

ESTUDIO

EL COSTO DE LA LEGALIDAD

Enrique Gherzi*

El propósito económico fundamental del derecho es reducir los costos de transacción, pero la ley también tiene un costo, que el autor denomina "costo de la legalidad". El estudio de la informalidad muestra cómo el costo de la legalidad, cuando es muy alto, conduce a la desobediencia civil.

La deformación del ideal democrático ha popularizado la creencia de que todo acto legislativo se hace ley, sin considerar si se ajusta al derecho y al orden moral vigentes.

Esta ilusión conduce a que la ley quede neutralizada por su propio costo de realización.

A Armando de la Torre

El mercado es un mecanismo costoso para la toma de decisiones económicas. Pero también la ley es un mecanismo costoso. Por consiguiente, si bien el derecho tiene como propósito económico fundamental reducir los costos de transacción, la ley que es una de sus fuentes también tiene un costo que el autor denomina "costo de la legalidad". En ese sentido, no toda ley abarata las transacciones, sino que es perfectamente posible que las encarezca.

En efecto, el estudio de la informalidad ofrece el contexto preciso para examinar cómo el costo de la legalidad conduce a su ineficiencia por discriminar a la mayoría de la población y favorecer el rentismo, lo que a la postre provoca su falta de vigencia social.

* Abogado. Profesor de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Lima (Perú). Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Investigador del *Instituto Libertad y Democracia* de Lima desde 1982. Coautor de *El Otro Sendero* con Hernando de Soto y Mario Ghibellini.

Sin embargo, permite descubrir también que en estos casos los individuos que se dedican a actividades informales han sido capaces de reemplazar las leyes que no funcionan por un conjunto de reglas alternativas -la normatividad extralegal- a fin de abaratar sus propios costos de transacción.

En términos generales, *El Otro Sendero* condensa un enorme esfuerzo de investigación empírica por tratar de mostrar cómo los individuos que han migrado del campo a la ciudad en las últimas décadas tienen una enorme energía empresarial que, sin embargo, han debido desarrollar al margen y aun en contra de la ley, es decir, informalmente.

En cierto sentido podría decirse que *El Otro Sendero* contiene una teoría positiva de la vigencia de la ley o, si se quiere, de la no vigencia de la misma, por cuanto la existencia de una informalidad de las dimensiones y características descritas representa la posibilidad de estudiar la desobediencia civil como fenómeno masivo y espontáneo frente a una ley que no funciona.

Por ello, estimo que es menester discutir un conjunto de planteamientos teóricos, más o menos explícitos, que se derivan de algunas de las observaciones empíricas contenidas en el libro y que se relacionan con el derecho y la economía. El principal de ellos es el concepto de "costo de la legalidad" que es, a mi entender, el más importante aporte teórico de nuestro trabajo.

1 La Transacción y la Norma

Como resultado de las discusiones acerca de las imperfecciones del mercado y de la presunta necesidad de una intervención estatal para corregirlas, Ronald Coase logró establecer algunas hipótesis de trabajo fundamentales para el análisis económico del derecho.¹ La primera es que el mercado es un mecanismo costoso en el que no se pueden adoptar todas las decisiones. La segunda, que toda transacción cuesta algo a quien la realiza, independientemente de sus propios propósitos. Este costo de transacción está compuesto por el tiempo y la información indispensables para que la actividad se lleve a efecto. La tercera conclusión es que cuanto más compleja es una economía, mayores serán los costos de transacción. Y la cuarta es que, así, aparece el derecho co-

1 Ronald Coase, "The Nature of the Firm", *Económica* (Nov. 1937), 306-405. "The Problem of the Social Cost", *Journal of Law and Economics*, (1960) 3, 1-44.

mo institución mediadora para reemplazar a las personas individuales y al mercado en aquellas funciones en que los costos serían insufragables en un contexto de intercambio puro.

De estas hipótesis se extraen dos conclusiones fundamentales, que son conocidas por la literatura especializada como las "Leyes de Coase". A saber:

- Existiendo costos de transacción, el derecho no es indiferente al óptimo económico. Luego hay normas más eficientes que otras, según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo; entendido en el sentido que le dio el economista italiano Vilfredo Pareto, como aquella situación en la cual nadie puede mejorar su propia posición a costa de que la de otro empeore.
- Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico: abaratar los costos de transacción. Para el efecto, han de definir derechos de propiedad, dar seguridad a los contratos y establecer un sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Dado que el derecho procura disminuir los costos de transacción, su función económica principal estriba, entonces, en reducir el tiempo y consolidar la información indispensables para tomar decisiones. Esta información está compuesta, a su vez, por la acumulación de experiencias, valores, juicios y fracasos de los demás. Luego, el derecho permite utilizar más información de la accesible a cada persona individualmente. Supone, pues, mucha más inteligencia de la que es capaz de poseer un hombre por sí solo.

Ello ha permitido a Henri Lepage entender al derecho como la clasificación del conjunto de usos, criterios, valores y costumbres que permiten establecer una representación del universo, mejorar la capacidad de previsión y anticipar las consecuencias de determinados supuestos de hecho.²

La idea consiste, por consiguiente, en apreciar la manera como el derecho reduce la incertidumbre en un mundo de escasez, de modo tal que permite realizar un conjunto de actividades que en un contexto de intercambio puro resultarían imposibles.

2 Cf. Henri Lepage, *Mañana el Liberalismo*, (Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1980), Epílogo.

El derecho se entiende, entonces, como el instrumento proveedor de información que, junto con el conocimiento del tiempo y del lugar, establece el marco dentro del cual se decide.

De esta manera queda claro que no todas las decisiones económicas se toman en el mercado, sino que, además de mercado, hay en toda sociedad un metamercado, compuesto por el derecho encargado de regularlo y facilitar la obtención de los objetivos sociales e individuales abaratando los costos de transacción.³

Ahora bien, el derecho entendido como metamercado tiene varias fuentes o maneras de producirse. A un nivel microeconómico, los contratos. A un nivel macroeconómico, las costumbres, las leyes y la jurisprudencia de los tribunales. Según sean los sistemas jurídicos de los países, varía la importancia o independencia de estas diferentes fuentes; pero, como se verá con mayor detenimiento más adelante, son fuentes básicamente competitivas que van generando derecho. Tratan de organizar y poner en ejecución los acuerdos requeridos para intercambiar bienes o servicios y para combinar los recursos humanos así como materiales necesarios para producirlos. Buscan obtener la cooperación de los individuos para sus fines comunes. Y proveen servicios para facilitar la confección o la puesta en ejecución de todo tipo de acuerdos que versen sobre bienes o servicios: contratos, responsabilidad civil, derechos reales, etc.

No obstante, existe una confusión bastante notable entre derecho y ley. En términos estrictos, la ley es solamente una de las fuentes del derecho o, si se quiere, una de las maneras en que las sociedades pueden producir normas para reducir los costos de transacción. Esta confusión probablemente tiene muchos orígenes, pero es especialmente marcada en países como los nuestros, que están inscritos dentro de la tradición jurídica romano-civil, sobre todo después del positivismo kelseniano.

Sin embargo, es muy probable también que se deba a una cierta ventaja comparativa del Estado como productor de derecho. En efecto, por definición, el Estado tiene el monopolio de coacción y de la coerción legítimas. Por ende, al tener también el monopolio de la producción de legislación,

3 Cf. Pedro Schwartz y Alfonso Carbajo Isla, "Teoría Económica de los Derechos de Apropiación". En *Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía* (Madrid: Ed. Forum Universidad-Empresa, 1980).

puede hacer que el derecho generado a través de ella tenga mucho más vigencia social porque es aplicable *erga omnes*. Pero puede suceder también todo lo contrario, como veremos más adelante.

La doctrina jurídica tradicional ha tendido a considerar que la ley es un elemento neutro o gratuito que se introduce en la sociedad de manera tal que ordena, como por arte de magia, todas las cosas o relaciones humanas. Inclusive criterios tradicionales más superficiales han llegado a suponer que es posible convertir en leyes de cumplimiento obligatorio cualquier cosa que aprueben los propios legisladores. Esta creencia ha venido a concurrir con la deformación de los ideales democráticos que, en palabras de Federico Salazar, consiste en "la suposición de que el acto legislativo se hace ley con independencia de si se ajusta o no al derecho vigente y de si se adecúa o no al orden moral que le sirve de fundamento".⁴

Ocurre, sin embargo, que tal gratuidad no existe. Antes bien, el cumplimiento de las regulaciones implica una serie de costos y beneficios sobre los ciudadanos que deben observarlas. De acuerdo con Carbonier, esto puede conducir a que la ley quede neutralizada por su propio costo de realización.⁵ En efecto, las personas que quieran disfrutar de los beneficios de la legalidad deberán asumir los costos involucrados. De no estar en condiciones de hacerlo, puesto que se ha encarecido por encima del nivel sufragable la disposición a cumplir con la ley, sencillamente no podrán aprovechar el sistema legal. Y, paradójicamente, éste habrá quedado neutralizado porque habrá dejado de ser útil para los individuos.

La ley, al estipular la consecuencia jurídica para un supuesto de hecho, proporciona información a tener en cuenta al momento de decidir. Le dice a la persona qué requisitos debe cumplir, con qué protección cuenta, qué tributos lo gravan, y a qué consecuencias ha de atenerse. En suma, revela cuál es el costo que se debe sufragar si es que desea disfrutar de la legalidad y cuál es su beneficio.

Entonces, el costo de la legalidad, en el sentido en que lo entenderemos, es la noción genérica de todos los componentes y cada uno de ellos, en forma conjunta o separada, con

4 Federico Salazar, "El Fundamento Ético de la Libertad. Ensayo en Defensa de las Minorías Morales", Mecanografiado, Lima, (Agosto, 1987), p. 2.

5 Cf. Jean Carbonier, *Derecho Flexible. Para una Sociología no Rigurosa del Derecho*. (Ed. Tecnos, Madrid: 1974).

los cuales y por los cuales se realiza una decisión con respecto de la legalidad de una actividad. Así, pues, el costo de la legalidad es la apreciación individual de todo aquello que es necesario hacer o no hacer para disfrutar del amparo y protección del régimen legal.

En este contexto es preciso destacar que así como el mercado es un mecanismo costoso en el cual no pueden tomarse todas las decisiones económicas, la ley es también un mecanismo costoso que sólo abarata las transacciones cuando el costo de su cumplimiento no excede al de éstas últimas. Si Veljanovski considera los costos de transacción como los costos de usar el mercado⁶, el costo de la legalidad bien podría ser definido como el costo de utilizar la ley.

No obstante, hay que advertir que si bien los costos de las transacciones dependen de la naturaleza de éstas, el costo de la legalidad depende mayormente del proceso por el cual se genera la ley y de las características que tiene. Por lo tanto, se encuentra mucho más relacionado con los procesos políticos y legislativos vigentes en los diferentes países que con las características del mercado mismo.

De esta manera llegamos a una de las conclusiones fundamentales de la ley entendida como uno de los mecanismos del derecho para reducir los costos de transacción: su carácter instrumental. La ley es, en realidad, sólo un medio puesto a disposición del individuo para elegir. Luego, al obedecerla persigue sus propios objetivos y no los del legislador. Por consiguiente, toda modificación legal que se haga altera los medios a disposición de las personas, tergiversa el mecanismo de información o modifica el tiempo de las decisiones, pero no puede cambiar los fines de los individuos ni su tendencia a aplicar sus capacidades, escoger sus acciones y determinar sus preferencias de acuerdo con sus propias escalas de costos y beneficios.

