2001, 325 ff., *in* 4°. [Por un jurista latinoamericano, discípulo directo del malogrado Vincent WRIGHT].

MATTEUZZI, Massimo y SIMONAZZI, Annamaria, *Il dèbito pùbblico*, Bologna: il Mulino, 1988, 366 pp.

MYRDAL, Gunnar, *Economic Theory and Underdeveloped Regions* Londres: Duckworth, 1957; trad. castellana *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, ciudad de México: F.C.E., 1959, múltiples reimpresiones, 188 pp.

NELSON, Anita, *Marx's Concept of Money (The god of commodities)*, Londres / Nueva York : Routledge, 1999, XIV + 254 pp.

NOLDE, Baron Boris, "La monnaie en droit international public", *R.C.A.D.I.*, vol. 27, 1929, pp. 246-396.

OSSIPOW, Paul, De la lésion (Étude de droit positif et de droit comparé), "Préface" de Pierre ARMINJON, Lausana: Roth & Paris: Sirey, 1940, 413 pp.

PAECH, Norman y STUBY, Gerhard, *Machtspolitik und Völkerrecht in den internationalen Beziehungen* [Política de la fuerza y derecho de gentes en las relaciones internacionales], Baden-Baden: Nomos, 1994, XIX + 878 pp.

PEFFER, R. G., *Marxism, Morality and social Justice*, Oxford / Princeton: Princeton University Press, 1990, XIV + 526 pp.

QURESHI, Asif H., *International Economic Law*, Londres: Sweet & Maxwell, 1999, XXVIII + 417 pp.

ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique, *La crisis y la deuda externa en América Latina*, San José: Universidad de Costa Rica, 1993, 232 pp.

SAID, Edward W., *Culture and Imperialism*, Londres: Vintage, 1994, XXXII + 444 pp. [reflexión profunda, de fuerte actualidad, renovada desde 2001].

SARLO [ONETO], Oscar [Luis], *Presupuesto, justicia y contralor* (Análisis y crítica del régimen presupuestal del art. 220 de la Constitución uruguaya), con un "Informe del Instituto de finanzas públicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" firmado por su Director Ramón VALDÉS-COSTA ["obra de gran extensión y profundidad considerada unánimemente como excelente"], Montevideo : Fundación de cultura universitaria, 1992, 235 pp.

SAUCER-HALL, Georges, "La clause-or dans les contrats publics et privés", 1937, *R.C.A.D.I.*, vol. 60, pp. 651-784.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (13-64) mayo-agosto 2010

- SAYAGUÉS-LASO, Enrique, Los derechos humanos y las medidas de ejecución, estudio presentado en el Seminario de derecho internacional de la UNESCO en agosto de 1952 en La Habana (Cuba); apartado de la "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, 1953.
- SAYAGUÉS-LASO, Enrique, "Cómo escribir un libro (De investigación jurídica)", ciudad de México: *Alegatos*, U.A.M. - Azcapotzalco, Departamento de derecho; edición, sumario, epígrafes y anotaciones del profesor León Cortiñas-Peláez, núm. 52, septiembre-diciembre 2002, pp. 423-432, in 4º.
- SCHUURMAN, Franz J., *Beyond the Impasse* (New Directions in Development Theory), Londres / New Jersey: Zed Books, 1996, X + 233 pp.
- SINGER, H. W. y SHARMA, Soumitra, editores, *Economic Development and World Debt*, Londres: MacMillan, 1989, XXII + 453 pp.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* [Fines del Estado y determinación de los fines del Estado], Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, XXII + 593 pp.
- STEELE GORDON, John, *Hamilton's Blessing (The Extraordinary Life and Times of Our National Debt)*, Nueva York : Walker, 1997, XIV + 214 pp.
- STOKKE, Olav, director, *Aid and Political Conditionality*, Londres: Frank Cass, 1995, XVIII + 417 pp.
- SURBIGUET, Marcel, *Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement (à partir de l'exemple malgache)*, "Préface" del "doyen" C. A. COLLIARD, "Avant-propos" del Embajador Rakoto-RATSIMAMANGA, tesis para el doctorado de Estado en derecho, con la mención máxima [Lauréat de París], París: L. G. D. J., 2 vols., 1970, XVI + 264 pp. + 151 pp.
- TELLO, Carlos (coordinador); GONZÁLEZ-TIBURCIO, Enrique y BÁEZ, Francisco (coordinadores adjuntos), *México: Informe sobre la crisis (1982-1986)*, ciudad de México: U.N.A.M. / Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1989, 537 pp.
- TOUSSAINT, Eric, *Your Money or your Life! (The Tyranny of Global Finance)*, Londres: Pluto Press, 1999, XXVIII + 322 pp.
- VALADÉS, Diego, "El regreso de los godos", ciudad de México: *Proceso*, núm. 1713, 30 de agosto 2009.
- VALLE, Carlos del, *La deuda externa de América Latina* (Relaciones Norte-Sur. Perspectiva ética), "Prólogo" de Paulo Evaristo ARNS, Estella (Navarra): evd, 1992, 706 pp.

- CORTIÑAS-PELÁEZ: Derecho e historia: Acotaciones británicas al endeudamiento...
- VÁZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho / Miguel Ángel Porrúa, 1990, 210 pp.
- VÁZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La formación histórica del sistema monetario mexicano y su derecho*, "Prólogo" de José Luis SOBERANES-FERNÁNDEZ, ciudad de México: U.N.A.M. / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, VIII + 917 pp.
- VOCKE, Katharina, *Die Zusammenarbeit zwischen dem Internationalen Währungsfonds, der Weltbankgruppe und internationalen Geschäftsbanken vor dem Hintergrund der Schuldenkrise* [El trabajo conjunto entre el Fondo Monetario Internacional, el grupo del Banco Mundial y los bancos internacionales de negocios, en el fondo de la crisis de la deudal], Frankfurt a.M.: Fritz Knapp / Universidad de Köln, 1991, XVI + 363 pp.
- WOODWARD, David, *Debt, Adjustment and Poverty in Developing Countries*, Londres: Pinter / Save the Children, 1992, 2 vols. (X + 330 pp.; XII + 340 pp.).
- ZEA, Leopoldo, *Fin de milenio. Emergencia de los marginados*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica (col. Tierra Firme), 2000, 359 pp.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (65-82) mayo-agosto 2010

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO AGRO-ALIMENTARIO O LA HISTORIA DE UN VÍNCULO^(*)

Dr. François Collart Dutilleul

Profesor de la Universidad de Nantes, Francia^(**)
Director del Programa Europeo de Investigación "Lascaux"
(www.droit-aliments-terre.eu)

Miembro del *Institut Universitaire de France*
Miembro del *Conseil National de l'Alimentation*

(Recibido 29/06/09; aceptado 23/11/09)

(*) Título original: "*Les transformations du droit agroalimentaire ou l'histoire d'un trait d'union*". Publicado en *Etudes offertes au Professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 103. Traducido del francés por Marlen León Guzmán, doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nantes (*Institut de Recherche en Droit Privé, IRDP*) e investigadora del Programa Lascaux.

(**) Profesor de Derecho Privado de los Contratos, de Derecho agrario y de Derecho Alimentario.

e-mail: francois.collart-dutilleul@univ-nantes.fr

Tel. 0240 48 39 72

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

RESUMEN

Bajo los efectos de la industrialización de la agricultura y del desarrollo de políticas públicas agrícolas, el Derecho Agrario se separa del Derecho Civil. Más recientemente, del Derecho Agrario surge el Derecho Alimentario, el cual alcanza su plena autonomía sobre la base de la seguridad sanitaria de los alimentos. Este último regula la industria agroalimentaria y deja de lado a la agricultura, convirtiéndose así poco a poco en un *Derecho Agroalimentario*.

Por su parte, los fundamentos del Derecho Agrario son también el objeto de reformas profundas. Éstas lo acercan al Derecho Comercial e imponen a los agricultores el respeto de la legislación agroalimentaria. Las transformaciones de uno y otro ponen en relieve su complementariedad. Se trata de un derecho económico que une dos sectores, el de la producción primaria y el de la industria y que, por esta razón, debería volver a ser el *Derecho Agro-alimentario* que Louis Lorvellec escribía decididamente con un "guión intercalado".

Palabras clave: Derecho Alimentario, Derecho Agrario, Política Agrícola Común, Seguridad Alimentaria, Unión Europea, Francia, Código Agrario, Derecho Agro-alimentario.

RÉSUMÉ

Sous les effets de l'industrialisation de l'agriculture et du développement des politiques publiques agricoles, le droit rural se détache du droit civil. Du droit rural surgit plus récemment le droit alimentaire, lequel devient pleinement autonome sur la base de la sécurité sanitaire des aliments. Ce dernier régit l'industrie agroalimentaire, en s'éloignant de l'agriculture. Ainsi, il devient peu à peu un *droit agroalimentaire*.

Les fondements du droit rural font également l'objet de réformes profondes. Celles-ci lui rapprochent du droit commercial et imposent le respect de la législation agroalimentaire aux agriculteurs. Les transformations tant de l'un que de l'autre mettent en évidence leur complémentarité. Il s'agit d'un droit économique qui relie deux secteurs, celui de la production primaire et celui de l'industrie et qui, pour cette raison, devrait redevenir le *droit agro-alimentaire* que Louis Lorvellec écrivait fort justement avec un trait d'union.

Mots-clés: Droit alimentaire, Droit rural, Politique agricole commune, sécurité alimentaire, Union européenne, France, Code rural, Droit agro-alimentaire.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (65-82) mayo-agosto 2010

SUMARIO

- I. La Metamorfosis del Derecho Alimentario
 - A. Del Derecho Agrario al Derecho Alimentario
 - B. La Autonomía del Derecho Alimentario
- II. Las reorientaciones del Derecho Agrario
 - A. Lo que se ha realizado
 - B. Lo que falta por hacer



Desde las perspectivas histórica, social, económica y jurídica, el Derecho Civil ha sido durante mucho tiempo el terreno de acogida del Derecho Agrario. Esto se origina en el hecho de que en 1804, la Francia del Código Civil era principalmente rural y agrícola. Asimismo, es el resultado de que formalmente el Código Civil reunía el conjunto de las reglas inmobiliarias que forman el corazón histórico del Derecho Agrario. Finalmente, esto es también la consecuencia de que las necesidades de la agricultura en la época del Código Civil, estaban ampliamente satisfechas por las disposiciones generales del Derecho Civil: el derecho civil de los bienes y la prohibición de las servidumbres personales; el derecho de los contratos y la conservación de los derechos locales en materia de arrendamientos, de trabajo agrícola, de la venta de animales bajo el principio de la libertad contractual; el derecho de las sucesiones y la multiplicación de las explotaciones por el efecto de la igualdad sucesoria, etc. Lo anterior está bien resumido en el hecho de que la actividad agrícola se consideraba desde siempre como una actividad civil. El Derecho Agrario ha terminado, sin embargo, por separarse del Derecho Civil, bajo los efectos de la industrialización de la agricultura y del desarrollo de políticas públicas agrícolas. Sus efectos se tradujeron en la promulgación de una legislación propiamente agrícola y en la elaboración de un Código Agrario (*Code Rural*) en 1950.

Desde las perspectivas histórica, social, económica y jurídica, el Derecho Agrario comprendió durante mucho tiempo lo que hoy ha llegado a ser el Derecho Alimentario. No es necesario detenerse en el vínculo estrecho que, más allá de la recolección y de la caza, liga desde siempre nuestra alimentación a la agricultura, a la pesca y a la crianza de animales. Pero incluso allí, bajo el efecto conjugado de la industrialización de la producción de alimentos, del desarrollo de políticas de autosuficiencia alimentaria y de salud pública, se desarrolló poco a poco una reglamentación técnica, unas reglas de higiene y finalmente, una legislación alimentaria que, recopilada en diversos códigos, terminó por adquirir su autonomía en relación al Código y al Derecho Agrario.

Esta doble ramificación, de un Derecho Agrario derivado del Derecho Civil y de un Derecho Alimentario derivado a su vez del Agrario, es también la de Louis Lorvellec quien, para toda la comunidad científica de nuestro mundo universitario nacional, comunitario e internacional, ha sido un maestro del Derecho Agrario y el precursor del Derecho Alimentario. Louis Lorvellec fue al principio civilista, después se ubicó –según sus propias palabras– en la rama verde del Derecho

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

Civil, al especializarse en el Derecho Agrario, antes de su interés y orientación hacia el Derecho Alimentario. Una parte entera de su manual sobre el “Derecho Agrario” está así consagrada a la economía y al Derecho “Agro-alimentario”.⁽¹⁾

Sobre este terreno sin fronteras, Louis extendió una invitación amigable a aquellos de sus colegas que aceptaron recorrer una parte del camino con él. Entre ellos estuvimos, René Hostiou y el autor de estas líneas. Esto permitió encuentros científicos, viajes, descubrimientos amigables, gustativos, geográficos, humanos. Después, como sabemos, Louis se marchó...

Estas fugas científicas nos dieron a unos y a otros, ocasiones de examinar tanto las fronteras del Derecho como las de nuestras especialidades respectivas, allí donde resulta más interesante, donde se pone a prueba la coherencia de las diferentes disciplinas del Derecho, por cuanto “*el cristal nunca es tan azul como cuando se quiebra*”.⁽²⁾ Louis Lorvellec había comenzado, por su parte, a unir el Derecho Agrario y el Derecho Alimentario, al hacer coincidir las fronteras propias de cada uno de ellos. René Hostiou buscaba en el derecho de la expropiación el mejor equilibrio entre el interés general y la protección de la propiedad privada. Todos teníamos plena conciencia de la necesidad de sobrepasar las fronteras de nuestras disciplinas y en particular, aquellas del Derecho Privado y del Derecho Público. René Hostiou recordará, sin duda, aquellas lecciones que impartíamos a dos voces, reuniendo a mis estudiantes del DEA⁽³⁾ de Derecho Privado de los Contratos con los suyos del DEA de Derecho Público General.

Los recuerdos permanecen, pero también las curiosidades intelectuales que, desde nuestras disciplinas y especialidades respectivas, nos hacen mirar siempre con atención e interés las especialidades distintas de las nuestras. Ahí encontramos la renovación de los estudios propios, enriquecemos nuestras reflexiones disciplinarias e incluso, a veces, reorientamos nuestras actividades de investigación.

(1) Lorvellec (L). *Droit rural*, éd. Masson, 1988.

(2) Aragon (L). “*Les yeux d'Elsa*”. Traducción libre.

(3) Nota de traducción. El acrónimo DEA se refiere al “*Diplôme d'études approfondies*”, que puede ser entendido como “Diploma de Estudios Avanzados”. Este programa de estudios se denomina actualmente, “Master 2 Recherche”.

Con ese ánimo resulta útil verificar hoy, el estado de las fronteras del Derecho Agrario y del Derecho Alimentario, lo que implica revisar el guión que Louis Lorvellec utilizaba para anunciar ese nuevo “Derecho Agro-Alimentario”. Precisamente, esas fronteras no deberían tardar en “moverse”, dadas las transformaciones profundas que, en el campo substancial, sufren el Derecho Agrario y el Derecho Alimentario.

I. LA METAMORFOSIS DEL DERECHO ALIMENTARIO

Alrededor del concepto de “seguridad alimentaria” se ha construido, poco a poco, el Derecho Alimentario Europeo. El objetivo de esta seguridad fue de orden cuantitativo antes de ser cualitativo. Primero se trató de asegurar el aprovisionamiento suficiente para alimentar a la población, lo que llamamos la autosuficiencia alimentaria, antes de garantizar la mayor seguridad sanitaria posible. En un primer momento de la construcción europea, nos enfocamos en la agricultura para satisfacer este objetivo de autosuficiencia. Por lo que los orígenes del Derecho Alimentario se ubican en el Derecho Agrario. Pero con el transcurso del tiempo, la seguridad alimentaria llegó a ser un imperativo sanitario, a medida que la industria ocupa un lugar cada vez más importante en nuestra alimentación. Es así como el Derecho Alimentario poco a poco se ha alejado de sus orígenes agrarios, para independizarse y fundirse en un conjunto “*agroalimentario*” epónimo, que da nombre a la industria respectiva. La industria se volvió “agroalimentaria”, sin que por ello la agricultura haya sido integrada y abandonándose, al mismo tiempo, la relación que les une.

A. Del Derecho Agrario al Derecho Alimentario

Desde una visión cuantitativa, la seguridad alimentaria supone a la vez, una seguridad sobre los aprovisionamientos y una autosuficiencia alimentaria. Este fue el primer objetivo de la Comunidad Europea, mediante la primera “Política Agrícola Común” (PAC), instaurada por el Tratado de Roma. Ello condujo al desarrollo de una agricultura productivista e intensiva, que aún no ha sido superada.

Desde una óptica cualitativa, la seguridad alimentaria depende a la vez de una política de salud pública y de una política de competencia. En efecto, era necesario evitar que, por una parte, la seguridad sanitaria se volviera un problema de competencia y que por otra parte,

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

el progreso económico pueda realizarse en detrimento de la salud de los consumidores. De ahí proviene un nuevo objetivo que concierne la seguridad de las producciones agrícolas, es decir, de los productos de la tierra, de la crianza y de la pesca, así como de los productos de primera transformación. Pero los temas sanitarios siguieron siendo de la competencia de las legislaciones nacionales. Se trataba solamente de hacer coincidir las políticas públicas. En relación con éstas, el derecho comunitario se construyó, entonces, a partir de directivas muy detalladas.⁽⁴⁾ El comercio comunitario de los alimentos había sido así, progresivamente analizado desde tres ángulos distintos: la seguridad de los alimentos (por ejemplo, con directivas relativas a la evaluación comunitaria de aditivos alimentarios), la información del consumidor (por ejemplo, con directivas relativas al etiquetado, la presentación y la publicidad de los alimentos) y la lealtad de las transacciones comerciales (por ejemplo, con directivas que regulan las categorías particulares de productos como las mermeladas, jaleas, jugos de frutas, etc.).

Pero la legislación alimentaria estuvo durante mucho tiempo fragmentada. Por esa razón, por su parte, la jurisprudencia dio un paso decisivo en la construcción de un Derecho Alimentario de alcance comunitario con la sentencia “Cassis de Dijon”,⁽⁵⁾ la cual sentó el principio de la equivalencia de las reglamentaciones alimentarias nacionales. En efecto, por medio de esta sentencia, cada legislación nacional ha adquirido un alcance comunitario, pues el respeto de una legislación determinada se consideró como suficiente para la admisión de un producto en los otros Estados de la Comunidad.

No obstante, esta concepción tenía dos inconvenientes mayores. En primer lugar, resultaba un Derecho Alimentario sin coherencia formal ni substancial. Ciertos temas estaban armonizados por las directivas, preservándose sin embargo, las diferencias originadas en la diversidad de las transposiciones. Otros, simplemente no estaban armonizados, por cuanto seguían siendo competencia de los Estados.

(4) En un primer momento, la armonización comunitaria en el sector sanitario comprendió las condiciones relativas a los intercambios de animales, de vegetales y de alimentos vegetales o animales. La primera directiva en el ámbito sanitario, establecida en 1964, fijaba las condiciones de autorización comunitaria de los mataderos de animales.

(5) TJCE 20 feb. 1979, N° 120/78.

Las legislaciones nacionales eran muy disímiles aún cuando ellas tenían un mismo “valor comunitario”. En segundo lugar, esta concepción que conducía a un Derecho Alimentario heterogéneo, originaba tantas distorsiones a la competencia intracomunitaria como diferencias habían entre las legislaciones nacionales. Esta situación jurídica contribuyó a entorpecer la libre circulación de mercancías, que era de hecho, uno de los principales objetivos del Tratado de Roma.

En 1985, la Comisión propuso un “nuevo planteamiento” a fin de suprimir estas trabas. La reorientación se tradujo en la adopción del Acta Única Europea de 1987 y en la construcción de un “mercado único”. Entre la firma del Acta Única en 1987 y su entrada en vigencia en 1993, la legislación comunitaria fue completada por una política de armonización de las condiciones de producción, de puesta en el mercado, de control y de importación de productos agrícolas. Por esta vía la salud pública, a la cual está ligada la protección de los consumidores, se convirtió indirectamente en un campo de intervención comunitaria. El Tratado de Maastricht que entró en vigencia el 1° de noviembre de 1993, lo consideró, incluyendo dos nuevos títulos en el Tratado Constitutivo, denominados respectivamente “Salud pública” (Título X) y “Protección de los consumidores” (Título XI).

Sin embargo, el nuevo planteamiento no resistió al anuncio del Gobierno británico, en marzo de 1996, sobre un eventual vínculo entre la Encefalopatía Espongiforme Bovina (EEB) y la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob. En efecto, esta crisis dio lugar a una profunda desconfianza de los consumidores europeos en relación con la seguridad y con la calidad de los alimentos, y una desconfianza aún mayor con relación a las instituciones europeas. Para restablecer la confianza en la construcción europea, ha sido necesario tomar un nuevo eje y reconfigurar de manera radical los modos de elaboración del Derecho Comunitario y posteriormente, dentro del nuevo marco, iniciar la construcción de un derecho renovado.

De ello resultó una nueva perspectiva que se concretizó en los ámbitos institucional y procesal. En el plano institucional, a partir de 1997, se produjo una profunda reorganización de la Comisión a fin de separar las funciones legislativas, científicas y de controles.⁽⁶⁾ En el

(6) Esto se tradujo en la transferencia de la función legislativa (preparación de las proposiciones de directivas, reglamentos y decisiones) de la Dirección de la Agricultura (DG VI) a aquella que se encarga de la

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

plano procesal, el Tratado de Amsterdam, que entró en vigor el 1º de mayo de 1999, extendió el procedimiento de codecisión,⁽⁷⁾ que se limitaba anteriormente a las medidas que tenían por objetivo la realización del mercado interior,⁽⁸⁾ a aquellas tomadas en los “ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública” (art. 152, §4-b). En este nuevo marco normativo, la Unión Europea procedió a una unificación legislativa del Derecho Alimentario, al conducirlo a una verdadera metamorfosis.

B. La autonomía del Derecho Alimentario

Posterior a un “Libro Verde” publicado en 1997, que fijó los límites y los objetivos de una profunda reforma de la legislación alimentaria, la Comisión publicó en enero del 2000, un “Libro Blanco” que precisa las orientaciones de esta refundición.

El desarrollo de esta nueva legislación comenzó con la adopción del “Reglamento (CE) N° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria”. Esta reforma, que entró en vigor en enero de 2005, renueva todo el dispositivo de regulación jurídica del sector económico de la alimentación. Ella concierne los ámbitos institucional, procesal y substancial. En el plano institucional, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA), encargada de la evaluación de los riesgos y de la experticia científica en el seno de la Unión Europea (Arts. 22 al 49). Esta autoridad debe “actuar como

Protección de los Consumidores y de la Salud Pública (DG XXIV). Ello se manifiesta también por la puesta en aplicación de organismos específicamente encargados de la evaluación científica de los riesgos, que prefigura la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria. Finalmente, esto que derivó en la creación de la Oficina Alimentaria y Veterinaria, encargada de controlar la buena aplicación de las reglas comunitarias en los ámbitos alimentario y veterinario.

- (7) Codecisión del Consejo de Ministros y del Parlamento Europeo. Anteriormente, las medidas eran adoptadas por el Consejo después de la simple consulta al Parlamento Europeo.
- (8) Por ejemplo, las medidas relativas a los aditivos y al etiquetado de alimentos.

órgano de referencia científico independiente en la evaluación del riesgo y ayudar a asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior⁽⁹⁾. En el ámbito procesal, el Reglamento N° 178/2002 creó un sistema de alerta rápida y organizó los procedimientos de gestión de crisis y de situaciones de emergencia (Arts. 50 al 57).⁽¹⁰⁾

Es, sin embargo, principalmente en el plano sustancial donde la metamorfosis es perceptible. Ello se manifiesta mediante tres efectos acumulados.

En primer lugar, la Unión Europea se dotó de un nuevo Derecho Alimentario completo, global, construido y unificado.⁽¹¹⁾ El nuevo derecho se construyó sobre una estructura piramidal. En la cima, encontramos al Reglamento N° 178/2002 que instituye su propia jerarquía de normas, sienta los principios generales (de manera explícita: el principio de precaución o cautela, el principio de consulta pública sobre la legislación alimentaria, el principio de información a los ciudadanos y a los consumidores sobre los riesgos, el principio de análisis de los riesgos y el principio de protección de los intereses de los consumidores), las obligaciones generales (relativas a las importaciones, a las exportaciones, a las normas internacionales) y los requisitos generales (sobre la seguridad de los alimentos, la seguridad de los piensos, la trazabilidad, la presentación de los productos alimenticios, la responsabilidad de los explotadores y la responsabilidad de los Estados). Bajo la cima, la Unión Europea ha desarrollado progresivamente un conjunto de reglamentos de aplicación.

(9) Considerando N° 34, Reglamento N° 178/2002 del 28 de enero 2002.

(10) El Reglamento creó igualmente un “Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de la Sanidad Animal”, encargado de asistir la Comisión, y organizar un procedimiento especial llamado de “comité” (art. 58-59). Igualmente creó un “procedimiento de mediación” “cuando un Estado miembro considera que una medida adoptada por otro Estado miembro en el ámbito de la seguridad alimentaria es incompatible con el presente Reglamento, o que es probable que esa medida afecte el funcionamiento del mercado interior” (art. 60).

(11) Ver nuestro artículo, «*Elements d'une introduction au Droit Agroalimentaire*» in, *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*. Paris: Ed. Dalloz, 2006, p. 91.

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

En segundo lugar, la Unión Europea abandona el método de armonización mediante directivas, en beneficio de reglamentos uniformes. Al lado del nuevo conjunto de reglamentos, una última directiva⁽¹²⁾ tuvo como objetivo la abrogación de las anteriores.

En tercer lugar –sin que ésta sea la menor innovación–, el nuevo Derecho Alimentario va a aplicarse a todos los alimentos, cualquiera que sea su origen: agricultura o industria. Es así como, después de haber salido del Derecho Agrario, ahora el Derecho Alimentario atrae a la agricultura, para conformar lo que comúnmente se denomina “Derecho Agroalimentario”. Por lo tanto, los agricultores se encuentran sometidos a las mismas reglas, con ciertas variantes, que se les aplican a los artesanos del sector agroalimentario, a los pequeños comerciantes de las ciudades, a las numerosas pequeñas y medianas empresas (PyMES) del sector agroalimentario o a los grandes grupos internacionales. Las consecuencias de todo esto sobre el contenido del Derecho Agrario son inevitables.

II. LAS REORIENTACIONES DEL DERECHO AGRARIO

Las primeras reorientaciones del Derecho Agrario son históricamente bastante fáciles de establecer si se quiere considerar que en su origen, en todo caso desde la Guerra, el Derecho Agrario ha sido en primer lugar, un derecho inmobiliario y especialmente un derecho de acceso a la tierra agrícola. Esta situación se manifiesta con el derecho del estatus del arrendamiento agrario, el derecho del control de las estructuras, el derecho de las SAFER,⁽¹³⁾ etc. Posteriormente con la adopción de las diversas leyes llamadas de “orientación agrícola” y de la construcción europea, una vez que los aspectos inmobiliarios fueron consolidados, se aseguró la promoción de ingresos del agricultor. Esta

(12) Directiva CE 2004/41 del 21 de abril 2004.

(13) Nota de traducción: Las iniciales corresponden a la denominación «*Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural*», (Sociedades de Ordenamiento Inmobiliario y de Establecimiento Rural). Este tipo de figura define las sociedades financiadas por fondos públicos, que pueden comprar las tierras con un derecho de prioridad, de revenderlas y de constituir arrendamientos a favor de los agricultores. Se encuentran reguladas por los artículos L141-1 y R 141-1 del *Code Rural*.

reorientación del Derecho Agrario hacia un derecho de ingresos se caracterizó por la llegada de la primera Política Agrícola Común y del derecho que acompañó el desarrollo de las subvenciones a la agricultura.

Actualmente, el Derecho Agrario se está convirtiendo –al menos en parte– en un derecho del mercado. Aquí nos encontramos, con el desafío de preservar la especificidad de la agricultura. Ello no significa el fin de las preocupaciones inmobiliarias en el seno del Derecho Agrario, ni el fin de la política de ingresos y de subvenciones. El Derecho Agrario está en curso de ampliación, lo que confronta a los agricultores a nuevos campos del Derecho. Sin duda, el modelo de nuestra agricultura familiar no va a desaparecer. Pero, después del desarrollo de la multifuncionalidad, el paisaje jurídico de la agricultura y del oficio de agricultor, que ha sufrido ya transformaciones, conocerá nuevas evoluciones radicales.

A. Lo que se ha realizado

En primer lugar, el Derecho Agrario, sin cuestionar la posibilidad de practicar una agricultura tradicional y familiar, acaba de ser dotado y enriquecido de conceptos y de los instrumentos jurídicos fundamentales del Derecho Comercial y de la economía de mercado. Se trata de aquellos que abren la vía a las adquisiciones y a las concentraciones de empresas, a la competencia, al desarrollo de las inversiones y del crédito, al desarrollo de los valores incorpóreos, al refuerzo de los signos de calidad. Esta primera reorientación conjuga el derecho nacional y el derecho comunitario. Lo anterior se traduce por la reforma de la Política Agrícola Común iniciada por el Acuerdo de Luxemburgo del 26 de junio de 2003. En derecho nacional, varios textos han enriquecido el Derecho Agrario de seguido y en aplicación de la Ley de Orientación Agrícola del 5 de enero de 2006. La reorientación del Derecho Agrario prefigura la ruptura que Louis Lorvellec predecía, entre una agricultura tradicional y ambiental, es decir, abierta sobre la protección del ambiente, irrigada por el objetivo del desarrollo sostenible, y una agricultura liberal, es decir, abierta a la competencia y al mercado. Desde 1988, decía:

“La orientación hacia una agricultura a dos velocidades parece inevitable. Por una parte, una agricultura productiva, trabajando según los

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

métodos más modernos, sin duda libre de escoger sus estructuras de producción, sus mercados y sus métodos de comercialización, poblará las zonas más rentables y será sometida a un derecho de empresa ordinario, sin beneficio de las ayudas públicas. Por otra parte, una agricultura asistida y subvencionada se desarrollará en las zonas naturales, a las que contribuirá a preservar mediante sus métodos no intensivos. Protegida, controlada, esta agricultura será al contrario, sometida a un derecho complejo que mezclará el dirigismo económico, el derecho social y el derecho del ambiente”.⁽¹⁴⁾

Es así como, siguiendo el modelo del Derecho Comercial, el nuevo Derecho Agrario originado en la Ley de Orientación Agrícola N° 2006-11 del 5 de enero de 2006, reconoce la explotación agrícola como una verdadera entidad jurídica bajo la forma del “fondo agrícola”, creado a la imagen del “fondo de comercio” (Art. L311-3, *Code Rural*). Además, siempre a la imagen de este último, la posibilidad de crear un fondo se acompaña de la posibilidad de conclusión de un arrendamiento agrario cesible fuera del contexto familiar (Art. L. 418- et s. del *Code Rural*). En efecto, la posibilidad de ceder el fondo supone que el agricultor puede transmitir también el acceso a la tierra sobre la cual se asienta su actividad. Ello requiere por lo tanto, que el arrendador no pueda oponerse al cambio de agricultor en la explotación y que el arrendamiento sea cesible. Al igual que en el Derecho Comercial, este arrendamiento cesible puede no ser renovado por el arrendador mediante el pago de una indemnización por evicción, y hace lícita la práctica de “*pas-de-porte*”⁽¹⁵⁻¹⁶⁾ que permite una mejor remuneración de las mejoras aportadas por el cedente. Igualmente, la Ley de Orientación

(14) Lorvellec (L). *Droit Rural*, éd. Masson, 1988, N° 9, p. 5. Traducción libre.

(15) Nota de traducción: El “*pas-de-porte*” es una suma exigida sea a título de indemnización compensatoria del derecho a la renovación de un arrendamiento comercial, sea en suplemento del alquiler, por el arrendatario en el momento de la conclusión del arrendamiento o por el arrendador que lo cede. CORNU, G. (Bajo la dirección de). *Vocabulaire Juridique*. Paris: PUF, Cuadriga, 8 éd. 2007, p. 664.

(16) Esta práctica es prohibida en el arrendamiento ordinario: art. L. 411-74, *Code Rural*.

Agrícola transpuso del Derecho Comercial al Derecho Agrario, la garantía de pignoración que va a abrir la vía del crédito para realizar inversiones en las explotaciones (Art. L. 311-3, *Code Rural*). Con el fondo agrícola, el arrendamiento cesible y la pignoración, se libera así el desarrollo y la capitalización de los valores corporales en agricultura, tal y como ha tenido lugar en el Derecho Comercial.