De acuerdo con Hayek, en todos los casos en que la coacción sea evitable, el único efecto de la ley consistirá en alterar los medios a disposición de los individuos, pero nunca en determinar sus propios propósitos.⁷ Luego, el vínculo de sujeción que se estima inherente al imperio de la ley sólo es tal luego de un análisis racional de costos y beneficios realizado por los individuos. De manera que, si efectuada esta evalua-

6 Cf. C. G. Veljanovski, *The New Law and Economics. Research Review* (Oxford: Centre for Socio-Legal Studies, 1982), p. 53.

7 Cf. Friedrich A. Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*. (Madrid: Unión Editorial, 1978), Tomo I, pp. 177-181.

ción resulta que las leyes no sirven a los intereses particulares, se habrá establecido una demanda de medios jurídicos alternativos para servirlos. En este contexto la ley empieza a perder vigencia social y se recurre a fuentes al derecho, como la costumbre, en busca de normas útiles para reducir los costos de la transacción. Sin embargo, por carecer estas fuentes alternativas del mismo nivel de exigibilidad que la ley, se incrementa adicionalmente el grado de incertidumbre de las transacciones económicas.

Es claro, pues, que cuando el costo de la legalidad se eleva a un punto tal que es insufragable por la mayoría de la población, no reduce sino que encarece las transacciones. Es más difícil entrar al mercado y seguir dentro de él, por cuanto cada una de las operaciones que se realice incorpora cargas proporcionales a la incidencia de las leyes. Por ejemplo, al establecerse, un conjunto de requerimientos legales a fin de contar con terrenos y viviendas, se estipula también una carga sobre todas las transacciones que se produzcan sobre tales bienes, de manera que se debe observar lo prescrito a fin de poder gozar de los beneficios de la legalidad.

Lo importante en cada caso es entender que la existencia de una legalidad excesivamente onerosa no necesariamente supone que las actividades dejen de llevarse a cabo sino que se trasladan de un mercado a otro: de la formalidad a la informalidad. Dado el carácter instrumental de la ley, ésta no es más que mecanismo de información por el cual los individuos pueden advertir la cantidad de recursos que les representaría gozar de la protección del Estado para el desarrollo de su actividad. Por consiguiente, como la gente tiende por naturaleza a hacer lo más barato y evitar lo más caro, el cumplimiento de la ley está sujeto a que ella tenga menores costos que beneficios; puesto que las personas al evaluarla persiguen cumplir sus propios objetivos y no los del Estado ni mucho menos los de las autoridades.

Entonces, si el costo de la legalidad es tal que resulta insufragable o bien supera los beneficios de las transacciones, la gente opta por quedarse fuera, es decir, en la informalidad.

Igualmente, si los costos de la legalidad se elevan por encima de sus beneficios, la gente opta por escapar de su ámbito a pesar de haber ingresado en él, es decir, deserta hacia la informalidad.

Sin embargo, con respecto a la legalidad, el carácter subjetivo e inaprehensible del costo se hace más evidente e importante por cuanto intervienen de manera crucial consi-

deraciones no monetarias o, al menos, no directamente monetarias, como la seguridad, el prestigio, el miedo o la potencial protección de la ley.

2 El Problema del Costo

Es preciso distinguir dos dimensiones en el concepto de costo, desde el punto de vista de la elección individual.

De un lado, la noción de costo evoca una evaluación personal y subjetiva acerca de la importancia que se atribuye a una carga, en función de una expectativa de beneficio. De otro, el concepto es más un resultado que una expectativa y está referido al pasado antes que al futuro.

En el primer caso, el concepto es relativo a un hecho ideal que influye en la elección del individuo. En el segundo, a un acontecimiento de la realidad influido por la elección del propio individuo. En el primer caso, a la lógica de la elección; en el segundo, a un problema de contabilidad.

Las decisiones vienen determinadas por experiencias subjetivas. Sin embargo, se reflejan objetivamente en resultados verificables y cuantificables que, a su vez, actúan como fuentes de información respecto de las nociones subjetivas.

En lo que se refiere al tema de este artículo hay que advertir que si bien el concepto de costo de la legalidad se refiere más a la acepción subjetiva, su evaluación proviene tanto de operaciones subjetivas cuanto de resultados objetivos. Por ende, las aproximaciones sistemáticas al tema pueden hacerse a través del concepto subjetivo —examinando las conductas hipotéticas, posibilidades y perjuicios resultantes— y a través del concepto objetivo —examinando cuánto ha costado la legalidad a quien ya realizó una elección—. En este caso, sin embargo, el resultado que se obtenga, si bien será más fácil de cuantificar, no necesariamente reflejará el proceso individual de la lógica de la elección, sino los resultados de ciertas experiencias individuales frente a la legalidad.

Estas mediciones, siempre y cuando no se confundan con la noción subjetiva del costo de la legalidad, pueden dar una idea aproximada de lo que sucede a nivel de la decisión individual y, de hecho, una más exacta de la experiencia confirmada de algunos individuos de la sociedad.

Esta experiencia realizada, a su vez, forma parte inicial de la información que los individuos pueden reunir para formarse una noción de lo que cuesta la legalidad. Ella crea una especie de acervo social de información, conocimiento, intuiciones y emociones respecto de la legalidad. Puede

transmitirse directamente, mediante amigos, paisanos u otros. También indirectamente, a través de la mediación de profesionales, tales como abogados o contadores, que precisamente tienen por función acopiar todo este acervo informativo.

Podría insinuarse que hay también una relación entre niveles de ingresos y estos dos tipos de fuentes de información. En efecto, las personas de menores ingresos tendrán probablemente una mayor proclividad a recurrir a primos, amigos o parientes, mientras que las personas de mayores ingresos acudirán a profesionales. Esto se explica porque las satisfacciones alternativas a sacrificar para recurrir a un amigo o pariente son menores que las comprometidas al contratar a un mediador profesional.

Obviamente, todo ello favorece las transacciones cara a cara, así como los negocios familiares. Este es un punto sumamente curioso que llama a reflexión. Nuestros pueblos se caracterizan por la gran cantidad de negocios familiares, donde padres, hijos, primos o hermanos trabajan cotidianamente. Los antropólogos, sociólogos y demás científicos sociales han sostenido a través de los años que ello se debe a un ancestro cultural de nuestros mayores que caracterizaría nuestra presunta raigambre colectivista. Sin embargo, tengo la convicción de que la causa es diferente. Los latinoamericanos tenemos que trabajar entre familiares porque no tenemos acceso a un mecanismo de contratos eficiente ni libre para combinar y aprovechar los recursos. O, dicho en otras palabras, porque tenemos una legalidad excesivamente cara en relación con los ingresos de nuestra población. Obviamente, si tal acceso no existe, es muy natural que la gente tienda a realizar las transacciones entre sus familiares porque son quienes más confianza le inspiran. No se trataría, pues, de una prueba de colectivismo, sino de una reivindicación de la libertad de contratar.

Sin desmedro de las precisiones advertidas, es necesario tener en cuenta dos elementos adicionales. El primero es el carácter global del costo de la legalidad. El segundo, la función de los precios.

De manera contraria a lo que podría suponer un esquema simplista, los individuos frente a la legalidad no entran en detalles ni consideraciones mayores. La aprecian en su conjunto, por su onerosidad agregada y por su dificultad total. Las decisiones personales frente al derecho no están perfectamente discriminadas. Antes bien, dependen de una serie de consideraciones como conocimiento, información o

disponibilidad de asesoría. Algo así como un carácter común engloba los diferentes componentes del costo de la legalidad en un bosque de cargas que asusta más que cada uno de sus árboles.

La gente puede tener nociones no siempre exactas respecto de estos costos. Algunas personas pueden estar más aventajadas en la comprensión de uno u otro de sus componentes. Pero, sin duda, será muy difícil que entren a evaluar detallada y detenidamente cada uno de los trámites y procedimientos, a fin de determinar el costo que ellos impliquen monetaria o no monetariamente, compararlos con los beneficios inherentes a tal decisión y finalmente hacer una elección personalmente satisfactoria. A esto podemos llamarle carácter global del costo de la legalidad.

Así, pues, cualquier individuo que quiera invertir sus recursos, tiempo y conocimiento en una actividad deberá evaluar *grosso modo*, por un lado, lo que puede costarle cumplir con las obligaciones legales, y, por otro, lo que puede obtener de la ley a cambio de ese cumplimiento.

Por supuesto, la opción que el individuo escoja no supone una evaluación exacta ni rigurosa de las cargas legales, pero sí una intuición genérica en torno a lo que ellas representan respecto de su actividad o respecto de lo que está dispuesto a hacer.

Si su disponibilidad de recursos (dinero, trabajo, tiempo y conocimiento) es elevada, será probable que tenga más que ganar con el acatamiento del orden legal establecido.

Si, en cambio, su disponibilidad de recursos es limitada, será muy probable que tenga más que ganar actuando al margen de la ley. Aunque aquí hay otro factor a considerar: la imposibilidad absoluta de realizar una actividad dentro de la ley. Un caso particular de esta situación es aquél en el que un individuo sencillamente carece de todo conocimiento respecto de los requisitos de la legalidad. Esto significa, simplemente, que su capital humano es excesivamente escaso con respecto de los requerimientos legales, situación que, si se toma agregadamente, puede sugerir la existencia de un costo social elevadísimo resultante de una discriminación legal contra las personas de menores recursos.

Entonces, el costo de la legalidad no es una medida exacta ni particular, sino imprecisa y global. En 1946 Thirlby escribió que el costo "no es objetivamente describible ... es una cosa que existe en la mente de quien toma decisio-

nes antes de que su curso comience y que puede haber sido vagamente aprehendida ..."⁸

Así como el costo de la legalidad tiene un carácter global, su evaluación implícita también puede estar incorporada en el mecanismo de los precios.

Recuérdese que los precios, como se sabe desde los trabajos de Menger, Bóhm-Bawerk, Mises y Hayek,⁹ tienen entre sus cometidos principales transmitir información acerca de los valores relativos de bienes y servicios en una sociedad. Expresan no sólo lo que el bien o el servicio representa subjetivamente para las personas involucradas, sino también su relación con la estructura institucional. Por ende, contienen una evaluación automática del costo de la legalidad. De hecho, lo incorporan, porque al expresar el costo de oportunidad de la utilización de los recursos lo hacen en relación a la estructura legal vigente.¹⁰

Dicho de otra manera, en los precios de los terrenos debidamente urbanizados o de las casas formalmente edificadas o de los productos legalmente expendidos están incorporadas alícuotas correspondientes al costo de la legalidad. Así, el mecanismo de los precios es el gran evaluador impersonal del nivel de costos impuestos por la legislación.

3 ¿Cuánto Cuesta la Legalidad?

Uno de los principales aportes del trabajo del Instituto Libertad y Democracia (ILD) ha sido tratar de cuantificar la legalidad vigente en el Perú. En ese sentido, se planteó una metodología original consistente en determinar qué tipos de componentes tenía tal costo. Así llegó a la conclusión de que, por lo menos para propósitos prácticos, había dos componentes importantes de cuantificar.

Ello se explica en el hecho de que hay dos tipos de individuos característicos que se dedican a actividades informales. Los que nunca entraron al circuito legal y los que, habiendo entrado, desertan de él haciendo informal parte de sus acti-

⁸ Citado en James Buchanan, *Cosí and Cholee* (Chicago: University of Chicago Press, Midway Reprint, 1967), p. 31.

⁹ Karl Menger, *Principios de Economía Política* (Madrid: Unión Editorial, 1983). Eugene Bóhm-Bawerk, *La Teoría de la Explotación* (Madrid: Mirasierra, 1976). Ludwig von Mises, *La Acción Humana* (Madrid: Unión Editorial, 1980). Friedrich A. Hayek *Op. cit.*

¹⁰ Cf. Juan Torres López, *Análisis Económico del Derecho* (Madrid: Ed. Tecnos, 1987), p. 21.

vidades. De un lado, los ambulantes, microbuseros o invasores de terrenos; de otro, los empresarios privados que no facturan parte de sus ventas o eluden el cumplimiento de determinadas regulaciones.

El migrante del campo a la ciudad no es un agente económico neutro, ya que necesita acceder a las actividades económicas. Y requiere acceso no sólo al trabajo, sino a la vivienda, el transporte, el comercio y, en general, a cualesquiera de las actividades que quiera desempeñar. Ocurre, sin embargo, que, dadas las características de nuestra legislación, no existe libre acceso. No basta que una persona quiera entrar a un mercado, hacer una casa, habilitar un terreno, formar un negocio o emprender una industria para que, en efecto, lo realice. Es menester recabar permisos previos: Hay que pasar por el tamiz del derecho. Esto determina un primer nivel de relación entre el individuo y la ley que interesa con el fin de cuantificar el costo de la legalidad, al que el ILD ha llamado "costos de acceso a la formalidad".

El segundo momento ocurre cuando, logrado el acceso, el individuo quiere hacer algo —casa, urbanización, servicio, industria o comercio— y encuentra que no puede operar autónomamente. Antes bien, su conducta está ligada, condicionada y estimulada por la legalidad. Hay que pagar tributos y cumplir reglamentos laborales. Hay que tramitar licencias de cambio y observar procedimientos administrativos. Hay que edificar de acuerdo con el Reglamento Nacional de Construcciones o servir la ruta según tal o cual regla. Hay, en suma, muchas normas que cumplir: un individuo no sólo debe lograr acceso legal a su actividad, sino que también debe conservar esa legalidad. A este segundo componente el ILD lo ha llamado "costos de permanencia en la formalidad".

Para cuantificar los costos de acceso el ILD ha examinado los casos de la industria, la vivienda, el comercio y el transporte. En lo que a industria se refiere, en 1983 realizó una simulación de los trámites necesarios para constituir legalmente un pequeño taller de confecciones. Se propuso como meta tramitarlo como un ciudadano común y corriente, sin información técnica ni asesoría profesional y con un propósito eminentemente honesto. Por ende, decidió no pagar soborno alguno para acelerar el procedimiento y tener así una medida cabal del problema.

Pues bien, el resultado fue que los investigadores del ILD tuvieron que tramitar durante 289 días para poder obtener los once permisos necesarios a un costo total de 1.231

dólares —entre gastos realmente desembolsados y lucro cesante—, suma que a la fecha significó 32 veces el sueldo mínimo vital. Por añadidura, se les pidieron sobornos unas diez veces, a los que hubo que acceder por lo menos en dos, pues, pese a cumplir con las regulaciones, no se podía pasar sin sobornar a los funcionarios.

Entusiasmados por el experimento —si puede existir entusiasmo en todo ello—, los investigadores del ILD decidieron comprobar cuán universal sería el problema. Para el efecto, procedieron a repetir el experimento en base al mismo *know how*, en la ciudad de Tampa, estado de Florida, en los Estados Unidos. Allí, el resultado fue que el trámite de constitución legal de un pequeño taller de confecciones demoró sólo tres horas. La abrumadora diferencia entre un resultado y otro me exime de mayor comentario, salvo por el hecho de que pudiera sugerir la existencia de indicadores institucionales para explicar las diferencias entre el desarrollo de un país y otro.

En el caso de la vivienda, no se pudo realizar una simulación, ya que, por ejemplo, no era viable organizar una falsa invasión. Así es que se decidió estudiar un conjunto de expedientes reales, a fin de obtener una medida del costo de acceso a la propiedad inmobiliaria para vivienda.

El resultado de tal ejercicio demostró que los trámites de adjudicación, habilitación, licencias de construcción y certificado de conformidad de obra, necesarios para aprovechar un terreno eriazado del Estado, legalmente tardan un promedio de 80 meses e involucran no menos de 500 pasos administrativos diferentes —inclusive con intervención del Presidente de la República—. Solamente el costo de la adjudicación del terreno para una asociación de pobladores promedio asciende a unos 2.156 dólares por miembro, aproximadamente 56 veces más que la remuneración mínima vital vigente a la fecha del cálculo.

El caso del comercio no es menos patético. Se examinaron los costos de acceso a una tienda formal y a un mercado de abastos por ser las dos posibilidades más comunes y observables que tienen para desempeñar esta actividad. En la primera posibilidad se procedió a una simulación, que arrojó como resultado que los trámites para abrir una pequeña tienda formal demoran unos 43 días a un costo de 600 dólares, unas 15 veces el sueldo mínimo vigente a esa fecha. En la segunda, se procedió a un examen de cinco casos reales, el que dio como resultado que los trámites para levantar legalmente un mercado tardan en promedio 18 años.

En el caso del transporte, el problema es más simple y dramático a la vez, porque sencillamente no hay acceso. Para entrar al servicio hay que invadir y, luego, exigir o negociar políticamente el reconocimiento legal. La legislación ni siquiera contempla la posibilidad de acceder al mercado. El costo de la legalidad es sencillamente insufragable.

En lo referente a los costos de permanencia en la formalidad, el ILD ha tratado también de obtener algunos indicadores. Así, en base a una muestra de 50 pequeñas empresas industriales, ha determinado que los costos de permanencia en la formalidad representan el 347.7% de sus utilidades después de impuestos y el 11.3% de sus costos de producción.

En cuanto a su composición, el 21.7% de los costos de permanencia son tributarios; el 72.7% son laborales y burocráticos, y el 5.6% restante, costos por uso de servicios públicos. De allí se deduce que la tributación es un factor mucho menos importante de lo que comúnmente se cree para definir la formalidad o informalidad de las empresas. Son más bien los costos de origen laboral y burocrático los que tienen incidencia definitiva en la legalidad de las actividades económicas.

En este sentido, se habría comprobado una divergencia bastante importante entre el fenómeno de la informalidad como revolución social en América Latina y la informalidad como marginalidad en ciertos países desarrollados. En efecto, los trabajos de Peter Gutmann, Edgar Feige y Vito Tanzi, reconocidos como clásicos en la materia, consideran que una fiscalización demasiado rigurosa sería la causa principal de la existencia de actividades informales;¹¹ mientras que las comprobaciones del ILD sugieren que sería una variable más general, como el costo de la legalidad, la que estaría generando principalmente el problema.

Ahora bien, es preciso indicar que la discriminación entre los diferentes costos de acceso y permanencia es un recurso metodológico para cuantificar el costo de la legalidad, pero no es la manera como procede una persona en la vida

¹¹ Peter Gutmann, "The Subterranean Economy", *Financial Analyst Journal*, (Nov-Dic. 1977).

Edgar Feige, "A New Perspective on Macroeconomic Phenomena," *The Theory and Measurement of Unobserved Sector of United States. Causes, Consequences and Implications*, XXXIX Meeting of American Economic Association. Unpublished paper. 1980.

Vito Tanzi, "The Underground Economy in US, 1930-1980". IMF Staff Papers. Vol. 30. 1983.

diaria. De hecho, los individuos que enfrentan a la legalidad o se sirven de ella no entran en detalles ni consideraciones profundas, sino que evalúan *grosso modo*, generalmente a través del mecanismo de los precios, lo que puede dificultarles cumplir con las obligaciones legales y lo que pueden obtener de ellas a cambio de ese cumplimiento.

Por ello, la utilización en este recurso metodológico no es más que una aproximación muy inicial a la cuantía del costo de la legalidad, ya que sólo permite llegar a su dimensión objetiva y no a su efecto subjetivo, que hemos considerado no sólo el adecuado para situar el concepto, sino también el que más nos aproxima a la lógica de la elección individual.

4 El Revés de la Trama: Discriminación Legal y Mercantilismo

Se ha comprobado que el exceso de regulaciones ha encarecido de manera sistemática el costo de la legalidad, fundamentalmente porque al elevarlo respecto de la información y el tiempo, se incrementan proporcionalmente los costos de transacción. Analizaremos a continuación la manera como este encarecimiento ha afectado a los estratos menos favorecidos de la población.

Como se ha insistido, el derecho no es neutro, antes bien, crea costos que inciden directamente en las condiciones que los individuos deben observar para ejercer o recibir determinados derechos, lo que significa que se ha excluido del ejercicio o merecimiento de tales derechos a todos aquellos que no pueden cumplir las regulaciones. En otras palabras, a quienes no pueden sufragar los costos de la legalidad.

Ocurre que tal imposibilidad tiene una clara relación con los niveles de ingreso. North y Leroy Miller sostienen que toda limitación en el tiempo y en la información afecta a las personas de manera inversamente proporcional a la cuantía de sus ingresos.¹² Es decir, las personas que más tienen, enfrentan con menos problemas las dificultades originadas por la legislación y, por el contrario, aquellas que menos tienen, encontrarán más dificultades.

En el punto óptimo, para un nivel dado de ingresos, el cumplimiento de disposiciones y procedimientos se encontra-

12 Douglas North y Roger Leroy Miller, *Análisis Económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.* . (México: Fondo de Cultura Económica, 1978).

rá dentro de lo razonable y podrá ser sufragado sin sacrificar satisfacciones fundamentales. Por encima del óptimo, a su vez, lo que tenga que sacrificarse a fin de observar la legalidad descenderá conforme crezcan los ingresos, de manera tal que, por cada punto adicional, habrá un nivel de sacrificio menor.

Finalmente, por debajo del óptimo, el sacrificio será mayor cuanto menor sea el ingreso y, por consiguiente, el cumplimiento de las obligaciones, según el ingreso descienda, comprometerá fracción creciente de satisfacciones fundamentales.

Así el nivel del costo de la legalidad puede desembocar en un incremento de las desigualdades sociales por comparación con lo que hubiera sucedido en condiciones de menor restricción; toda vez que al introducirse normas y procedimientos con el propósito de corregir los defectos del mercado, mantener el orden o garantizar la justicia distributiva, se ha producido el efecto inverso y, de seguro no deseado, de discriminar a los pobres que no pueden cumplir las exigencias que la situación impone.