Es así como, en segundo lugar, la agricultura va a poder capitalizar los valores incorporeales: insignias, marcas, licencias, franquicias, concesiones, patentes, etc. La Ley de Orientación Agrícola da la posibilidad de afianzar en los fondos agrícolas tales valores incorporeales (Art. L. 311-3, *Code Rural*), como en materia comercial. Este movimiento se refuerza con la importante reforma de los signos de identificación de los productos agrícolas por la calidad o el origen (apelaciones de origen, indicaciones geográficas de procedencia, el *Label Rouge*...), que los poderes públicos han adoptado recientemente.⁽¹⁷⁾ Este movimiento está incluso “desmultiplicado”, por lo que llamamos la “disociación” de las ayudas agrícolas y que consiste en desligar las subvenciones atribuidas a los agricultores de las actividades productivas. Bajo la forma de “derechos de pago único”, estos valores incorporeales pueden ser cedidos o transmitidos, bajo regímenes distintos, con o sin la explotación, y con o sin la tierra, que es sin embargo, su soporte.⁽¹⁸⁾

Este movimiento se fundamenta en el principio de la “condicionalidad” de las ayudas, aplicado en la nueva Política Agrícola Común.⁽¹⁹⁾ En efecto, para ser beneficiario de las nuevas formas de subvención (“derechos de pago único”), los agricultores tendrán que respetar un cierto número de textos imperativos,⁽²⁰⁾ entre los cuales se

(17) Ver en particular, *Loi d'orientation agricole* N° 2006-11, del 5 de enero 2006 ; Ord. N° 2006/1547, del 7 de diciembre 2006; D. N° 2007/30, del 5 de enero 2007.

(18) Ver en particular, R. CE N° 1782/2003 Consejo del 29 de septiembre 2003.

(19) *Ibid.*

(20) La condicionalidad consiste, precisamente, en determinar los textos y las reglas que un agricultor debe de modo imperativo respetar e integrar en sus prácticas profesionales para recibir las subvenciones bajo la nueva forma de “derechos de pago único”. Ella concierne cuatro ámbitos:

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

encuentran los relativos a la legislación alimentaria (ver supra I). Es una de las razones por las cuales el Derecho de la Agricultura y el Derecho de la Alimentación se reúnen en el seno del Derecho Agroalimentario.

B. Lo que falta por hacer

Las evoluciones son ya considerables, sin embargo, aún no han concluido. Todavía falta negociar algunas reformas.

La primera consiste en la disminución y en la reorientación de las subvenciones agrícolas a partir del 2013. Los agricultores tienen hasta esa fecha para apropiarse de los nuevos medios jurídicos importados del Derecho Comercial. Es un cambio tan difícil de negociar que los agricultores no saben a ciencia cierta lo que resultará cuando finalicen la renegociación de la Política Agrícola Común, la Ronda de Doha y las negociaciones agrícolas de la Organización Mundial del Comercio.

La segunda concierne el desarrollo de las producciones agrícolas no alimentarias. El problema es sencillo de exponer, mas difícil de resolver. Cuando un agricultor cultiva uno de sus campos de maíz, ¿Cuál será la utilización de ese maíz? ¿Vamos a producir combustible o alimentos? Lo que está en juego es importante, en primer lugar, para determinar el derecho aplicable y sobre todo por los efectos en los precios. Resulta claro, por ejemplo, que una reorientación masiva de ciertos cereales hacia el sector de los combustibles podría implicar una disminución de los cereales destinados a la alimentación y consecuentemente, un aumento de los precios.

-
- El ámbito del ambiente, con el desafío de la conservación de las especies salvajes y sus hábitats, la protección de los suelos, de las aguas de superficie o subterráneas, la extensión de las arenas.
 - El ámbito de las buenas prácticas agrícolas y ambientales, que tienen como objetivo promover la puesta en aplicación de un mínimo de cobertura ambiental, la no quema de residuos de agricultura, el respeto de la diversidad de "la rotación de cultivos", el mantenimiento de las tierras en campos permanentes, el mantenimiento mínimo de las tierras, el control de las muestras de agua para irrigación de las grandes culturas.
 - El ámbito de la salud pública, de la sanidad de los animales y de la sanidad vegetal, dentro de la que se encuentra la nueva legislación alimentaria resultante del reglamento N° 178/2002 del 28 de enero 2002 (v. Supra, I-B).
 - El ámbito de las reglas relativas al "bienestar animal".

La tercera se refiere a los organismos genéticamente modificados (OGMs) ¿Cómo podemos afrontar la dificultad que tenemos con los OGMs? ¿Cómo conciliar la libertad de escogencia de los productores y de los consumidores, sin atentar contra el ambiente o contra la salud de las personas? No es cierto que una ley sea suficiente para calmar las pasiones, ni que la futura “Alta Autoridad” pueda justificar su apelación. Por una parte, cometemos el error de confundir dos asuntos muy diferentes en los planos científico, socioeconómico y jurídico: aquel de los aspectos ambientales de los OGMs (cultivos en campo abierto) y aquel de los aspectos sanitarios (presencia en los alimentos). Actuando así, los dos asuntos se obstruyen uno al otro en relación con las sospechas y con los riesgos, mientras que tanto las problemáticas como las vías previsibles de soluciones para uno u otro, son radicalmente diferentes. Por otra parte, nos equivocamos también, al pensar que los representantes de las organizaciones interesadas puedan ser considerados como expertos legítimos. En este sentido, es claro que el comité de preconfiguración de la Alta Autoridad, instaurado mediante decreto,⁽²¹⁾ no es, considerando su composición, nada independiente, no más de lo que era la Comisión de Ingeniería Biomolecular. Una institución sólo es independiente si cada uno de sus miembros puede justificar su independencia, en relación con la organización a la que pertenece y a su actividad profesional. La experticia es únicamente creíble cuando se trata de la obra de personas que son a la vez, competentes e independientes.

El cuarto consiste en la transposición, en el derecho francés, de la Directiva comunitaria N° 2004/35 del 21 de abril de 2004 sobre la responsabilidad ambiental. Se trata de hacer responsables a los explotadores de los daños ambientales que ocasionan. Dos responsabilidades diferentes son así previsibles. Una responsabilidad casi “automática” para los explotadores que ejercen actividades peligrosas y una responsabilidad fundada sobre la prueba de una falta cuando se trata de actividades consideradas no peligrosas. El asunto resulta importante para la agricultura, según se trate de actividades de la primera o de la segunda categoría.

(21) Decreto N° 2007/1710 del 5 de diciembre 2007 estableciendo un comité de prefiguración de una Alta Autoridad sobre los organismos genéticamente modificados.

COLLART DUTILLEUL: Las transformaciones del derecho agro-alimentario...

En realidad, estas profundas transformaciones presentes o futuras del Derecho Alimentario y del Derecho Agrario, muestran en qué aspectos su aplicación se completa y se conjuga para construir un Derecho sólidamente erguido sobre sus dos pies. Se refiere a un derecho especial de bienes específicos que, desde la tierra hasta el alimento, son mercancías que portan valores no mercantiles. Versa sobre un derecho económico que une dos sectores, el de la producción primaria y el de la industria y que, por esta razón, debería volver a ser el Derecho “Agro-alimentario” que Louis Lorvellec escribía decididamente con un “guión intercalado”.⁽²²⁾

(22) Nota de Traducción. El guión intercalado o *trait d'union* en francés, subraya el vínculo entre estos dos sectores.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (83-130) mayo-agosto 2010

LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL PERÚ (Con referencias del Derecho Comparado)

Dr. Daniel Echaiz Moreno^()*

(Recibido 02/07/09; aceptado 23/11/09)

(*) Abogado *summa cum laudae* por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Estudio Jurídico Echaiz. Catedrático en la Academia de la Magistratura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Autor de *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral* (Lima, 2001), *La empresa en el Derecho moderno* (Lima, 2002), *Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia* (Trujillo, 2005) y *Régimen Comercial Peruano* (Bogotá, 2006).

Web page: www.echaiz.com · E-mail: daniel@echaiz.com

Tel. (51-1)4370626

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

RESUMEN

Grupo de sociedades y empresas vinculadas no son conceptos sinónimos, en tanto este último deviene en más amplio que el primero. Las empresas pueden vincularse de muchas maneras, siendo una de ellas el grupo de sociedades.

Palabras claves: Contrato comercial, sociedades comerciales, acciones de empresas, socios, administradores de sociedades.

ABSTRACT

Business groups and related corporations are not equivalent concepts as the latter is more ample than the former. Companies can relate in many ways, being business groups on of them.

Key words: Business agreement, business groups, corporate shares, partners, corporate administrators.

SUMARIO

1. Estado de la cuestión
2. El control en los grupos de sociedades
3. El grupo de sociedades como una sociedad de hecho
4. El interés grupal vs. el interés de las sociedades filiales
5. La actuación de los administradores de la sociedad controlada
6. El socio minoritario ante la confusión de patrimonios
7. El derecho de separación para el socio minoritario de una sociedad integrante de un grupo de sociedades
8. La política unitaria en los grupos de sociedades circulares
9. La celebración y el contenido del contrato de dominación grupal
10. La asimilación del contrato de dominación grupal al convenio parasocietario
11. La legitimidad en un grupo de sociedades para adoptar una denominación o razón social igual o semejante
12. El canje de acciones cuando se ha pactado la prohibición temporal de transferir las acciones
13. Los actos *ultra vires* dentro del grupo de sociedades
14. La calificación legal de empresas vinculadas



1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 105 de la Ley General de Sociedades⁽¹⁾ (en adelante: LGS) estipula:

Artículo 105. Control indirecto de acciones.- *“Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho a voto ni se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del 50% de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones.”*

Este es el único artículo de las cerca de 500 normas contenidas en la LGS⁽²⁾ que se refiere específicamente a los grupos de sociedades,⁽³⁾ aunque incorrectamente utilice el título *control indirecto de acciones*;⁽⁴⁾ es, en realidad, la única propuesta que sobrevivió, luego del debate en la *Comisión Redactora del Anteproyecto de la LGS*, a las 22 que se presentaron. Nos preguntamos, entonces, si esta situación legislativa es suficiente. Los grupos de sociedades constituyen un tema inagotable porque aquí la realidad supera largamente la normatividad; son una latente manifestación empresarial que el Derecho no puede negar ni expresa ni tácitamente. Como diagnóstico inicial, afirmamos que, en el Perú, se aprecian tres cuestiones sobre el particular: primera, que no existe una regulación jurídica integral, a pesar que desde el año 2000 la proponemos;⁽⁵⁾ segunda, que la LGS resulta demasiado escueta y,

(1) Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

(2) Consideramos su estructura original de 448 artículos, 8 disposiciones finales y 11 disposiciones transitorias, a la que deben sumarse 10 artículos y una disposición final incorporados posteriormente, lo que significan 478 normas en la LGS.

(3) Existen dos artículos adicionales de la LGS (no específicos) que luego revisaremos: el 139 y el 179 concernientes al interés social y a las empresas vinculadas, respectivamente.

(4) Sin embargo, la discusión no reposa en el título, sino en su contenido porque, de acuerdo a la primera disposición final de la propia LGS: *“Los títulos de los artículos de esta ley son meramente indicativos, por lo que no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal.”*

(5) Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. *“Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral”*. En: Gaceta Jurídica. Lima,

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

además, errada cuando se refiere a lo que denomina *control indirecto de acciones*; y, tercera, que tanto la SBS⁽⁶⁾ como la CONASEV⁽⁷⁾ cuentan con una importante normatividad, pero ésta es, en uno y otro caso y por su propia naturaleza, sectorial, en tanto se restringe a los ámbitos financiero y bursátil, respectivamente.

Por lo anterior, encontramos varios temas controvertidos en torno a los cuales seguidamente nos pronunciaremos. Así, empezaremos por definir el control a partir de la reglamentación de la SBS y la CONASEV y nos preguntaremos si el grupo de sociedades puede equipararse a la sociedad de hecho. Luego abordaremos el interés grupal para contrastarlo con el interés de las sociedades filiales, pronunciándonos respecto a si los administradores de estas últimas siempre deberán acatar las decisiones de la sociedad controlante. Otras cuestiones a considerar serán el rol del socio minoritario ante la confusión de patrimonios y si podría pactarse estatutariamente a su favor derecho de separación cuando la sociedad en la cual es socio forma parte de un grupo de sociedades. Analizaremos también los grupos de sociedades circulares respecto a la controversia de quién establece en ellos la política unitaria. Como no podemos dejar de lado el aspecto contractual nos pronunciaremos en torno al contrato de dominación grupal respecto a su celebración y contenido, así como su posible asimilación a la figura del convenio parasocietario. Y concluiremos con cuatro cuestiones de relevancia práctica: la legitimidad en un grupo de sociedades para adoptar una denominación o razón social igual o semejante, el canje de acciones cuando se ha pactado la prohibición temporal de transferir las acciones, los actos *ultra vires* dentro del grupo de sociedades y la calificación legal de empresas vinculadas.

Editorial Gaceta Jurídica, septiembre del 2000, Tomo 82-B, ps. 33 a 42. Del mismo autor: "*Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas*". En: Revista Normas Legales. Trujillo, Editora Normas Legales, octubre del 2000, Tomo 293, ps. B-13 a B-26.

- (6) Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- (7) Comisión Nacional Supervisor de Empresas y Valores.

2. EL CONTROL EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El control es uno de los elementos tipificantes o una de las características estructurales del grupo de sociedades, puesto que aquél supone la implantación de una política unitaria o, cuando menos, externa en las sociedades filiales. Siendo ello así resulta indispensable definirlo, pero la LGS guarda silencio,⁽⁸⁾ por lo que es menester recurrir entonces a la legislación sectorial (financiera y bursátil), de aplicación supletoria.

En el escenario financiero, el artículo 9 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁽⁹⁾ establece:

Artículo 9. Control. - *“Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.*

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aún cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.” (El resaltado es nuestro). En similar sentido, aunque en el terreno bursátil, el artículo 6 del Reglamento sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos:⁽¹⁰⁾

(8) La LGS regula el control sólo en los grupos de sociedades circulares que, equivocadamente, denomina *control indirecto de acciones* y cuyo análisis reservamos para más adelante.

(9) Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, Resolución SBS N° 445-2000.

(10) Reglamento sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, Resolución CONASEV N° 090-2005-EF/94.10.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Artículo 6. Definición de control.- *“Para efectos del presente reglamento, se considera control la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica.*

Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos:

- a) Cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, acuerdos con otros accionistas o cualquier otro acto jurídico, se pueden ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, salvo que en la misma persona jurídica un tercero se encuentre en la situación prevista en el inciso b) siguiente.*
- b) Cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, pueden designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio.” (El resaltado es nuestro).*

Tanto la reglamentación de la SBS como de la CONASEV recogen los principales mecanismos de control que hoy en día existen: el accionario (tenencia de acciones), el administrativo (administradores comunes) y el contractual (contratos que subordinen). Todos ellos pueden presentarse de manera directa o indirecta, siendo esta última de naturaleza escalonada o mediante interpósita persona. El mecanismo más difundido, aunque no el único como ya señalamos, es el accionario, pero lejos estamos cada vez más de las participaciones exorbitantes y abrumadoras del socio controlante, por lo menos respecto a la *holding*, sino que porcentajes aparentemente reducidos permiten hoy el control de grandes empresas: cuanto más grande sea la sociedad, la tendencia es que menor sea la participación del socio controlador.

Es menester aludir al artículo 7 del mencionado Reglamento sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos que conceptualiza al grupo económico a partir de la noción del control en los siguientes términos:

Artículo 7. Definición de grupo económico.- *“Grupo económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.*

Por excepción se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30% de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50% de los miembros del directorio.” (El resaltado es nuestro).

Considerando lo anterior imaginemos un grupo conformado por tres sociedades (A, B y C) donde cada una de ellas tiene dos socios que, para mayor facilidad de la exposición, son los mismos en cada caso (la persona natural X y la persona jurídica Z) y participan en la misma proporción (40% para X y 60% para Z). Así, de acuerdo al texto normativo transcrito, parecería que el socio controlador en este grupo de sociedades fuese la persona natural X, aún cuando sólo ostenta el 40% frente al 60% de su socio, lo cual carecería de sentido lógico; sin embargo, ello no es así porque, respecto a la persona jurídica Z, habrá que identificar a sus socios y determinar quién ejerce el control, pudiendo recaer tal calificación en una persona natural (como Joaquín Ormeño en el *Grupo Ormeño*), en un conjunto de personas naturales (por ejemplo: la familia Wong en el *Grupo Wong*) o en una persona jurídica (tal como sucede con la *holding Credicorp* en el *Grupo Credicorp*).

3. EL GRUPO DE SOCIEDADES COMO UNA SOCIEDAD DE HECHO

Nuestro Derecho positivo legisla a la *sociedad de hecho* dentro de la categoría de *sociedad irregular*, lo que puede apreciarse en el artículo 423 *ab-initio* de la LGS cuando sostiene:

Artículo 423. Causales de irregularidad.- “Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito.”

Para empezar anotamos que, como resulta obvio, no habría ningún inconveniente para que una sociedad de hecho integre un grupo de sociedades. Al ser de hecho y no de derecho debe soportar los efectos de la irregularidad, previstos en el artículo 424 de la LGS: responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad, bien sea como socios, directores, gerentes, administradores, representantes, etc.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Empero el tema de mayor interés es otro: si el mismo grupo de sociedades podría ser visto como una sociedad de hecho. Esto merece abordarse con cautela. Por ejemplo: si el grupo de sociedades, que no es persona jurídica, celebra un contrato, entonces habría quien pueda argumentar que se trata no de un grupo integrado por varias sociedades, sino de una sociedad de hecho cuyos socios son esas sociedades supuestamente filiales. De ser así, los socios (en el ejemplo: personas jurídicas) asumirían una responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, consiguiéndose así de modo indirecto lo que hoy es imposible de manera directa, a tenor del artículo 1183 del Código Civil:⁽¹¹⁾ imputar responsabilidad solidaria a las sociedades integrantes de un grupo, a menos que lo establezca la ley (*responsabilidad solidaria legal*) o el contrato (*responsabilidad solidaria contractual*).⁽¹²⁾

Precisamente ese es el sustento (muchas veces, tácito) para quienes, a partir del *principio de primacía de la realidad* (aprehendido del Derecho Laboral por los comercialistas), establecen la siempre cuestionada responsabilidad solidaria en los grupos de sociedades. Citamos una reciente jurisprudencia chilena, expedida por la Cuarta Sala de la Corte Suprema con fecha 28 de septiembre del 2005, que bien grafica esta situación:

*“En la especie, conforme a los hechos asentados en la causa, **ha de hacerse primar no sólo el espíritu de la ley, sino también el principio de la realidad...** para reconocer aquello que son y no lo que las partes han querido que sean.”*⁽¹³⁾ (El resaltado es nuestro).

No obstante, ahí no termina la discusión. La práctica demuestra que, usualmente, se procura *extender* la responsabilidad, amparándose en todo tipo de cuestiones fácticas. Recordemos los análisis que hace algún tiempo realizamos sobre dos jurisprudencias: una, argentina, emitida por la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial de fecha 29 de marzo del 2000, en torno al domicilio y al objeto; y, otra, peruana,

(11) Código Civil, Decreto Legislativo N° 295.

(12) Artículo 1183. Presunción negativa de solidaridad. *“La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.”*

(13) En: Revista de Derecho de la Empresa. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, octubre-diciembre 2005, N° 4, p. 205.

expedida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao de fecha 3 de diciembre del 2001, concerniente a un contrato de suministro.

El caso argentino:

“La actora en la causa judicial sub-examine ampara su pretensión en el hecho que las empresas Salud Oeste S.A. y A.S. Salud S.A. comparten el mismo domicilio social y, además, tienen igual objeto social. Sin embargo, dicha circunstancia no resulta siendo privativa de las empresas pertenecientes a un grupo empresarial, aún cuando constituyen indicios que deben tomarse en consideración. Al respecto, nos preguntamos: ¿acaso dos jóvenes abogados recién egresados de las aulas universitarias no podrían constituir cada cual su Estudio Jurídico y compartir un mismo local?, ¿el domicilio de ambas empresas no sería el mismo? y ¿en los dos casos el objeto social no sería la asesoría y la defensa legal?; sin embargo, no estamos ante dos empresas entre las cuales exista una vinculación empresarial subordinada, sino ante dos empresas totalmente independientes.”⁽¹⁴⁾

Y el caso peruano:

“En octubre de 1997, Canales Contratistas Generales Asociados celebró un contrato de obra con Tele 2000 para el repintado de 1,800 cabinas telefónicas, las cuales fueron suministradas a esta última por la empresa Coldex, siendo el precio pactado de US\$ 110 por cada cabina repintada.

Durante la realización del referido trabajo, Canales Contratistas Generales Asociados empleó nuevas planchas y más material, por lo que el costo de cada cabina repintada ascendió a US\$ 180. Es así que interpone demanda de obligación de dar suma de dinero contra Coldex para que se le cancele la suma de US\$ 123,900 correspondiente a la diferencia de cotizaciones.

(...).

(14) Echaiz Moreno, Daniel. *“Allanamiento de la personalidad jurídica y vinculación empresarial subordinada”*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, febrero del 2001, Año 7, N° 29, p. 97.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

En el caso sub-examine donde intervienen como actores, por un lado, Canales Contratistas Generales Asociados y, por otro lado, Tele 2000 y Coldex no se aprecia una situación de vinculación económica porque estas dos últimas empresas no conforman un grupo empresarial, ni tienen una relación matriz-sucursal, ni se han fusionado vía un proceso de reorganización societaria, ni han celebrado entre ellas contratos de colaboración empresarial. Por ende, no puede pretenderse extender los alcances del contrato que Tele 2000 celebró con Canales Contratistas Generales Asociados hacia Coldex; sólo la primera es la responsable frente al contratista y la única que debe responder por la supuesta deuda impaga.”⁽¹⁵⁾

En conclusión, hay que analizar caso por caso. No puede imputarse responsabilidad solidaria cuando ella no deriva de la ley o del contrato como tampoco puede afirmarse tan ligeramente que existe una sociedad de hecho cuando quizás estemos ante un grupo de sociedades.

4. EL INTERÉS GRUPAL VS. EL INTERÉS DE LAS SOCIEDADES FILIALES

El interés social es una institución tan tradicional y recurrente como abstracta, que así lo reconoce la doctrina. Sobre el particular, Carmen Galán López manifiesta:

“La cuestión de la definición del interés social es uno de los temas más debatidos en la doctrina que apunta la dificultad de precisar lo que no es sino un concepto jurídico indeterminado. Por ello las diversas construcciones se suceden desde planteamientos más clásicos constructivos hasta planteamientos más modernos que buscan la respuesta a partir de los datos de la concreta aplicación a la realidad social planteada.”⁽¹⁶⁾ (El resaltado es nuestro).

(15) Echaiz Moreno, Daniel. *“La responsabilidad derivada de las relaciones contractuales entre empresas”*. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Trujillo, Editora Normas Legales, agosto del 2003, Año 5, N° 30, ps. XLIV, XLVIII y XLIX.

(16) Galán López, Carmen. *“El aumento del capital por compensación de créditos”*. En: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena. Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Editorial Civitas, 1991, p. 459, nota 45.

Y Luis Velasco San Pedro explica las dos tendencias imperantes en torno al interés social:

“Algunos identifican el interés social con el interés común a todos los socios, mientras que otros lo identifican con el interés de la empresa, en donde concurren no sólo los intereses de los socios sino también el de otros sujetos, como el de los trabajadores.”⁽¹⁷⁾

Si ya es confuso el contenido del interés social, más complicado resulta aún su relación con el interés grupal (que también exige definirse) y que usualmente se torna conflictiva porque la satisfacción de este último (aspiración natural en el grupo de sociedades) implica sacrificar en no pocas ocasiones el interés de alguna o algunas sociedades filiales. Por cierto, es menester indicar que *filial* y *subsidiaria* son expresiones sinónimas, aunque ciertas legislaciones establezcan diferencias entre ellas, tal como sucede con el Código de Comercio de Colombia⁽¹⁸⁾ cuando prescribe:

Artículo 260. Subordinación.- *“Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de una u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”* (El resaltado es nuestro).

Volviendo al conflicto expuesto, hay autores que defienden el denominado *principio de comunicación de responsabilidad*, en virtud del cual se establece la responsabilidad solidaria por el abuso del poder de control que perjudica el interés social de las filiales, aún cuando se satisfaga el interés grupal. Ello puede ser adecuado desde que, parafraseando el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, la ley ampara el uso del derecho, pero no su abuso. Sin embargo, imputar responsabilidad solidaria es hoy en día el *deber ser* en los grupos de sociedades, más no el *ser* porque el ya citado artículo 1183 del propio

(17) Velasco San Pedro, Luis. *“El derecho de suscripción preferente”*. En: Derecho de Sociedades Anónimas. Madrid, Editorial Civitas, 1994, Tomo III, Volumen 1 - Modificación de Estatutos, Aumento y Reducción de Capital, Obligaciones, p. 559.

(18) Código de Comercio, Decreto N° 410.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Código Civil la restringe a una existencia expresa (legal o contractual) y no tácita. Por estas consideraciones no compartimos la opinión de Henry Carhuatocto Sandoval cuando señala:

*“Así, un grupo de empresas puede responder a una voluntad maestra que les dará cohesión y unidad, situación que puede traer prosperidad y bienestar a los miembros del grupo; sin embargo, **cuando producto del deficiente o mal uso de esta facultad de control se perjudica gravemente el interés social de un miembro, el controlante debe responder en forma solidaria por estos actos ante terceros, la sociedad controlada y los socios perjudicados.**”*⁽¹⁹⁾ (El resaltado es nuestro).

Nos preguntamos si podría adoptarse un acuerdo que satisfaga el interés grupal, pero que perjudique el interés de alguna o algunas sociedades filiales; este último es el interés social. Tal inquietud encuentra respuesta actualmente en el artículo 139 de la LGS donde se lee:

Artículo 139. Acuerdos impugnables.- “Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.” (El resaltado es nuestro).

(19) Carhuatocto Sandoval, Henry. *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*. Lima, Jurista Editores, 2005, p. 168.

Entonces, según la norma trascrita, si se adoptase un acuerdo que lesiona el interés social sería impugnabile, independientemente de que satisfaga o no el interés grupal. Discrepamos de esa previsión legal, la cual no es más que un rechazo subrepticio a la figura de los grupos de sociedades porque éstos existen precisamente *para crecer como grupo* y, por consiguiente, el interés colectivo debe prevalecer sobre los intereses individuales; si esto no se permite, como ocurre ahora, cualquier acuerdo adoptado en el seno de un grupo de sociedades estaría expuesto a su cuestionamiento vía impugnación. En ese orden de ideas, ya en el año 2000 propusimos, en nuestro *Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas*,⁽²⁰⁾ modificar el artículo 139 de la LGS para que su texto sea como sigue:

Artículo 139. Acuerdos impugnables.- *“Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.*

*No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. **Tampoco procede la impugnación cuando la sociedad pertenece a un grupo de empresas constituido conforme a la ley de la materia y el acuerdo persigue la satisfacción del interés grupal.***

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

(20) El mencionado anteproyecto legislativo integró, como anexo, la tesis que elaboramos para optar el título de abogado en la Universidad de Lima. Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. *Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Empresarial peruano (bases para una legislación integral)*. Lima, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, julio del 2000.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.⁽²¹⁾ (El resaltado es nuestro).

Este aporte fue tomado en cuenta por la *Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas*, que trabajó por mandato legal⁽²²⁾ entre enero y octubre del año 2000, siendo una de sus propuestas añadir la siguiente norma a la LGS:

Artículo 450. Preferencia de los intereses del grupo.- *“El interés de la sociedad que es parte de un contrato de grupo queda subordinado al interés del grupo y los órganos de dicha sociedad, así como sus integrantes sujetan su actuación al interés de éste.*

En las sociedades parte de un contrato de grupo:

- a) *Las referencias contenidas en los artículos 133 y 180 al interés social se entienden hechas al interés del grupo.*
- b) ***No procede la impugnación de acuerdos que prefieran el interés del grupo al interés de la sociedad.***⁽²³⁾ (El resaltado es nuestro).

Ninguno de estos anteproyectos legislativos ha recibido finalmente sanción legislativa, por lo que el tema sigue pendiente, pudiendo presentarse nuevas controversias como el *caso Romero-Raffo*⁽²⁴⁾ que, aunque se produjo con la legislación societaria actualmente derogada, aún resulta ilustrativo para el asunto examinado.

(21) Echaiz Moreno, Daniel. “*Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas*”. En: *Revista Normas Legales*. Trujillo, Editora Normas Legales, octubre del 2000, Tomo 293, ps. B-24 y B-25. Del mismo autor: *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2001, p. 157.

(22) Resolución Ministerial N° 001-2000-JUS.

(23) *Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas* presentado ante el Ministerio de Justicia con fecha 10 de octubre del 2000.

(24) Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. *Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Trujillo, Fórum Casa Editorial, 2005, ps. 45 a 54.

Sucede pues que *Fábrica de Tejidos San Cristóbal* y *Consortio Peruano de Confecciones* (pertenecientes originalmente al *Grupo Raffo*) atravesaban una difícil situación económica. En ese sentido, *Inversiones Shapaja* (empresa integrante del *Grupo Romero-Raffo*, dedicada exclusivamente al negocio inmobiliario) se constituyó como fiadora solidaria ante los diversos acreedores de aquellas, procediendo a constituir hipotecas sobre varios inmuebles de su propiedad, con lo cual los afectó al pago de diferentes obligaciones.

Ante el inicio de una serie de acciones legales que tenían como propósito rematar las garantías otorgadas por *Inversiones Shapaja* y con la finalidad de evitar que los inmuebles afectados fueran vendidos a precios inferiores a su valor de mercado, la inmobiliaria dispuso entregar algunos de sus bienes como dación en pago, honrando así sus obligaciones ante los acreedores garantizados por ella.

En ese contexto, Carlos Raffo Dasso, accionista minoritario de *Inversiones Shapaja* y otros socios de ésta, impugnaron judicialmente la adjudicación en pago efectuada por aquella, alegando —entre otras cuestiones— que la junta general extraordinaria de accionistas ha decidido ilegalmente disponer de los activos de la sociedad, sin ningún beneficio evidente para ésta y con el solo ánimo de pagar deudas de terceras empresas, afectando gravemente el patrimonio social. La inmobiliaria contestó la demanda señalando que no puede hacerse referencia a empresas beneficiadas por el acuerdo de dación en pago cuando se está frente al cumplimiento de obligaciones, las mismas que, en última instancia, han favorecido a todo el *Grupo Romero-Raffo*.

Otra vez, entonces, la tensión entre el interés grupal y el interés social de las filiales. Para superar la referida situación conflictiva, Jorge Silvio Sicoli comenta que hoy:

“... se ha dejado de lado el esquema de «intereses contrapuestos» para sustituirlo por el de «intereses convergentes».”⁽²⁵⁾

Es una aspiración que lamentablemente todavía no es una realidad. Se cumplirá cuando se entiendan las ventajas de los grupos de sociedades, donde ciertamente no deben existir intereses contrapuestos sino intereses convergentes; todo ello, a partir de la comprensión de la

(25) Silvio Sicoli, Jorge. “*Alianzas entre empresas*”. En: Código de Comercio y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, Tomo I, p. 915.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

teoría de los grupos de interés (que convoca a los inversionistas mayoritarios y minoritarios, los trabajadores, los acreedores, los consumidores y usuarios, el Estado y la comunidad) dentro del contexto de aplicación de prácticas de *corporate governance*.

5. LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD CONTROLADA

Francesco Galgano explica este asunto así:

“La experiencia concreta demuestra variedades de situaciones: en un extremo se encuentran los administradores de las sociedades controladas dispuestos a ejecutar las directrices de los administradores de la holding y en otro extremo están aquellos rebeldes hacia cualquier directriz de sus superiores.”⁽²⁶⁾

De ahí que nos preguntábamos al inicio del presente informe si los administradores de una sociedad controlada siempre deberán acatar las decisiones de la sociedad controlante. El tratamiento legislativo a nivel internacional es disímil, lo que apreciaremos, a manera de ejemplo, en Italia y Colombia.

El Código Civil italiano dispone en su artículo 2479:

Artículo 2479.- *“Las decisiones de las sociedades dominadas e influenciadas por la actividad de direccionamiento y coordinación deben ser analíticamente sustentadas y contener indicaciones puntuales acerca de los motivos y los intereses que acompañan la valoración para la elección de la decisión.”*

Lo anterior, entonces, no obliga a que los administradores de la sociedad controlada deban acatar *ciegamente* las decisiones de la sociedad controlante; muy por el contrario, exige que sus decisiones sean fundamentadas de modo minucioso, en uno u otro sentido, es decir tanto si siguen las disposiciones de la matriz como si no lo hacen. Comentando la legislación italiana, el citado Francesco Galgano dice:

(26) Galgano, Francesco. *“Los grupos societarios”*. En: Foro de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Legis, octubre-diciembre 2003, N° 1, p. 20.