Una consecuencia del costo de la legalidad es elevar los precios de las cosas, dado que los costos inherentes a su cumplimiento son trasladados a aquéllos. Otra consiste en limitar el acceso o la permanencia formal en las actividades económicas, dado que sólo entran o mantienen la protección de la ley quienes están dispuestos a sacrificar mayor número de satisfacciones alternativas para el efecto. Por ambas vías se discrimina a los pobres. En la primera, porque no cuentan con capital suficiente para sufragar el precio al nivel que ocasiona el cumplimiento de las regulaciones. En la segunda, porque las satisfacciones alternativas que se tendrían que sacrificar comprometerían su supervivencia y más elementales necesidades.

Este razonamiento nos conduce a la crítica de la función tuitiva y redistributiva del Estado en nuestras sociedades. En los últimos años estas dos finalidades son reconocidas generalmente como parte de sus funciones naturales. Sin embargo, lo que no se ha hecho hasta ahora es constatar los objetivos propuestos por las disposiciones tuitivas o redistributivas con los efectos que, en realidad, producen.

Luego, queda perfectamente claro que el costo de la legalidad puede excluir a los pobres de la utilización de las normas, a diferencia de las personas con mayores recursos o contactos en el aparato estatal. Por consiguiente, la legislación no está cumpliendo los propósitos tuitivos o redistributi-

vos esperados por autoridades o legisladores. Antes bien, está profundizando las diferencias sociales al negar el acceso a grandes contingentes de personas y, paradójicamente, está creando también rentas en favor de pequeños grupos de la población.

Si el marco jurídico encarece el acceso por encima del nivel sufragable, favorece la creación de rentas o privilegios; determina un nivel de ineficiencia general en el aprovechamiento de los recursos y discrimina a gruesos sectores de la población. ¿Qué alternativa les queda a las personas de menores recursos?

Lo que en abstracto la teoría puede predecir es que cuando se tiene un canal de acceso a un conjunto de derechos determinados y el recurso sobre el cual recaen tales derechos es progresivamente escaso con relación a las necesidades de la población, puede esperarse que se produzca una atribución de derechos alternativa. Es decir, que se quiebre la legalidad.

Todo ello deja en evidencia un efecto fundamental del elevado costo de la legalidad. Si bien las regulaciones perjudican a determinados estratos de la población al impedirles el goce de los beneficios de la legalidad, resulta obvio que no produce el mismo efecto contra aquellos que están en disposición de afrontar sus exigencias. Antes bien, es presumible que haya un grupo de gente al que la sobrerregulación beneficie directamente, sea porque reduce la competencia real o potencial sobre los bienes materia de control o porque estipule requisitos que sólo ellos pueden cumplir. Esto nos lleva al problema de la creación de rentas o privilegios a través de la regulación.

Una visión tradicional de la función de la ley en la sociedad podría soslayar el poder que tienen las normas para asignar recursos cuando, en realidad, éste es uno de sus propósitos esenciales. En efecto, las leyes afectan la forma como se aprovechan los escasos recursos disponibles, al establecer un rango permisivo o prohibitivo de acciones, estipular un conjunto de requisitos para obtener licencias o crear procedimientos que permitan determinar las valoraciones relativas de los recursos.

Por consiguiente, el beneficio social más importante que resulta de acceder a la estructura legal consiste en la clara y definida asignación de recursos que es inherente a la ley.

Luego, si se regulan, de una cierta manera, las actividades económicas, es obvio que se está creando una renta en

favor de quienes puedan satisfacer los estándares legales y en contra de quienes no pueden hacerlo. Se determina, a la postre, quién aprovechará las oportunidades económicas sólo porque puede cumplir las regulaciones y se excluirá a otros sólo porque no pueden hacerlo.

Ello no creará, necesariamente, una situación de justicia mayor. Por lo general, toda norma tiene un impacto redistributivo. Cuando este impacto reduce los costos de transacción se produce una situación semejante a la "posición original" de Rawls,¹³ según la cual, por tratarse de reglas abstractas y no excluyentes, es muy probable que al ganar un individuo beneficie a todos los demás. Sin embargo, cuando el impacto redistributivo de la ley encarece las transacciones se produce una situación asimétrica, donde reglas particulares y excluyentes favorecen a los que tienen una posición privilegiada en su trato con el aparato estatal.

La ley, en tales supuestos, sirve a intereses particulares y no a intereses generales y determina, por consiguiente, que cierto grupo de personas puedan aprovechar con mayor facilidad legal los recursos disponibles.

Ello tiene un particular interés, puesto que permite reconocer en qué casos hay una norma de carácter general y en cuáles hay una pura y simple creación de privilegios que acarrea rentas para un reducido grupo con acceso a los mecanismos del poder.

Asimismo, permite reconocer cómo tras un proceso de regulación, que a menudo parece guiado sólo por la inercia, desidia o incuria burocrática, hay una racionalidad interna que lo hace responder al ánimo de la creación de privilegios y que tiene, finalmente, el efecto dramático de encarecer la legalidad por encima de los niveles sufragables por las personas de menores ingresos.

Este encarecimiento de la legalidad, resultante de la sobrerregulación que establece rentas en favor de cierto grupo de personas toma, a la vez, atractivas las soluciones alternativas como la informalidad.

El problema de la percepción de rentas a través del encarecimiento de la ley nos lleva hacia otro tema fundamental. A saber, la manera como la legalidad puede convertirse en un instrumento asignador de rentas para determinados grupos de la sociedad con capacidad de acudir al mecanismo

13 Cf. John Rawls, *Teoría de la Justicia*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1979).

de producción legislativa o de negociar con quien lo administre.

La profusión legislativa, a menudo generada por respetables propósitos sociales, determinados objetivos políticos, discutibles prejuicios ideológicos, intereses creados egoístas o simple incuria o inercia administrativa, tiene el efecto no necesariamente deliberado de crear una renta en favor de alguien y en detrimento de los demás.

En el desarrollo del análisis económico del derecho, este problema puede asimilarse al crecimiento del Estado y del déficit presupuestal y ha recibido hasta el momento tres grandes explicaciones. La primera es la de James Buchanan, quien atribuye la causa del problema a la influencia de un libro y de un hombre: *La Teoría General* de John M. Keynes. La segunda es la del congresista por Texas Richard Arme y, quien la atribuye también a la influencia de una idea personal, pero en este caso a *La Sociedad Opulenta* de John K. Galbraith. Y la de Gordon Tullock, quien sostiene que las causas del problema resultan de una técnica de ensayo y error por la cual los políticos habrían aprendido que ciertos dogmas democráticos clásicos, como el déficit presupuestal o el patrón oro, no son prerrequisitos necesarios para la estabilidad de sus gobiernos, sino que a través del "pragmatismo" es posible soslayarlos.¹⁴

Sin embargo, puestas estas diferentes explicaciones en el contexto de los costos de la legalidad resultan poco satisfactorias. En efecto, la influencia de Keynes o Galbraith puede o no ser significativa, pero no me parece suficiente para explicar por qué la ley, bien público por excelencia, en lugar de reducir, encarece el costo de las transacciones discriminando principalmente a las personas que carecen de contactos con el Estado. Igualmente, el hecho de que los políticos hayan aprendido a través del ensayo o error a justificar sus decisiones puede servir para explicar la génesis de una cierta tecnología política, pero no para esclarecer el problema.

Sin pretender dar una respuesta completamente satisfactoria, tengo la convicción de que las características de nuestra estructura legislativa pueden servir para explicar este problema de una manera más aceptable. En efecto, dada una estructura jurídica como la nuestra, sucede que hay

14 Cf. Gordon Tullock, "The Unfinished Agenda". Institute for Economic Affairs. London. 1986.

una tendencia natural a multiplicar las normas rentistas y postergar aquellas que sean de carácter general.

Henri Lepage, en el transcurso de una disertación acerca de los alcances del nuevo análisis económico, expresó, hace algunos años, una brillante explicación del problema.¹⁵ En resumen, esta opinión es la siguiente: fundamentalmente en el sistema jurídico romano-civil, y en todo sistema jurídico en general, hay dos tipos de normas, clasificadas de acuerdo con su impacto económico. Ellas son las de carácter general, con supuestos de hechos abstractos, aplicables a una pluralidad de personas, generalmente ordenadas en razón de la naturaleza de las cosas y no de los individuos, y las normas de carácter particular, generalmente con supuestos de hecho concretos, propósitos distributivos, limitado rango de aplicabilidad y ordenadas en atención a las diferencias entre las personas y no de las cosas. A las primeras, Lepage las llama "normas" A las segundas, "privilegios".

Pues bien, ocurre que dadas esas características, en nuestros sistemas jurídicos se produce una asimetría en la repartición de los costos y beneficios de las "normas" y los "privilegios".

Ello quiere decir, sencillamente, que los costos de producir y sufragar o cumplir las "normas" -por su carácter general— se reparten simétricamente entre una gran cantidad de personas, de manera que nadie tiene un interés superior al de cualquier otro para lograr que se aprueben.

En cambio, los costos y beneficios de los "privilegios" se reparten asimétricamente. Es decir, mientras que los costos están diluidos entre una gran cantidad de personas, los beneficios sólo favorecen a un grupo concreto y definido. Esto, de hecho, plantea un fuerte incentivo para reclamar la multiplicación de "privilegios": como las rentas que éstos generan van a manos de un número reducido de personas y los costos de sufragarlos se difunden entre todas las demás, aquéllas tendrán un estímulo mayor para obtenerlas que el de quienes deben soportarlas.

Ello determina que en la propia estructura de nuestros sistemas jurídicos exista una proclividad a la multiplicación de "privilegios" por comparación con el establecimiento de "normas" de carácter general. Tal proclividad, a entender de Lepage, sólo podría revertirse eliminando la facultad que

15 Cf. Henri Lepage, "¿Cómo Canalizar el Crecimiento del Estado?" En *Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía*. (Madrid: Ed. Forum Universidad-Empresa, 1980).

tienen los gobiernos de dar reglas de carácter particular. Una posición más realista debería admitir, no obstante, que la creación de reglas de carácter particular es indispensable en toda sociedad compleja y que la solución estaría, antes bien, en introducir algunos mecanismos de división de poderes para provocar competencia entre los diferentes órganos productores de legislación y disminuir la posibilidad de una producción indiscriminada de "privilegios".

De acuerdo con el "principio del óptimo", de Pareto, es eficiente un sistema en el cual uno puede mejorar su situación sin que la de otro empeore. Lo que ocurre en estos casos, por el contrario, es que la situación de unos mejora a costa de la de otros. Y tal mejora se produce como resultado de utilizar la legislación con propósitos deliberados, dado que la gente persigue sus propios intereses y no los de los legisladores.

Asimismo, si entendemos que el interés social, de acuerdo con la ya clásica fórmula de North y Tilomas,¹⁶ éste consiste en que la tasa de beneficio privado se aproxime a la tasa de beneficio social o, en palabras más sencillas, que cada persona al buscar su propio beneficio persiga el beneficio de los demás. Resulta así perfectamente obvio que la legalidad, lejos de consagrar los propósitos tuitivos deseados, ha favorecido a los dictados rentistas más perniciosos.

Lo que queremos sugerir es que un alza en el costo de la legalidad, pese a que pueda tener justificaciones políticas o sociales, ha tenido efectos reales completamente opuestos a los deseados. Ha permitido que unos pocos mejoren su situación a costa de muchos y que, por consiguiente, la tasa de beneficio privada diverja de la tasa de beneficio social. A la postre, esta situación ha convertido a la legislación en un juego de suma negativa, donde nadie sabe exactamente quién le está robando.

5 La Normatividad Extralegal

Si el derecho es un mecanismo de información, la falta de derecho implica un aumento de la incertidumbre. Teóricamente en esta situación los costos de transacción deberían ser tan altos que las actividades económicas no podrían llevarse a efecto. Empero, como hemos dicho, la ley no es el único mecanismo generador de normas que reduzcan tales

16 Cf. Douglas North y Robert Paul Thomas, *Nacimiento del Mundo Occidental*, (Madrid: Ed. Siglo XXI, 1978).

costos. De hecho, los contratos, a pequeña escala, y la costumbre, a una mayor, son otras maneras de reducir los costos de transacción que, aunque no tienen la eficacia de la ley, pueden generar un orden suficiente para hacer posibles cierto tipo de transacciones.

En ese sentido, otro punto fundamental del estudio de la informalidad consiste en advertir que ésta no se ha limitado a producir un conjunto de actividades económicas, sino que ha generado también las reglas encargadas de regularlas.

En los sistemas jurídicos anglosajones está muy claro que no hay una sola fuente del derecho, sino que son varias, y a la vez competitivas: la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales y las leyes. Sin embargo, en los sistemas jurídicos romano-civiles esta percepción no es tan clara. Se confunde constantemente derecho con ley, en circunstancias que ésta es solamente una de las formas de producirlo. Obviamente, esta confusión se orienta en el sentido de reforzar y aun de justificar los poderes del Estado, pero no altera la realidad.

En sentido estricto, en nuestros sistemas jurídicos la producción de derecho también es competitiva. Lo que ocurre es que se ha reforzado el monopolio del Estado como productor de leyes y minusvalorado la importancia de la jurisprudencia. Pero la fuerza de la costumbre como fuente alterna y competitiva del derecho frente a la ley es real y efectiva, sólo que no necesariamente se produce en cualquier contexto. De hecho, el contexto predilecto parece estar ahí donde existe una cantidad significativa de actividad informal.

En términos generales, la costumbre se convierte en una fuente efectiva de derecho cuando el costo de la legalidad excede a su beneficio. Dicho de otra manera, cuando los individuos puestos en la posición de realizar determinada actividad económica encuentran que el costo de la legalidad es mayor que el costo de la transacción misma, recurrirán a prácticas jurídicas diferentes para reducirlos, las que, una vez ampliadas a determinados grupos, se convertirán en una costumbre generadora de derecho.

Son conocidos por los estudiosos del derecho los casos en que la costumbre es una importante fuente normativa, especialmente en el ámbito comercial o mercantil. No obstante, se trata de casos reducidos a pequeños segmentos de la población, en los cuales la costumbre *praeter legem* alcanza un nivel de aceptación considerable por el desarrollo de ciertas actividades económicas. No es el caso de la informalidad, en

el que, precisamente, es el desarrollo de una costumbre *contra legem*, la que ha venido a convertirse en el sistema jurídico con vigencia social.

A este fenómeno el ILD le ha llamado "normatividad extralegal", y su principal esfuerzo ha consistido en tratar de describirlo tal como opera en determinadas actividades informales de la capital del Perú.

Esas reglas regulan desde la adquisición de la propiedad y organización de la invasión, en el caso de los asentamientos informales, hasta el régimen contractual, organización de los turnos, sistema laboral y repartición de utilidades, en los casos de la industria, el comercio y el transporte informales respectivamente.

Ocuparía muchas páginas para describir en forma exhaustiva las características de la normatividad extralegal tal como el ILD las ha encontrado. Empero, es importante precisar al menos sus rasgos fundamentales. Se trata de una normatividad basada en acuerdos contractuales más o menos explícitos entre las diferentes personas que comparten la actividad informal —un mismo Pueblo Joven, una "paradita" de ambulantes o un comité de microbuses—.

Por ello, la génesis de la normatividad extralegal se asocia mucho con las teorías del contrato social como fuentes primigenias de organización, especialmente desde la perspectiva reciente de John Rawls y Robert Nozick.¹⁷

Sin embargo, hay una característica esencial en este tipo de contratos que originan la normatividad extralegal. A saber, que no provienen de fuentes monopólicas sino competitivas; a diferencia de lo que sucede con la ley que, por definición, es producida monopólicamente por el Estado. En la posición inicial donde los individuos celebran los contratos originarios de la normatividad crean, a su vez, una organización encargada de aplicarlos. Esta organización, a su turno, administra y prepara acuerdos complementarios o modificatorios de los contratos originarios para adaptar constantemente la normatividad extralegal a la realidad. En esta tarea las organizaciones informales compiten entre sí, tratando de ofertar bienes públicos de mayor valor e interés para las personas. Estas, por su parte, se afilian o desafilian a tales organizaciones teniendo en consideración la calidad de los beneficios que les ofrecen, lo que a la postre determina una

17 John Rawls, *Ob.Cit.* Robert Nozick, *Anarchy State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974).

competencia muy fuerte entre las propias organizaciones, puesto que, a su turno, ellas dependen de su propia capacidad de convocatoria para tener importancia en el mercado político.

A diferencia de lo que sucede con la normatividad legal, la extralegal, pues, no se origina en el monopolio de un único generador de normas sino en una pluralidad de productores que se ven forzados a mantener y a elevar sus estándares para conservar o acrecentar su vigencia política. La normatividad extralegal resultante es, así, fruto de una competencia regulatoria descentralizada entre una pluralidad de organizaciones informales generadoras de normatividad.

Asimismo, la normatividad extralegal está compuesta por normas de carácter general, no discriminatorias, aprobadas, por lo general, en asambleas regidas por el principio democrático de la mayoría simple. Dada una posición original en la que los informales no tienen manera de saber en qué los beneficiará individualmente cada una de esas normas, es muy natural que la normatividad resultante esté conformada por reglas generales y abstractas. En el lenguaje de Lepage, más por "normas" que por "privilegios".

Igualmente la normatividad extralegal carece de propósito redistributivo expreso y trata preferentemente de definir y asegurar derechos de propiedad y contratos entre los particulares. En tal sentido, busca prever problemas futuros y contiene reglas abstractas a ser aplicadas por la dirigencia de las organizaciones informales en caso de conflictos.

En efecto, dentro de esta normatividad extralegal la dirigencia desempeña muchas veces funciones de tribunal de justicia, no descartándose la participación de la comunidad —especialmente en problemas penales— bajo la modalidad de jurados informales.

La normatividad extralegal se caracteriza también por constituir una organización como órgano encargado de aplicarla y ejecutar los acuerdos futuros a los que vayan llegando los individuos. En este sentido, las organizaciones informales desempeñan un importante papel promotor de las necesidades e intereses individuales que no excluye su eventual "politización", negociando con las autoridades la concesión de reconocimiento administrativo o de mera tolerancia para sus actividades.

La constitución de organizaciones informales en aplicación de los contratos originarios de normatividad extralegal merece comentario aparte. Comúnmente éste ha sido un te-

ma de especial interés, pero desconcertante, para los científicos sociales.

Todos los Pueblos Jóvenes, ambulantes, transportistas y aun pequeños industriales pertenecen a algún tipo de organización que suele denominarse "sindicato", "asociación", "federación" o "confederación", con cierta similitud con la llamada organización clasista de los sectores obreros. Para desenredar la madeja se han ensayado todo tipo de explicaciones. Pero en general la literatura marxista tiende bien a repudiar a estas organizaciones por pertenecer al "lumpenproletariado" o bien a asimilarlas tácticamente a un supuesto sector popular aliado a la clase obrera y los campesinos; cuando en realidad estas organizaciones son de una naturaleza totalmente diferente de la sindical. En puridad no son más que órganos emanados de contratos generadores de normatividad extralegal que, en determinados contextos de masa crítica y capacidad de convocatoria respetables, participan en el mercado político como un grupo de interés más en búsqueda de obtener del poder redistributivo del Estado los bienes públicos más satisfactorios para sus afiliados.

En ese sentido, son parientes mucho más próximos de las organizaciones empresariales o de las cámaras de comercio que de los sindicatos; aunque se amparan en esta nomenclatura como estratagema para competir con mayor facilidad en el mercado político. Así, pues, un sindicato o una federación de informales no es más que una estrategia de marketing.

La normatividad extralegal así generada para regular la economía de mercado incipiente de los informales contrasta paradójicamente con la que ha ido generando el Estado a través de los años para regir la economía formal, caracterizada por su intervencionismo, su fuerte dosis de redistribución en beneficio de los grupos de interés con acceso al poder del Estado y la ausencia de participación democrática en su producción. En efecto, en el Perú durante los últimos 40 años 9 de cada 10 normas que han tenido que obedecer los ciudadanos han sido producidas por el Poder Ejecutivo sin participación democrática de ninguna especie, trátase de gobierno democrático o dictadura.

No obstante ello, la normatividad extralegal es un sistema regulatorio imperfecto. Refleja una vocación social por el orden y una preferencia mayoritaria por la economía de mercado, pero carece de completa efectividad porque le falta coacción *erga omnes*. No es igualmente seguro que la ley para, por ejemplo, garantizar el derecho de propiedad tiene,

en términos generales, una vigencia restringida al ámbito de personas que son miembros de la organización que provee estas reglas.

Esto, por supuesto, no quiere decir que la normatividad extralegal carezca de mecanismos de coacción o coerción para tener vigencia. De hecho, ellos existen, pero son bastante limitados por comparación con los que cuenta el Estado. Por ejemplo, frecuentemente se utiliza la presión del grupo para obligar al infractor a cumplir sus deberes o se le margina de la protección de la organización. En algunos casos muy extremos, sobre todo en asentamientos informales, se llega a la expulsión, inclusive física, de la persona, autorizando la organización la instalación de otro individuo en su lugar. Pero, en general, se trata de mecanismos improvisados que hacen que no en pocos casos se llegue a la violencia, ahí donde la normatividad extralegal es incapaz de imponerse cabalmente.

Por consiguiente, los individuos tienen que asumir muchos costos derivados de su condición de informalidad: la falta de protección legal, no poder recurrir a los tribunales, no tener acceso al crédito ni a los seguros, soportar una incidencia mayor de corrupción de los funcionarios públicos, la falta de seguridad legal para sus derechos de propiedad y contratos, la carencia de personas jurídicas para organizar sus negocios y repartir riesgos, etc.

Adicionalmente, toda la sociedad tiene que soportar las externalidades negativas resultantes: la carencia de una responsabilidad civil extracontractual efectiva hace que los agentes económicos no necesariamente sean responsables por todas las consecuencias de sus actos y las esparce indiscriminadamente entre los miembros de la comunidad. Esto hace que no toda actividad económica privada sea, a la postre, socialmente deseable e incrementa la demanda de intervención estatal entre aquellos sectores de la opinión pública que identifican lo informal con lo anárquico.

Esto, de alguna manera, explica la paradoja de que, pese a constituir un sector mayoritario de nuestras sociedades, los informales no sean necesariamente populares entre la opinión pública, y plantea el enorme desafío de hacer ver que los muchos defectos que pueda aparentemente tener el mercado son más bien defectos de un Estado que ha sido incapaz de generar un orden con plena vigencia social.