“La asamblea no puede imponer el deber de cumplir determinados actos de gestión; únicamente puede adoptar las deliberaciones específicas de su competencia (artículos 2364 a 2395), sin obstaculizar la administración de la sociedad que el nuevo artículo 2380 bis identifica como materia de «exclusiva responsabilidad» de los administradores.”⁽²⁷⁾ (El resaltado es nuestro).

En Colombia, la normatividad de la materia diferencia entre los grupos de sociedades registrados de los no registrados, por lo que Juan Antonio Gaviria Gil explica:

“Si se trata de grupos de hecho, los administradores de una sociedad controlada determinada no pueden aceptar los lineamientos que dicta la controlante y que son perjudiciales para aquella, al no existir poder formal, con fundamento legal, para imponer las directrices vinculantes a las sociedades controladas.

... cuando existe una situación de control o de grupo empresarial inscrita en el Registro Mercantil se puede cambiar la forma de aplicar la regla anterior si, al existir unidad de propósito y dirección, se permite que la controlada tome decisiones que la pueden perjudicar o que sean benéficas para el grupo. En otras palabras, el perjuicio causado al patrimonio de la controlada es irresarcible (sic) al no generar responsabilidad, en caso de que exista compensación en razón de las ventajas de pertenecer al grupo económico. Esta responsabilidad sólo se generará cuando no se observen los límites establecidos al poder de dirección.”⁽²⁸⁾ (El resaltado es nuestro).

Ahora bien, como en el Perú el tema de los grupos de sociedades no está legislado, sólo cabría aplicar la LGS para cada sociedad, bien sea controlante o controlada. Siendo ello así, los administradores de la sociedad controlada no siempre deberán acatar las decisiones de la sociedad controlante, puesto que lo fundamental es que su actuación cautele el interés social, lo que se desprende *contrario sensu* del artículo 180 de la LGS aplicables a los administradores que tengan la condición de directores:

(27) Galgano, Francesco. “Los grupos societarios”, obra citada, p. 17.

(28) Gaviria Gil, Juan Antonio. “Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI”. En: Foro de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Legis, octubre-diciembre 2005, N° 9, p. 106.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Artículo 180. Conflicto de intereses.- “*Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.*”

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director.” (El resaltado es nuestro).

Y para los administradores que se desempeñen como gerentes la regulación es similar, según informa el artículo 191 de la LGS:

Artículo 191. Responsabilidad solidaria con los directores.- “*El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de estos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general.*”

Hasta aquí lo que tenemos, en pocas palabras, es que los administradores de la sociedad controlada deben cautelar el interés social de ésta. Pero la situación se torna complicada cuando el acuerdo que viola el interés social de la filial ha sido adoptado por la junta de socios, integrada quizás por socios comunes a las demás sociedades del grupo. Y la complejidad radica en que los administradores tienen la obligación de ejecutar los acuerdos de la junta de socios, de acuerdo a lo que se desprende de la regla contenida en el artículo 177 de la LGS:

Artículo 177. Responsabilidad.- “*Los directores responden ilimitadamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.*”

Es responsabilidad del directorio el incumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general." (El resaltado es nuestro).

Enrique Elías Laroza comenta la norma transcrita así:

*"Es importante, en nuestra opinión, que la LGS haya señalado expresamente esta causal de responsabilidad. Es propio de la función de los directores la ejecución y cumplimiento de los acuerdos del órgano jerárquicamente superior, o sea la junta. **Cualquier daño o perjuicio que se cause a la sociedad, a los accionistas o a terceros por tal incumplimiento origina responsabilidad del directorio.**"*⁽²⁹⁾ (El resaltado es nuestro).

En efecto, atendiendo al texto de la LGS y al comentario sobre el particular realizado por Enrique Elías Laroza, el directorio es responsable si no cumple con ejecutar el acuerdo de la junta de socios y ese incumplimiento causa daño o perjuicio a la sociedad, a los socios o a los terceros. Sin embargo, eso no responde a la interrogante de qué sucede cuando el directorio no cumple con ejecutar el acuerdo de la junta de socios porque la ejecución de este acuerdo causaría daño o perjuicio a la sociedad, a los socios o a los terceros, por ejemplo al satisfacer el interés grupal en perjuicio del interés social de la filial. Apréciase que el daño o perjuicio no lo causa el directorio, sino más bien lo evita con el incumplimiento de su obligación. La legislación peruana no alcanza a este caso y creemos que, a tenor del citado artículo 180 de la LGS, la actuación de los administradores está constreñida a la satisfacción del interés social, lamentablemente ello ante la carencia de un reconocimiento legal de los grupos de sociedades en el Perú.

6. EL SOCIO MINORITARIO ANTE LA CONFUSIÓN DE PATRIMONIOS

Pinkas Flint Blanck sostiene:

"Existe una diferencia cualitativa entre los grupos de poder económico y los grupos de interés. Los grupos de poder económico se definen en relación a su poder en la estructura económica de la sociedad mientras que

(29) Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo, Editora Normas Legales, 2001, p. 372.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

los grupos de interés se definen en relación a la defensa de múltiples y variados intereses que se originan en la sociedad civil y se dirigen al Estado utilizando diversos canales, sean éstos abiertos, cerrados, institucionales, no institucionales, formales, informales, públicos o privados.⁽³⁰⁾

Y es que con el devenir del tiempo, la *teoría de los grupos de interés* se ha desarrollado hasta comprender, efectivamente, múltiples y variados intereses, como ya los habíamos mencionado, desde los inversionistas tanto mayoritarios como minoritarios hasta los consumidores y usuarios, pasando por los trabajadores, los acreedores, el Estado y la comunidad. Cada uno de estos grupos tiene su propio interés, por lo que conviven diversos intereses como el control (inversionistas mayoritarios), la rentabilidad (inversionistas minoritarios), el trabajo (los trabajadores), el crédito (los acreedores), la recaudación fiscal (el Estado) y el ecosistema (la comunidad), entre otros.

De todos los grupos de interés abordemos ahora al inversionista o socio minoritario, cuya presencia es cada vez más importante dentro del escenario empresarial porque la suma de sus aportes –aparentemente reducidos– permite *levantar* grandes capitales. Éste se interesa fundamentalmente por la rentabilidad de su inversión, más que por el control empresarial ya que sabe que, precisamente por su participación minoritaria, no ostenta ni ostentará tal control.⁽³¹⁾ Uno de los problemas que afronta el socio minoritario es la *confusión de patrimonios* que Henry Carhuatocto Sandoval define en los siguientes términos:

“Se produce cuando el interés social es subyugado al interés personal. En estos casos el patrimonio de la persona jurídica es utilizado para fines personales, extrasociales o en interés del grupo de sociedades. Es así como se provoca una «confusión» aparente de patrimonios, pues aunque la titularidad formal de los bienes puede estar claramente establecida, en la realidad «quien hace y deshace» como si fuera el verdadero propietario es un sujeto distinto a su titular.”⁽³²⁾

(30) Flint Blanck, Pinkas. *Grupos de Poder y Derecho en el Perú. El caso de las industrias harineras y oleaginosas*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, ps. 63 y 64.

(31) Esta situación quizás cambie si es que aumenta su cuota en el capital social o, aún manteniéndose como socio minoritario, si celebra con éxito un convenio parasocietario.

(32) Carhuatocto Sandoval, Henry. *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, obra citada, p. 150.

Y más adelante, específicamente en torno a los grupos de sociedades, añade:

“Los controlantes internos o externos tienen el poder de utilizar los bienes de la sociedad como si fueran propios o en su caso del grupo de sociedades. De esta manera se puede usufructuar de los bienes sociales en perjuicio de la sociedad comercial.”⁽³³⁾

Pues actualmente el asunto es complejo puesto que, al carecerse de un reconocimiento legal de los grupos de sociedades, no se cuenta con los mecanismos adecuados a efectos de superar el problema planteado; en tal sentido, un socio minoritario estaría expuesto a la confusión de patrimonios sin poder alegar la responsabilidad solidaria de algunas o todas las sociedades filiales o de éstas con la matriz, en virtud de lo estipulado en el artículo 1183 del Código Civil. Ni siquiera tendría la posibilidad de conocer la situación patrimonial del grupo en aplicación del *principio de reserva de la contabilidad* porque, en el Perú, no existe la obligación general de preparar ni presentar estados financieros consolidados.⁽³⁴⁾ Para superar este *impasse* suele proponerse que, ante la confusión de patrimonios en perjuicio del socio minoritario, debería imputarse la responsabilidad solidaria vía la aplicación de la *teoría del allanamiento de la personalidad jurídica* que, en buena cuenta, *comercializa el principio laboral de primacía de la realidad*, haciendo caso omiso a las previsiones legales que exigen el carácter expreso de dicha solidaridad; así, una jurisprudencia española de fecha 16 de julio de 1987 en el comentario de Henry Carhuatocto Sandoval:

“Se concluye estableciendo que quien gestiona la persona jurídica subordinada no puede ser considerado como un tercero ajeno a las relaciones jurídicas entabladas por aquella cuando se puede producir

(33) Carhuatocto Sandoval, Henry. *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, obra citada, p. 151.

(34) El artículo 223 de la LGS regula la preparación y la presentación de los estados financieros a nivel de cada sociedad, pero no en un grupo de sociedades. Los estados financieros consolidados sólo se exigen de modo excepcional en los ámbitos financiero y bursátil ante la SBS y la CONASEV, respectivamente. Contablemente existe la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) N° 27 denominada *Estados financieros consolidados y contabilización de inversiones en subsidiarias*, aplicable a la materia.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

daño a terceros como resultado de la pretendida diferenciación, con lo que el Tribunal proclama la responsabilidad solidaria, aún cuando no exista norma legal expresa."⁽³⁵⁾ (El resaltado es nuestro).

Nosotros ya hemos propuesto la tipificación de la responsabilidad solidaria en los grupos de sociedades y no sólo a favor de los socios minoritarios, sino de todo tipo de acreedores, lo que sintonizaría con la regulación del Código Civil. Tal planteamiento, así como la incorporación legislativa del allanamiento de la personalidad jurídica, constan en nuestro *Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas* en los artículos 31 y 4, respectivamente:

Artículo 31. Responsabilidad solidaria.- “Son responsables solidarios por las obligaciones que una empresa integrante de grupo haya contraído, esta empresa y el sujeto dominante. No obstante, si el sujeto dominante es una persona jurídica y resulta ser la deudora se entenderá que son responsables solidarios dicho sujeto dominante y las demás empresas integrantes del grupo.”

Artículo 4. Allanamiento de la personalidad jurídica.- “El juez, en caso de utilización indebida de la personalidad jurídica, puede allanarla y responsabilizar directa, personal, ilimitada y solidariamente a los titulares, administradores y representantes de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones legales si las hubiere.

Hay utilización indebida de la personalidad jurídica cuando a través de ella se pretende burlar la ley, quebrantar obligaciones o perjudicar fraudulentamente a terceros."⁽³⁶⁾

7. EL DERECHO DE SEPARACIÓN PARA EL SOCIO MINORITARIO DE UNA SOCIEDAD INTEGRANTE DE UN GRUPO DE SOCIEDADES

El *derecho de separación* o *derecho de receso* supone, para el socio, la posibilidad de retirarse de la sociedad por su propia voluntad (si el retiro sería impuesto estaríamos ante la *exclusión del socio*) y

(35) Carhuatocto Sandoval, Henry. *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, obra citada, p. 152.

(36) Echaiz Moreno, Daniel. *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, obra citada, p. 155.

atendiendo a determinadas circunstancias (que configuran las causales). La LGS lo contempla en el artículo 200 que empieza así:

Artículo 200. Derecho de separación del accionista.- *“La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:*

1. *El cambio del objeto social;*
2. *El traslado del domicilio al extranjero;*
3. *La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y,*
4. *En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.*

(...)”.

La normatividad peruana tiene la ventaja de no restringir las causales a una lista *numerus clausus* (cerrada), sino que por el contrario contiene una fórmula *numerus apertus* (abierta), la cual permite incorporar otras causales por vía legal o estatutaria. Esto es meritorio, por ejemplo, en comparación con la legislación colombiana,⁽³⁷⁾ no obstante que ésta desarrolla con detalle el concepto de “*desmejora de los derechos patrimoniales de los socios*”; véase su artículo 12:

Artículo 12. Ejercicio del derecho de retiro.- *“Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.*

En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en Bolsa de Valores.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá que existe desmejora de los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos:

1. *Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.*

(37) Ley N° 222.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

2. *Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital.*
3. *Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.”*

El socio minoritario de una de las sociedades integrantes del grupo verá mermada sus expectativas, atendiendo a su propia participación minoritaria, aunque podría superar este problema si es que, aunado a otros socios minoritarios, celebra un convenio parasocietario; fuera de este supuesto sería pertinente que aquel socio contase con el derecho de separación. Hacemos pues nuestras las palabras de Juan Antonio Gaviria Gil:

“Se requiere el establecimiento de protecciones patrimoniales suficientes que le permitan al socio que no está conforme con la gestión del grupo separarse de la sociedad a la que pertenece (derecho de retiro o de receso), especialmente cuando este se encuentra en alguno de los países que siguen el modelo contractual. De esta manera se prefieren los mecanismos de protección ex post, antes que a los ex ante, con los cuales las minorías podrían bloquear decisiones de los socios controladores.”⁽³⁸⁾ (El resaltado es nuestro).

Atendiendo al artículo 200 de la LGS no existirá inconveniente alguno para pactar en el estatuto social que los socios tendrán derecho de separación cuando la sociedad se integre a un grupo de sociedades. Mejor aún si es que, de contarse con una legislación sobre la materia, se contemplase expresamente, lo que hemos propuesto desde el año 2000 en nuestro ya referido *Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas*, en cuyo artículo 23 se lee:

Artículo 23. Derecho de separación.- *“El derecho de separación será ejercido en cualquier momento por el inversionista minoritario, mediante carta notarial entregada a la sociedad en la cual es titular. Rigen, en lo que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley, las reglas contenidas en el artículo 200 de la LGS.”*⁽³⁹⁾

(38) Gaviria Gil, Juan Antonio. *Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI*, obra citada, p. 96.

(39) Echaiz Moreno, Daniel. *Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas*, obra citada, p. B-19. Del mismo autor: *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, obra citada, p. 154.

Este aporte también fue considerado por la *Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas*, siendo una de sus propuestas añadir la siguiente norma a la LGS:

Artículo 453. Derecho de separación.- “La aprobación de la celebración de un contrato de grupo otorga a los socios el derecho de separación regulado por el artículo 200, no siendo de aplicación el límite al valor que pueden fijar las partes para el reembolso de las acciones a que se refiere el sexto párrafo de dicho artículo.”

8. LA POLÍTICA UNITARIA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES CIRCULARES

El artículo 105 de la LGS, citado *ab-initio*, consagra lo que denomina *control indirecto de acciones*, aunque el nombre es incorrecto porque, atendiendo a una interpretación literal del articulado, no estamos ante el *control indirecto* (que se da cuando, por ejemplo, la sociedad A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad C, por lo que la sociedad A controla *indirectamente* a la sociedad C) sino ante dos relaciones de *control directo* (la sociedad A controla a la sociedad B y la sociedad B controla a la sociedad A), cuya nota característica es la de configurar un grupo de sociedades circular, situación que parece haber sido advertida durante los debates de la *Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades*, ya que en la sesión de fecha 26 de marzo de 1997 (y a raíz del *Anteproyecto* publicado a inicios de aquel mes, cuyo artículo 105 es idéntico al actual⁽⁴⁰⁾ se acordó:

“Revisar la redacción del artículo 105, **a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones.**”⁽⁴¹⁾ (El resaltado es nuestro).

(40) Cfr. *Anteproyecto de la Ley General de Sociedades*, elaborado por la Comisión Redactora y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de marzo de 1997.

(41) “Acta de la sesión de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades”. En: Memoria Ley General de Sociedades 1997. Lima, Congreso de la República, junio de 1998, p. 47 *in fine*.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes *Proyectos*⁽⁴²⁾ y, finalmente, en la propia LGS.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que la norma legal trascrita permite la existencia de grupos de sociedades circulares, a pesar que ellos, también conocidos como *grupos con participaciones recíprocas* o *imbricación*, están proscritos en la mayor parte de la legislación extranjera; así, véase la Ley de Sociedades Anónimas de Chile:⁽⁴³⁾

Artículo 88.- “Las sociedades filiales y coligadas de una sociedad anónima no podrán tener participación recíproca en sus respectivos capitales, ni en el capital de la matriz o de la coligante, ni aún en forma indirecta a través de otras personas naturales y jurídicas.

La participación recíproca que ocurra en virtud de incorporación, fusión, división o adquisición del control por una sociedad anónima deberá constar en las respectivas memorias y terminar en el plazo de un año desde que el evento ocurra.

Esta prohibición también regirá aún cuando la matriz o la coligante, en su caso, no fuere una sociedad anónima, siempre que sí lo sea a menos una de sus filiales o coligadas. Para estos efectos y para los del artículo siguiente se aplicarán los conceptos precisados en los artículos 86 y 87 de esta Ley.” (El resaltado es nuestro).

Igual acontece en Argentina, donde su Ley de Sociedades Comerciales⁽⁴⁴⁾ establece:

(42) Cfr. *Proyecto de la Ley General de Sociedades*, aprobado por la Comisión Revisora y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 1997; *Proyecto de la Ley General de Sociedades*, aprobado por la Comisión Revisora y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de octubre de 1997; y *Proyecto de la Ley General de Sociedades*, aprobado por la Comisión Revisora y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de octubre de 1997.

(43) Ley de Sociedades Anónimas, Ley N° 18046.

(44) Ley de Sociedades Comerciales, Ley N° 19550.

Artículo 32.- *“Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho.*

Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por ésta por un monto superior, según balance, ni de sus reservas, excluida la legal.

Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al artículo 31.” (El resaltado es nuestro).

Ya hemos expresado nuestro rechazo a los grupos de sociedades circulares porque en éstos el capital social se vuelve algo ficticio al circular –valga la redundancia– dentro de un camino iterativo de nunca acabar,⁽⁴⁵⁾ sin poder determinarse cuál es la sociedad controlante y cuál es la sociedad controlada (puesto que todas las sociedades integrantes del grupo son controlantes y controladas, a la vez), lo que redundo, finalmente, en la imposibilidad de descifrar el interés grupal.⁽⁴⁶⁾

Sin embargo, es menester precisar que, en la experiencia comparada y a efectos de superar las vicisitudes que plantean los grupos de sociedades circulares, pero con el ánimo de no prohibirlos totalmente, se proponen algunas alternativas que Juan Antonio Gaviria Gil sintetiza así:

“a) El acto jurídico en el que la controlante compra acciones de la controlada se considera como una readquisición de acciones

(45) Siendo que el capital social cumple primordialmente una función de garantía, entonces cualquier alteración que lo afecte pone en riesgo los intereses que el Derecho tiende a proteger.

(46) Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. *“Los grupos de empresas y sus implicancias en el Derecho Societario”*. En: Revista Cathedra. Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, diciembre del 2000, Año IV, N° 7, ps. 105 a 115.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

propias. Además, se le prohíbe a ésta el ejercicio del derecho de voto en las asambleas de aquella. b) Se sanciona la venta forzada de las participaciones recíprocas. c) Se admiten ciertos márgenes, lo que significa que la imbricación sólo se prohíbe cuando las participaciones mutuas superen un determinado umbral que, generalmente, se ubica entre el 10% y el 20%.”⁽⁴⁷⁾

9. LA CELEBRACIÓN Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE DOMINACIÓN GRUPAL

Como señalamos en líneas anteriores, diversos vínculos sustentan la estructura interna del grupo de sociedades, siendo los más comunes mecanismos de control: el accionario (tenencia de acciones), el administrativo (administradores comunes) y el contractual (contratos que subordinen). En este último supuesto hay que distinguir los contratos que indirecta o tácitamente conllevan la subordinación (como el *franchising*) de aquellos que lo causan de modo directo, atendiendo a su propia naturaleza, en tanto existen para establecer ese esquema de subordinación; dentro de esta segunda categoría tenemos el contrato de dominación grupal, el mismo que, aunque sea desconocido en el Perú, no lo es en la experiencia internacional, puesto que ya se encuentra regulado hace varias décadas en algunos países como Alemania, Francia y México con las denominaciones de *contrato de dominación*, *contrato de afiliación* y *convenio de responsabilidades*, respectivamente, tal como puede apreciarse en la Ley de Sociedades Anónimas (Alemania, 1965), la Ley de Sociedades Comerciales (Francia, 1966) y la Ley para regular las Agrupaciones Financieras (México, 1991).

La legislación peruana no se pronuncia en torno al contrato de dominación grupal, por lo que éste tiene la condición de atípico. Siendo así corresponde preguntarse si en el Perú es posible celebrar dicho contrato, a pesar de no encontrarse normado. La respuesta es afirmativa en estricta aplicación del *principio de atipicidad contractual*.

Éste significa que los efectos jurídicos de un contrato se producen independientemente de que la normatividad lo haya o no reconocido. Parafraseando el artículo 1361 del Código Civil diremos que basta que

(47) Gaviria Gil, Juan Antonio. “*Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI*”, obra citada, p. 99.

estemos ante “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, a efectos que exista un contrato. No interesa si está desarrollado íntegramente en una norma general (como el contrato de comodato en el Código Civil), si está desarrollado íntegramente en una norma específica (como el contrato de *leasing* en la Ley de Arrendamiento Financiero),⁽⁴⁸⁾ si está desarrollado parcialmente (como el contrato de consorcio en la Ley General de Sociedades), si está desarrollado con remisión a norma general (como el contrato de hospedaje en el Código Civil, cuyo artículo 1714 remite a *las normas reglamentarias*), si está desarrollado en una norma sectorial (como el contrato de *factoring* en el Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring,⁽⁴⁹⁾ expedido por la SBS), si está mencionado de modo tácito (como el contrato de coexistencia marcaría en el artículo 158 de la Ley de Propiedad Industrial),⁽⁵⁰⁾ si está mencionado con remisión a norma específica (como el contrato de permuta en el Código Civil, cuyo artículo 1603 remite a *las disposiciones sobre compraventa*), si está mencionado con remisión tácita a la misma norma (como el contrato de *lease-back* en el artículo 27 de la Ley de Arrendamiento Financiero) o *si no existe* para la legislación (como el contrato de dominación grupal). Aquí radica el sentido del artículo 1353 del Código Civil:

Artículo 1353. Sometimiento a las reglas generales sobre contratos.- “**Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.**” (El resaltado es nuestro).

La norma transcrita comprende a “*todos los contratos de derecho privado*” dentro de los cuales deben contemplarse a los contratos atípicos (que, finalmente, *son contratos*), subrayándose que también comprende a los contratos innominados, es decir, aquellos que carecen de *nomen iuris*.⁽⁵¹⁾

(48) Ley de Arrendamiento Financiero, Decreto Legislativo N° 299.

(49) Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring, Resolución SBS N° 1021-98.

(50) Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823.

(51) Tradicionalmente, el Derecho conoce aquí cuatro casos que se identifican con las expresiones: *doy para que bagas*, *hago para que des*,

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Empero, además de determinar si en el Perú es posible la celebración del contrato de dominación grupal, cuya respuesta no reviste mayor complejidad, es menester pronunciarse sobre el contenido de dicho contrato respecto a si podría incluirse una cláusula contractual en virtud de la cual las sociedades integrantes del grupo pacten que en éste prevalecerá el interés grupal sobre cada uno de los correspondientes intereses sociales. Esto nos lleva al *principio de libertad contractual*.

El referido principio supone la posibilidad que tienen las partes para determinar el contenido del contrato, estando consagrado en el artículo 1354 del Código Civil en los siguientes términos:

Artículo 1354. Libertad contractual.- ***“Las partes podrán determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”*** (El resaltado es nuestro).

Comentando este dispositivo jurídico, Walter Gutiérrez Camacho anota:

“Lo acordado por las partes hace el contenido del contrato, determinando los derechos y obligaciones que dimanen de tal acuerdo; se trata de la lex contractus que se completa con el ordenamiento jurídico...”

(...).

Así, en el ejercicio de la libertad contractual, las partes se convierten en legisladores de sus reglas contractuales, modificando si así lo disponen la regulación dispositiva de la ley, alterando los tipos (contratos mixtos o complejos), regulando otros no previstos (contratos innominados) o combinando los existentes.”⁽⁵²⁾ (El resaltado es nuestro).

doy para que des y bago para que bagas. Sin embargo, esas variantes contractuales no son hoy en día necesariamente innominadas, puesto que sobre ellas se han construido, por ejemplo, el contrato de obra (*doy para que bagas*), el contrato de locación de servicios (*bago para que des*) y el contrato de compraventa (*doy para que des*); siendo así, sólo restaría la modalidad *bago para que bagas*.

(52) Gutiérrez Camacho, Walter. “Artículo 1354, La libertad de contratación”. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, noviembre del 2004, Tomo VII - Contratos en general, p. 50.

Claro está que el *principio de libertad contractual sub-examine* no supone una libertad irrestricta, sino que por el contrario está delimitada. Al respecto, Max Arias-Schreiber Pezet reflexiona:

“Un problema que puede tener suma importancia para la validez del futuro contrato es el que concierne a toda estipulación que de algún modo contraríe normas imperativas, llamadas también cogentes, que sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres. Si bien, en términos generales en nuestra legislación, la libertad contractual es la regla, es igualmente cierto que ella tiene sus limitaciones y que al no advertirlas se corre el riesgo de la nulidad del futuro contrato.”⁽⁵³⁾

Y es que, en efecto, por un lado, el ya citado artículo 1354 del Código Civil prescribe que el contenido del contrato no puede ser “contrario a norma legal de carácter imperativo” y, por otro lado, en tanto el contrato es un acto jurídico, también habrá de tenerse en cuenta el artículo V del Título Preliminar del mismo texto legal cuando dice:

Artículo V. Orden público y buenas costumbres.- *“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”⁽⁵⁴⁾*

Bajo este orden de ideas, el contrato de dominación grupal podrá contener todo pacto lícito que no viole normas legales imperativas ni buenas costumbres. Entonces, repetimos la pregunta que nos formulamos en líneas anteriores: ¿podría incluirse una cláusula contractual en virtud de la cual las sociedades integrantes del grupo pacten que en éste

(53) Arias-Schreiber Pezet, Max y Gutiérrez Camacho, Walter. *La técnica contractual y sus modelos contractuales*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, enero de 1999, Tomo I, p. 50.

(54) Aún cuando el transcrito artículo V del Título Preliminar del Código Civil ha sido materia de ardua crítica por diversos autores como Marcial Rubio Correa, en tanto no dice que es nulo el acto jurídico contrario al orden público o a las buenas costumbres, sino que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Esto significa que el orden público y las buenas costumbres deben estar recogidos en leyes para que el acto jurídico que las contraviene sea nulo, pero sucede que –por ejemplo– las buenas costumbres no están recogidas usualmente en normas de carácter positivo. Cfr. Ruiz-Eldredge, Alberto. “*Orden público*”. En: Gaceta Jurídica. Lima, Gaceta Jurídica Editores, julio de 1997, Tomo 44, ps. 51-C a 55-C.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

prevalecerá el interés grupal sobre cada uno de los correspondientes intereses sociales?

La respuesta a esta inquietud requiere que, previamente, nos pronunciemos respecto a la condición jurídica del contrato de dominación grupal o, para ser más específico, si califica o no como un convenio parasocietario, institución que se encuentra tácitamente recogida en el artículo 8 de la LGS, lo cual abordaremos en el siguiente acápite.

10. LA ASIMILACIÓN DEL CONTRATO DE DOMINACIÓN GRUPAL AL CONVENIO PARASOCIETARIO

Una de las innovaciones de la LGS es la inclusión en su texto de lo que denomina como *convenios entre socios o entre éstos y terceros* y que, en el Derecho comparado, se conocen como *pactos parasocietarios, acuerdos parasociales* o, más comúnmente, *convenios parasocietarios*. El artículo 8 de la LGS dispone:

Artículo 8. Convenios entre socios o entre éstos y terceros.

“Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron.”

Somos de la opinión que el contrato de dominación grupal es asimilable al convenio parasocietario porque es un acto jurídico que establece una relación contractual entre *socios* (los socios de la sociedad integrante del grupo) y *terceros* (los socios de las otras sociedades integrantes del grupo). La norma trascrita se pronuncia respecto al caso en que existiese contradicción entre una cláusula del convenio parasocietario (y, por ende, del contrato de dominación grupal) y una cláusula del pacto social o del estatuto social, optando por la prevalencia de esta última, pero no se manifiesta en torno a qué sucedería si la contradicción se presenta entre una cláusula del referido convenio parasocietario y una norma legal. Hay quienes sostendrán que este silencio del legislador es entendible porque en el conflicto entre el contrato y la ley ganará la ley; sin embargo, esto no siempre es así, ya que habrá que

determinar la naturaleza de la norma legal en cuestión, pudiendo ser de *carácter imperativo* (la que prevalecerá sobre el acuerdo) o de *carácter dispositivo* (cuya aplicación es supletoria a la voluntad de las partes). Así lo explica Manuel De la Puente y Lavalle:

*“Son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. **La característica, pues, de las leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares**, de tal manera que entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad y no de mera derivación lógica.*

(...).

Normas legales dispositivas son las que tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes contratantes, en el sentido que son aplicables en ausencia o para integrar las lagunas de la manifestación de voluntad. En realidad, las normas legales dispositivas sólo son ineficaces si existe pacto (expreso o tácito) en contrario o en sentido distinto.”⁽⁵⁵⁾ (El resaltado es nuestro).

Si en el contrato de dominación grupal se establece que prevalecerá el interés grupal sobre cada uno de los correspondientes intereses sociales, ello generaría un conflicto entre dicha cláusula contractual y el ya citado artículo 139 de la LGS, puesto que éste prescribe que es impugnabile judicialmente el acuerdo de la junta de socios cuyo contenido lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Por consiguiente, el *quid* del asunto está en determinar si este artículo 139 de la LGS es una norma legal de carácter imperativo o dispositivo. Si nos atenemos a una interpretación literal de la norma *sub-examine* pareciese que fuese dispositiva porque su texto empieza con la expresión *pueden ser impugnados*; no dice *serán impugnados*. No obstante, la redacción es engañosa (por no decir, errada) y ello se aprecia cuando más adelante

(55) De la Puente y Lavalle, Manuel. “Artículo 2, Libertad de contratar”. En: La Constitución Comentada. Lima, Editorial Gaceta Jurídica y Congreso de la República del Perú, febrero del 2006, primera reimposición, Tomo I, p. 164.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

estipula que los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil *también serán impugnables*. Estamos, entonces, ante una norma de carácter imperativo que, como bien señala, sólo admite dos excepciones: primera, cuando el acuerdo haya sido revocado (anulado) y, segunda, cuando el acuerdo haya sido sustituido (reemplazado) por otro conforme a la ley, al pacto social o al estatuto social. Es imperativo el dispositivo legal, claro está, cuando resulte aplicable, es decir, cuando se ejerza el derecho de impugnación por quienes están legitimados, a tenor del artículo 140 de la LGS.

Con todo esto creemos que, de acuerdo a la legislación societaria vigente, no debería (aunque sí podría) incluirse en el contrato de dominación grupal una cláusula que disponga la prevalencia del interés grupal sobre el interés de las sociedades integrantes del grupo. Y es que si procuramos reducir los costos de transacción no tendría sentido pactar una cláusula contractual cuando posteriormente el acuerdo de la junta de socios que aprobase el contrato de dominación grupal donde se plasma aquella cláusula sea pasible de impugnación.⁽⁵⁶⁾ Por ello, hace varios años proponemos la modificación del artículo 139 de la LGS, como lo anotamos en líneas anteriores.⁽⁵⁷⁾

11. LA LEGITIMIDAD EN UN GRUPO DE SOCIEDADES PARA ADOPTAR UNA DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL IGUAL O SEMEJANTE

El artículo 9 de la LGS contempla lo siguiente:

Artículo 9. Denominación o razón social. - *“La sociedad tiene una denominación o una razón social, según corresponda a su forma societaria. En el primer caso puede utilizar, además, un nombre abreviado.*

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello.

(56) En su exégesis al artículo 139 de la LGS, Enrique Elías Laroza comenta: *“Consideramos que el derecho de impugnación del accionista es un derecho subjetivo, propio del accionista en su calidad de tal...”*. Elías Laroza, Enrique. Derecho Societario Peruano, obra citada, p. 306.

(57) Cfr. acápite 4.

Esta prohibición no tiene en cuenta la forma social.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derecho de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, salvo que se demuestre estar legitimado para ello.