La informalidad no es, pues, una situación de beneficio neto. Tiene costos enormes. Como los informales carecen en su *mayor parte* de derechos de propiedad, no tienen tampoco los estímulos adecuados para invertir.

El ILD hizo un trabajo de campo para poner de relieve este problema, comparando lo que sucedía en dos Pueblos Jóvenes de Lima. Ambos habían sido invadidos en el mismo año, tenían características geográficas similares y una población con un ingreso y nivel educativo equivalentes; la única diferencia relevante entre ellos era que uno, por la mayor destreza de sus dirigentes, contaba con títulos de propiedad y el otro no. Como consecuencia, en el Pueblo Joven con títulos de propiedad la inversión en viviendas era 41 veces superior que en el Pueblo Joven sin títulos. Posteriormente el ILD tomó una muestra mayor y encontró, para 47 Pueblos Jóvenes, que la relación entre seguridad legal e inversión es de 9 a 1. Esto quiere decir, simplemente, que la gente invierte nueve veces más cuando tiene derecho de propiedad seguro que cuando no lo tiene.

De la misma manera, al estar dedicados a actividades informales estos individuos no utilizan contratos exigibles ante los tribunales, ni pueden conformar personas jurídicas con responsabilidad limitada y carecen de acceso al mercado de capitales. Esto los hace recurrir al mercado informal donde obtienen crédito con tasas de interés superiores al 20% mensual y sólo por seis meses. Tampoco tienen acceso al mercado de seguros; con el resultado de que cuando a un empresario informal, por ejemplo, se le quema el taller pierde todo. Esto limita severamente sus posibilidades de producción por cuanto no están en capacidad de distribuir riesgos entre otros miembros de la sociedad.

Esta lista de costos podría extenderse indefinidamente. No obstante, quiero destacar de lo dicho que las actividades informales no son las deseables, por más que el empresariado informal puede despertar un entusiasmo desbordante al confirmar la preferencia popular por la economía de mercado.

Los múltiples defectos de la normatividad extralegal tienen consecuencias negativas en el rendimiento de las actividades informales, especialmente en lo que se refiere a su productividad. En efecto, el ILD ha calculado que en la actualidad las deficiencias institucionales hacen que la productividad de las actividades informales equivalgan a solamente un tercio de la productividad de las formales, colocando al país muy por debajo de su frontera de posibilidades de producción.

Asimismo, por encontrarse inmersos en un mercado político que beneficia a los que logran un contacto preferente del Estado, los informales pueden desarrollar -y en efecto lo

hacen- conductas tan rentistas o tan anticompetitivas como cualquier otro miembro de la sociedad.

Por consiguiente, cualquier planteamiento político que quiera hacerse tiene que partir por reconocer estas múltiples evidencias y sustentarse en una profunda reestructuración del Estado. Sólo así será posible aceptar que en nuestros países la ley carece ya de legitimidad. Y que ésta se encuentra en cada vivienda humilde donde se reivindica el derecho a la propiedad privada, en cada vendedor ambulante donde se reclama la libertad de contratar, en cada empresario privado donde se conserva la libertad.

EL CARÁCTER COMPETITIVO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Enrique Gherzi *

A la memoria de Alberto Di Mare, padrino y maestro. Amigos como él les deseo.

El concepto "fuentes del derecho" es tal vez uno de los más difundidos y populares de las ciencias jurídicas contemporáneas. Sin embargo, es de reciente data.

Se considera que el creador del término fue el ilustre jurista alemán Karl Von Savigny, quien lo utilizó por primera vez a mediados del siglo XIX.¹ Savigny fue tal vez uno de los juristas más integrales de todos los tiempos. La historia del derecho le reconoce múltiples contribuciones, además de una erudición y un apasionamiento en la defensa de sus ideas que fueron a la par los unos de los otros.

Savigny acuñó la metáfora hidráulica de que el derecho se origina en una fuente, para proponer que el espíritu del pueblo era el que le daba legitimidad de la ciencia jurídica. Para él, la "fuente del derecho", era el espíritu del pueblo (Volksgeist). Así lo recogió en su abundante obra jurídica. Para Savigny:

"El derecho tiene el carácter esencialmente popular, nacional, humano. El derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo. Afirmó la importancia de la costumbre como fuente del derecho positivo, acentuó la necesidad de estudiar la historia íntima de los pueblos, como medio de penetrar en su espíritu y de comprender así como en él se elabora el derecho, su derecho; por último determinó que el papel del legislador no debe ser

* Profesor de Derecho y Economía en la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafructe (Guayaquil). Académico Adjunto del Cato Institute (Washington). Miembro de Mont Pelerin Society. Coautor de "El Otro Sendero" con Hernando de Soto y Mario Ghibellini. Ex diputado por Lima.

¹ Savigny, Karl von. "De la Vocación de nuestro Siglo". Editorial La España Moderna. Madrid.

crear el derecho, inventarlo, sino más bien, depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos".²

Esta idea savignista de que el derecho tenía un origen determinable, rápidamente se tornó popular en la ciencia jurídica. Así, el concepto se difundió enormemente, al extremo de hacerse tremendamente popular entre los juristas. Podría decirse que el término "fuentes del derecho" es una metáfora afortunada, porque sugiere la idea de que el derecho tiene un solo origen, que lo dirige completamente como en una especie de curso de aguas. Es ciertamente una sugestión simple, fácil, comprensible rápidamente y que permite una exposición y una presentación bastante ágil de un concepto; de ahí su gran difusión y amplia fortuna.

Sin tener la antigüedad de otros conceptos como "posesión" ni mucho menos la prosapia de, por ejemplo la "acción pauliana", el de "fuentes del derecho" es uno de los más difundidos y más rápidamente de la historia de la ciencia jurídica, al punto de que podríamos decir, de una u otra manera, que en la enseñanza del derecho contemporáneo prácticamente no existe ningún curso que no sea presentado inicialmente por el profesor correspondiente a partir de la explicación de sus fuentes.

Se dice que el derecho le debe a Gaio la división de sus materias en personas, reales, contratos y sucesiones. A no dudarlo le debe también a Savigny la idea de las fuentes.³

A pesar de su difusión, sin embargo, el concepto "fuentes del derecho" no tiene una dogmática ni una teoría general. Se trata de un concepto afortunado pero, pese a su gran utilización, no podemos decir que haya sido elaborado sistemáticamente.

En la ciencia jurídica no hay algo así como una teoría general de las "fuentes del derecho".⁴ Lo que hay son clasificaciones más o

² Prólogo de A. Posada. Savigny Ob.Cit. Editorial La España Moderna. Madrid. Pp. 13-14.

³ Nuñez, Estuardo. "La Influencia Alemana en el Derecho Peruano". Lima. 1937. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

menos caprichosas, casi tantas como profesores de derecho existen y como autores han escrito tratados de ciencia jurídica. Empero, no podemos desconocer contribuciones como las de Leon Duguit ⁵, o Alf Ross, en mi concepto este último, realista escandinavo, tal vez el único que trató, ciertamente desde un punto de vista particular, de elaborar una dogmática de las fuentes.⁶

En general, podemos afirmar que no existe una teoría general de las "fuentes del derecho" en el derecho civil. Lo que hay es una suerte de taxonomía de las fuentes: clasificaciones más o menos arbitrarias y más o menos complejas, que son presentadas las unas y las otras por diferentes obras jurídicas y que son materia de argumentación y refutación por parte de los profesores de derecho.

No exageramos, por ende, si sostenemos que la discusión por las fuentes corresponde a lo que los romanistas llamaban el derecho de los juristas, por oposición con el derecho realmente vigente.⁷

Esta dimensión del problema lo que hace es sugerirnos que, en realidad la ciencia jurídica se ha servido con propósitos didácticos del concepto "fuentes del derecho", pero que no ha elaborado, por lo menos a satisfacción, ni discutido a cabalidad, más allá de este conjunto de variadas clasificaciones más o menos arbitrarias, en qué consiste el funcionamiento de las fuentes mismas.

Ciertamente no es éste el lugar para agotar la discusión, ni para examinar exhaustivamente entre las más importantes obras de la ciencia jurídica las distintas clasificaciones o variantes, de lo que hemos denominado la taxonomía de las fuentes del derecho, que son presentadas a lo largo del pensamiento jurídico contemporáneo, pero si tuviéramos que hacer una presentación sintética, sugeriríamos que

⁴ Laclaun, Martín. "La Constitución de la Noción "Fuentes del Derecho" en el Pensamiento Occidental". Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1984.

⁵ Duguit, León. "Las Transformaciones Generales del Derecho". Editorial Argentina. Buenos Aires. 1975.

⁶ Ross, Alf. "Lógica de las Normas". Ediciones Tecnos. Madrid. 1975.

⁷ Paricio, Javier. "Historia y Fuentes del Derecho Romano". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995.

el derecho civil tradicional divide a las "fuentes del derecho" en dos pares de fuentes, de alguna forma opuestas. De un lado, en la literatura jurídica, se habla de la existencia de fuentes formales como opuestas a las fuentes materiales y de otro lado se habla de la existencia de fuentes principales como opuestas a las fuentes secundarias.⁸

Podríamos estar exagerando al sostener que prácticamente la inmensa mayoría de las propuestas de "fuentes del derecho" que son presentadas por los diferentes tratadistas, pueden ser de una u otra forma agrupadas alrededor de este conjunto de pares ordenados de conceptos. Así, muchos juristas hablan de la existencia de fuentes formales principales, formales secundarias, materiales principales, materiales secundarias, y un conjunto de combinaciones más o menos complejas que van de un extremo a otro de esta agrupación de conceptos, pero en realidad lamentablemente el derecho civil no va mucho más allá. El derecho civil se agota deliberadamente en este extremo.

Resulta curioso comprobar que en este menester el debate tradicional no es más que una pura disputa terminológica, salvando por cierto las particulares excepciones de Duguit y Ross que, como hemos dicho, hicieron importantes esfuerzos por analizar críticamente el problema.

No obstante, esta insuficiencia de desarrollo analítico, creo que puede también ensayarse una apreciación adicional. Existe en la noción "fuentes del derecho" una suposición adicional común. A saber, en la literatura jurídica que hace mención del concepto se supone que las "fuentes del derecho" se encuentran coordinadas de una cierta manera racional, en la cual hay una subordinación e inclusive una alternatividad entre unas y otras. La idea de jerarquía y exclusión entre fuentes es inherente al propio concepto y en el pensamiento civilista predominante.

⁸ Cf. Quinodoz, Roberto Ramón. "Las Fuentes del Derecho; Diversas Acepciones de la Expresión". En Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año XV. Nº76-77. Santa Fé. Argentina.

Según sea la corriente doctrinaria, la posición filosófica, el gusto y hasta la pura opinión personal, los distintos tratadistas sugieren, en algunos casos implícitamente debido a la ausencia -como he sostenido anteriormente- de una dogmática general que examine a cabalidad el problema, la existencia implícita de una suerte de orden y subordinación de las fuentes del derecho, según la cual, una fuente es superior o inferior a otra y a la vez alternativa o excluyente.

De esta forma, el derecho tradicional sugiere la existencia de una jerarquía excluyente entre las "fuentes del derecho", que responde a una conceptualización racional de una posición filosófica determinada. Así por ejemplo, para el jusnaturalismo, todo el orden jurídico debe estar sujeto bien a la ley divina -si es de origen religioso- o bien a la ciencia -si es de origen racionalista-, en base al principio de no contradicción y a una cierta jerarquía de normas.

Igualmente, para el positivismo las "fuentes del derecho" estarán ordenadas lógicamente y racionalmente de una cierta manera. En el caso del positivismo kelseniano, por ejemplo, se llegará, inclusive, al extremo de suponerse que no existe una pluralidad de "fuentes de derecho", ya que sólo la ley es capaz de tener tal condición.⁹ No es compatible, pues, con la visión positivista, más radical, sugerir que existen varias "fuentes del derecho", sino tan sólo una, y las demás supuestas "fuentes del derecho", sólo lo son en tanto y en cuanto son compatibles con la ley. En la medida que no lo son, dejan de ser "fuentes del derecho".

Esta situación ciertamente se ve graficada de una manera extrema en la famosa pirámide kelseniana que propone una jerarquía de normas a la cual debemos remitirnos para la interpretación y la aplicación de los principios jurídicos. Así, Kelsen sostuvo que:

"En el ordenamiento jurídico estatal, concebido como un sistema de normas gradualmente estructurado, el fundamento de validez de una norma lo constituye otra norma jerárquicamente superior. Es decir, toda norma de grado superior, funda la validez de una

⁹ Cf. Kelsen, Hans. "La Teoría Pura del Derecho". Editorial Losada. Buenos Aires. 1946.

norma de grado inferior derivada de ella. A su vez, todo el ordenamiento así estructurado tiene un último fundamento de validez; es la norma fundamental hipotética, supuesto gnoseológico que confiere unidad al orden jurídico.”¹⁰

La popularidad de la pirámide kelseniana es muy grande en el derecho contemporáneo. En el caso peruano se llega al extremo de que se encuentra, inclusive, considerada como una norma constitucional. Esta visión positivista en la cual el derecho tiene un conjunto de fuentes ordenadas de una determinada manera -en el caso del positivismo extremo, llegando a sostener que sólo hay una fuente que es la ley por oposición a lo que es la visión naturalista- sin embargo, comparte con el jusnaturalismo la misma idea de que existe determinada jerarquía ordenada de normas. En el caso de los jusnaturalistas, como hemos sostenido, las leyes naturales; en el caso de los positivistas, la ley positiva. En este caso, además, la idea geométrica que se inscribe dentro de todas estas alusiones ingenieriles, iniciadas por el maestro Savigny al evocar la metáfora hidráulica de la forma de producir el derecho como una fuente del mismo, se completa por el pensamiento kelseniano con la idea de que una pirámide expresa el ordenamiento jerárquico de las fuentes del derecho, según la cual se encontrarían afectadas y ordenadas jerárquica, alternativa y excluyentemente las fuentes del derecho en la sociedad, las unas respecto de las otras. Así, García Maynez, sostiene que:

“La tesis de Kelsen sobre las fuentes formales descansa en la doctrina de la estructuración escalonada del ordenamiento jurídico, puesto que el problema de la vigencia de las distintas normas se resuelve, refiriéndolas a las que condicionan su fuerza obligatoria, del mismo modo, que la de éstas es después referida a otras de grado más alto, hasta que el fin se llega a la suprema, de la cual depende la existencia de todas las restantes.”¹¹

¹⁰ Ob. Cit. Kelsen, Hans. Editorial Losada. Buenos Aires. Pág. 113. 1946.

¹¹ García Maynez, Eduardo. “Diálogo sobre las Fuentes Formales del Derecho”. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo XI. N°41. Enero-Marzo. 1949. México D.F. Pp. 17-18.

Cualquier resumen de un concepto jurídico es por supuesto arbitrario y somos absolutamente conscientes de que podemos hacer una presentación más compleja, amplia y minuciosa del concepto desde el punto de vista del derecho civil, sin embargo, en líneas generales éste es el estado actual del concepto "fuentes del derecho".

Curiosamente, entonces, tanto jusnaturalismo como positivismo comparten la idea de que las fuentes están ordenadas jerárquicamente desde un cierto punto hacia las demás. Los jusnaturalistas lo llaman ley natural¹²; los positivistas, ley positiva¹³. Sea como fuere, en ambos casos se cree que el derecho tiene un origen monopólico y racional. Proviene de un lugar. Se abreva de una fuente.

Frente a esta conceptualización de las "fuentes del derecho", que está implícita en la literatura jurídica contemporánea, la teoría económica sugiere una perspectiva de aproximación al problema completamente distinta. El derecho civil tradicional piensa que el modo de producir el derecho en la sociedad es monopólico. Esta presunción, en la que incurren por igual los positivistas y los jusnaturalistas, importa un grave error de concepto que se deriva de uno más general.

La teoría tradicional supone que el derecho se origina monopólicamente porque pretende que el orden social es generado exteriormente a la sociedad. Toda esta discusión sobre el concepto de orden tiene como consecuencia entender que si el orden social se genera externamente a la sociedad, si alguien es el que le da el orden a la sociedad como fruto de una inteligencia superior, de la autoridad o de la fuerza, es lógico suponer -sea nuestra filosofía la jusnaturalista o la positivista- que el derecho se origina monopólicamente. Si hemos de sintetizar a sus mínimos fundamentos la teoría civil de las "fuentes del derecho", nos atreveríamos a sostener que ella se fundamenta en que la presunción de que el derecho se origina monopólicamente.¹⁴ Aún más, diríamos que ella es una derivación necesaria de esta idea.

¹² Savigny, Karl von. Ob. Cit. Pp. 72-73.

¹³ Hart, H.L. "El Concepto de Derecho". Abeledo-Perrot. Pág. 121. Buenos Aires. 1963.

¹⁴ Cf. Legaz y Lacambra, Luis. "Filosofía del Derecho". Barcelona. Bosh. Pp. 525-526.

A partir de la teoría económica existe, la posibilidad de aproximarse al problema de las "fuentes del derecho" desde una perspectiva completamente distinta. A saber, que el origen del derecho no es monopólico, sino competitivo. Esta presentación del problema de las "fuentes del derecho", por cierto, se origina en un concepto de orden social divergente. El concepto de orden social implícito condiciona la idea del origen del derecho en la ciencia jurídica tradicional.

Así como hemos sugerido que el concepto de orden social implícito en el derecho jusnaturalista o en el derecho positivista parte del principio de que el orden social es impuesto exteriormente a la sociedad, queremos proponer en estas líneas que la idea de que el orden social existe intrínsecamente en la sociedad, que es espontáneo y es consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana. Si partimos de la presunción de que el orden social se genera espontáneamente, es intrínseco en la sociedad, no es creado deliberadamente por nadie, sino consecuencia descentralizada de la cooperación entre centenares de millones de personas, cada una tratando de buscar su propio y particular interés, la idea de que el derecho se origina monopólicamente, sencillamente resulta insostenible. El derecho, siendo el orden social infinitamente disperso, se genera de forma infinitamente dispersa, es decir, si hemos de usar la vieja metáfora savignista, las "fuentes del derecho" están dispersas, no se encuentran racionalmente organizadas en una sociedad, no hay jerarquía entre ellas. Por el contrario, lo que existe es competencia: un carácter competitivo de las "fuentes del derecho", que es un reflejo de un orden social descentralizado y competitivo.

El que las "fuentes del derecho" no estén racionalmente organizadas significa que no son producto deliberado del diseño de ninguna persona en particular, pero no quiere decir que no tengan una lógica interna. Esa lógica no es racionalista, en el sentido de que no la produce una inteligencia deliberada, sino es fruto de praxis. Von Mises¹⁵, acuñó para describir a este proceso el neologismo "praxeológica". La acción no deliberada de las personas o praxis se

¹⁵ Mises, Ludwig von. "La Acción Humana". Unión Editorial. Madrid. 1980.

rige por una lógica, más exactamente por una praxeológica que refleje ese comportamiento. No se rige por un plan deliberado por nadie.

Siendo el orden social descentralizado y competitivo, y teniendo un origen infinitamente disperso, consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana, siendo por consiguiente praxeológico¹⁶, es muy claro que las "fuentes del derecho" también tienen que conservar esa característica. Luego, el carácter competitivo de las "fuentes del derecho" es el planteamiento del presente trabajo. Consiguientemente, nuestra hipótesis es la de construir una teoría general de las "fuentes del derecho" que sugiera que el derecho se genera descentralizadamente de una forma competitiva, en la cual no hay un proveedor único de normas en la sociedad.

Si partimos de esta visión de las "fuentes del derecho" por su origen descentralizado, una primera aproximación al problema, así planteado, es que en toda sociedad humana existe un conjunto de proveedores de normas, que son también consecuencia no deliberada de la acción de los seres humanos. Ese conjunto de proveedores de normas que el derecho tradicional ha querido denominar "fuentes del derecho", son como la doctrina tradicional sugiere, instituciones tan variadas que van desde la ley, la legislación, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, etc. Tales instituciones han surgido evolutivamente como productos no deliberados de la cooperación voluntaria entre las personas.

El hecho es que si el derecho es consecuencia de la acción humana, de la regularidad en esa acción, de la cooperación voluntaria de las personas, en realidad en toda sociedad hay distintas maneras de producir el derecho. Existe la ley y la costumbre, que podríamos llamar son las fuentes principales sustanciales del derecho, pero hay formas de crear la ley y hay formas de descubrir la costumbre. En un sistema de *common law* ciertamente la preeminencia del derecho consuetudinario será mayor; en cambio, en un sistema de derecho romano germánico la preeminencia de la ley será mayor. Pero en todo cuerpo normativo, sea cual fuera la tradición o familia jurídica a la que

¹⁶ Cf. Hayek, Friedrich. "Nuevos Estudios". En "Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. Pp. 110-115. 1981.

se inscriba, finalmente la presencia de estos elementos es común. Lo que sucede es que en la sociedad al existir distintos proveedores de normas, las personas demandan normatividad; demandan derecho. Así, si en la sociedad existe demanda por derecho, los consumidores escogen el derecho en función de los costos y beneficios relativos que tienen las normas producidas por los diferentes proveedores de normatividad.

Las diferentes "fuentes del derecho", diríamos de manera tradicional, ofrecen en una sociedad sus productos simultáneamente. Dicho en otras palabras: en la sociedad existen la costumbre y la ley; ambas conviven simultáneamente. No hay, como el derecho tradicional creía, una sujeción de una fuente respecto de la otra. O predominaba la costumbre, si se trata del derecho consuetudinario; o predominaba la ley, si era un derecho romano- germánico. No ocurre nada de ello. Las personas son las que escogen. No los sistemas jurídicos.