El Registro no inscribe a la sociedad que adopta una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente. En los demás casos previstos en los párrafos anteriores los afectados tienen derecho a demandar la modificación de la denominación o razón social por el proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

La razón social puede conservar el nombre del socio separado o fallecido, si el socio separado o los sucesores del socio fallecido consienten en ello. En este último caso, la razón social debe indicar esta circunstancia. Los que no perteneciendo a la sociedad consienten la inclusión de su nombre en la razón social quedan sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal si a ello hubiere lugar.” (El resaltado es nuestro).

La norma transcrita establece una prohibición que ahora nos interesa y según la cual no se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente. Constituye pues una mejor regulación de lo que ya existía en la anterior LGS⁽⁵⁸⁾ puesto que en su artículo 71 se le restringía: primero, a la sociedad anónima; segundo, a la denominación social; y, tercero, a la igualdad. Ahora, por el contrario, se le aborda: primero, dentro de las “Reglas aplicables a todas las sociedades”; segundo, para la denominación social completa, la denominación social abreviada y la razón social; y, tercero, para la igualdad y la semejanza. Empero esta prohibición no es absoluta, sino que admite una excepción: cuando se demuestre legitimidad para adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente; en pocas palabras: cuando se demuestre legitimidad para hacer caso omiso a la prohibición. Siendo ello así, como

(58) Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, Decreto Supremo N° 003-85-JUS.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

efectivamente lo es, resulta indispensable saber cuándo se está legitimado, pero es ahí donde radica el problema porque la LGS no se pronuncia sobre el particular; sólo se limita a expresar aquella circunstancia y seguidamente guarda silencio.

Por nuestra parte, encontramos cuando menos dos supuestos de legitimidad, siendo uno de ellos el correspondiente a los grupos de sociedades.⁽⁵⁹⁾ Veamos. En los grupos de sociedades existe autonomía jurídica, pero no autonomía empresarial puesto que, precisamente, hay una estructura corporativa grupal que se rige por la aplicación del *principio del interés grupal*; en ese sentido, sería perfectamente dable que las subsidiarias de un grupo de sociedades compartan una misma palabra en su denominación social que las identifique como pertenecientes a ese grupo, tal como efectivamente acontece en la realidad, sino basta apreciar al *Grupo Cosapi* en el cual pueden encontrarse subsidiarias como *Cosapi Data* (soluciones en sistemas de información), *Cosapi Soft* (desarrollo de sistemas de información) y *Cosapi Chile* (construcción), además de la *holding Cosapi Organización Empresarial*;⁽⁶⁰⁾ igual sucede con el *Grupo Telefónica* donde se aprecian a sociedades como *Telefónica Cable* (televisión por cable), *Telefónica Comunicaciones Personales* (comunicación celular), *Telefónica Consultora de Proyectos* (valor añadido y teleasistencia), *Telefónica Consultora y Servicios* (*outsourcing* administrativo y de redes) y *Telefónica Finance Limited* (financiera).⁽⁶¹⁾ En estos y otros casos, de acuerdo a la previsión general de la norma anteriormente citada, no sería posible la coexistencia registral de dichas denominaciones sociales, pero según la excepción ahí misma contenida sí existiría legitimidad por la titularidad común dentro del grupo de sociedades.

(59) El otro caso sería la homonimia. Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “*Propuestas para una reforma de la legislación societaria en el Perú*”. En: Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, junio del 2005, Tomo 139, p. 264.

(60) *Portal de Cosapi*. En: <http://www.cosapi.com.pe>

(61) *Portal de Telefónica*. En: <http://www.telefonica.es/quienes/05/index.html>

12. EL CANJE DE ACCIONES CUANDO SE HA PACTADO LA PROHIBICIÓN TEMPORAL DE TRANSFERIR LAS ACCIONES

Durante la década del setenta se elaboró en Francia una *Propuesta de Ley sobre los Grupos de Sociedades y Protección de Accionistas y del Personal*, más conocida como el *Proyecto Cousté*.⁽⁶²⁾ En este documento se recoge la figura del *canje de acciones* en los grupos de sociedades piramidales, lo cual implica la transferencia que el socio minoritario de una sociedad de tercer nivel efectúa de sus acciones al socio que posea participación mayoritaria en esa sociedad, a cambio de que aquel se convierta en socio de la sociedad controlante de primer nivel. Ejemplificando lo dicho tenemos que la sociedad A controla a la sociedad B y ésta controla a la sociedad C. Los socios de A son D y E con 70% y 30% de participación, respectivamente, mientras que los socios de C son B, F y G con 40%, 40% y 20% de participación, respectivamente. Este último (el socio G), en calidad de socio minoritario de una sociedad de tercer nivel (la sociedad C), transfiere su participación del 20% a B, quien ahora será el socio mayoritario en la sociedad de segundo nivel (la sociedad B) con el 60%, a cambio de que aquel (el socio G) se convierta en socio de la sociedad de primer nivel (la sociedad A) junto a D y E (quienes reducirán su participación original).

Una versión mucho más simplificada que la anterior se ha presentado posteriormente en diversos negocios, muchos de ellos de gran envergadura, siendo particularmente interesante el *caso Bavaria* que se ha dado en dos importantes ocasiones: la primera, en el año 1969, cuando la familia colombiana Santo Domingo *saltó* de *Cervecería Águila* (una compañía local en Barranquilla) a la *Cervecería Bavaria* (una gran sociedad con más de 100 mil socios); y, la segunda, en el año 2002, cuando la misma familia Santo Domingo hizo lo propio desde *Cervecería Bavaria* hasta la multinacional *SAB Miller* (la segunda cervecera en el mundo). En todos estos casos hay grupos de sociedades involucrados: el *Grupo Santo Domingo*, el *Grupo Bavaria* y el *Grupo SAB Miller*.

Respecto a la primera operación, en la literatura especializada se ha escrito:

(62) Cfr. Fernández de la Gándara, Luis. "*Problemas actuales del Derecho de Sociedades: Proyecto de Ley Cousté sobre grupos de sociedades en Francia*". En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, 1972, N° 124, ps. 221 y ss.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

“Le pedí la opinión sobre la conquista de los Santo Domingo a un ex directivo de Bavaria de la época y me respondió: «Yo no diría que fue un negocio leonino para Bavaria, no creo, yo lo que sí creo es que fue un negocio mal concebido por parte de Alberto Samper [presidente de Bavaria] en el sentido de que él pudo comprar emitiendo unas acciones y vendiéndoselas al público y no haber comprado Águila con acciones de Bavaria. Es decir, le dio la oportunidad a Santo Domingo de ser el accionista más grande de Bavaria cuando aquello era una sociedad abierta».

(...).

Hasta el momento en que se concretó la venta de Águila, Bavaria no tenía ni un solo socio con más del 3% de las acciones. De un golpe, los Santo Domingo ingresaron en la sociedad anónima con el 12%.”⁽⁶³⁾ (El resaltado es nuestro).

Y en cuanto a la segunda operación:

*“Luego de meses de rumores y especulaciones, la cervecería colombiana Bavaria, la segunda mayor de Sudamérica y fundada en 1889, ha sido adquirida por la sudafricana SAB Miller en la mayor transacción de la historia del país sudamericano. Se trata de una fusión por absorción⁽⁶⁴⁾ en la cual **la multinacional sudafricana con sede en Londres obtendrá el 71.8% de las acciones de Bavaria, propiedad de la familia Santo Domingo (dueña de Caracol Televisión y, hasta hace poco, de Avianca) que, a su vez, recibirá 225 millones de acciones ordinarias de SAB Miller, lo que equivale al 15.1% de la compañía.** SAB Miller pagaría cerca de 7,800 millones de dólares.”*⁽⁶⁵⁾ (El resaltado es nuestro).

(63) Reyes, Gerardo. *Don Julio Mario. Biografía no autorizada del hombre más poderoso de Colombia*. Bogotá, Ediciones B Colombia, abril del 2004, segunda edición, ps. 92 y 93.

(64) Discrepamos de esta aseveración porque, de ser así, Bavaria se hubiese extinguido. Se trata, más bien, de la adquisición de una empresa.

(65) “*Bavaria ha sido adquirida por SAB Miller*”. En: Portal Wikinoticias, http://es.wikinews.org/wiki/Bavaria_ha_sido_adquirida_por_SABMiller

Lo cierto es que, como puede apreciarse, el canje accionario en los grupos de sociedades es una modalidad frecuentemente utilizada. No obstante, existe una previsión legal que merece traerse a colación:

Artículo 101. Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.- “*Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.*”

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar las acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción.” (El resaltado es nuestro).

A partir de esto nos preguntamos si podrán canjearse las acciones de la sociedad controlada por acciones de la sociedad controlante cuando se ha pactado estatutariamente la prohibición temporal de transferir las acciones. Habrá que considerar entonces si el canje de acciones implica una transferencia de las mismas. Encontramos dos supuestos: primero, el *canje propio* cuando sólo se canjean acciones; y, segundo, el *canje impropio* cuando se canjean acciones y, además, se paga en dinero.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

En el primer caso estamos ante un contrato de permuta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil:

Artículo 1602. Concepto.- “Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.”

Y el artículo 1603 del mismo texto legal prescribe:

Artículo 1603. Remisión.- “La permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que se le sean aplicables.” (El resaltado es nuestro).

Para el segundo caso debemos recurrir al artículo 1531 del Código Civil donde se lee:

Artículo 1531. Efectos de la fijación heterogénea del precio.- “Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

Si no consta la intención de las partes, **el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor.**” (El resaltado es nuestro).

Por tanto, en cualquiera de los dos supuestos concluiremos en la normatividad aplicable al contrato de compraventa porque: primero, si es *canje propio* donde sólo se canjean acciones, eso es un contrato de permuta que se rige por las disposiciones del **contrato de compraventa**; segundo, si es *canje impropio* en el que se canjean acciones y además se paga dinero, siendo que el valor de las acciones es igual o mayor al valor del dinero, eso constituye un contrato de permuta que, como se anotó, se rige por las disposiciones del **contrato de compraventa**; y, tercero, si es *canje impropio* donde el valor de las acciones es menor al valor del dinero, eso califica como un **contrato de compraventa**. Y para el reiterado contrato de compraventa, la norma matriz dispone:

Artículo 1529. Concepto.- “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.” (El resaltado es nuestro).

Con lo expuesto en líneas precedentes queda asentado que el canje de acciones en una u otra modalidad supone una transferencia de las mismas y, siendo ello así, no podrán canjearse cuando, en aplicación del artículo 101 de la LGS, se haya pactado en el estatuto social la prohibición temporal de transferirlas.

13. LOS ACTOS *ULTRA VIRES* DENTRO DEL GRUPO DE SOCIEDADES

El objeto social está regulado en los artículos 11 y 12 de la LGS; el primero recoge la *teoría de los actos ultra vires*, mientras que el segundo contempla la *teoría de los actos propios*.

Artículo 11. Objeto social.- *“La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.*

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.” (El resaltado es nuestro).

Artículo 12. Alcances de la representación.- *“La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.*

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social." (El resaltado es nuestro).

Sabemos que en los grupos de sociedades rige el *interés grupal*, aún cuando la LGS no lo reconozca y ello genere conflictos con el interés de las sociedades integrantes del grupo. Precisamente atendiendo a ese interés grupal, es que resulta natural, por ejemplo, que una sociedad constituya una garantía a favor de otra sociedad de su mismo grupo (tal como sucedió en el *caso Romero-Raffo*, reseñado anteriormente,⁽⁶⁶⁾ situaciones que hoy podrían cobrar mayor trascendencia a propósito de la novísima garantía mobiliaria.⁽⁶⁷⁾ La cuestión controvertida, entonces, reposa en determinar si la constitución de una garantía en esos términos califica o no como un acto *ultra vires*.

Una antigua jurisprudencia italiana, la Casación N° 3150 de fecha 14 de septiembre de 1976, anotó:

“Las fianzas expedidas por una sociedad del grupo a favor de otra sociedad del mismo no constituyen actos ajenos al objeto social de la primera, puesto que predestinadas a un interés de la sociedad, ya sea mediato o indirecto pero jurídicamente relevante, no podrán ser consideradas ajenas o contrarias a la consecución del objeto social de la sociedad que las cumple por falta de contraprestación contractualmente exigibles.”⁽⁶⁸⁾ (El resaltado es nuestro).

Nos parece demasiado forzada esta interpretación puesto que la constitución de la garantía satisface, sin lugar a dudas, el interés del grupo y hasta de la sociedad deudora, pero difícilmente de la sociedad constituyente. El artículo 11 de la LGS lo restringe a aquellos actos que *coadyuven a la realización de los fines del objeto social*, siendo ello una visión eminentemente individualista (la sociedad) y no colectivista (el grupo de sociedades). Eso no lleva a considerar que la constitución de una garantía por parte de una sociedad a favor de otra sociedad integrante de su mismo grupo es, para la primera, un acto *ultra vires*, respuesta a la que arribamos a tenor de lo dispuesto en la LGS, pero

(66) Cfr. acápite 4.

(67) Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677.

(68) Cfr. Galgano, Francesco. “*Los grupos societarios*”, obra citada, p. 22.

que –desde una perspectiva crítica– consideramos inadecuada, por lo que volvemos a reafirmar nuestra opinión en el sentido que debe reconocerse el interés grupal en la normatividad legal, sometiendo el interés social a éste, según lo que ya expusimos en su momento.

14. LA CALIFICACIÓN LEGAL DE EMPRESAS VINCULADAS

El artículo 179 de la LGS utiliza una expresión que es huérfana de conceptualización porque no está definida en dicho texto normativo: *empresas vinculadas*.

Artículo 179. Contratos, créditos, préstamos o garantías.-

“El director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concerten en las condiciones de mercado. La sociedad sólo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.

Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

*Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de **empresas vinculadas** y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de **empresas vinculadas**.*

Los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en este artículo.” (El resaltado es nuestro).

En atención al silencio de la LGS respecto a qué se entiende por *empresas vinculadas* recurrimos a la legislación bancaria y bursátil que sí se pronuncian sobre el particular. En efecto, el artículo 3 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico se refiere a la *vinculación por riesgo único* en los siguientes términos:

ECHAIZ MORENO: Los grupos de sociedades en el Perú

Artículo 3. Definición.- *“Se entiende por vinculación por riesgo único a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera que cuando una de éstas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones.*

Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y entre éstas y las personas naturales que ejercen el control de dicho grupo económico, según lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la presente norma, así como en los demás casos en los que se cumpla con lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la presente norma, salvo prueba en contrario.”

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos estipula:

Artículo 5. Definición de vinculación y presunciones.- *“Vinculación se define como la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado. Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación en los siguientes casos:*

- I. *Entre personas jurídicas:*
 - a) *Cuando forman parte del mismo grupo económico, tal como se define en el artículo 7.*
 - b) *Cuando una misma garantía respalda las obligaciones de ambas o cuando más del 50% de las de una de ellas son garantizadas por la otra y esta otra no es empresa del sistema financiero.*
 - c) *Cuando más del 50% de las obligaciones de una persona jurídica son acreencias de la otra y esta otra no es empresa del sistema financiero.*
 - d) *Cuando una persona jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social de otra que le permite tener presencia en su directorio.*
 - e) *Cuando un tercio o más de los miembros del directorio o de los gerentes de una de ellas son directores, gerentes o trabajadores de la otra.*

Lo dispuesto en los incisos b) y c) incluye a las empresas del sistema financiero para efectos de determinar la vinculación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 87 de la Ley.

II. Entre personas naturales:

- a) Que son parientes.*
- b) Cuando una de ellas es director o gerente de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio.*
- c) Cuando ambas pertenecen al conjunto de personas que ejercen el control de un grupo económico, tal como se define en el artículo 7.*

III. Entre personas naturales y jurídicas:

- a) Cuando la persona natural tiene una participación, directa o indirecta, en el capital social de la persona jurídica que le permite tener presencia en su directorio.*
- b) Cuando la persona natural es director o gerente de la persona jurídica o ha ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad durante el último año.*
- c) Cuando la persona natural es director o gerente de alguna de las personas jurídicas del grupo económico al que pertenece la persona jurídica, tal como se define en el presente reglamento.*
- d) Cuando la persona natural pertenece al conjunto de personas que ejercen el control del grupo económico al que pertenece la persona jurídica, tal como se define en el presente reglamento.”*

Resulta pues de lo anterior que *grupo de sociedades y empresas vinculadas* no son conceptos sinónimos, en tanto este último deviene en más amplio que el primero. Ciertamente, las empresas pueden *vincularse* de muchas maneras, siendo una de ellas (pero no la única) el grupo de sociedades; son también vinculadas las empresas que establecen entre ellas por ejemplo una alianza estratégica, un consorcio o una franquicia, así como las reseñadas en las anteriores normas transcritas. Llama nuestra atención, por lo demás, que la LGS se refiera a *empresas vinculadas* y no a *sociedades vinculadas*.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

**REFLEXIÓN EN TORNO AL TEMA
DE DERECHO Y ECONOMÍA
Su encuadre en la corriente institucional
y neoinstitucional**

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^()*

Catedrático de Derecho Económico
Internacional y de Derecho Administrativo
Catedrático Humboldt 2010
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 13/07/09; aceptado 23/11/09)

(*) jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com

Tels. (506)-2250-1160; (506)-2259-4844





ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

RESUMEN

Este enfoque y método divulgado como *Análisis Económico del Derecho*. Se deriva de la cultura anglosajona, en la cual se conoce como *Law and Economics*. Se trata de la aplicación de la teoría económica al terreno de los procesos e impactos económicos del derecho y de las instituciones jurídicas.

Palabras claves: Derecho, Economía, propiedad, institucionalismo, teorema, teoría, mercado.

ABSTRACT

This approach and method disseminated as *Economic Analysis of Law* derives from the Anglo-Saxon culture, where it is known as *Law and Economics*. It deals with the application of the economic theory to the field of the economic processes and impacts of Law and juridical institutions.

Key words: Law, Economics, property, institutionalism, theorem, theory, market.



SUMARIO

Introducción

- 1) Cliometría
- 2) Escuela de la Elección Pública
- 3) Escuela Institucional
 - a) Institucionalismo
 - b) Neoinstitucionalismo
 - c) El enfoque de la economía institucional
- 4) Análisis Económico del Derecho, AED
 - a) Aproximación al concepto del Análisis Económico del Derecho
 - b) Antecedentes históricos
 - c) Algunos fundadores
 - d) Presupuestos
 - e) Algunas notas características
 - f) El derecho en la óptica del AED

Conclusión

Bibliografía



INTRODUCCIÓN

Algún sector de economistas residentes en países desarrollados, han desarrollado perspectivas y enfoques a partir de la economía y han penetrado en el derecho, la historia, la sociología, y otras disciplinas del gran campo de las ciencias sociales.

Por ello, se entiende que se acuñara la expresión *imperialismo económico*, para llamar la atención acerca de esa expansión de la ciencia económica en otros sectores de la *ciencia social*.

Considero que el terreno de la ciencia social es unitario y que en esta visión globalizante, todas las disciplinas se complementan, siendo conveniente estudiar las diversas ramas de esta macrociencia, para entender mejor ese campo de estudio que llamamos ciencia social.

Nos centraremos en el *análisis económico del derecho* AED, sin embargo, haremos una breve presentación de la teoría institucional, neoinstitucional y de la cliometría, dado que todas estas corrientes analíticas, además de otras, forman el contexto propio en el cual se desarrolla la AED, y por ello su comprensión es más pertinente.

1.- CLIOMETRÍA

Metodología de análisis que utiliza de manera sistemática la teoría económica, la estadística y la econometría para el estudio de la Historia económica.

La cliometría implica la aplicación de la teoría económica y de la econometría a problemas económicos del pasado en interés de la historia; y, no de la economía.

El historiador tiene que *explicar* y para *explicar* tiene que usar *leyes generales*. Para la historia económica, las *leyes generales* proceden de la teoría económica (Baccini, y Giannetti, 1997, p. 48).

La cliometría es una disciplina situada en la encrucijada de tres disciplinas: la historia, la economía y la estadística-econométrica (Baccini, y Giannetti, *idem.*, p. 1).

El término lo acuñaron en los años sesenta del siglo XX, *Jonathan R.T. Hughes* (1928-1992) y *Stanley Reiter* (1925-). Su nombre deriva de *Clío*, musa griega de la Historia, y *metría*, medición.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

En 1993, el Premio Nobel de economía recayó en *Robert Fogel* (1926-) y *Douglass North* (1920-) en parte por su contribución en el establecimiento de la *cliometría*, en particular “por haber renovado la investigación en historia económica al hacer uso de la teoría económica y de métodos cuantitativos para explicar el cambio institucional y económico” (www.wikipedia.com; Adam Kuper and Jessica Kuper, 1999, pp. 96 a 98).

Kalmanovitz, expresa que la *cliometría* consistió en la aplicación de la teoría económica y de la econometría al análisis del pasado.

Uno de sus gestores fue *Simón Kuznets* (1901-1985) quien desde 1948 había emprendido un ambicioso proyecto apoyado por el *National Bureau of Economic Research* y que culminó en su libro aparecido en inglés en 1966, *El crecimiento económico moderno*. (Madrid, 1973). En esta obra *Kuznets* estableció criterios para analizar los países con base en las categorías de producción, asignación de recursos, distribución del ingreso, consumo y relaciones externas (los flujos de conocimiento, personas y capital entre países). La producción se relacionaba con la población y las categorías de producto o ingreso per cápita pasaron a ser la vara de comparación de la riqueza entre países. La relación entre insumos y producto daba una idea de la productividad de los factores y el remanente, que era fundamental, se le tildaba como la productividad total de los factores. La distribución se refería a los ingresos del capital, del trabajo y de la tierra. La idea era la de elaborar series largas de las cuentas nacionales, que a su vez habían sido deducidas de las categorías keynesianas de consumo, ahorro e inversión, de distintos países para poder hacer comparaciones informadas. El crecimiento moderno se refería a un patrón de acumulación de capital rápido y sostenido a lo largo del tiempo.

Otro influyente autor de la escuela cliométrica fue *Robert Fogel* en su libro *Railroads and American Economic Growth: Essays in Econometric History* (1964) en el que trató de calcular el costo beneficio de la inversión hecha en ferrocarriles en los Estados Unidos durante el siglo XIX. *Fogel* hizo un número de importantes innovaciones en la naturaleza de la investigación histórica que fueron, entre otras, la definición operacional del ahorro social, la utilización de ejemplos contra factuales de manera explícita, el uso de modelos económicos para calcular lo que hubieran sido los costos calculados por un agente racional y, por último, la selección y comprobación de hipótesis sobre el mundo real que estaban sesgadas en contra de sus hallazgos

principales. Sus resultados indicaron que los ferrocarriles no habían jugado un papel tan importante en el crecimiento económico de los Estados Unidos como se había creído porque habían medios de transporte alternativos, como la red de canales y de carreteras existentes. El mismo *Fogel*, en conjunción con *Stanley Engerman*, publicó en 1974 un polémico libro sobre la esclavitud norteamericana, *Time in the Cross: The Economics of American Negro Slavery*, en el que se cuestionaba todas las posiciones más aceptadas sobre la esclavitud, como que ésta era una inversión poco rentable, que estaba en su etapa económica moribunda, que el trabajo esclavo y la producción agrícola basada en él eran económicamente ineficientes, que la esclavitud había conducido al estancamiento del Sur de los Estados Unidos y que había impuesto condiciones de vida extremas a los esclavos. La *cliometría* había contribuido a esclarecer muchos eventos y problemas micro-económicos de la economía capitalista para lo cual contó con un creciente arsenal de medios técnicos. (Kalmanovitz, Salomón, 2004).

2.- ESCUELA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA (PUBLIC CHOISE)

La *Escuela de la elección pública (Public Choise)* se refiere al pensamiento económico, desarrollado en los Estados Unidos a partir de los años cincuenta del siglo XX, que extiende los conceptos y la metodología de la economía a los procesos de *elección* que se dan en las instituciones colectivas o públicas, y en general a situaciones fuera del mercado.

Esta tendencia del *Public Choise* trata con los procesos de *escogencia* que realizan personas cuando no seleccionan alternativas sólo para sí, para su consumo o producción privados, sino para la comunidad a la que representan tanto como para sí mismos.

La Escuela del *Public Choise* asume que los individuos que realizan escogencias o elecciones entre alternativas se comportan guiados por la misma racionalidad cuando lo hacen en la función pública que cuando escogen para sí.

Las personas tienden a minimizar sus costos y a maximizar sus beneficios (esquema del minimax). De esta manera es posible comprender muchos temas que pertenecen tradicionalmente al ámbito de la ciencia política mediante el instrumental analítico que proporciona la economía.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

El análisis de los procesos de escogencia o *elección pública* surgió, en gran medida, cuando se contrapuso a la idea de fallas en el mercado, la idea de que también existían fallas en el proceso de asignación de recursos que realiza el sector público.

La Escuela del *Public Choice* se caracteriza por su énfasis en el análisis *institucional* comparativo y, en particular, de las relaciones entre instituciones políticas y económicas. Destaca la importancia de estudiar el *marco legal* dentro del cual se realizan tales *escogencias* pues, en ausencia del mercado, los individuos escogen dentro de los límites que la legislación impone. Por este motivo se está desarrollando en la actualidad un área temática de investigación que se denomina *Economía Política Constitucional*. Las principales figuras de esta corriente son *James Buchanan* y *Gordon Tullock*. (www.eumed.net).

Esta corriente económica es una rama de la economía que se desarrolló a partir del estudio de los impuestos y del gasto público.

Nace en los años cincuenta del siglo XX y recibió una amplia atención pública en 1986, cuando *James Buchanan*, uno de sus dos principales arquitectos (el otro fue su colega *Gordon Tullock*) fue galardonado con el premio Nobel de Economía.

Buchanan inició el *Centro para el Estudio de la Elección Pública* en la Universidad George Mason, Virginia, USA.

Otros centros académicos que trabajan esta línea académica son, por ejemplo, la Universidad del Estado de Florida, la Universidad de Washington (St. Louis), la Universidad del Estado de Montana, el Instituto de Tecnología de California y la Universidad de Rochester.

La elección pública toma los mismos principios que usan los economistas para analizar las acciones de la gente en el mercado y los aplica a las acciones de la gente en la toma colectiva de decisiones.

Los economistas que estudian el comportamiento en el mercado privado suponen que la gente está motivada sobre todo por el interés propio.

En el pasado, muchos economistas han argumentado que la forma de frenar los *“fallos de mercado”* como los monopolios es introducir la acción del gobierno.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

Pero los economistas de la *elección pública* señalan que también existe el «*fallo de gobierno*». Es decir, hay razones por las cuales la intervención del gobierno no consigue el efecto deseado (Jane S. Shaw *Teoría de la Elección Pública* en Henderson 1998, pp. 179 a 183).

La teoría de la elección u opción pública (Public choice theory), trata de ligar la economía con la política a través del Estado, entendido como la suma de voluntades individuales, para saber cuáles son los factores que determinan específicas políticas que elige el Estado de las diferentes opciones que a éste se le presentan.

Se divide en *Elección Pública Positiva* que estudia las decisiones colectivas o públicas de los agentes políticos; y, en *Economía Política Constitucional* que pretende desarrollar un marco institucional que aminore el poder político frente a la sociedad civil.

Partiendo del *individualismo metodológico*, sostiene la premisa que el comportamiento de los burócratas y políticos es maximizador del presupuesto público principalmente buscando sus propios intereses y después buscará el bienestar social (Salinas, 1993, *in toto*).

Además estudia las escogencias o elecciones fuera del mercado, es decir, elecciones como proceso social que involucra a los individuos independientemente de su voluntad para tomar decisiones colectivas y públicas.

En general, estudia los «*fallos del gobierno*» como una respuesta ante quienes sostienen que el gobierno debe intervenir ante los denominados *fallos de mercado*; así postula que la evidencia científica señalaría al gobierno –y no al mercado– como el ente que debe ser limitado o reducido por el bienestar de la sociedad (www.wikipedia.com).

James Buchanan (1919-)

Nace en Murfreesboro, Estado de Tennessee, el 3 de octubre de 1919.

Es un economista estadounidense considerado el máximo representante de la teoría de la elección pública (*Public choice*), que trata de ligar la economía con la política a través del Estado.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

Obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1986 por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría de la adopción de decisiones económicas y políticas.

Buchanan estudió en las universidades de Tennessee y Chicago y ejerció la docencia en las de Pennsylvania y Virginia. Especialista en Hacienda Pública, realizó interesantes estudios sobre el papel de la inflación como impuesto y sobre la naturaleza de la deuda pública.

Es líder y teórico de la corriente *Public Choice* que analiza la forma en que se adoptan las decisiones públicas que influyen en el funcionamiento del sistema económico. (www.eudem.net; www.wikipedia.com).

Sus principales obras son:

- *Public principles of Public Debt* (1958)
- *Hacienda pública* (1960)
- El cálculo del consentimiento, (*The calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, en colaboración con *Gordon Tullock* en 1962).
- *Cost and Choice. An inquiry in economic theory* (1969)
- *Teoría de la elección pública* (1972)
- *El sector público en las economías de mercado* (1979).
- *The public finances. An introductory textbook* (1980) (www.wikipedia.com)

Gordon Tullock (1922-)

Gordon Tullock nació el 13 de febrero de 1922, en Rockford, Illinois, USA.

Estudió Derecho en la *Law School de la University of Chicago*, obteniendo el doctorado en esta universidad en 1954. Trabajó algún tiempo en un despacho privado de abogados y como abogado del *State Department*.

Revista de Ciencias Jurídicas Nº 122 (131-170) mayo-agosto 2010

Ha sido profesor en las Universidades de South Carolina, Virginia, Rice University, Virginia Polytechnic Institute, Virginia State University, George Mason University y Arizona.

Ha sido profesor de *Economía del Derecho* en el *Center for Political Economy* creado por *Buchanan* en la George Mason University.

En 1966 Tullock participó como editor en la fundación de la revista *Journal of Non-Market Decision Making*, más tarde rebautizada como *Public Choice*.

Es también co-fundador del *Center for Studies in Public Choice*.

Ha sido presidente de diversas sociedades científicas: *Public Choice Society*, la *European Public Choice Society*, la *Southern Economic Association* y la *Western Economic Association*.

En 1998 fue designado como *Distinguished Fellow of the American Economic Association*.

En sus numerosos libros y cientos de artículos, ha analizado en los campos de la *elección social*, la economía del derecho y la bioeconomía. Es uno de los nombres más destacados de la *Nueva Economía Institucional* y de la *Economía Política Constitucional*.

En su libro "*El cálculo del consenso*", 1962, escrito conjuntamente con *James Buchanan*, analiza el problema de los costes en la adopción de decisiones políticas: la adopción de decisiones tiene unos *costes de transacción* que serán mayores cuanto mayor sea el número de individuos involucrados, pero a la vez, cuanto más nos acerquemos a la unanimidad menores serán los *costes externos* que unos individuos puedan imponer a otros o al conjunto de la sociedad. El cálculo del consenso tiene que minimizar la suma de ambos tipos de *costes*.

Otro concepto originado en los trabajos de *Gordon Tullock* es el de la sociedad de *buscadores de rentas*. Se utiliza la expresión "*buscadores de rentas*" para referirnos a los grupos de interés que tratan de influir sobre las decisiones políticas para que las reglas se elaboren e interpreten en su propio beneficio.

Gordon Tullock ha demostrado que en cualquier sistema que permita la adopción de decisiones mediante mayorías no unánimes será

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

posible y habrá una tendencia a que, mediante intercambio de votos, se alcancen coaliciones de grupos de interés mayoritarias que consigan aprobar los proyectos que les benefician aunque los *costes totales* sean mayores que los *beneficios totales resultantes*.

Los costes generados por este tipo de actividades han sido bautizados como “*costes de busca-rentas*” o “*costes de Tullock*”.

Algunas obras:

- *The Politics of Bureaucracy* (1965)
- *Private Wants, Public Means* (1970)
- *The Logic of the Law* (1971)
- *The Vote Motive* (1976; 2006)
- *Autocracy* (1987)
- *Rent Seeking* (1993)
- *The Economics of Non-Human Societies* (1994) y
- *On Voting: A Public Choice Approach* (1998) (www.wikipedia.com)

3.- ESCUELA INSTITUCIONAL

Es adecuado dejar aquí indicada una posible *definición de institución*, para los efectos de la comprensión de la escuela económica denominada *institucionalismo* y *neoinstitucionalismo*.

Douglas North define las *instituciones* como las reglas del juego en una sociedad, que estructuran los incentivos al intercambio humano en lo político, económico social, etc.

Son las reglas que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales, políticas entre las personas y los grupos sociales. Son construcciones sociales.

Las *instituciones formales*, son las reglas escritas en el ordenamiento jurídico.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

Las *instituciones informales* son las reglas del juego no escritas (*common law*, en la tradición anglosajona; y, derecho consuetudinario, en la tradición romanística) (North, 2006, pp. 13 y 14; Ayala, 2000, pp. 62 a 64).

Esta vertiente se puede ubicar como el institucionalismo y el nuevo institucionalismo.

a) Institucionalismo

Se puede indicar que el *institucionalismo*, nace en los Estados Unidos en 1898 con la publicación de los ensayos de Thorstein Veblen: *¿Por qué no es la economía una ciencia evolutiva?*; y, en 1899: *Las preconcepciones de la ciencia económica*.

Ambos artículos generaron un debate fuerte en el mundo académico de los Estados Unidos, originando lo que se ha dado en llamar el *institucionalismo* (Seckler, 1977, p. 39).

Los *institucionalistas* fue el nombre dado a un grupo de economistas disidentes (heterodoxos) que durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX compartieron su oposición a las teorías económicas entonces en boga. Entre los primeros *economistas* institucionalistas hay que mencionar a *Thorstein Veblen* (1857-1929), *John R. Commons* (1862-1945) y *Wesley C. Mitchell* (1874-1948). El análisis de la utilidad en el comportamiento del consumidor y la teoría de la productividad marginal de la distribución fueron los primeros blancos de las críticas de los institucionalistas. En los trabajos de *Veblen* se contiene una crítica tan acre y severa del capitalismo como la contenida en la obra de *Marx*; su obra más conocida es *La teoría de la clase ociosa* (1899).

La idea de que la búsqueda privada del máximo beneficio o lucro puede frustrar la consecución del máximo bienestar nacional es expuesta por Mitchell en su *Ciclo de los negocios* (1913). Las principales aportaciones de *John R. Commons*, el otro miembro de la tríada institucionalista, lo fueron en materia de la legislación laboral y las relaciones industriales, así como en el campo de la administración pública; sus principales obras son *Fundamentos legales del capitalismo* (1924) y *Economía política institucional* (1934).

Aunque sus antecedentes más inmediatos se hallan en Europa y, en especial, en la *Escuela Histórica Alemana*, la *economía institucional*

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

fue un movimiento típicamente americano, que fundamentó el análisis de la realidad económica en el estudio de la estructura y el funcionamiento de las instituciones. Un movimiento que surgió como una denuncia de una realidad social con muchas deficiencias e injusticias y como reacción intelectual frente a una ciencia económica que se mostraba incapaz de sugerir soluciones para transformarla.

Con clara influencia en el *New Deal* del Presidente *Franklin Delano Roosevelt* (1882-1945; tres Administraciones: 1933-1937; 1937-1941; 1941-1945) la *doctrina institucionalista* no tuvo excesivo arraigo, ni siquiera en los Estados Unidos, en donde nació.

La influencia *institucionalista* se aprecia, en autores tan prestigiosos como:

John K. Galbraith (1908-2006), *Simón Kuznets* (1901-1985), *Kenneth E. Boulding* (1910-1993), *Ronald H. Coase* (1910-), *Alfred D. Chandler, Jr* (1918-2007); *Olivier Williamson* (1932-), entre otros (www.economia48.com).

b) Nuevo institucionalismo

Actualmente se ha generalizado la expresión “*nueva economía institucional*” para aludir a una amplia variedad de enfoques y nuevas teorías económicas.

La corriente más destacada y concurrida del nuevo institucionalismo es la llamada *Law and Economics* o *Economía del Derecho*, que analiza los costes de transacción y los derechos de propiedad. Los nombres más destacados son los de *Ronald Coase* (1910-), *Armen Alchian* (1914-), *Harold Demsetz* (1930-), *Richard Posner* (1939-) y *Oliver Williamson* (1932-).

Otra fecunda corriente es la *Economía Política Constitucional* de *James Buchanan* (1919-) desgajada o superadora de la más ortodoxa *Public Choice* o *Elección Social*.

La *Nueva Historia Económica* de *Robert William Fogel* (1926 -) y *Douglas North* (1920-) contempla también la historia como un proceso de evolución de instituciones. Hay que incluir también la teoría del capital humano de *Theodore Schultz* (1902- 1998) o el análisis económico

que hace *Gary Becker* (1930-) de las instituciones y funciones de la familia y el matrimonio.

En cierto modo, las nuevas escuelas institucionalistas hacen algunas cosas justo al contrario de la vieja escuela del institucionalismo americano. Mientras que los *primeros institucionalistas* trataron de introducir en la ciencia económica conceptos procedentes de otras ciencias, los *nuevos institucionalistas* tratan de utilizar los instrumentos de la Economía para explicar la historia, el comportamiento animal, el comportamiento delictivo, el derecho, los contratos, la empresa, las redes de información, el gobierno, la familia y otras instituciones sociales.

Es lo que también se ha llamado el *imperialismo económico*, la invasión por la ciencia económica de áreas del conocimiento que le habían sido ajenas.

Como los *viejos institucionalistas*, se sigue prestando una atención especial a las instituciones sociales, políticas y económicas que dirigen nuestra vida cotidiana, pero ahora se sigue un estricto *individualismo metodológico* buscando las explicaciones a los hechos en los objetivos, planes y decisiones de los individuos. Ciertamente se atiende a conceptos de grupo social tales como la *cultura de empresa* o la *memoria organizativa*, pero en la nueva metodología estos conceptos son un objeto a explicar, no una causa explicativa. Sólo los individuos deciden y actúan. Los fenómenos que observamos y describimos a nivel de agregados sociales deben ser explicados como resultado de las acciones e interacciones de seres humanos individuales que buscan sus propios intereses tal como ellos los entienden.

La metodología de la corriente ortodoxa neoclásica utiliza el modelo teórico del mercado de libre competencia como un supuesto ideal óptimo frente al que se compara la realidad económica. Eso conduce inevitablemente a los economistas a proponer soluciones consistentes siempre en la modificación de la realidad para acercarla a la abstracción del libre mercado. El nuevo institucionalismo rechaza esa metodología y, en cambio, intenta comparar unas instituciones con otras. Lo óptimo no es real ni es alcanzable por lo que hay que comparar y elegir entre soluciones institucionales subóptimas pero posibles.

Ante esta nueva metodología, mercado y estado parecen competir en igualdad de condiciones: las instituciones estatales o las

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

instituciones de mercado pueden ser comparativamente más o menos eficientes según el lugar y el momento histórico. Para solucionar los problemas económicos concretos y para estimular el crecimiento económico no es válido proponer medidas macroeconómicas de validez universal. Por el contrario, habrá que fomentar el desarrollo institucional adecuado al entorno concreto (www.eumed.net; *Ayala*, 2002, cap. 1).

Cabalmente *Ayala*, con una posición a favor del *neoinstitucionalismo*, afirma que la protección de los derechos individuales, especialmente los derechos de propiedad, no puede ser vista como un lujo sólo de los países ricos. Agregando, en el contexto de los países de América Latina, que un sistema de derechos bien definidos no elimina en definitiva las tentaciones de caer en la corrupción (*Ayala*, 2002, pp. 25-26).

c) El enfoque de la economía institucional

De acuerdo con *Geoffrey M. Hodgson (1946-)*, el término “*la nueva economía institucional*” se usa ampliamente y está asociado a una vasta literatura. Claramente, el adjetivo temporal en el título adoptado de esta amplia serie de teorías y enfoques de posguerra tiene la intención de delimitar la “*nueva economía institucional*” del “*antiguo*” *institucionalismo económico* de *Thorstein Veblen*, *John Commons* y *Wesley Mitchell*. Este *primer institucionalismo* fue, de hecho, dominante en los departamentos de economía norteamericanos justo después de la Primera Guerra Mundial.

A pesar de esto, los exponentes destacados de la “*nueva*” *economía institucional* han hecho pocas referencias detalladas de su predecesor. Dos factores podrían ayudar a explicar esta omisión. El *primero* es que actualmente, la subdisciplina de la historia del pensamiento económico está muy abandonada y ahora existe un desconocimiento del “*antiguo*” *institucionalismo* norteamericano, a pesar su favorable ubicación geográfica y accesible idioma. El *segundo* se debe a que desde el declive en Norteamérica después de 1930, el *institucionalismo “antiguo”* ha sido repetidamente condenado y descartado por no haber proveído a la teoría económica de un enfoque sistemático viable.

Sin embargo, las caracterizaciones del “*antiguo*” *institucionalismo* como puramente descriptivo o antiteórico son insostenibles ante un escrutinio desde cerca. Particularmente en los escritos de *Veblen* y

Commons, hay un fuerte énfasis en la importancia y prioridad de las tareas de la explicación y el desarrollo teóricos. Cualquiera sean sus limitaciones, los *primeros institucionalistas* se dirigían a cruciales asuntos teóricos. Por ejemplo, *Veblen* (1899, 1919) fue el primer cientista social que intentó desarrollar una teoría económica e institucional de la evolución en líneas esencialmente darwinianas (*Hodgson*, 1993). El trabajo de *Veblen* comparte ciertas características comunes por parte de economistas muy posteriores que intentan utilizar metáforas evolutivas de la biología: *Armen Alchian* (1950), *Friedman Hayek* (1988), *Kenneth Boulding* (1981); y, *Richard Nelson* y *Sidney Winter* (1982). Adicionalmente, se ha reconocido que *Commons* (1924, 1934) como una influencia de primer orden sobre, por ejemplo, en la economía conductista (*behavioral*) de *Herbert Simon* (1979) e incluso en el “nuevo” institucionalismo de *Oliver Williamson* (1975). Los *institucionalistas* también desarrollaron un número de teorías sobre el comportamiento de los precios en mercados de competencia imperfecta (*Marc Tool* 1991).

Rastros de la influencia superviviente del “antiguo” ideario *institucionalista* pueden encontrarse en muchas áreas y/o teorías y en la economía aplicada. De hecho, la influencia del *institucionalismo* persistió por un tiempo después de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, hay algo que justifica las declaraciones desdeñosas. Desde *Veblen* los “antiguos” *institucionalistas* han fracasado en ponerse de acuerdo, y menos aún desarrollar un núcleo teórico sistemático. El *institucionalismo norteamericano* no legó un sistema teórico integrado de la estatura o alcance como el de *Karl Marx* (1818-1883), *Alfred Marshall* (1842-1924), *Léon Walras* (1834-1910) o *Vilfredo Pareto* (1848-1923). (www.geoffrey-hodgson.info; www.redcelsofurtado.edu.mx).

4.- ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, AED

a) Aproximación al concepto del análisis económico del derecho, AED

Esta rama del análisis científico implica la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia de la economía a los fenómenos jurídicos.

Se puede indicar que la Economía estudia los fenómenos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios obtenidos en

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

base a recursos escasos. Su objeto de estudio radica en conductas humanas, lo cual incide en la metodología y límites de esta ciencia económica.

Por su parte, los fenómenos jurídicos pueden ser analizados desde el enfoque de la economía.

Los fenómenos o los hechos jurídicos tienen efectos perceptibles en la actividad económica (Kluger et al, pp. 21- 22).

En esta disciplina, se realiza el análisis económico de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de los seres humanos.

Se parte del supuesto del AED es que las normas jurídicas crean costos y beneficios para la realización de ciertas acciones (Spector, pp. 7-8).

b) Antecedentes históricos

El AED nace en los Estados Unidos, en la Universidad de Chicago, con los trabajos de *Ronald Coase* (1910-) sobre *El problema del costo social* (1960, cuyo antecedente fue el estudio *La naturaleza de la empresa*, de 1937. *The Problem of Social Cost* se publicó en *Journal of Law and Economics*; *El problema del coste social*, se publicó en español en *Hacienda Pública española*, 1981); y, de Guido Calabresi (1932, -) de la Universidad de Yale con su estudio de 1961, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, publicado en *Yale Law Journal* (Posner, en Roemer, 2002, pp. 66 a 70).

c) Algunos de los fundadores de la AED

***Ronald Coase* (1910-)**

Ronald Harry Coase nació el 29 de diciembre de 1910 en Willesden, suburbio de Londres. Es un economista estadounidense de origen británico.

Su papá fue telegrafista de la oficina de correos, al igual que su madre. Tal vez por esta razón, siempre se interesó por el estudio de los **servicios públicos** británicos.

Se formó en la *Kilburn Grammar School* hasta que pasó a estudiar la licenciatura en Comercio en la *London School of Economics*. En la prestigiosa institución británica se especializó en economía industrial y, tras viajar a Estados Unidos en calidad de becario, se licenció. A su regreso al Reino Unido, fue contratado en 1932 como profesor en la *Escuela de Economía y Comercio* de Dundee (1932-1934).

En 1934 se trasladó a la Liverpool, donde ganó una plaza como profesor, y un año más tarde fue contratado por la *London School of Economics* (1935-1939; 1946-1951) en la que obtuvo el grado de doctor al año siguiente.

En 1937 publicó un artículo llamado *La naturaleza de la empresa*, en el que expuso su teoría de los costes de transacción, según la cual las grandes compañías existen como tales porque realizan sus actividades a un menor coste que si las contrataran externamente.

Con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, Coase se responsabilizó de trabajos estadísticos para diferentes agencias gubernamentales y en 1946 se reincorporó a la *London School of Economics*. En esta institución fue asignado a la asignatura de principios de economía, a la vez que investigaba sobre la utilidad pública. En 1951 se trasladó a Estados Unidos, donde encontró plaza como profesor en la *Universidad de Buffalo* y en 1958 se trasladó a la *Universidad de Virginia*, en la que ejerció la docencia hasta 1964.

En la década de los años cincuenta, divulgó su posición acerca de la conveniencia de establecer adecuadamente los derechos de propiedad, con el fin de obtener las mejores ofertas en las adjudicaciones públicas. Profundizó sobre esta materia y en 1961 publicó el artículo "*El problema del coste social*", 1960 (Coase, en Roemer, 2002, pp. 513 a 557) en el que se planteó la posibilidad de que a través de una adecuada asignación de los derechos de propiedad fuera posible una internalización de las externalidades, que se sistematizó en el teorema que lleva su nombre.

Coase expresó que el costo de ejercer un derecho (de usar un factor de la producción) es siempre la pérdida que sufra la otra parte como consecuencia del ejercicio de ese derecho (Coase, en Roemer, 2002, pp. 554; González, 2008, pp. 103 a 106).

Fue editor de la revista "*Law and Economics*" de 1964 a 1982.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

En 1964 se trasladó de la *Universidad de Virginia* a la de *Chicago*, que le ofreció una plaza como profesor. A lo largo de su vida, fue miembro de la Academia Británica; de la Academia Europea; de la Academia Americana de las Artes y de las Ciencias; presidente fundador de la Sociedad para la Nueva Economía Institucional y miembro de honor del Comité de Eurociencia. También fue nombrado doctor *honoris causa* por varias universidades como las de Colonia, Yale, París o Buckingham, entre otras.

En sus análisis, Coase señaló una laguna habitual en economía: no considerar los costes de contratación y gestión. Estos consumen recursos y las instituciones son una respuesta al intento de minimizarlos. De hecho, las empresas son instituciones que reducen costes a través del desvío de actividad en el mercado. Por extensión, cualquier estructura institucional responde a la presencia de un cierto nivel de costes de transacción. Por otra parte, es más relevante hablar del derecho al uso de bienes, antes que de éstos, porque la determinación correcta de los derechos de propiedad mediante reglas determina las decisiones económicas y, por tanto, el resultado social final.

Se le otorgó el Premio Nobel de Ciencias Económicas en 1991 por el descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. *Ronald Coase* es considerado el fundador del Análisis Económico del Derecho y de la Nueva Economía Institucional”.

Coase, 1937: en su estudio *The Nature of the Firm* (La naturaleza de la empresa; 1937, en *Roemer*, 2002, pp. 558 a 575), dijo que según los costos de transacción, las grandes empresas existen como tales porque realizan sus actividades a un menos coste que si las contrataran externamente. *Coase, 1961*: publica *The Problem of Social Cost* (*El problema del coste social*), en el cual propuso la conveniencia de que mediante la adecuada asignación de los derechos de propiedad fuera posible una internalización de las externalidades, lo cual se conoce como el *teorema de Coase*.

Una aplicación del teorema de Coase en la materia de los contratos, es la siguiente:

Las partes negociantes efectuarán un contrato perfecto cuando los costes de la transacción sean nulos. En este caso, el contrato será completo porque la negociación de términos adicionales no cuesta nada. Cuando los costes de transacción son nulos, el contrato será asignado a la parte que lo valore más y cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor coste (Bejarano, 1999) (www.mx.encarta.msn.com).

Obras:

- “The Nature of the Firm”, 1937, *Economica*.
- “The Marginal Cost Controversy”, 1946, *Economica*.
- *British Broadcasting: A study of monopoly*, 1950.
- “The Problem of Social Cost”, 1960, *Journal of Law and Economics*.
- “Durability and Monopoly”, 1972, *Journal of Law and Economics*.
- “The Lighthouse in Economics”, 1974, *Journal of Law and Economics*.
- *The American Economic Review*, Vol. 64 N° 2 (1974).
- “Marshall on Method”, 1975, *Journal of Law and Economics*.
- “The Wealth of Nations”, 1977, *Economic Inquiry*.
- “Economics and Contiguous Disciplines”, 1978, *Journal of Legal Studies*.
- “The New Institutional Economics”, 1984, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*.
- *The Firm, the Market and the Law*, 1988.
- “The Institutional Structure of Production”, 1992, *AER*
- “The Institutional Structure of Production”, 1993, en Williamson, editor, *Nature of the Firm* (www.wikipedia.org)

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

Teorema de Coase:

Cuando las partes afectadas por las externalidades (impacto que acciones de una persona física o jurídica causan en otras personas físicas o jurídicas) pueden negociar sin incurrir en coste alguno, el resultado es eficiente; independientemente de quien sea jurídicamente responsable de los daños (El problema del costo social, *The Problem of Social Cost*, University of Chicago, The Journal of Law and Economics, octubre 1960; Revista de Estudios Públicos No. 45, 1992, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile, www.cepchile.cl; Kluger, 2006, pp. 60 a 62).

Este teorema (proposición que afirma algo demostrable), parte de estos supuestos, sujetos a discusión:

- Los agentes, actores o seres humanos actúan racionalmente.
- No existe el efecto riqueza.
- Es posible realizar contratos o negociar de modo libre, sin coste alguno, siendo factible que los contratos se cumplan.

Roemer hace la crítica en el sentido de que suponer que los costos de transacción son iguales a cero, no es realista (Roemer, 2002, p. 57).

- Los derechos de propiedad pueden ser bien definidos (www.manuelbagues.com; www.ecobachillerato.com)

Para el logro de la *eficiencia económica*, de acuerdo al teorema citado, se deben dar estos requisitos:

- *Uno*, la eficiencia requiere que los derechos sobre la propiedad y los contratos estén bien establecidos,
- *Dos*, se debe establecer una asignación inicial de derechos que garantice la máxima eficiencia,
- *Tres*, el derecho puede aumentar la eficiencia en el sistema económico, reduciendo los costes de las transacciones y de los contratos (www.eumed.net; www.ecobachillerato.com).

Guido Calabresi (1932-)

Guido Calabresi nace el 18 de octubre de 1932, en Milán.

Guido es el hijo del cardiólogo Massimo Calabresi y de Bianca María Finzi-Contini. Los padres de Calabresi, fueron activos en la resistencia contra el fascismo italiano en Milán. En 1939 emigran a los Estados Unidos. Se naturalizan estadounidenses en 1948.

Calabresi se casó con Anne Gordon Audubon Tyler, antropóloga social, escritora independiente, activista social, filántropa y patrocinadora de artes.

Fue Decano de la Facultad de Derecho de la *Universidad de Yale*, donde ha sido profesor desde 1959. Calabresi es considerado, los junto con *Ronald Coase*, como uno de los fundadores de la corriente *Law & Economics*, también conocida como el *Análisis Económico del Derecho*.

Para Calabresi la *eficiencia* es la palabra clave para entender el AED, entendida relativamente, como la habilidad de producir al más bajo costo. *Calabresi* le hizo observaciones críticas a *Posner (Tavano, ¿Qué es el análisis económico del derecho? en Alegría y Mosset, 1999, pp. 30 y 31)*.

1970: Yale University Press publica el libro de Calabresi *The Cost of Accidents: legal and Economic Analysis*. En 1984 la editorial Ariel de Barcelona lo publica con el título *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (González, *Doxa*, edición digital, 1994).

Publicaciones:

Algunos pensamientos en la distribución de riesgo y el derecho de responsabilidad civil, en *Yale Law Journal*, 1961.

El Análisis el económico y jurídico de la responsabilidad civil, Barcelona, Ariel, 1984.

El Costo de Accidentes: un Análisis Legal y Económico. Yale University Press, 1970.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del derecho

1983, *Journal of Legal Education* (Roemer, 2002, pp. 579 a 586; www.123-biographies.com; www.britannica.com; www.wikipedia.org; www.wikiderecho.cl).

Gary Becker (1930-)

Nace el 2 del diciembre de 1930, Pottsville, Pennsylvania, Estados Unidos.

Es un economista norteamericano.

Premio Nobel en Economía en 1992 por su empeño en trabajar el concepto de *capital humano*. Becker, extendió el análisis micro-económico a un amplio rango de comportamiento humano e interacción, incluyendo aquel que no tiene relación con el mercado.

Es un destacado representante del liberalismo económico.

Becker comenzó sus estudios universitarios en la Universidad de Princeton y los terminó en la Universidad de Chicago. Fue profesor en las Universidades de Columbia y Chicago, en donde conoció a *George Stigler* (1911-1991).

Partiendo del su enfoque económico, *Becker* afirmó que los individuos actúan de una manera racional. El investigó este supuesto en estas áreas de análisis: el capital humano, la criminalidad, discriminaciones por sexo o raza o el comportamiento de las familias.

Para *Becker*, la familia es una fábrica de consumidores de bienes (la comida, alojamiento). El precio de éstos tiene dos componentes: el precio del mercado y el coste de oportunidad. Si la renta de familia aumenta, resulta antieconómico mantener miembros de la familia trabajando en la casa.

Obras: (1981, en inglés; 1987, en español) *Tratado sobre la familia*. Madrid: Alianza Editorial.

(1964, en inglés; 1983, en español) *El capital humano*. Madrid: Alianza Editorial. (www.wikipedia.org).

Imperialismo económico:

Como ya se indicó *Becker* fue uno de los impulsores de esta tendencia, por la cual el análisis económico se extiende a otras disciplinas, como el derecho, antropología, sociología, historia, administración pública, administración de negocios, educación, ciencia política etc.

Obviamente, esta corriente metodológica de la economía como una ciencia imperialista provocó un amplio debate (Tullock, 1980; Bejarano, 1999; Reuven Brenner en Roamer, 2002, pp. 91 a 101).

Richard Posner (1939-)

Nace el 11 de enero, 1939, en New York, USA.

Ha desempeñado el cargo de juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito, en Chicago, Estados Unidos.

Es uno de los más influyentes teóricos del derecho que se encuentran con vida y la voz mayor en el movimiento del *Análisis Económico del Derecho*, al que ayudó en sus inicios mientras era profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago (www.wikipedia.com)

El juez Posner, es economista y magistrado desde 1981 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que presidió de 1993 a 2000.

Graduado en 1959 en *Yale*, se licenció en Derecho en la *Harvard Law School* en 1962. Entró como profesor en 1968 en *Stanford University* de donde pasó a la Law School de la *Universidad de Chicago* (1969-1981) en cuyas actividades académicas y docentes continua participando regularmente.

Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos como la legislación antimopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del *Análisis Económico del Derecho (Law and Economics)*, aplicando el análisis económico al derecho de familia, la discriminación racial, la jurisprudencia y la privacidad.

Es fundador del *Journal of Legal Studies*. Presidió la *American Law and Economics Association* (1995-96) y es coeditor de la *American Law and Economics Review*. Es doctor honorífico por las universidades de Syracuse (1986), Duquesne (1987), Georgetown (1993), Gante (1995), Yale (1996), Pennsylvania (1997), Brooklyn (2000) y Northwestern (2001).

Enfoque de Ricard Posner

Supuestos

Este autor afirma que la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.

Se parte del supuesto del ser humano como ser racional, que tratará de aumentar al máximo su interés propio, lo cual implica que las personas responden a los incentivos.

De esos *supuestos* derivan los tres principios de la economía:

- *La ley de la demanda*: se da una relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada.
- *Costo de oportunidad*: en la dimensión del AED, se aplica el *teorema de Coase*, que en forma simplificada señala que si las transacciones no cuestan nada, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de la propiedad.

El mercado: los recursos tienden a gravitar hacia sus usos más valiosos si se permite el intercambio voluntario en este espacio económico (Posner, 2007, pp. 25 a 34).

Obras de Richard A. Posner

- *Taxation by Regulation*, 1971, *Bell JE*.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

- *Theory of Negligence*, 1972, *Journal Legal Studies*.
- *Economic Analysis of Law*, 1973.
- *Economic Justice and the Economist*, 1973, *Public Interest*.
- *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 1975.
- *Antitrust Law: An Economic perspective*, 1976.
- *Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis*, con William Landes (1939-), 1976.
- *Journal Law and Economics*.
- “*An Approach to the Regulation of Bank Holding Companies*”, con F. Black y M.H. Miller, 1978, *Journal of Business*.
- “*Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*”, 1979, *Journal Legal Studies*.
- “*Joint and Multiple Tortfeasors*”, with W. Landes, 1980, *Journal Legal Studies*
- “*Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*”, 1980, *Hofstra Law Review*.
- *The Economics of Justice*, 1981.
- *Sex and Reason*, 1992.
- *Aging and Old Age*, 1995.
- *The Problematics of Moral and Legal*, 1997.
- *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, 1997 (www.eumet.net)

Con *Posner*, a partir de 1973, año en que se publica su obra *Economic Analysis of Law*, hace un estudio combinando derecho y economía, en donde abarca diversas ramas jurídicas: propiedad, contrato, responsabilidad civil, penal; lo fiscal, tributario, etc. (Bejarano, 1999).

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

Esta obra (2007, México: FCE) estudia el derecho civil, penal, constitucional, económico, servicio público, transporte colectivo, mercados financieros, tributación, procedimientos judiciales administrativos, civiles, penales; pruebas, la discriminación racial, la protección de mercados libres en las ideas y en la religión; propiedad intelectual, y cateos, confiscaciones e interrogatorios.

Posner, en el *Prefacio* de esta obra dijo que no se puede aprender economía en un solo libro; ni en este libro ni en ningún otro (Posner, 2007, p. 20).

Mitchell Polinsky (1948-)

Es una figura pionera en el campo del *Análisis económico del derecho, AED*.

Obtuvo su Bachillerato en Economía en la Universidad de Harvard (1966-1970) y su Doctorado en Economía en el MIT (Massachusetts Institute of Technology), 1970-1973; y, su Maestría en Derecho en la Universidad de Yale (1975-1976).

Su obra abarca estudios en contratos, propiedad, reparaciones civiles, derecho penal.

Ha sido Presidente de la Asociación Americana de Derecho y Economía.

d) Presupuestos del AED

Se pueden indicar algunos presupuestos del AED, como por ejemplo:

- *Individualismo metodológico:* se analiza la acción humana individual, pues se supone que la persona actúa racionalmente tratando de maximizar su bienestar, dado que los bienes y servicios son escasos.
- *Modelo analítico:* se supone que el mercado es el que asigna los recursos, mediante el sistema económico.
- *Optimización:* se supone que la persona actúa buscando la optimización en la asignación de bienes y servicios.

- *Teorema de Coase*: en esa acción racional del ser humano, se busca la reducción de los costes de las transacciones en el mercado.
- *Coste (o) de oportunidad o alternativo*: para obtener satisfacción con algún bien o servicio se debe renunciar al disfrute de otros (Torres, 1997; Ricardo Lorenzetti *Análisis económico del derecho: valoración crítica*, en Alegría y Mosset, 1999, pp. 72 a 74).

e) **Algunas notas características del AED**

En pocas palabras, se puede indicar que lo característico del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación y comprensión de los fenómenos jurídicos (*María Tavano*, en Alegría y Mosset, 1999, p. 15).

- Es la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema legal. Se basa en la triada maximización-mercado-eficiencia (bajo un enfoque costo-beneficio social), busca maximizar (eficiencia de) los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos, brindándonos un argumento económico para reforzar, corregir o completar el argumento legal (pero, no lo excluye).
- Se inicia con el convencimiento que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultados generan para los ciudadanos.
- La *institución* se entiende, en la corriente institucional y neoinstitucional –en el campo económico– como aquello que establece las reglas del juego en la sociedad, dentro de una perspectiva general.
- Es fundamentalmente social, el principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgo.
- Se fundamenta que entre el derecho y la economía existe un elemento central: la *eficiencia* (en una de sus acepciones: *producir al coste o costo más bajo*). Al enfrentar, tanto la economía como el

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

derecho el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, se busca siempre una solución eficaz socialmente.

- Se diseña una imagen del derecho y de la práctica jurídica que toma el principio económico como único estándar, de esta manera se integra la economía del comportamiento social, en especial, la participación de las instituciones jurídicas y sus funcionarios.
- Se opera una importante reducción ideológica y finalística. Los nuevos conceptos jurídicos son admisibles únicamente en la medida que satisfacen el objetivo de la eficiencia de la práctica jurídica.
- Consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico. Es un método o un enfoque que se aplica a un objeto distinto de aquel para el cual fue concebido (el sistema económico) sustituyéndolo por el sistema jurídico.
- La función principal de la responsabilidad civil bajo la concepción del AED es la de reducir la suma de costes de los accidentes y de los costes de evitarlos.
- El *primer coste* (“*primario*”) es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes, lográndose mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo.
- El *segundo coste* (“*secundario*”) que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costes sociales derivados de los mismos, lográndose a través del método del riesgo y el método de la buena bolsa.
- El *tercer coste* (“*terciario*”) de administrar el tratamiento de los accidentes, cuyo objetivo es el de reducir los costes primario y secundario.
- Se trata en suma de la aplicación del método de razonamiento económico al derecho. No reemplaza al razonamiento jurídico sino lo complementa. El método aplicado es una mezcla de lógica deductiva y empirismo.
- Allí donde haya alternativas, escasez y en su virtud, elección, allí serán aplicables los métodos del Análisis Económico, llegándose

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

a la conclusión que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser incluido del análisis económico.

- Este enfoque económico gira en base a tres premisas: el análisis de los efectos de las leyes, el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos.
- Sobre el análisis de los efectos de las leyes no es posible entender las instituciones únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultado generan crear modelos tendientes a evaluar rigurosamente los efectos de todo tipo producido por las leyes.
- El Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención.
- El comportamiento maximizador y el análisis del derecho es uno de los elementos esenciales del enfoque económico en que se basa el análisis económico del derecho, puesto que los sujetos tienden a maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.
- El derecho y el equilibrio en el mercado se refieren a la finalidad de alcanzar la eficacia social mediante la búsqueda de la máxima eficacia a través del intercambio homogéneo, libre y confiable de todos los agentes en relación al uso de bienes y factores productivos.
- El derecho en caso de observar errores que corregir en el tráfico del libre mercado de la economía, de ser útil lo enmendará por medio de procedimientos sancionatorios, asimismo, si existen factores que alcancen la eficacia en el mercado deberá ser el derecho quien establezca las condiciones en que pueda efectivamente alcanzarse; buscando su accionar llevar el equilibrio al mercado.
- Para cumplir con los objetivos primordiales del Bien Común y Paz Social a que aspira el Derecho, tiene que velar por el

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

intercambio confiable y ético en relación al uso de bienes y factores productivos; “por lo que el derecho debe garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y si la inconsistencia de este, muestra “fallos” que enmendar, el Estado tendrá que corregirlos a través del mecanismo coercitivo del Derecho”.

Un primer planteamiento que se presenta en la concepción económica del derecho es el aparente conflicto entre eficiencia y equidad, pudiéndose presumir que en la concepción citada, el mismo se dirime en favor de la eficiencia con indiferencia respecto de la “inequidad” que sus soluciones puedan importar. Al respecto, y siguiendo a *Mitchell Polinsky*, cuando se trate de conceptualizar las nociones del análisis económico del derecho (AED), la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma, mientras que la equidad se refiere a la distribución de la renta –los beneficios– entre los individuos. Así en principio, podríamos decir que una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios totales y disminuye los costos totales de una determinada situación, mientras que será equitativa en la medida en que disminuya la diferencia entre los beneficios distribuidos a cada miembro de la comunidad.

El conflicto entre ambas nociones se plantea en aquellos casos en los cuales el aumento de beneficios totales trae aparejado que los mismos sean distribuidos de manera inequitativa, es decir que habrá una importante diferencia entre la porción de beneficios que se asignará a cada individuo. Si se quisiera privilegiar la eficiencia por sobre la equidad, se decidirán acciones que aumenten la suma total de beneficios aunque ello acreciente la diferencia numérica entre lo distribuido a los individuos –los que reciben más beneficios los verán aumentados y los que reciben menos los verán disminuidos–, en caso contrario se preferirá no aumentar e incluso reducir la suma total de beneficios en pos de lograr un reparto más equitativo. El conflicto se produce cuando la redistribución de la renta genera costos, ya que si la misma no los produjera siempre sería preferible la opción más eficiente, por cuanto siempre sería preferible aumentar los beneficios totales dado que quienes menos reciben en la anterior situación al menos tienen asegurada la misma asignación de renta en la nueva. Los partidarios del *análisis económico del derecho*, entienden que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal, es decir, del sector público del derecho, porque de esa manera se logra en forma más barata y precisa, mientras que el derecho privado debe buscar la solución más

eficiente, esto es, aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios (Ibáñez, versión digital).

Además, se puede agregar lo siguiente:

- Amplia utilización de los instrumentos analíticos de Coase.
- Evaluación de las conductas humanas y de las relaciones económicas con base en criterios de *valor* y de *eficiencia*.
- *Eficiencia*, se entiende como la explotación de los recursos económicos de tal manera que se maximice el *valor*; y, por *valor*, se propone que sea la satisfacción humana medida en forma del valor agregado que los consumidores estén dispuestos a pagar por los bienes y servicios obtenidos con los recursos económicos.
- *Análisis estático*, pues el estudio económico se focaliza en la distribución de los recursos en un momento dado; evadiendo el análisis dinámico de largo alcance.
- Esencialmente, este enfoque de la *Escuela económica de Chicago* (se recuerda también la relevancia en las Ciencias Sociales de la *Escuela sociológica de Chicago*) es conservador, *pro-status quo* (Kluger, 2006, pp. 27-28).

f) El derecho en la óptica del AED

El derecho común, cuando se contempla desde el punto de vista económico, tiene tres partes:

- *El derecho de propiedad*, que se ocupa de la creación y la definición de los derechos de propiedad, que son derechos para el uso exclusivo de recursos valioso;
- *El derecho de los contratos*, que se ocupa de la facilitación del movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia aquellos que los valúan más; y
- *El derecho de los cuasidelitos*, que se ocupa de la protección de los derechos de propiedad, incluido el derecho de la integridad personal (Posner, 2007, p. 67).

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de "Derecho y Economía"

Posner, en el capítulo VII de su citado libro, donde analiza el aspecto del *derecho penal*, por ejemplo, sostiene que el modelo para analizar el comportamiento del delincuente indicaría que una persona comete un delito porque los beneficios esperados del él superan a los costos esperados.

Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de los delitos de ganancia pecuniarias) o intangibles (en el caso de los llamados delitos pasionales) derivadas del acto criminal. Los costos incluyen diversos gastos pecuniarios (para comprar armas de fuego, herramientas para cometer el delito, máscaras, etc.), los *costos de oportunidad* del tiempo del delincuente y los costos esperados del castigo penal.

Los costos de oportunidad del delito podrían aumentarse y por ende reducirse la incidencia del delito, disminuyendo el desempleo, lo que aumentaría las ganancias del trabajo legal.

La noción del delincuente como un calculador racional parecerá poco realista a muchos lectores, dice *Posner*, sobre todo cuando se aplica a delincuentes que tienen poca educación o a delitos que no se cometen por una ganancia pecuniaria. Pero como destacamos en el capítulo I, una prueba mejor de una teoría que el realismo de sus supuestos es su potencia predictiva.

Una creciente producción de literatura empírica sobre el delito ha revelado que los delincuentes responden a los cambios de los *costos de oportunidad*, de la probabilidad de la aprehensión, de la severidad del castigo y de otras variables relevantes como si fueran en efecto los calculadores racionales del modelo económico, y esto independientemente de que el delito se cometa por la ganancia pecuniaria o por impulso pasional, o por personas bien educadas o poco educadas, o aun por menores (*Posner*, 2007, pp. 349 y 350).

CONCLUSIÓN

El enfoque del AED es polémico, tanto por sus supuestos metodológicos como por sus efectos en la realidad.

En este trabajo se pretende haber realizado una presentación, entre otras posibles, con el fin de indagar en esta perspectiva.

Partir del supuesto de la racionalidad de los actores que intervienen en el mercado capitalista, responde a los criterios del racionalismo heredado de *René Descartes* (1596-1650), aceptado por *Adam Smith* (1723-1790) fundador de la Escuela Clásica en Economía; y, sostenido por la Escuela Neoclásica, los liberales y neoliberales.

Sostengo, en términos relativos que la falta de información sobre los bienes y servicios del mercado, la manipulación a cargo de la propaganda, el poder de los medios de manipulación y desinformación, la dominación ideológica del sistema educativo, de las iglesias de los diversos credos, las familias, etc., convierten a los seres humanos en objetos del control ideológico.

Considero que se debe poner atención en dos ideas, entre otras del AED:

- Al derecho le es relevante que si existen *costos de transacción*, se deben hacer esfuerzos por buscar el óptimo económico con eficiencia, mediante la elaboración y aplicación de normas jurídicas que tiendan hacia ese objetivo.
- Si se acepta, lo cual es voluntario, que las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, que consiste en abaratar los *costos de transacción*, el derecho que regula la propiedad, los contratos, las responsabilidades civiles, administrativas y penales, debe de estar bien estructurado y aplicado (Rojas, Sola y Stoudeur, 2006).

Esta relación de la *economía y el derecho*, me parece que es fructífera, como lo ha probado el camino recorrido por el AED durante medio siglo. Por supuesto que esta relación va más allá de la perspectiva del AED, siendo relevantes los demás enfoques que se realizan a partir de economistas y de juristas, recíproca y respectivamente.

ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría, Héctor; y, Jorge Mosset, directores. *Derecho y Economía* (Buenos Aires: Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 21, 1999).
- Ayala, José. *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- Fundamentos institucionales del mercado* (México: UNAM, 2002);
- y Juan González, *El neoinstitucionalismo, una revolución del pensamiento económico* (México: Banco Nacional de Comercio Exterior de México: Revista de Comercio Exterior, CD, enero 2001).
- Baccini, Alberto; Renato Giannetti. *Clometría* (Barcelona: Crítica, 1997).
- Bannock, Graham et al *Dictionary of Economics* (New Jersey: The Economist, 2003).
- Barrantes, Jaime. *Ley No. 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, anotada con jurisprudencia y dictámenes* (Medellín, Colombia: Diké, 2003).
- Bejarano, Jesús. *El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos* (Bogotá, Colombia: Universidad del Externado, Revista de Economía Institucional No. 1, 1999, versión digital).
- Bernier, Bernard. *La Pensée Économique Contemporaine* (Paris: Dunod, 2001).
- Blaug, Mark. *Teoría económica en retrospectiva* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- Bulmer, Martín. *The Chicago School of Sociology* (Chicago: The University of Chicago Press, 1984).
- Canterbery, E. Ray. *A Brief History of Economics* (New Jersey: World Scientific, 2001).
- Colson, Jean-Philippe. *Droit Public Économique* (Paris: LGDJ, 1997).
- Cooter, Robert; Thomas Ulem. *Derecho y Economía* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998).
- Corrales, Carlos. *Derecho y economía. Una aproximación al análisis económico del derecho* (Cáceres: Universidad de Extremadura, 1998).
- Cossio, José. *Derecho y análisis económico* (México: Fondo de Cultura Económica, 2002).



Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

- Downes, John; Elliot Goodman. *Dictionary of Finance and Investment Terms* (USA: Barron's. 1998).
- González, Cristina. *Análisis económico del Derecho Ambiental* (Buenos Aires: Heliasta, 2008).
- González, Jesús. *El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación* (Alicante, España, revista Doxa Nos. 15- 16 de 1994, edición digital).
- Guzmán, Patricia. *Introducción al análisis económico del derecho ambiental* (Bogotá: Universidad del Externado, 2006).
- Harrison, Jeffrey; y Maccabe Harrison. *Law and Economics in a Nutshell* (USA: West Publishing Co. 2007).
- Henderson, David. Director *Enciclopedia Fortune de Economía* (Barcelona: Eds. Folio, 1998), editor *The Concise Encyclopedia of Economics* (USA, Indianapolis: Liberty Fund, Inc, 2008).
- Hodgson, Geoffrey. *Enfoque de la economía institucional* (México: Banco Nacional de Comercio Exterior de México: Revista de Comercio Exterior CD, octubre 2003).
- Ibáñez, Luis. *Introducción al análisis económico del derecho* (www.monografias.com)
- James, Emile. *Historia del pensamiento económico en el Siglo XX* (México: Fondo de Cultura económica, 1974).
- Kalmanovitz, Salomón. *La cliometría y la historia económica institucional: reflejos latinoamericanos* (www.eumed.net: contribuciones a la economía, febrero del 2004).
- Kluger, Viviana et al. *Análisis económico del derecho* (Buenos Aires: Heliasta, 2006).
- Kuper, Adam; Jessica Kuper, ed. *The Social Science Encyclopedia* (London: Routledge, 1999).
- Leguizamón, William. *Derecho económico* (Bogotá: Eds. Doctrina y Ley, 2002).
- Luchtensztejn, Samuel. *Pensamiento económico que influyó en el desarrollo latinoamericano en la segunda mitad del siglo veinte* (México: Banco Nacional de Comercio Exterior de México: Revista de Comercio Exterior CD, febrero 2001).
- Marshall, Gordon. *Oxford Dictionary of Sociology* (New York: Oxford University Press, 1998).





- ROMERO PÉREZ: Reflexión en torno al tema de “Derecho y Economía”
- Mercado, Pedro. *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994).
- Miceli, Thomas. *The Economic Approach to Law* (California: Stanford University Press, 2004).
- Montalvo, María. *El Nuevo derecho económico en el contexto de la globalización* (Veracruz, México: Arana, 2005).
- Morales, John. *Derecho económico constitucional colombiano* (Bogotá: Ibáñez, 2005).
- North, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006).
- Para entender el proceso de cambio económico* (Bogotá: Norma, 2007).
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 2007).
- Rivero, Juan Marcos. *Responsabilidad civil* (Medellín, Colombia: Diké, 2001).
- Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994) compilador *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (México: Fondo de Cultura Económica, 2002).
- Derecho y Economía: las políticas públicas del agua* (México: Miguel Porrúa, 2007).
- Rojas, Ricardo et al. *Programa de Análisis Económico del Derecho* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2006, www.hayek.org.ar)
- Salinas, Javier. *Economía política constitucional de los presupuestos públicos* (Madrid: Tecnos, 1993).
- Sánchez, Adolfo. *Economía y derecho* (México: Eds. Coyoacán, 2006).
- Seckler, David. *Thorsten Veblen y el institucionalismo* (México: Fondo de Cultura Económica, 1977).
- Spector, Horacio, compilador. *Elementos de análisis económico del derecho* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004).
- Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law* (USA: Harvard University Press, 2004).





Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010

Street, James y Dilmus D. James. *Institucionalismo, estructuralismo y dependencia en América Latina* (México: Banco Nacional de Comercio Exterior de México: Revista de Comercio Exterior CD, diciembre 1882).

Thomas, William Isaac. *On Social Organization ad Social Personality* (Chicago: The Chicago University Press, 1966).

With Dorothy Swaine Thomas. *The Child in America: Behavior Problems and Programs* (New York: Alfred A. Knopf, 1928).

Torres, Jorge. *Acerca del análisis económico del derecho* (Arequipa, Perú: revista de derecho *Scribas*, 1997, versión digital).

Tullock, Gordon. *Imperialismo económico* (Santiago: Universidad de Chile, Revista de Estudios Públicos No. 1, 1980, Centro de Estudios Públicos, versión digital www.cepchile.cl).

Urías, Homero y Eugenia Correa. *Pensamiento económico: una reflexión oportuna* (México: Banco Nacional de Comercio Exterior de México: Revista de Comercio Exterior, CD, diciembre 2000).

Veblen, Thorstein. *Teoría de la clase ociosa* (México: Fondo de Cultura Económica, 1992).

Witker, Jorge. *Introducción al derecho económico* (México: Mc Graw Hill, 2005).





Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (171-190) mayo-agosto 2010

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Lic. Mario A. Ramírez Granados^()*

Abogado, sociólogo

(Recibido 23/07/09; aceptado 23/11/09)

(*) Abogado Costarricense. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. En la actualidad estudia en la maestría Centromericana de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de dicha casa de estudios.

Email: maragra77@gmail.com

Teléfono 8357-5130.

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

RESUMEN

El presente trabajo describe la figura del servicio público en la doctrina española, argentina y costarricense, su ubicación dentro de la evolución del Estado durante el Siglo XX y su aplicación en el Derecho Costarricense contemporáneo.

Palabras claves: Servicio Público, Derecho Administrativo, Administración Pública, derecho comparado.

ABSTRACT

This essay describes the definition of public service in the Spanish, Argentine, and Costa Rican doctrine, its place within the evolution of the State during the Twentieth Century, and its application to contemporary Costa Rican Law.

Key words: Public service, Administrative Law, Public Administration, comparative Law.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (171-190) mayo-agosto 2010

SUMARIO

1. Aspectos introductorios
2. El concepto de Servicio Público: Apuntes desde la doctrina comparada
3. La evolución del servicio público: De la subsidiariedad al libre mercado
4. El concepto de servicio público en el Derecho Costarricense
5. Conclusiones



1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Junto con el concepto de acto administrativo, el concepto de servicio público se ha convertido en una referencia obligada para el estudio de las Administraciones Públicas.

Su definición, sus límites frente a la actividad privada y su forma de prestación no se pueden entender estrictamente desde el fenómeno jurídico, sino que se encuentran inmersos en el contexto político y económico en que operan las Administraciones Públicas.

Este trabajo pretende describir brevemente la figura del servicio público en relación con los cambios en el modelo de Estado durante el Siglo XX. Para ello, se analizan las acepciones de servicio público en la doctrina española, argentina y costarricense.

En segundo lugar se busca situar a la figura del servicio público dentro de los cambios sucedidos desde el final del Estado Liberal, hasta el contexto actual inmerso en los Tratados Internacionales y la ideología del libre mercado. Finalmente se analiza la aplicación de esta figura en Costa Rica, a partir del modelo de la Constitución de 1949, enfatizando su tratamiento en la Ley General y la legislación más reciente, así como el papel de la Sala Constitucional en la incorporación de dicho concepto dentro del bloque de constitucionalidad.

2. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO: APUNTES DESDE LA DOCTRINA COMPARADA

La noción de servicio público comparte con otras instituciones del Derecho Administrativo su carácter complejo y disperso (Jinesta Lobo: 2002. 142) puesto que se encuentra diseminado entre los articulados de diferentes leyes. Esta dispersión implica una labor de interpretación y actualización permanente, por medio de la doctrina especializada o la jurisprudencia de los Tribunales. Un aspecto importante a tomar en consideración en el estudio del servicio público u otras nociones del Derecho administrativo es la necesidad de ubicar a la norma dentro de un contexto más amplio que remite a concepciones sobre el modelo de Estado y Sociedad.

El concepto de servicio público surge en el contexto europeo de finales del siglo XIX, en que el Estado abandona la función de

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

preservación del orden público e incursiona en actividades sociales y económicas mediante figuras basadas en el Derecho Administrativo que complementan los vacíos del mercado.

De acuerdo con el profesor español Fernando Garrido Falla, el concepto de servicio público es una figura originaria de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés.⁽¹⁾ Dicha figura fue importada a España y a otros países, pero conserva una lógica propia, puesto que no es una doctrina cerrada y porque sus usos difieren del tratamiento francés (Cf. Garrido Falla. 1994. 7).

Derivada de la posición liberal clásica, alguna doctrina (por ejemplo Cassagne) conceptualiza al servicio público como una actividad subsidiaria al Mercado pues, desde su posición, el Estado solo intervenía cuando no había actividad particular. Esta situación llevó a que en los textos normativos no existieran definiciones de servicios públicos o una lista de actividades consideradas como “de servicio público”, sino que el alcance de la figura dependía de las circunstancias de la época y las ideologías.

La intervención estatal se expresaba en la forma de monopolios donde la explotación y la titularidad eran ostentadas por una figura pública, o el servicio era brindado por un particular bajo la forma de un contrato administrativo de concesión, donde la Administración Pública conservaba la titularidad del bien o actividad.

Doctrina española

En el Derecho Español previo a la Constitución de 1978, no existió una definición normativa de servicio público,⁽²⁾ sino que se trataba de una construcción dogmática para analizar las actividades del Estado. Autores como Villar Pallasí y García de Enterría definieron por

-
- (1) Para mayores detalles sobre la evolución del concepto de servicio público en el ordenamiento jurídico francés puede revisarse Romero Pérez, Jorge Enrique (1999): *Derecho Administrativo General*. EUNED. San José, pp. 79 a 119.
 - (2) De acuerdo a la moderna doctrina española (Parejo Alfonso, Troncos Reigada, Ariño Ortiz, entre otros) en la constitución de 1978 y en los Acuerdos de Maastricht surge una definición normativa de servicio público.

servicio público “las actividades prestacionales asumidas o reservadas por el Estado, entendiendo como reserva la publicatio de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la administración”. (citados por Parejo: 2004. 477).

Garrido Falla define al servicio público como “servicio técnico prestado al público de manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial” (Garrido Falla: 1994. 21)

Modernamente, Ariño Ortiz conceptualiza a los servicios públicos basado en la Constitución Española como actividades esenciales que satisfacen necesidades indispensables de los ciudadanos y tenían carácter estratégico para la economía y la sociedad. (Cf. Ariño Ortiz: 2005. 13).

Doctrina argentina

A nivel latinoamericano, el tratadista argentino José Roberto Dromi (1992) define el servicio público como un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de derecho administrativo, común a todo el quehacer de la función administrativa (Dromi: 1992. 5).

Por su parte, Juan Carlos Cassagne propone al “servicio público” como una técnica administrativa que incorpora una actividad al sistema del derecho público, sujetándola a la actividad administrativa mediante un régimen especial. (Cassagne: 1996. 103).

Doctrina Costarricense

En el medio costarricense, la doctrina sobre los servicios públicos (Romero, 1999; Hidalgo Cuadra, 2008) omite el uso de definiciones sobre servicios públicos y más bien analizan sus tipos, principios y modos de prestación.

Una excepción es la jurista Magda Inés Rojas, quien indica que el término servicio público puede ser definido en sentido orgánico o

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

material: El primero hace referencia a los diversos organismos que prestan servicios públicos. En el segundo, el servicio público es una actividad que satisface el interés público, por lo que responde a las necesidades de la colectividad. (Rojas: 1997: 515).

Balance comparativo

Existe consenso en la doctrina comparada en que la actividad sujeta a servicio público debe ser definida mediante ley (es lo que se denomina *publicatio*) y que su regulación es definida por el Estado.

Es importante indicar que el principio subsidiario del servicio público, pierde fuerza durante la segunda mitad del siglo, bajo la influencia del intervencionismo keynesiano, ideología económica que pregonaba el protagonismo del Estado en la economía.

Esto llevó a que la organización de los servicios públicos evolucionara hacia la creación de empresas públicas, que funcionaban bajo esquemas de derecho privado.

3. LA EVOLUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: DE LA SUBSIDIARIEDAD AL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

Como se indicaba anteriormente, el concepto de servicio público depende de los cambios en la esfera política. Desde una teoría de los servicios públicos esto implica la definición de quien presta este servicio y en que forma.

Durante el Liberalismo, el mercado era entendido como el mecanismo autorregulador del proceso económico y el desempleo era visto como un desequilibrio del mercado de trabajo que se solucionaba mediante la flexibilidad de los salarios. (Villareal: 1986.50).

La empresa pública, como forma de organización del servicio público, surge en el contexto de la intervención del estado durante la Gran Depresión de los años treinta y en el auge de la doctrina keynesiana, que impulsó el papel protagónico del Estado como empleador.

En el Keynesianismo surge el llamado Estado de Bienestar, donde las potestades estatales son utilizadas para modificar al juego de las

fuerzas del mercado, estableciendo tres dimensiones: Primero la creación de un salario mínimo, con independencia del mercado. Segundo, la creación del llamado salario social (Harvey) es decir la prestación de servicios sociales de educación, salud, seguridad, que satisfacen necesidades sociales y previenen riesgos y Tercero, la generación de una política de consumo interno mediante el apoyo a la industria nacional con subsidios a la producción y aranceles a los productos importados.

El Keynesianismo y el modelo de Estado inteventor son cuestionados con la crisis de 1973. Esta crisis se debe al fenómeno de la estancación (estancamiento en la producción de bienes y alta inflación de precios) que fueron atribuidos al rol del estado en la economía. Como respuesta, surgen las llamadas Escuelas Neoclásicas que pregonan el control del gasto fiscal, la inflación y la vuelta un modelo en que el mercado cumple el papel de mecanismo auto-regulador de la sociedad.

Como correlato del regreso de la Economía Neoclásica, surgen ideologías económicas como el Monetarismo o la Escuela de la Elección Pública (Public Choice) que cuestionan el papel del Estado como elemento distorsionador de la economía, limitando su actuación en la esfera económica al control de la inflación; e ideologías políticas como el Neoliberalismo, que plantea la reducción del tamaño del Estado, su retirada de las actividades productivas y que tratan de introducir lógicas de tipo empresarial en el funcionamiento de la Administración Pública. Dichas corrientes toman fuerza a inicios de la década de los ochenta, mediante la llegada al poder de los gobiernos de Helmut Kohl, Margareth Thatcher y Ronald Reagan.

La crítica neoliberal lleva a que la prestación monopólica de servicios por parte del Estado sea vista como un fenómeno autoritario y que se revierta su organización hacia la forma de la concesión.⁽³⁾ En otros casos, las empresas públicas fueron vendidas al sector privado o se dieron procesos de apertura de los monopolios, auspiciando el funcionamiento de actividades económicas estratégicas en el contexto del libre mercado.

(3) Dentro de los autores que defienden esta crítica al concepto del servicio público como fenómeno autoritario pueden revisarse en el medio hispanoamericano autores como Juan Carlos Cassagne o Gaspar Ariño Ortiz. En el medio costarricense, dentro de los representantes de esta corriente destacan ensayistas como Manuel Ventura Robles o Carlos Ubico Durán.

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

Parte de la importancia del legado neoliberal en la dirección del Estado se debe a que algunos de los principios pregonados por este tipo de gobiernos inciden en los textos de Tratados de Integración Económica al definir a la prestación de los servicios públicos en el marco del libre mercado y bajo la figura del derecho de la competencia.

Esto llevó a que dentro del proceso de armonización del derecho interno con el derecho regional, la noción de empresa pública entrara en crisis y aparecieran nuevas formas de prestación de los servicios.

En el caso latinoamericano, los gobiernos neoliberales del Primer Mundo en conjunto con los organismos financieros internacionales promovieron lo que se conoce como Consenso de Washington, el cual consistía en la aplicación de un marco de 10 reformas sociales para los Estados latinoamericanos: Disciplina fiscal, reorientación de las prioridades del gasto público, reforma tributaria, liberalización de las tasas de interés, tipos de cambio competitivos, liberalización del comercio, liberalización de la inversión extranjera, desregulación y modificación a los derechos de propiedad intelectual (Williamson: 2003. 10).

Desde esta perspectiva, el concepto de servicios públicos y su organización mediante monopolios es fuertemente cuestionada y menospreciada. El manejo de estas actividades desde lo público, es visto como ineficiente y con precios sobrevalorados y promueve la venta de las empresas públicas al sector privado y la retirada del Estado de este tipo de funciones a fin de detener la deuda pública.

De acuerdo con balances recientes sobre la aplicación del Consenso de Washington se estableció que estas reformas cristalizaron logros económicos como el incremento de las exportaciones, la conquista del equilibrio fiscal y el control de la inflación, pero por otro lado generaron volatilidad financiera, inestabilidad en las tasas de interés y el régimen cambiario; exportaciones con poco valor agregado, balances fiscales que no priorizan en lo social y concentración de la propiedad y el poder económico. (French Davis: 2006).

El proceso de aplicación del Consenso de Washington en los Estados latinoamericanos es lo que se conoce como el Proceso de la Reforma del Estado, la cual tendrá en cada país una expresión y un ritmo diferente. En el siguiente apartado se analiza su aplicación en el caso costarricense.

4. LAS TRANSFORMACIONES DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Como se indicaba anteriormente, la doctrina mayoritaria costarricense, sigue una definición abierta de servicio público, no definiendo taxativamente qué bienes o actividades son considerados como servicios públicos, sino que lo remite al régimen de la *publicatio*, es decir que exista una regulación expresa del Legislador de qué actividad económica será considerada como servicio público.

En ese sentido, si se analiza el papel del Estado costarricense en el manejo de los servicios públicos durante el siglo XX, pueden rastrearse intentos “tímidos” de intervención dentro de la medicina y la economía desde los años veinte y treinta.

Dicho modelo intervencionista se consolida a partir de la década de los cuarenta con la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, la Universidad de Costa Rica. Con posterioridad a la Revolución del 48 se nacionalizan actividades económicas como la banca y el suministro eléctrico y se crea el régimen de las instituciones autónomas y el Régimen municipal mediante la Constitución de 1949.

En este sentido indica Rovira Mas que el Período de 1948 a 1980 se caracteriza por “la profundización de la presencia estatal en distintos ámbitos de la vida social, pero especialmente en lo referido a la ampliación de sus funciones económicas, hasta el punto de la constitución de un poderoso estado intervencionista” (Rovira Mas: 1988. 19).

En la Constitución de 1949, no existen referencias expresas al concepto de servicio público, sin embargo, en los artículos 50 y 74 se orienta el papel del Estado en la intervención de la economía.

Asimismo, en el artículo 46 se establecen límites al nivel de intervención del Estado al señalar que para establecer nuevos monopolios a favor del Estado Central o las Municipalidades, estos deben aprobarse por mayoría calificada (la publicación del derecho español) y el principio de subsidiariedad al señalar que la actividad monopólica del Estado no debe restringir las libertades de comercio, agricultura e industria. Este mismo artículo es importante porque además fija la potestad regulatoria del Estado, dirigida a evitar la constitución de monopolios particulares.

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

Además, existen dentro de la Constitución actividades que por su importancia son declaradas de interés público, como la enseñanza, que se encuentra garantizada en los artículos 79, 80 y 81 de la Constitución Política. En los artículos 79 y 80 se establecen la libertad de enseñanza y la posibilidad de estímulos por parte del Estado. En el artículo 81 se establece al Consejo Superior de Educación como la instancia encargada de la dirección y supervisión de la enseñanza.

Otra actividad definida constitucionalmente es la prestación del servicio de salud, mediante el seguro social obligatorio, administrado por la Caja Costarricense del Seguro Social, el cual se establece en el artículo 73.

Las instancias públicas encargadas de actividades comerciales como los Bancos Estatales (nacionalizados durante la Junta Fundadora de la segunda República) y las instituciones aseguradoras definidas expresamente en el artículo 189, bajo la figura de las instituciones autónomas. Otras actividades como el suministro de telecomunicaciones y electricidad, el suministro de agua potable, de hidrocarburos y sus derivados se encuentran bajo esta figura establecidas mediante leyes especiales.

En la Ley General de la Administración Pública se establecen las formas de regulación de las diferentes instituciones públicas. Así, en el artículo 3 se establece la posibilidad de que los entes dedicados a funciones de tipo comercial (como los Bancos) o industrial se rigen bajo la forma del derecho privado. El resto de instituciones estatales se rigen bajo el derecho público, salvo que se establezca norma en contrario.

En el artículo 4, se establecen que la actividad de los entes públicos se encontrará a los principios del servicio público, con el fin de asegurar su continuidad, su eficiencia y su adaptación a nuevas regulaciones legales o realidades fácticas, así como la igualdad del trato a los usuarios. Finalmente en el numeral 5 se indica que estos principios, sin embargo, no podrán ser utilizados para alterar contratos o violar derechos.

Como un balance de esta primera etapa, se afirma que durante el período del Estado de Bienestar, la legislación no define el concepto de Servicio Público, sino la forma en que estos deben ser prestados, o menciona algunos que considera de relevancia constitucional por sus alcances en la vida nacional.

De acuerdo con el profesor Jorge Enrique Romero, se pueden clasificar a estos servicios en grandes áreas temáticas: servicios de defensa nacional, los culturales, los servicios sociales y los servicios públicos económicos (Romero: 1999. 115-116).

Durante esta época es común que estas actividades se presten bajo la figura de monopolios estatales amparados bajo la figura de la subsidiariedad. Esta situación se modifica en la década del setenta con la aparición de la Corporación Costarricense para el Desarrollo S.A. (CODESA) y sus subsidiarias que incursionan en una serie de nuevas actividades que entran en competencia directa contra la industria privada y si bien tuvo corta vida en el ordenamiento jurídico costarricense, su crisis se convertirá en uno de los fundamentos del ataque al Estado de Bienestar en los años subsiguientes.

A partir de la crisis de los años ochenta (Rovira Mas: 1988) se introduce el giro neoliberal en la dirección del Estado Costarricense y empieza a darse un proceso de cuestionamiento al manejo monopólico por parte del Estado, que se traducirá en una serie de reformas al concepto de servicio público y a sus formas de prestación, a partir de la implementación de los programas de ajuste estructural (PAE) como parte de las condiciones de los préstamos adquiridos con los organismos financieros internacionales.

A diferencia de otros países latinoamericanos, este cuestionamiento a lo público no se traducirá en la privatización y liquidación de los monopolios estatales, sino en la aparición de operadores privados y en la transición de regímenes de prestación monopólica de servicios a regímenes de regulación, en los que el Estado establece los estándares de la prestación de estos servicios mediante superintendencias. La excepción de este modelo lo constituyen CODESA y sus subsidiarias, las cuales fueron liquidadas y vendidas durante la Administración Calderón Fournier (1990-1994) y Figueres Olsen (1994-1998).

La influencia neoliberal se expresa en la promulgación durante la década de los noventa en una serie de leyes que modifican la forma de la prestación en el servicio público introduciendo los criterios de competencia junto a los principios clásicos del servicio público presentes en la Ley General de la Administración Pública.

Mediante la promulgación de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (en adelante LARSP), se define como servicio

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

público “aquel que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta Ley”.

Nótese que del texto de la Ley se desprende el uso del concepto jurídico no define expresamente actividades o bienes que tengan titularidad estatal, sino que deja una fórmula abierta, que permite que el concepto se adapte a la aparición de nuevas tecnologías o nuevos enfoques. Cabe agregar además que el artículo hace referencia a la figura de la *publicatio* presente en la doctrina española clásica, obligando a que sea una actividad definida expresamente por ley.

Otro aspecto importante de analizar es la introducción del principio de servicio al costo, el cual viene a modificar el enfoque de la gratuidad del servicio público, entendiendo que esta actividad es una actividad también susceptible de lucro, para el ente público o privado que presta el servicio.

Por esta razón el artículo 5 de la LARS establece el derecho a la revisión periódica de los precios o tarifas de suministro de energía eléctrica, en las etapas de generación, transmisión y comercialización; servicios de telecomunicaciones, suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, operación y mantenimiento de hidrantes; suministro de combustibles derivados de hidrocarburos destinados a planteles de distribución o al consumo final, transporte remunerado de personas, recolección y tratamiento de desechos sólidos, entre otros.

Finalmente, en este contexto se introducen los derechos de los consumidores mediante la reforma del Artículo 46 de la Constitución Política, la Ley de Protección a los derechos del Consumidor, y la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La reforma del artículo 46 de la Constitución Política establece dentro de los Derechos de los consumidores, el derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; la libertad de elección y el derecho a un trato equitativo.

A nivel jurisprudencial se han venido dando una serie de transformaciones que han venido a establecer y ampliar el marco de los servicios públicos definidos. En primer lugar, la Sala Constitucional entiende los servicios públicos de agua, luz y teléfono como servicios

básicos derivados del derecho a la salud y a la vida, derivando sus alcances del artículo 11 del Protocolo de San Salvador; por lo que merecen protección no solamente del Estado sino también de los particulares, indicando que por la importancia del valor vida, como fundamento de los derechos fundamentales, la Administración no puede alegar razones presupuestarias o financieras para limitar el goce y ejercicio de un servicio público de gran importancia para el desarrollo de una comunidad, como en el presente caso. (Ver sentencia 1996-00634 de las 13:21 horas del 2 de febrero de 1996).

Los principios del servicio público contenidos en el Artículo 4 de la Ley General de la Administración, han sido interpretados, incorporados en el bloque de constitucionalidad y se les ha incorporado otros criterios como la eficiencia derivado del artículo 140 inciso 8) Constitucional.

“La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc. Cualquier actuación –por acción u omisión– de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica. La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico. La adaptación a todo cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos. Ningún ente, órgano o funcionario público pueden aducir razones de carencia presupuestaria o financiera, ausencia de equipos, falta de renovación tecnológica de éstos, exceso o saturación de la demanda en el servicio público para dejar de prestarlo de forma continua y regular. La igualdad o universalidad en el acceso demanda

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

que todos los habitantes tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas. La Sala incorpora dentro de principios rectores del servicio público su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo". (Sala Constitucional, Res. N° 2008-016398 de las dieciocho horas y cincuenta y siete minutos del treinta de octubre de dos mil ocho).

En dicho voto se introduce además dentro de los criterios clásicos, las condiciones de eficiencia, simplicidad, eficacia y celeridad como condiciones de servicio.

"La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor aborro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados. Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos". (Sala Constitucional, op. cit.)

De igual forma, la Sala ha garantizado el derecho de la participación de los usuarios en las audiencias de tarifas y precios, al establecer la prohibición de estas se puedan modificar automáticamente, sin cumplir con la celebración de esta asamblea.

Sin embargo, estos instrumentos no garantizan el derecho del servidor a la gestión y supervisión de sus servicios pues limitan su papel a presentar su queja ante las Contralorías de servicios pero no se crean mecanismos de seguimiento de la gestión en estas dependencias. Este vacío permite explicar que la principal crítica a esta Ley es que privilegia el aspecto de los precios del servicio sobre aspectos de calidad de este. (Cf. en este sentido Romero: 1999; Villasuso: 2004).

CONCLUSIONES

El concepto de servicio públicos es un concepto en forja, que se permea y se adapta las ideologías políticas de la época. Las actividades que son consideradas como servicios públicos y la forma en que se prestan y se organizan dichos servicios (empresas públicas, concesionarios) varían de acuerdo al contexto social y político de cada país.

En el caso costarricense, a diferencia de otros países latino-americanos no hubo una privatización masiva de empresas estatales, sino que se optó por la apertura de mercados, el establecimiento de regulaciones de tarifas; así como la implementación de los derechos del consumidor, como marco del Derecho de la competencia.

Durante este período, se incorpora el concepto de servicios públicos dentro del bloque de constitucionalidad, ya sea entendidos como derechos fundamentales derivados de los derechos a la vida y a la salud o incorporando los principios del servicio público como criterios para evaluar la actuación de las Administraciones Públicas dentro del marco de constitucionalidad.

En la legislación actual no existen instrumentos que garanticen la fiscalización efectiva de la calidad de la prestación de servicios que disfrutan los usuarios, puesto que el papel del organismo regulador se trata fundamentalmente en la fijación de tarifas.

RAMÍREZ GRANADOS: Los servicios públicos en la legislación actual

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Ariño Ortiz, Gaspar; Cassagne, Juan Carlos. *Servicios Públicos, regulación y renegociación*. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2005.
- Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial ASTREA. Buenos Aires, 1992.
- Hidalgo Cuadra, Ronald. *El Servicio Público* en Hines Céspedes, César; Hernández Rodríguez, Magally (compiladores). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2008.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I (Parte General). Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, 2002.
- Rojas, Magda Inés. *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*. Segunda edición. Editorial Juricentro. San José, 1997.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General*. EUNED. San José, 1999.
- Rovira Mas, Jorge. *Costa Rica en los años ochenta*. Segunda Edición. FLACSO-Editorial Porvenir. San José, 1988.
- Villareal, René. *La contrarrevolución monetarista. Teoría, política económica e ideología del neoliberalismo*. Fondo de Cultura Económica. México, 1986.
- Villasuso, Juan Manuel. *El TLC y las telecomunicaciones: dimensiones conceptuales, políticas y económicas en Florez-Estrada, María; Hernández Naranjo, Gerardo (editores): TLC con Estados Unidos. Contribuciones para el debate*. Editorial Universidad de Costa Rica. San José, 2004.

REVISTAS

- Cassagne, Juan Carlos. *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)* en Revista de Administración Pública. Número 140. Mayo-agosto 1996.
- French-Davis, Ricardo. *El contexto de las privatizaciones y la situación actual* en Revista Nueva Sociedad. Número 207. Buenos Aires, 2006.
- Garrido Falla, Fernando. *El concepto de servicio público en derecho español* en Revista de Administración Pública. Número 135. Noviembre-Diciembre, 1994.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (171-190) mayo-agosto 2010

Troncoso Reigada, Antonio. *Dogmática administrativa y derecho constitucional* en Revista Española de Derecho Constitucional. Año 19. Número 57, pp. 87-164. Setiembre-Diciembre, 1999.

Williamson, John. *No hay consenso en el significado* en Revista Finanzas y Desarrollo. Fondo Monetario Internacional. Washington. Setiembre de 2003, pp. 9-13.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Fernández, Tomás Ramón. *Empresa Pública y Servicio Público* en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1996. www.juridicas.unam.mx. Descargado el 5 de abril de 2009.

Parejo Alfonso, Luciano (2004): *Servicios Públicos y servicios de interés general: La renovada actualidad de los primeros* en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. www.juridicas.unam.mx. Descargado el 5 de abril de 2009.

LEYES

Constitución Política de la República de Costa Rica publicada el 7 de noviembre de 1949.

Ley N° 6227. Ley General de la Administración Pública del 02 de mayo de 1978.

Ley N° 7593. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos del 09 de agosto de 1996.

Ley N° 7472. Ley de Promoción de la Competencia y defensa efectiva del consumidor del 20 de diciembre de 1994.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional. Sentencia 1996-00634 de las 13:21 horas del 2 de febrero de 1996.

Sala Constitucional. Sentencia 2004-7532 17:03 del 13 de julio de 2004.



NOCIONES FUNDAMENTALES DEL REALISMO JURÍDICO

M.Sc. Francisco J. Campos Zamora^(*)

Prof. de la Universidad de Costa Rica

“Before rules, were facts; in the beginning was not
a word, but a doing”.

K. LLEWELLYN

“El realismo ha muerto, ahora todos somos realistas”.

W. TWINNING

(Recibido 30/07/09; aceptado 23/11/09)

(*) El presente artículo no pretende innovar o criticar de modo alguno aquello que ya ha sido señalado por multiplicidad de autores respecto al realismo jurídico, no es una investigación en sentido estricto en el tanto no aporta nuevos elementos a la discusión jurídica, antes bien, su objetivo es muy distinto –mas no por ello menos importante–, pretende introducir al lector, de forma clara y sencilla, a un tema en torno al cual existe aún mucho desconocimiento a pesar de haberse escrito ya grandes obras sobre el tema y de existir literatura importante incluso en lengua española.

e-mail: hcampos@yahoo.es

(**) Teléfono 8306-7498. e-mail: fcocampos@gmail.com

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

RESUMEN

En este artículo expondremos las líneas principales del realismo jurídico como una de las respuestas más interesantes que se han brindado a la pregunta “¿qué es el Derecho?” Estudiaremos su relación con el realismo filosófico, así como sus tres ramas principales, el realismo alemán, el realismo norteamericano y el realismo escandinavo.

Palabras claves: Realismo jurídico, realismo filosófico, realismo alemán, realismo norteamericano, realismo escandinavo.

ABSTRACT

In this article, we will put forward the main guidelines of legal realism as one of the most interesting responses given to the question: What is Law? We will look into the relation between legal realism and philosophical realism, and its three main trends: German legal realism, American legal realism and Scandinavian legal realism.

Key words: Legal realism, philosophical realism, German legal realism, American legal realism, Scandinavian legal realism.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (191-220) mayo-agosto 2010

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Realismo filosófico y realismo jurídico
- III. Concepciones realistas del derecho
 1. Realismo jurídico alemán
 2. Realismo jurídico norteamericano
 3. Realismo jurídico escandinavo
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía



I. INTRODUCCIÓN

La pregunta por “el Derecho en sí” continúa siendo fascinante y compleja. Si consideramos su naturaleza introductoria, –como interrogante que pretende *introducirnos en el estudio del Derecho*– nos percatamos que, técnicamente, su punto de partida no puede ser jurídico, permanecemos así, cuando menos en apariencia, en una posición que se encuentra alejada del Derecho, ello es algo que KANT ya había vislumbrado mejor que nadie al afirmar que la pregunta por “el Derecho en sí” no es jurídica, sino un tema propio de la filosofía. De ese modo, el determinar la “esencia” del discurso jurídico y aquello que le permite transformar la fuerza en autoridad y la costumbre en ley ha aquejado el pensamiento de los más importantes iusfilósofos de la historia. Ese interrogante se bifurca –cuando menos– en dos cuestiones que, de sólo, son confundidas pero que expresan aspectos muy distintos. De un lado la pregunta por su naturaleza, del otro la cuestión de su fundamento. La primera intenta responder “¿qué es el Derecho?”, la segunda “¿de dónde obtiene su validez?”.

Ambas preguntas han sido objeto de un gran debate en la Teoría del Derecho, con todo, nos centraremos en la cuestión sobre su “naturaleza” ante la cual se han ofrecido las más diversas respuestas, cada una con fortalezas y debilidades según el punto en el cual se coloque el acento. Algunos han concedido relevancia a las normas, otros rescatan los elementos axiológicos, existen también quienes se enfocan en los hechos y las actuaciones de los operadores jurídicos, por último, no han faltado quienes –creyendo con ello solucionar el conflicto– definen el Derecho como un sistema que conjuga los elementos mencionados (norma, valor y hecho), olvidando que ello no soluciona la disputa, pues siempre podría replicarse “¿cuál de esos elementos es el principal?” con lo cual la discusión se mantiene vigente.

En este artículo tomaremos como punto de partida la concepción realista, entendida esta, como aquella para la cual la interrogante “¿qué es el Derecho?” debe contestarse siempre a partir de los hechos, la experiencia y las actuaciones de los operadores jurídicos. Para efectos de exponer el panorama de la forma más clara posible, dividiremos el ensayo en dos partes: la primera parte (I) es una corta reflexión acerca del realismo filosófico, pues nos parece más fácil comprender el realismo jurídico si se tienen presentes sus antecedentes en el ámbito de la filosofía. La segunda parte (II) es la exposición de las concepciones más importantes en torno al tema del realismo jurídico, a saber, la alemana, la estadounidense y la escandinava.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

II. REALISMO FILOSÓFICO Y REALISMO JURÍDICO

Existen palabras que creemos nos pertenecen. Sin embargo, nunca debe olvidarse que a las palabras se les suelen asignar contenidos muy distintos, y que no basta con autodenominarse de una forma específica, debe verse más allá. Eso es precisamente lo que sucede al hablar del término “Realismo”, voz que no es unívoca y se encuentra un tanto desvirtuada en la medida en que nadie desea ser excluido del grupo de los realistas, nadie quiere admitir que su esfuerzo mental para llegar a una solución acerca de un problema, sea un juego con fantasmas, un caminar en la oscuridad.

Ahora bien, ¿qué es aquello a lo cual se define como realidad? Algunos estiman que la realidad se encuentra en los hechos tangibles, otros sintiendo desconfianza de la experiencia sensible, consideran que debe ser hallada en verdades eternas y universales, en los conceptos esenciales de los que las efímeras experiencias sensoriales son tan sólo reflejos, es este el realismo platónico tal y como aparece simbolizado en un famoso pasaje expuesto en “La República”.⁽¹⁾ Nos guiaremos aquí por el realismo contemporáneo el cual tiene como características: la consideración unitaria de la ciencia y la filosofía, el análisis como método y el pluralismo como metafísica.⁽²⁾ Este realismo contemporáneo que nace, de acuerdo con Bertrand RUSSELL, en el año 1900⁽³⁾ surge como reacción frente al idealismo y al psicologismo, ambos sumamente arraigados en la filosofía y recibe alguna influencia de la fenomenología de Edmund HUSSERL y del pragmatismo de William JAMES.

Para finales del siglo XIX se corría el riesgo de que el psicologismo, como corriente que sostiene la inexistencia de verdades independientes a los procesos mentales que conducen a ellas, fuera

-
- (1) RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, Segundo Tomo, Editorial Porrúa, México, 1963, p. 620.
 - (2) RUSSELL, Bertrand. *Ciencia, Filosofía y Política*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1963, pp. 45, 46.
 - (3) Para el filósofo inglés la fecha viene asociada a la publicación de obras como “Logische Untersuchungen”, de Husserl (1900); “Über Annahmen”, de Meinong (1902); “Principia Ethica” y “The Refutation of Idealism”, de Moore (1903); y “The Principles of Mathematics”, del mismo Russell (1903).

demasiado lejos pretendiendo hallar toda respuesta en el sujeto mismo y obviando así los problemas de la teoría del conocimiento. Contra esa idea llega a pronunciarse HUSSERL al expresar que esas significaciones que toman vida de intuiciones confusas y remotas no pueden satisfacerlos. Queremos retroceder, afirmaría, a las cosas mismas como estas son. Sobre intuiciones plenamente desenvueltas deseamos alcanzar la evidencia de que, lo dado aquí, en abstracción, es verdaderamente lo que expresan los significados de las palabras.⁽⁴⁾

De ese modo, HUSSERL expone su fenomenología más que como una doctrina o teoría, como un método. Un nuevo método en el filosofar que exigen los problemas actuales de la filosofía y que animado por un afán de radicalidad nos conduce a llevar la investigación hasta las últimas consecuencias para así descubrir las respuestas en las “cosas mismas” (*zu den Sachen selbst*). La fenomenología, afirma, no es ningún camino psicológico, sino que se halla en una nueva dimensión.⁽⁵⁾

HUSSERL se encuentra convencido de que la filosofía puede ser una ciencia rigurosa capaz de alcanzar un conocimiento objetivo y esencial de la realidad, más allá de subjetivismos, razón por la que, refuta el psicologismo imperante de la época que niega la existencia de verdades independientes a los procesos psicológicos del sujeto. Para superar las incongruencias del psicologismo, HUSSERL recurre a las ideas de BRENTANO, y por medio de su doctrina demuestra el carácter intencional y trascendente de la conciencia humana, afirmando además que esa intencionalidad se presenta en una doble variable: una simple, que hace referencia al objeto sin aprehenderlo en toda su amplitud, y otra mediante la cual la aprehensión total de su significado sí es posible.

A partir de este punto, HUSSERL afirma la capacidad del ser humano a través de su intelecto para captar la esencia de las cosas, esto es, su carácter absoluto con independencia de referencias concretas. Para ello, debemos partir del concepto de intencionalidad en su segunda variable y utilizar el método de la reducción fenomenológica, en sus dos formas, una primera en que se prescinde de las particula-

(4) HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, Tomo I, Revista de Occidente, Madrid, 1929, pp. 127, 128.

(5) HUSSERL, Edmund. *Grundprobleme der Phänomenologie*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1992, p. 16.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

ridades del objeto individualmente considerado, y una segunda que consiste en separar de él nuestros sentimientos, creencias o prejuicios, para así apreciarlo como es en realidad y no como creemos que es.

Por su parte, William JAMES desarrolla el pragmatismo, el cual consiste en reducir lo verdadero a lo útil negando el conocimiento teórico en diversos grados; para los más radicales sólo es verdadero aquello que conduce al éxito individual, mientras que para otros, sólo es verdadero cuando se haya verificado con los hechos. En el pensamiento pragmático, el intelecto es dado al hombre, no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad. El conocimiento humano recibe su sentido y su valor de su destino práctico. Su verdad consiste en la congruencia de los pensamientos con los fines prácticos del hombre. En general, para las diversas formas de pragmatismo, la verdad radica en la utilidad y en el éxito, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de realizar.⁽⁶⁾

Para JAMES las ciencias sólo se convierten en verdades cuando son útiles, por consiguiente, la utilidad debe ser la medicina de la ciencia. La utilidad no se reduce a la satisfacción de las necesidades materiales del ser humano, sino a todo cuanto sirva para el desarrollo del hombre en la sociedad; en este sentido la creencia práctica, por ejemplo el amor y la simpatía, logra efectos sociales eficaces en el aspecto moral, como también la Religión será verdadera en función de sus resultados.

Una vez claro lo anterior, cabe indicar que esa herencia del realismo filosófico maduró primero en la jurisprudencia que en el resto de las “ciencias sociales”, al punto que su influencia no hace sino apuntalar un proceso que ya había iniciado JHERING en Alemania y que en los Estados Unidos cobraba fuerza a partir de la figura de HOLMES. Con todo, en el plano jurídico el realismo se manifiesta ya no contra el idealismo y el psicologismo, sino contra normativismos y corrientes axiológicas de corte ingenuo, señalando siempre que más allá de la norma y los valores, el Derecho significa acción, así como el efecto de actos concretos en la vida de los hombres.

(6) JAMES, William. *Pragmatismos*, Sarpe, Altamira, 1985, in totum.

III. CONCEPCIONES REALISTAS DEL DERECHO

Realismo jurídico se escribe de muchas formas. LLEWELLYN y FRANK –a quienes estudiaremos más adelante– señalaron que no existe una “Escuela de realistas” propiamente dicha, ellos se encuentran relacionados sólo en sus negaciones, su escepticismo y su curiosidad. De ese modo, podemos hablar de, cuando menos, tres concepciones o tradiciones que, a pesar de ser distintas entre sí comparten un mismo criticismo y merecen denominarse realismo jurídico: el realismo jurídico alemán, el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo.

1. Realismo jurídico alemán

Aún cuando la doctrina, normalmente, no contempla un realismo jurídico alemán en sentido estricto como si lo hace en el caso del norteamericano y el escandinavo, lo cierto es que previo a su desarrollo en otras latitudes, ya algunos juristas alemanes habían anticipado los principios fundamentales del realismo jurídico al exponer el Derecho como acción, como una constante lucha entre fuerzas. Lo anterior es sumamente notable si se tiene en cuenta que el florecimiento de esas ideas se produce en una Alemania en la cual para ese momento imperaba el idealismo. En esa línea, es precisamente a partir del “segundo” Rudolf von JHERING que puede hablarse de un espíritu realista alemán, para este autor, la vida y la verdad del Derecho radican en su efectiva realización, ese es el Derecho mismo. Aquello que no sucede en la realidad, y se encuentra sólo en el papel, es una “mera apariencia del Derecho” (*bloßes Scheinrecht*).⁽⁷⁾ En ese sentido, el Derecho es una idea práctica que indica un fin y un medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino al que a él conduce.

Para JHERING, no existe un solo título, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del Derecho, la lucha

(7) JHERING, Rudolph von. *Theorie der Juristischen Technik*, p. 11. En: AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

es el medio para alcanzarlo. El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo un pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando esfuerzos para defender su Derecho como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su Derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del Derecho sobre la tierra.⁽⁸⁾

El segundo autor al que nos queremos referir es Oskar von BÜLLOW quien llegará a firmar que la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces. El papel central en la construcción del Derecho lo ejerce el juez. Es en la judicatura donde el texto legal adquiere su forma definitiva. La ley no es Derecho vigente sino sólo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar. Para BÜLLOW, no es la espada, sino la balanza de la justicia la que se encuentra en la mano del juez. Es él quien considera y determina lo que es el Derecho para el caso concreto. La esencia de la judicatura descansa en las sentencias.⁽⁹⁾

Un litigio jurídico representa un problema particular, para el que la ley no contiene todavía la disposición pertinente y tampoco se puede derivar de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante. La sentencia de los jueces no es una sentencia en el sentido lógico habitual que se otorga a esta palabra.⁽¹⁰⁾ Bajo el engañoso velo de un mismo término se esconde una multitud de posibles interpretaciones. Se le confía al juez el elegir aquella disposición que le parezca la más adecuada.⁽¹¹⁾

(8) JHERING, Rudolf von. *Estudios Jurídicos*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, pp. 9-19. JHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*, Valleta Ediciones. Buenos Aires, 2004, p. 107.

(9) BÜLLOW, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*, pp. 108, 109. En: AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976. SALAS, Minor E. *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general*, en Revista Doxa Cuadernos de filosofía del derecho, número 24, Alicante, 2001, p. 210.

(10) BÜLLOW, op. cit., p. 110.

(11) LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 82.

Otro autor que se puede ubicar en esta línea “pre-realista” es Phillip HECK quien aduce que el problema de la creación del Derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica. La ciencia jurídica, por su desarrollo histórico y por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica, como la medicina.⁽¹²⁾ HECK es reconocido por su brillante papel en la “Jurisprudencia de Intereses” la cual se plantea las cuestiones prácticas de cómo los jueces y los operadores jurídicos han de actuar en su constante enfrentamiento con el Derecho, en ese sentido, trata de encontrar aquellos principios que los jueces deben seguir para decidir casos concretos. El método de esta forma de pensamiento consiste, en palabras del autor, de derivar sus principios simplemente de las experiencias y necesidades de la investigación jurídica. No se encuentra basado en ninguna filosofía ni modelado sobre otra ciencia.⁽¹³⁾

Un caso particularmente interesante dentro del movimiento realista es Hermann KANTOROWICZ quien fuera profesor en las Universidades de Freiburg im Breisgau y Kiel, y quien huyendo del nacional-socialismo se refugió en la Escuela de Derecho de Yale en la cual tuvo contacto con algunos de los más renombrados realistas norteamericanos. En sus palabras “...el concepto del Derecho de los realistas, su tesis sustantiva, es la siguiente: el Derecho no es un cuerpo normativo, no es un deber, sino una realidad fáctica. Es el comportamiento real de ciertas personas, especialmente los oficiales del derecho, más especialmente de los jueces que crean el Derecho, es a través de sus decisiones, que se construye el Derecho”.⁽¹⁴⁾ Para KANTOROWICZ, quien sostiene una posición muy similar a la de BÜLLOW, el Derecho se desarrolla en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres, en las Cortes de Justicia, su esencia es eminentemente práctica y no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico.

(12) HECK, Phillip. *El problema de la creación del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1961, pp. 34, 35.

(13) HECK, Phillip. *The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests*, pp. 122-124, En: AA.VV., *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948.

(14) KANTOROWICZ, Hermann. *Some Rationalism about Realism*, Yale Law Journal, Vol. 43, 1934, p. 1243.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

Un autor que, en ocasiones, no es considerado como un realista y que incluso ha mantenido una clara polémica con la Escuela de Uppsala, es Theodor GEIGER. Según este autor, el sociologismo jurídico y la filosofía del Derecho de Uppsala se adhieren a la idea de que la consideración científico-experimental del Derecho se ha de apoyar exclusivamente en el ordenamiento real. Sólo él es una realidad social. Las normas, en cambio, son meras expresiones de deseo o representaciones fantasiosas sin importancia. Esa tesis según la cual la norma sólo posee importancia real por su influencia en el curso de los acontecimientos, podría entenderse como una simple profesión de fe. Si ello es realmente así, ¿para qué ocuparse entonces de las normas? Ante ese panorama, GEIGER responderá que ese razonamiento es erróneo y se apoya sobre un realismo mal entendido en la medida que la presunta antítesis norma-realidad no existe y no es posible, por ello, negar a la norma su carácter de realidad.⁽¹⁵⁾

Aún cuando existen otros herederos de la tradición realista en Alemania⁽¹⁶⁾ el último pensador al que aludiremos no es, irónicamente, un jurista. Nos referimos a un “pensador incómodo” cual es Hans ALBERT.⁽¹⁷⁾ Activo protagonista en distintas polémicas, ha sido un fuerte crítico respecto a temas como el positivismo en la sociología alemana, la filosofía hermenéutica y el dogmatismo religioso por citar sólo algunos. El desarrollo de sus ideas en el marco del racionalismo crítico se ha caracterizado por poner en tela de juicio “lo evidente”, así como la afirmación de que toda proposición que aspire a tener cierta validez debe someterse a un examen crítico.

En lo que al Derecho se refiere ALBERT admite que las normas jurídicas sean objeto de estudios lingüísticos, estudios sobre el sentido, de estudios sobre correlaciones semánticas, no obstante, aquello que

(15) GEIGER, Theodor. *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 52, 53.

(16) Entre estos podemos ubicar a Karl Dieter OPP, Klaus RÖHL, Rüdiger LAUTMANN, Bernd RÜTHERS y Manfred REHBINDER.

(17) ALBERT es ampliamente reconocido por su excelente obra *Tratado sobre la razón crítica*, en la cual a partir de una vieja fábula alemana elabora su “Trilema de Münchhausen” como crítica a los intentos de fundamentación última. *Cfr.* ALBERT, Hans. *Tratado sobre la razón crítica*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973, pp. 25, 26.

caracteriza, en última instancia, a la norma es que se encuentra destinada a surtir efectos en la realidad social, y es precisamente, el análisis de esos efectos el atributo central de la jurisprudencia realista y social-tecnológica.⁽¹⁸⁾

2. Realismo jurídico norteamericano⁽¹⁹⁾

El realismo norteamericano es muy probablemente la vertiente más conocida del realismo jurídico. Su mérito radica no solamente en el hecho de haber contado con una gran cantidad de juristas sumamente esclarecidos, sino que sus ideas han ejercido hasta el día de hoy una enorme influencia en todo el sistema jurídico norteamericano. Fue el juez Oliver Wendell HOLMES quien abrió ese camino, con su afirmación de que la vida del Derecho no es la lógica, sino la experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia el que conduce a la esencia del Derecho y su aplicación a los casos concretos.⁽²⁰⁾ Para HOLMES el Derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán, la generalidad de su pensamiento puede resumirse en la siguiente cita: “Tomad la pregunta fundamental, ¿qué es lo que constituye el Derecho? Encontrareis que algunos autores dirán que es algo diferente de lo decidido por las Cortes de Massachussets o Inglaterra, que es un sistema de razón, que es una deducción de los principios de la ética o axiomas admitidos, o algo que podría no coincidir con las decisiones. Pero si nosotros tomamos el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo (*bad man*), descubriremos que a él no le interesan los axiomas o las deducciones, sino que él desea saber lo que las cortes de Massachussets o Inglaterra

(18) SALAS, op. cit., p. 215. Para ampliar puede consultarse ALBERT, Hans. *La ciencia del derecho como ciencia real*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D.F., 2007 in Totum.

(19) Aún cuando por motivos de espacio no se estudiarán aquí, vale señalar que dentro del realismo jurídico norteamericano se encuentran entre otros, Joseph BINGHAM, Thurman ARNOLD, Felix. S. COHEN, Walter W. COOK, Herman OLIPHANT, Max RADIN, Arthur L. CORBIN, Leon GREEN, Joseph C. HUTCHESON, Hessel E. YNTEMA, Underhill MOORE, Benjamin CARDOZO, Alexander PEKELIS, James B. THAYER y Fred RODELL.

(20) HOLMES, Oliver Wendel. *The Common Law*, p. 9. En: AA,Vv., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

harán. Igual es mi opinión. Las profecías de lo que decidirán las cortes y nada más pretencioso, es lo que yo comprendo por Derecho".⁽²¹⁾

La jurisprudencia sociológica del Decano de Harvard Roscoe POUND fue el paso siguiente para evidenciar la necesidad de realizar investigaciones sociológico-realistas en el campo del Derecho con argumentaciones y consideraciones más amplias y detalladas de las que dio HOLMES. En POUND la investigación sociológica-realista en el ámbito de lo jurídico sirve a los fines pragmáticos de la "ingeniería social", partiendo de un análisis de los factores preceptivos (reglas, principios, doctrinas, etc.) y un análisis de los intereses (individuales, públicos, sociales, etc.) aunado esto al trabajo que en su parecer debe caracterizar al jurista sociólogo quien necesita estudiar los efectos sociales concretos de las instituciones y de las doctrinas jurídicas, los medios para convertir efectivamente en operativas las normas jurídicas, realizar un estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de la legislación, analizar la metodología jurídica, elaborar un historial sociológico del Derecho y reconocer la importancia de la solución razonable y equitativa en los casos concretos.⁽²²⁾

En POUND la judicatura comprende siempre la protección jurídica de los intereses más diversos tanto individuales, como colectivos o sociales. La clasificación llevada a cabo por el juez requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para determinar la forma en que deben ser protegidos. Es así como el Derecho reconoce, delimita y protege eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad. Igualmente, trató de emancipar al Derecho del dogmatismo, tanto en lo que se refiere a la exégesis lógico-deductiva como en lo atinente al historicismo. Consideraba que si bien es cierto el Derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social y su eficacia debe medirse de acuerdo a su capacidad para realizar fines humanos, dentro de ese constante fluir que es siempre el río de la historia. Por ello, el juez debe encontrarse en libertad para buscar la solución más justa, en lugar de estar sometido a la voluntad del legislador y a la exégesis de ese tipo,

(21) HOLMES, Oliver Wendel. *The Path of the Law*, Harvard Law Review, Vol. X, N° 8, 1897, pp. 460, 461.

(22) POUND, Roscoe. *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I, 1959, p. 291. TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988, pp. 96, 97.

que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades, en lugar de favorecer la función del Derecho como ingeniería social, en ese sentido, son los hombres y no las reglas quienes administran justicia.⁽²³⁾

Otro personaje de gran valía en el realismo jurídico norteamericano es el profesor de las Universidades de Columbia y Chicago, Karl LLEWELLYN. Su obra es importante en la medida en que es uno de los primeros en explicitar la distinción entre las que él denomina “reglas en el papel” (*paper rules*) y “reglas efectivas” (*real rules*). Las primeras comprenden no sólo las normas formuladas en las leyes y los reglamentos, sino también aquellas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamento para sus fallos. Las segundas son las utilizadas por los jueces para decidir realmente el litigio. La diferencia entre reglas de papel y reglas efectivas no supone que las primeras carezcan de toda influencia o importancia, antes bien, hay muchos casos en los cuales tales reglas en el papel pueden tener un gran alcance. Pero éste es un punto que hay que averiguar respecto de cada regla, por medio de un estudio sobre la realidad de la conducta judicial. Sucede que hay algunas reglas en el papel, que de hecho no son tomadas en cuenta por los jueces. Esto es lo que acontece con las leyes y los reglamentos que se han convertido en letra muerta, o con los precedentes judiciales que se consideran caducos. Hay otras normas formuladas en leyes, reglamentos y sentencias anteriores, que el juez pretende tomar en consideración y que menciona como fundamentos para su fallo, pero que en realidad no sigue, o sigue solamente de modo parcial.

Su segundo aporte fundamental consiste en haber sintetizado, probablemente mejor que ningún otro, el credo del movimiento realista norteamericano en los siguientes puntos:

- “1. La concepción del Derecho como un fluir, del Derecho en movimiento y de la creación judicial del Derecho.
2. La concepción del Derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.

(23) POUND, Roscoe. *Law in Books and Law in Action*, p. 39. En: AA,VV., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

3. La concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más rápido que el Derecho, de manera que siempre existe la probabilidad de que cualquier porción del Derecho necesita ser reexaminada, para determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir.
4. El divorcio temporal entre Ser y Deber ser a efectos de estudio. [...] El argumento es sencillamente que no se puede hacer inteligentemente ningún juicio sobre lo que debería hacerse en el futuro con respecto a cualquier parte del Derecho sin conocer objetivamente, tanto como sea posible, lo que dicha parte del Derecho está haciendo en este momento [...]
5. La desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales que intentan describir lo que los tribunales y las personas actualmente hacen. [...] una desconfianza hacia la teoría según la cual las formulaciones tradicionales de reglas prescriptivas son el factor operativo más importante en la producción de las decisiones judiciales [...].
6. La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado. Esto está conectado con la desconfianza ante simples reglas verbales –las cuales muy a menudo cubren situaciones disimilares y no simplemente situaciones de hecho [...].
7. Una insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos, y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar esos efectos.
8. La insistencia en el ataque constante y programático sobre los problemas del Derecho siguiendo cualquiera de estas líneas”.⁽²⁴⁾

Jerome FRANK es otro de los principales autores dentro del movimiento realista norteamericano. Profundamente destacado como juez, magistrado del tribunal de apelación y profesor universitario, dirigió su mirada al análisis de la conducta efectiva del juez, y los problemas presentados con la apreciación de la prueba; sin embargo,

(24) LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol. XLIV, 1931, p. 1236-1238.

desarrolló también un análisis de conjunto sobre el orden jurídico positivo. Uno de sus principales intereses fue el estudio de la aversión corriente hacia los juristas y hacia el Derecho en general, esto a partir de la creencia de que los juristas complican en demasía el Derecho. Para este autor ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. Esto no ha sido posible, nunca ni en ninguna parte; pero lo es menos en nuestro tiempo. Pues, en la época presente, nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de viaje, nuevas modalidades de habitación, nuevos modos de propiedad, nuevas concentraciones de capital, nuevas costumbres e ideales, desvanecen la pretensión de instaurar, de una vez por todas, un sistema que de solución a todos los problemas y quien crea lo contrario se ha dejado engañar por el “mito básico del Derecho” (*Legal basic myth*), esto es, el creer que para cada conflicto jurídico existe una única respuesta.

FRANK desarrolló, sin duda alguna, su propio estilo, no es un normativista en el tanto las normas le preocupan poco, ni las juzga particularmente enigmáticas ni les atribuye mayor influencia en la superación de las dudas suscitadas por la recepción de la prueba. Tampoco es realista a la manera de POUND o de LLEWELLYN, en el tanto éstos se preocupan por analizar los factores que conducen a la selección de las normas aplicables al dictar una sentencia. Para él, lo importante es el determinar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma, proceso este que se lleva a cabo en un ambiente dominado por la incertidumbre.⁽²⁵⁾

El realismo jurídico norteamericano ha permeado el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, al punto que el juez es la figura principal en sus procesos judiciales, y los precedentes, esto es, la conducta de los jueces, llega a ser, no en pocas ocasiones, más importante que la misma ley. Con todo, no es sino en nuevos movimientos iusfilosóficos donde el legado del realismo se hace más patente. De ese modo, el movimiento de los “Estudios Jurídicos Críticos” (*Critical Legal Studies*) hacen suyos muchos de los reproches esbozados por el realismo jurídico, tales como, la crítica contra la ilusión de certeza

(25) FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, in totum. FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*, Tudor, New York, 1936, pp. 223, 224.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

y aplicabilidad mecánica del Derecho), enfatizando la indeterminación del lenguaje utilizado en el Derecho y la enorme variedad de posibilidades que posee el intérprete a la hora de decidir sobre un caso concreto.⁽²⁶⁾ Con esta crítica aspiran a poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. Este movimiento pretende llevar la crítica más lejos al rechazar el proyecto constructivo de algunos realistas, que defendían la recuperación de la certeza acudiendo a los intereses y objetivos sociales subyacentes en las normas.

3. Realismo jurídico escandinavo⁽²⁷⁾

Siguiendo la línea del realismo jurídico se tiene otra versión de este cual es la desarrollada en los países escandinavos. Este movimiento critica el idealismo epistemológico⁽²⁸⁾ y se basa en el dualismo sujeto-objeto. Esta tesis sostiene que en el proceso cognoscitivo el sujeto entra en contacto no con una modificación de su conciencia, sino con una realidad distinta a la suya e identificable con el mundo de la experiencia sensible, con la totalidad de los fenómenos inscritos en las coordenadas espacio-temporales.⁽²⁹⁾

El realismo jurídico escandinavo entra más de lleno en temas de Teoría del Derecho, sin dejar al margen las cuestiones de jurisdicción. Su mayor originalidad reside en la crítica a los conceptos jurídicos tradicionales, que considera irreales; las normas jurídicas expresan antecedentes y consecuencias, pero no existen los pretendidos conceptos intermedios de la doctrina clásica tales como “deber jurídico”,

(26) PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *Teorías críticas del Derecho*, p. 97. En: AA.VV., *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

(27) La ayuda con las traducciones del sueco y el danés se las debo agradecer a mi amigo Rasmus Naegé de la Universidad de Lund, Suecia.

(28) DE PARAMO ARGÜELLES, Juan Ramón. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1984, p. 173. STRÖMHOLM, Stig Fredrik y VOGEL, Hans Heinrich. *Le réalisme escandinave dans la philosophie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, p. 27.

(29) CASTIGNONE, Silvana. *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Universidad Externado de Colombia, N° 45, Bogotá, 2007. En ese sentido FALCON Y TELLA, op. cit., p. 254.

aunque dichos conceptos cumplen funciones importantes como es la sistematización y representación abreviada de las relaciones jurídicas o una pluralidad de funciones. En relación con la norma jurídica los realistas escandinavos son en general menos radicales que sus pares norteamericanos, pues tratan de definir al Derecho en términos de práctica social, pero incorporando esa práctica a la norma jurídica como esquema de interpretación y calificación de la misma. La naturaleza del Derecho, es decir, su existencia como tal, dependerá de la interdependencia de la norma y de su observancia social al ser considerada vinculante por sus destinatarios.⁽³⁰⁾

En resumen, para los realistas escandinavos la naturaleza del Derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos, el Derecho no es otra cosa que los hechos sociales y dentro de estos se destaca que el Derecho es una gran maquinaria creada con el propósito de proteger a la sociedad. Finalmente, los realistas, con la intención de eliminar por completo los juicios de valor del campo de la ciencia jurídica, emprendieron un ataque muy severo a lo que denominan el “método de la justicia”. De manera similar a los positivistas lógicos sostienen que los juicios de valor en el Derecho son únicamente juicios que corresponden a la forma verbal del mismo; por tanto, la discusión sobre el contenido de los principios de justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del Derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad.⁽³¹⁾

Uno de los principales expositores del realismo escandinavo es Axel Anders HÄGERSTRÖM para quien la norma es válida, es decir existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia.⁽³²⁾ En su pensamiento la cuestión de la naturaleza y el fundamento del Derecho se encuentran indisolublemente ligadas.

(30) SORIANO, Ramón. *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1997, p. 127.

(31) En ese sentido CASTIGNONE, op. cit. OLIVECRONA, Karl. *The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, pp. 127, 128, en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. III, 1959.

(32) HÄGERSTRÖM, Axel. *Är gällande rätt uttryck av vilja?*, en OLIVECRONA, Karl. *Rätten och viljan. Tva uppsatser av Axel Hägerström*, Lund, 1961. Una postura muy crítica sobre estas ideas puede encontrarse en GEIGER, Theodor. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, Editorial Alfa, Barcelona, 1982, pp. 9-19.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

Para HÄGERSTRÖM, el así llamado “juicio de valor” no es más que una expresión de sentimientos. Los valores no existen objetivamente, antes bien, son simplificaciones de los sentimientos de aprobación o de repulsión de los sujetos. De otra parte, el sentido de deber es solamente un impulso que, asociado con la idea de una determinada acción, constriñe a actuar. La obligación como tal, en su sentido jurídico o moral, no existe. El Derecho es un conjunto de reglas de comportamiento expresadas en forma imperativa. Ellas consiguen provocar en el destinatario una acción por temor a la sanción. Así por ejemplo, en un principio, las concepciones mágico-religiosas cumplieron una función determinante, al provocar su proyección hacia el exterior y, en consecuencia, la transformación de los sentimientos de constricción en entidades percibidas objetivamente como existentes, dando origen a la idea de la existencia de facultades y deberes objetivos.

Cuando HÄGERSTRÖM afirma que el Derecho es un conjunto de reglas formuladas de manera imperativa no está diciendo que se trata de mandatos puros y simples, por el contrario, critica la concepción del Derecho como manifestación de voluntad, especialmente como voluntad de Estado, entidad, esta última, del todo inexistente, derivada de una antropomorfización de la fuerza y de las relaciones sociales. De esa crítica, emerge una concepción de extrema modernidad: la aplicación a los casos concretos de la presunta voluntad del legislador no puede ser efectuada mediante un procedimiento de tipo lógico-silogístico. De este pensamiento descenden las teorías de otros exponentes del realismo escandinavo tales como LUNDSTEDT, OLIVECRONA, ROSS y EKELÖF.

Vilhelm LUNDSTEDT desarrolla sobre todo la crítica a la llamada “ideología de la justicia”, es decir, a la concepción según la cual con anterioridad y de forma independiente del Derecho positivo, de la organización social, existe una “justicia material” que el Derecho positivo estaría llamado a realizar y garantizar.⁽³³⁾ Por el contrario, para él la única realidad concreta está constituida por la “máquina del Derecho”, por la organización de la fuerza y por los objetivos sociales: las normas separadas del Derecho no son nada, solamente “términos y etiquetas vacías” (*vacuos terms, empty labels*).⁽³⁴⁾

(33) LUNDSTEDT, Vilhelm. *Vägel till fred. Revolution inom den rättsliga föreställnings världen nödvänding*, Stockholm, 1924, p. 31.

(34) ROSS, Alf. *Realismen i Retsvidenskaben og Samfundsnytteklimaeren*, en Svensk Juristtidning, Uppsala, 1932, p. 331.

El término norma, con su implícita referencia a la obligatoriedad, debería ser exiliado del lenguaje jurídico junto con los demás términos (responsabilidad, ilícito, deber, obligación, relación jurídica, pretensión), o al menos deberían, según LUNDSTEDT, ser utilizados entre comillas, para resaltar que no se refieren a entidades reales, sino solamente a situaciones de ventaja o de desventaja determinadas por el funcionamiento de la máquina del Derecho. Así, asume una gran importancia en el pensamiento de LUNDSTEDT el estudio del “bienestar social” (*social welfare*), es decir, en términos actuales, un enfoque de “política del Derecho” en la búsqueda de los valores sociales que deben ser tutelados mediante instrumentos jurídicos, sin extenderse en discursos abstractos y metafísicos que sólo sirven para ocultar, con cierta conciencia, otros valores políticos del Derecho.⁽³⁵⁾

En esa misma línea de trabajo se encuentra el sueco Karl OLIVECRONA quien afronta los problemas abiertos por HÄGERSTRÖM desde una perspectiva lingüística de corte analítico. Su contribución más importante fue el haber precisado que el lenguaje jurídico no es únicamente descriptivo, sino también prescriptivo. Las nociones jurídicas, una vez liberadas de su carga metafísica, están llamadas a cumplir una función directiva, permisiva y prohibitiva, de una importancia determinante para la vida del Derecho. “Sus palabras vacías” (*hollow words*) son señales indicadoras respecto de las cuales la gente fue educada para asociar ideas sobre sus propios comportamientos y sobre el comportamiento de los demás.

Las “palabras vacías” son aquellas que no tienen referencia en la realidad concreta, como sucede, por ejemplo, con la voz “Derecho subjetivo”. En muchos casos el lenguaje jurídico tiene una función no sólo directiva, sino también constitutiva en tanto da vida a aquellas relaciones y situaciones a las que el mismo lenguaje hace referencia. Para OLIVECRONA, como para LUNDSTEDT, el Derecho es una máquina que transforma y dirige la conducta de los ciudadanos frente a la Constitución. El respeto hacia la Constitución se transmite a la nueva normativa, que a su vez es experimentada como vinculante. De esta forma, la Ley Fundamental del Estado se presenta como una especie de “norma psicológica fundamental” que sostiene a las demás normas y al resto del sistema jurídico en general.

(35) CASTIGNONE, op. cit., p. 174.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

El contenido de las normas jurídicas puede definirse, siguiendo a OLIVECRONA, como un conjunto de ideas o acciones imaginarias a ser cumplidas por personas en situaciones imaginarias. La aplicación de la ley consiste en utilizar esas acciones imaginarias como modelos de conducta cuando las situaciones correspondientes surgen en la vida real.⁽³⁶⁾ La norma es un imperativo independiente dirigido a la comunidad que se concreta mediante la acción del juez. El verdadero Derecho se produce cuando una norma es válida, es decir, existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia.⁽³⁷⁾

Sería Alf ROSS, el notable jurista danés, quien con sencillez y claridad expondría la esencia del realismo escandinavo: “Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el Derecho en acción”. El Derecho se presenta así como un marco a partir del cual trabajará el juez, será este quien al interpretarlo le dará vida y hará que la norma surta sus verdaderos efectos. El Derecho es un fenómeno de la realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varía de acuerdo con el tiempo y el lugar, que ha sido creado por el hombre y depende de factores externos de poder. Pero que este contenido tenga validez como Derecho es algo que no puede ser observado en la experiencia.⁽³⁸⁾

Alf Ross va más allá, en su enfoque, las normas jurídicas deben entenderse como directrices que pretenden provocar en su destinatario un determinado actuar. Su funcionalidad no radica en la comunicación de verdad alguna, sino en dirigir el comportamiento de los hombres. Este “juego de las normas” implica que cada jugador debe conocer cual es su papel, un jugador no solo se siente motivado espontáneamente a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza

(36) OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959, p. 18.

(37) FALCON Y TELLA, María José. *Concepto y Fundamento de la Validez del Derecho*, Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1994, p. 241.

(38) ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, p. 29.

que una transgresión de las reglas provocará una reacción de parte de su oponente. Derecho significa, entonces, el conjunto abstracto de ideas normativas que funcionan a manera de esquema regulador de conducta para los destinatarios de las normas y de interpretación para los jueces frente a los fenómenos sociales.

Para el profesor danés, toda afirmación sobre el Derecho vigente no es más que una predicción de acontecimientos sociales futuros en el tanto estos se encuentran indeterminados y no es posible formular sobre ellos predicciones externas de ambigüedad. Con todo, esa predicción es también un factor que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. La mayoría de la gente obedece al Derecho como hábito y sin la necesidad de recurrir a la fuerza física. No obstante, considera que la amenaza de coerción es un importante factor psicológico que asegura dicho cumplimiento.

Por otra parte, existen autores que se acercan bastante al realismo por su concepción de la norma como “declaración práctica” (*practical statements*), este es el caso del profesor de Uppsala Per Olof EKELÖF quien a pesar de haberse dedicado principalmente al tema de la validez del Derecho, por influencia de HÄGERSTRÖM y OLIVECRONA, no se encuentra ajeno a las discusiones en torno a la naturaleza del Derecho y la decisión de casos concretos.⁽³⁹⁾

Cuando EKELÖF habla de norma legal se refiere, de acuerdo con el uso corriente, a declaraciones y no a hechos. No obstante, una ley en el sentido aquí contemplado no es una declaración teórica, sino práctica.⁽⁴⁰⁾ Concuerta en que a un abogado lo dicho puede parecerle un juego conceptual desprovisto de significado. Lo que a él le interesa –tal como al hombre malo descrito por HOLMES– es la forma en que se decidirá el caso en cuestión. En ellos, la determinación de lo que es Derecho es una de las tareas centrales de la jurisprudencia, que toma en cuenta, además de la legislación, la *communis opinio*, los trabajos preparatorios, el método teleológico y en general los medios

(39) EKELÖF, Per Olof. *Free evaluation of evidence*, pp. 47,48, en *Scandinavians Studies in Law*, Vol. III, 1959.

(40) EKELÖF, Per Olof. *The expression “valid rule” a study in legal terminology*, p. 60, en *Scandinavians Studies in Law*, Vol. XV, 1971. HEDENIUS, Ingemar. *Om rätt och moral*, Stockholm, 1941, p. 117. STRÖMBERG, Tore. *Inledning till den allmänna rättsläran*, Lund, 1970, p. 13.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

interpretativos dispuestos en cada país. Así, el precedente, por ejemplo, es Derecho válido en un sentido distinto a la legislación y su aplicación plantea numerosos problemas, salvo en el caso en el que de la sentencia se formule una regla general.⁽⁴¹⁾

Ahora bien, ¿qué ha sucedido de especial relevancia en el Derecho escandinavo de los últimos años? Al respecto cabe señalar que los avances más importantes se han trasladado de Suecia a Finlandia, es así como podemos rescatar a los profesores de la Universidad de Helsinki Kaarlo TUORI, Aulis AARNIO, e Ilkka NIINILUOTO. Kaarlo TUORI no es un realista, sus estudios apuntan, entre otras cosas, hacia el positivismo crítico. TUORI acepta el punto de partida de Kelsen y Hart en el sentido de que una de las características del Derecho moderno es su naturaleza positiva pero, al mismo tiempo, reivindica el reclamo de que el Derecho positivo incluye reglas para su propia crítica inmanente. La aproximación al Derecho debe considerarse entonces a partir de tres estratos. El primero supone reglas, decisiones y doctrina en un nivel superficial; el segundo corresponde a la “cultura jurídica”; y el último, inspirado en Foucault y Habermas, responde a lo que el autor denomina “estructura profunda del Derecho”.⁽⁴²⁾

Aulis AARNIO es principalmente conocido en el plano internacional por su obra “Lo racional como razonable”⁽⁴³⁾ (*The Rational as Reasonable*). Este autor ha afrontado, a lo largo de su carrera, en la filosofía jurídica finlandesa, tres núcleos de interés. Durante la década de los sesenta se concentró en el análisis conceptual del lenguaje jurídico, en este punto se adivina cierta influencia de Olivecrona, el propósito de esa tendencia era criticar la dogmática jurídica conceptualista alemana que gozaba de un fuerte arraigo en la academia finlandesa. En los años setenta sus estudios se centraron en torno a la actividad de la adopción de decisiones y comprensión de la conducta de los tribunales, ello a partir de la influencia ejercida por la teoría de la acción de Georg Henrik von Wright, ni más ni menos que el sucesor de Wittgenstein en su

(41) EKELÖF, *The expression “valid rule” a study in legal terminology*, op. cit., p. 70.

(42) Cfr. TUORI, Kaarlo. *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política, México D.F., 1998.

(43) AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

cátedra de Cambridge, es esta la etapa de su pensamiento que recibe mayor influencia del movimiento realista. Posteriormente, AARNIO llegará a su última etapa en la cual sus trabajos se dirigirán hacia lo que es “argumentación jurídica”, “Teoría de la Justificación”, así como los conceptos de “racionalidad” y “razonabilidad”.

Finalmente, tenemos a Ilkka NIINILUOTO. Éste es un personaje un poco más complejo que los anteriores en la medida que sus intereses abarcan también epistemología y matemática. En diferentes contextos, NIINILUOTO ha sostenido un punto de vista que, en general, puede ser llamado realista, a pesar de que su análisis ha logrado evitar muchos de los errores clásicos de las doctrinas realistas tradicionales. Por consiguiente, esta opinión merece una atención más seria, no sólo a causa de su originalidad, sino también debido al hecho de que revela dos importantes rasgos: una conexión con el realismo jurídico y un intento de formular la doctrina de la única respuesta correcta desde el punto de vista de la teoría de la correspondencia de la verdad. Su punto de partida es que un enunciado con respecto a una norma puede siempre ser una proposición. Es verdadera o falsa según que, en el sentido tarskiano de la palabra, corresponda o no a la realidad. El concepto de verdad depende de la correspondencia entre el enunciado-realidad externa, y según NIINILUOTO, en el plano jurídico esta correspondencia está interconectada con la validez de las normas jurídicas.⁽⁴⁴⁾

IV. CONCLUSIÓN

Alcanzado este punto, debemos hacer una confesión, como ya habíamos señalado siguiendo a LEWELYN y FRANK, no existe ninguna “Escuela de realistas”, ellos se encuentran unidos únicamente por su rechazo a normativismos y corrientes axiológicas, pero es precisamente este punto, aquello que la torna aún más fascinante. En un mundo de “críticos sin crítica” la precisión de sus reproches, muchos de los cuales nunca fueron contrarrestados por sus antagonistas, es un reflejo más de la solidez de su pensamiento.⁽⁴⁵⁾ Su desarrollo marcó, en definitiva, una

(44) AARNIO, op. cit., pp. 225, 226.

(45) Por supuesto que no faltan críticas al realismo jurídico, así por ejemplo, SALAS ha señalado que el problema de los realistas radica en mostrar problemas e inconsistencias que son obvios, pero que muy pocos desean admitir. Con todo, esto no es una crítica atribuible al realismo

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

época caracterizada por la claridad de sus ideas, así como por la valentía de una generación de juristas que decidió luchar contra el idealismo y devolver el Derecho a la tierra.

En lo personal, ciframos la importancia del realismo jurídico –aunque esto es también predicable de otros realismos– en rescatar el valor de la práctica y la acción en un ambiente cada vez más teórico y alejado de la realidad. Ciertamente la teoría es valiosa, tal como señaló KANT: “Nadie puede decirse versado en una ciencia y a la vez despreciar la teoría, pues así mostraría simplemente que es un ignorante en su oficio, en cuanto cree poder avanzar más de lo que le permite la teoría, mediante ensayos y experiencias hechos a tientas”, mas nunca debe olvidarse que el verdadero valor de toda construcción teórica se manifiesta al cotejarla con la realidad y que, no en pocas ocasiones, las normas y directrices como recetas mágicas son de poca utilidad ante el caso concreto, tal como acertadamente escribió un poeta estadounidense:

“Tomad el mapa. El mapa es lo que conocemos. Y nada significa. He visto muchos mapas, en mi época conversé con mil hombres de mar Y al final sólo puedo decir que uno se aventura como uno se aventura.”

Stephen Vincent BÉNET, *Western Star*

jurídico, sino más bien, y sospecho que en el fondo el profesor SALAS estima lo mismo, un reproche hacia la hipocresía de un sistema jurídico que se complace en el silencio y el autoengaño. En ese sentido SALAS, Minor E. *Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho*, p. 133. En AA.VV., Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 27, México, 2007.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (191-220) mayo-agosto 2010

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALBERT, Hans. *La ciencia del derecho como ciencia real*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D.F., 2007.
- ALBERT, Hans. *Tratado sobre la razón crítica*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973.
- CASTIGNONE, Silvana. *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Universidad Externado de Colombia, N° 45, Bogotá, 2007.
- BÜLLOW, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*. En: AA.Vv., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.
- DE PARAMO ARGÜELLES, Juan Ramón. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1984.
- EKELÖF, Per Olof. *Free evaluation of evidence*, Scandinavians Studies in Law, Vol. VIII, 1964.
- EKELÖF, Per Olof. *The expression "valid rule" a study in legal terminology*, Scandinavians Studies in Law, Vol. XV, 1971
- FALCON Y TELLA, María José. *Concepto y Fundamento de la Validez del Derecho*, Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1994.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*, Tudor, New York, 1936.
- GEIGER, Theodor. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, Editorial Alfa, Barcelona, 1982.
- GEIGER, Theodor. *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- HÄGERSTRÖM, Axel. *Är gällande rätt uttryck av vilja?*, en OLIVECRONA, Karl. *Rätten och viljan. Tva uppsatser av Axel Hägerström*, Lund, 1961.
- HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1961.
- HECK, Phillip. *The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests*, En: AA.Vv., *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

- HEDENIUS, Ingemar. *Om rätt och moral*, Stockholm, 1941.
- HOLMES, Oliver Wendel. *The Common Law*. En: AA.VV., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.
- HOLMES, Oliver Wendel. *The Path of the Law*, Harvard Law Review, Vol. X, N° 8, 1897.
- HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, Tomo I, Revista de Occidente, Madrid, 1929.
- HUSSERL, Edmund. *Grundprobleme der Phänomenologie*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1992.
- JAMES, William. *Pragmatismos*, Sarpe, Altamira, 1985.
- JHERING, Rudolph von. *Theorie der Juristischen Technik*, En: AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976
- JHERING, Rudolf von. *Estudios Jurídicos*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1974.
- JHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*. Segunda edición, Valleta Ediciones. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- KANTOROWICZ, Hermann. *Some Rationalism about Realism*, Yale Law Journal, Vol. 43, 1934.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol. XLIV, 1931.
- LUNDSTEDT, Vilhelm. *Vägel till fred. Revolution inom den rättsliga föreställnings världen nödvänding*, Stockholm, 1924.
- OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959.
- OLIVECRONA, Karl. *The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, en Scandinavian Studies in Law, Vol. III, 1959.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *Teorías críticas del Derecho*. En: AA.VV., *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (191-220) mayo-agosto 2010

- POUND, ROSCOE. *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I, 1959.
- POUND, ROSCOE. *Law in Books and Law in Action*. En: AA.VV., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.
- RECASENS SICHES, LUIS. *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, Segundo Tomo, Editorial Porrúa, México, 1963.
- ROSS, ALF. *Hacia una ciencia realista del Derecho crítica del dualismo en el Derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1961.
- ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.
- ROSS, ALF. *Realismen i Retsvidenskapen og Samfundsnyttekimaeren*, en Svensk Juristtidning, Uppsala, 1932.
- RUSSELL, BERTRAND. *Ciencia, Filosofía y Política*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1963.
- SALAS, MINOR E. *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general*, en Revista Doxa Cuadernos de filosofía del derecho, número 24, Alicante, 2001.
- SALAS, MINOR E. *Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho*. En AA.VV., Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 27, México, 2007,
- SORIANO, RAMÓN. *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1997.
- STRÖMBERG, TORE. *Inledning till den allmänna rättsläran*, Lund, 1970.
- STRÖMHOLM, STIG FREDRIK y VOGEL, HANS HEINRICH. *Le réalisme escandinave dans la philosophie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975.
- TREVES, RENATO. *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988.
- TUORI, KAARLO. *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política, México D.F., 1998.



Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Govaere, Velia. ***Centroamérica en vísperas de un acuerdo de asociación con la Unión Europea*** (San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia. 219 páginas, 2009).

Su autora indica que se apunta que Centro América no necesita de un Acuerdo con la Unión Europea para su principal producto de exportación, el café, que está libre de aranceles ya. En cambio, de conseguir concesiones en la exportación de bananos y azúcar, éstos son también sectores altamente concentrados en manos, en el caso del banano, de multinacionales (pág. 17).

El contenido de esta obra es el siguiente:

- Perspectiva general
- Etapas de la integración centroamericana
- El comercio de Centro América con el mundo
- El comercio de Centro América con la Unión Europea

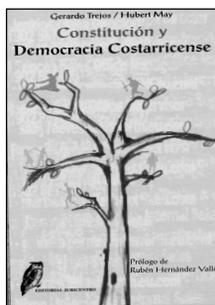


Los antecedentes latinoamericanos de acuerdos de asociación con la Unión Europea y lo que puede esperar Centro América desde esas perspectivas.

– o –



ROMERO-PÉREZ: Reseñas



Trejos, Gerardo; y, Hubert May. **Constitución y Democracia Costarricense** (San José: Editorial Juricentro, 285 págs. 2009).

En el *Prólogo* el *Dr. Rubén Hernández Valle* expresa que la democracia es algo más que elecciones libres celebradas periódicamente como lo demuestra la realidad cotidiana de varios países latinoamericanos (p. 18).

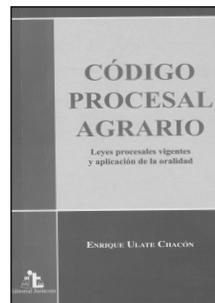
Esta obra está dividida en cuatro partes:

- Parte I: La democracia costarricense y sus orígenes ideológicos
- Parte II: La Constitución Política y la necesidad de su reforma
- Parte III: La construcción de la democracia es asunto de todos. A propósito de los derechos constitucionales al trabajo y al medio ambiente
- Parte IV: Nuevas perspectivas para la Constitución política y para la democracia costarricense

– o –

Ulate Chacón, Enrique. **Código Procesal Agrario. Leyes procesales vigentes y aplicación del principio de la oralidad** (San José: Editorial Juritexto, 264 págs, 2009).

El autor indica en la *Presentación* que a veinte años de creación de los Tribunales Agrarios es inconcebible que no haya operado una reforma procesal que satisfaga los requerimientos de esta disciplina (p. 11).



El contenido de este libro es el siguiente:

- La oralidad en los procesos agrarios y su aplicación en la legislación vigente



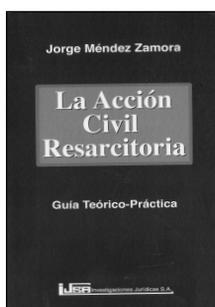
Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (221-228) mayo-agosto 2010

- Ley de jurisdicción agraria
- Ley de cobro judicial
- Ley de informaciones posesorias
- Ley de localización de derechos indivisos
- Ley de notificaciones judiciales

- o -

Méndez Zamora, Jorge. ***La acción civil resarcitoria. Guía teórico-práctica*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 223 págs. 2009).

El autor en la *Introducción* afirma que este es un libro informativo-descriptivo por cuyo medio he procurado compilar las reglas más importantes del ordenamiento jurídico costarricense relacionadas con la acción civil resarcitoria (p. 18).



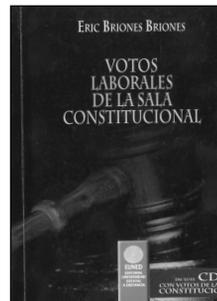
Los capítulos de esta obra son:

- I. Acciones y hechos dañosos
- II. Requisitos de constitución
- III. Partes procesales
- IV. Características y oportunidad procesal para su ejercicio
- V. Procedimiento en la fase preparatoria
- VI. Procedimiento ante el juez penal de la fase intermedia
- VII. Procedimiento en la fase de juicio oral y público
- VIII. Procesos de impugnación contra la sentencia
- IX. Procedimiento en la fase de ejecución de la sentencia
- X. Proceso cautelar
- XI. Otros modos de terminación de la acción civil resarcitoria



ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Briones Briones, Eric. ***Votos laborales de la Sala Constitucional. Incluye CD con votos de la Sala Constitucional*** (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 573 págs, 2009).



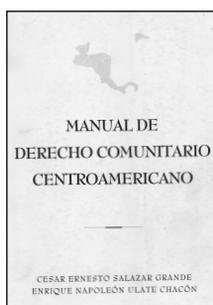
Salazar Grande, César Ernesto; Enrique Napoleón Ulate Chacón. ***Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*** (no indica país de edición: Editorial Orbi.iure, 256 págs, 2009).

Esta contiene:

Un *capítulo preliminar*: Derecho Comunitario y Organizaciones de Integración y *dos partes*:

Primera: El sistema institucional del SICA

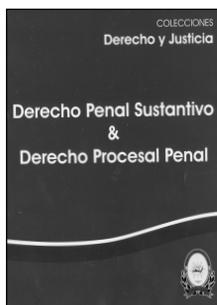
Segunda: El ordenamiento jurídico del SICA



Prittwitz, Cornelius et al. ***Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal*** (San José: Escuela Judicial, 255 págs., 2009).

Los ensayos que contiene esta obra se dividen en dos partes:

PARTE I: Derecho Penal sustantivo



Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre “derecho penal de riesgo” y “derecho penal del enemigo”.

Cornelius Prittwitz

Nulla poena sine lege en derecho penal internacional.

Kai Ambos

Jean Paúl Marat y la ilustración penal.

Javier Llobet Rodríguez

El derecho penal “moderno” y la política criminal en Costa Rica hoy.

Alfredo Chirino Sánchez

El delito de tráfico de influencias. Max Antonio Escalante Quirós

Aportes valorativos en torno al delito de “conducción temeraria”: ¿salvación o trampa? Lilliana García Vargas

PARTE II: Derecho Procesal Penal

De reformas y contrarreformas. El juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia. Rosaura Chinchilla Calderón

Protección de testigos y debido proceso. Ronald Solazar Murillo

La criminalidad organizada y el agente encubierto en la legislación penal costarricense. José Arnoldo González Castro

La acción civil resarcitoria en el proceso penal. Problemas de aplicación. Rafael Ángel Sanabria Rojas

Algunas anotaciones a la Ley de Notificaciones Judiciales desde la perspectiva del derecho penal William Serrano Baby

Prisión preventiva y otras medidas cautelares, a la luz de la incorporación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal.

Nuria Villalobos Solano

ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Boletín Jurídico Virtual. IUS doctrina. Universidad de Costa Rica.
Facultad de Derecho. Unidad de Informática Jurídica. Directora:
Licda. Anahí Fajardo Torres.

Los artículos que contiene esta publicación son:

Algunas otras cuestiones en tema de compromisos y de cláusulas compromisorias en sociedades mercantiles.

Prof. Dr. Gastón Certad Maroto

Algunas reflexiones sobre el fideicomiso honorario: un fideicomiso sin fideicomisario.

Especialista: *Ana Lucía Espinoza Blanco*

Los poderes en materia de propiedad intelectual, implicaciones la naturaleza jurídica del procedimiento de declaración e inscripción de estos derechos.

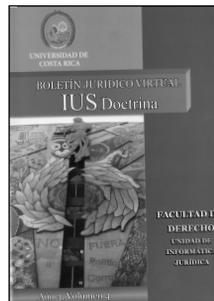
Dr. Pedro Suárez Baltodano

Falta de aptitud diferenciadora como causa de denegación absoluta de la marca comunitaria y la marca comunitaria colectiva.

Msc. Ingrid Palacios Montero

La sociedad anónima nacional o concesionaria regulada por la ley general de concesión de obras públicas con servicios públicos.

Licda. Tatiana González González



— o —

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (221-228) mayo-agosto 2010

Romero Pérez, Jorge Enrique. ***Defensa de la autonomía universitaria pública*** (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 152 págs, 2010).



El Dr. Romero Pérez hace un análisis de la autonomía constitucional universitaria pública, de acuerdo al desglose de temas siguientes:

- A modo de presentación
- Introducción
- La reforma estudiantil de Córdoba de 1918
- Normas constitucionales de Costa Rica
- Nombramiento de autoridades universitarias
- Sentencias de la Sala Constitucional
- Posición de la procuraduría General de la República
- Posición de la Contraloría General de la República
- Posiciones de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica
- Criterios universitarios
- Ley de control interno
- Reglamento organizativo de la oficina de la Contraloría Universitaria
- Análisis del voto 8283-09
- Resoluciones del TSE violatorias de la autonomía universitaria
- El fondo especial para el financiamiento de la educación superior universitaria estatal
- Conclusión
- Glosario
- Bibliografía

Reseña elaborada por el Dr. Rafael González Ballar.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrveloc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.