Lo que sucede desde el punto de vista económico es que el derecho en una sociedad simultáneamente es originado de diferente manera y la gente a nivel microeconómico decide qué norma va a utilizar, en función del costo y beneficio de cada una de ellas. Así por ejemplo, yo puedo utilizar la ley cuando me conviene y puedo servirme de la ley cuando me conviene, cuando el costo de cumplir la ley es menor que su beneficio, o puedo como usuario del derecho desplazarme de una fuente del derecho hacia otra, de un proveedor de normatividad hacia otro y pasar de la ley a la costumbre por ejemplo, cuando la ley se vuelve muy costosa. Luego cuando no puedo cubrir el costo de la ley habré de desplazarme hacia la costumbre como una manera de obtener normas que me sirvan de referencia para el desarrollo de mis actividades.¹⁷

De manera que lo que sucede en la práctica es que las personas se desplazan de una "fuente del derecho" hacia otra, en función de los costos y beneficios relativos que cada una de las "fuentes del derecho" tiene. Así cuando vemos, por ejemplo, una sociedad en la cual se cumplen generalmente de una manera socialmente difundida las

¹⁷ Ghersi, Enrique. "El Costo de la Legalidad" en Estudios Públicos. N° 30. Otoño 1988. Pp. 84-110.

normas legales, lo que está ocurriendo es que la ley como "fuente del derecho" es eficiente, porque tiene beneficios mayores que los costos, y las personas se están sirviendo de la ley mayoritariamente como proveedor de normatividad socialmente afectable. Pero cuando vemos que en una sociedad la gente empieza a desobedecer la ley de manera masiva y empieza a recurrir a formaciones consuetudinarias, en realidad lo que ha ocurrido en términos de "fuentes del derecho", es que el usuario del derecho se ha desplazado de una fuente a otra: de la ley a la costumbre, en función de los costos y beneficios relativos de cada una de las "fuentes del derecho". Lo que ha sucedido en la práctica no es que hemos caído en anarquía, si no, sencillamente, que cuando la ley se encarece, la sociedad usa otra "fuente del derecho".

Ello para resaltar un hecho absolutamente central, que es el carácter competitivo de las "fuentes del derecho". Las personas dentro de la estructura institucional de una sociedad se sirven de estos procesos cooperativos espontáneos, a los cuales cada sociedad es capaz de adaptarse como consecuencia de la cooperación voluntaria de un set de normas aplicables al problema. Cuando sencillamente no les convienen, las personas recurren a otro proveedor de normatividad.

Ciertamente desde un punto de vista puramente teórico hay "fuentes del derecho" que pueden ser más eficientes que otras, y podemos servirnos de los criterios tradicionales para definir la eficiencia, pero lo que no podemos desconocer es este hecho absolutamente central. A saber, que a diferencia de lo que supone el derecho tradicional, lo que ocurre en la sociedad humana, es que las personas se desplazan de una "fuente del derecho" hacia otra, en función de sus propios intereses. Las personas cumplen la ley cuando le conviene; cuando no les conviene, no la cumplen. Las personas cumplen las costumbres cuando les conviene, cuando no les conviene no las cumplen. En esa búsqueda eterna de la mejor norma, la más justa, la más simple, aplicable a nuestra vida, pasamos y nos desplazamos explícitamente e implícitamente, consciente o inconscientemente de una "fuente del derecho" hacia otra.

Luego, si tuviéramos que utilizar alguna figura geométrica, no podríamos hablar de una pirámide, como quiso Kelsen, sino, que en

todo caso, las "fuentes del derecho" se encontrarían graficadas dentro de una esfera en la cual todas las "fuentes del derecho", coexisten descentralizadamente en una sociedad: hay diferentes proveedores de normas, conviviendo permanentemente y los usuarios del derecho, los ciudadanos, las personas se sirven de un proveedor de normatividad de una "fuente del derecho", según sus propias conveniencias y se desplazan de una fuente hacia otra en función de cual satisface mejor sus propias y particulares preferencias.

Para el derecho civil tradicional, el orden social es exterior a la sociedad. Por tanto, es un orden impuesto. Hay alguien que le da orden a la sociedad. Ese alguien es un sistema jurídico que ordena el caos. El presunto poder demiúrgico del derecho se encontraría implícito en los principios y las filosofías tradicionales que se nos enseña sobre el derecho.¹⁸ Esto nos hace sugerir que para el derecho civil, la forma de producir el derecho en la sociedad es monopólica; en la teoría general, si existe ella, la visión de las "fuentes del derecho" tradicional supone que el derecho se produce monopólicamente en la sociedad.

Para los jusnaturalistas, el derecho es consecuencia, reflejo de la ley natural; para los positivistas es consecuencia de la ley positiva, escrita; de hecho para Kelsen solo había una "fuente del derecho", las demás eran fuentes del derecho en tanto y en cuanto no se contradecían con la ley escrita. Pero los jusnaturalistas y positivistas comparten la idea de que el derecho se produce monopólicamente.¹⁹

La teoría económica sugiere una visión totalmente distinta: el derecho se produce competitivamente, descentralizadamente. No hay tal cosa como una pirámide normativa. En la sociedad conviven simultánea y competitivamente diferentes proveedores de normas, diferentes "fuentes del derecho".

Si en la sociedad conviven diferentes "fuentes del derecho" que compiten entre sí proveyendo normatividad, los usuarios del derecho

¹⁸ Cossio, Carlos. "Teoría de la Verdad Jurídica". Buenos Aires. 1954.

¹⁹ Geny Francois. "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Político Positivo". Editorial Reus. 1925.

se desplazan de una fuente del derecho a otra, en función de los costos y beneficios de cada proveedor de normatividad.

Por ejemplo, en la sociedad rigen simultáneamente la ley, la costumbre como fuentes principales y otros procedimientos como la jurisprudencia o la doctrina, como fuentes secundarias. Comúnmente ocurre en la sociedad, que las personas se desplazan de la ley a las costumbres o de la costumbre a la ley en función de sus propios costos y beneficios, en función de sus propios intereses cuando la ley se vuelve muy costosa, se desplaza a la costumbre, cuando la costumbre se vuelve muy costosa, se desplaza a la ley.

En general la familia jurídica, le da predominio a una de las dos "fuentes del derecho", el *common law* se la da a las costumbres, a la forma consuetudinaria; el Derecho Romano Germánico a la ley. Lo que ocurre simplemente para la teoría económica es que no hay tal cosa como una producción monopólica de las normas jurídicas, en la sociedad hay una producción descentralizada, espontánea, el orden social es un orden espontáneo, no es creado por una autoridad central, sino por la sociedad, como una consecuencia no deliberada de la cooperación voluntaria de las personas. Luego el derecho que se genera como consecuencia de la cooperación voluntaria de las personas es también un proceso espontáneo y descentralizado. Se crea por la ley, también se crea por las costumbres y son competitivos, en determinado momento puede ocurrir que las personas pasen de una fuente del derecho hacia otra.

Así, sostiene Hayek respecto del derecho que "dichas normas surgieron porque propiciaban la aparición de un orden colectivo que aunque firme resultado de la existencia de ciertas regularidades a nivel de comportamiento individual, fue la eficacia general de ese orden resultante lo que determinó la supremacía sobre los restantes grupos, de aquellos cuyos miembros se dedicaban a respetar determinadas normas".²⁰

²⁰ Hayek, Friedrich von. "Derecho, Legislación y Libertad". Tomo I. Unión Editorial. Madrid. 1985. 2da. Edición. Pág. 185.

Un equívoco adicional es pensar que la creación del derecho es gratuita. La utilización de cualquier "fuente del derecho" es costosa. Ese costo es la cantidad de tiempo y, de información necesarios para cumplirla. Luego, no es cierto que de suyo toda ley se cumple, ni que toda costumbre se observa. Ello sólo sucede cuando le conviene al usuario hacerlo. Si el costo excede a su beneficio, ni la ley se cumple, ni la costumbre se observa.

El derecho es visto por la teoría económica como un bien de capital. No es un bien de consumo, sino uno de capital, como un martillo, como una máquina. La gente usa el derecho como un instrumento para sus decisiones. En tal medida la gente usa la ley o la costumbre como "fuente del derecho", es decir, como proveedor de normas socialmente vigentes, haciendo un análisis de costo-beneficio. Ese análisis puede ser explícito o ser implícito.

Es explícito cuando, por ejemplo, los abogados examinamos las distintas posibilidades de organización societaria en función de sus probables consecuencias laborales, comerciales y tributarias, a efectos de aconsejar a un cliente. Es también el caso de cuando un litigante decide demandar o un contribuyente, reclamar un impuesto acotado por la administración tributaria.

Hay otros análisis de costo-beneficio que son implícitos. En la decisión de una persona, por ejemplo, de invadir un terreno en lugar de comprarlo en una urbanización, hay implícita la decisión de qué "fuente del derecho" escojo. Si decido comprar el terreno en una urbanización formal, he escogido la ley como "fuente del derecho". Si en cambio, decido invadir un terreno, he escogido la costumbre como "fuente del derecho".

La ley como "fuente del derecho" tiene, además, una característica muy especial, consistente en que sus costos y beneficios se reparten asimétricamente. En algunas oportunidades son los costos los que se concentran en algún sector social cuando, por ejemplo, ese sector social tiene que pagarlos -el caso de un arancel de importación que grava una maquinaria específica, por ejemplo-. En otros casos, lo

que se concentra es el beneficio -como sucede cuando se considere alguna redistribución explícitamente a algún grupo social-.²¹

Este fenómeno en teoría económica se conoce como el problema del costo concentrado y del beneficio difundido. En general, cuando ello sucede, se afecta la conducta política de las partes involucradas notablemente. Así, cuando el costo del cumplimiento de una ley se concentra en un determinado grupo de personas, y el beneficio está difundido, entre muchos, es muy probable que esa ley no se adopte. Por el contrario, cuando el beneficio de una determinada ley se concentra en un grupo y el costo se difunde, es muy probable que esa ley se adopte y se cumpla. La asimetría en la repartición de los costos y beneficios de la legislación afecta, entonces, la productividad política de los grupos sociales involucrados.

Además, siendo la ley costosa, los costos de la legalidad son inversamente proporcionales al ingreso de la población.²² Este efecto discriminatorio de la ley es generalmente ignorado por abogados y economistas. ¿Qué significa en la práctica?, que siempre la ley es más costosa para el más pobre y más barata para el más rico, por un problema de costos de oportunidad.

Teniendo ingresos desiguales sacrifica más para cumplir con la ley el que menos tiene y sacrifica menos el que más tiene. Esta idea es sumamente importante porque generalmente los legisladores creen que uno puede convertir en realidad cualquier cosa a través de la ley, y eso no es verdad, porque toda ley lamentablemente tiene a la postre siempre efecto discriminatorio. Por eso, la teoría económica sugiere que, si en lugar de aumentar el número de leyes, éste disminuyera, el resultado probablemente sería mejor. Con independencia de su calidad, que no obstante, puede ser críticamente importante, a menor cantidad de leyes, el resultado probablemente será mejor que a mayor cantidad, porque de suyo se discrimina menos, siendo el costo de la legalidad inversamente proporcional al ingreso de la población.

²¹ Cf. Lepage, Henri. "¿Cómo Canalizar el Crecimiento del Estado?". "En Jornadas Hispano-Francesas sobre la Nueva Economía". Ed. Forum Universidad. España. Madrid. 1980.

²² Cf. North, Douglass y Roger Leroy Miller. "Análisis Económico de la Usura, el Crimen, la Pobreza, etc.". Fondo de Cultura Económica. México. 1978.

La costumbre tiene, por cierto, sus peculiaridades económicas propias. No obstante, las críticas de Tullock²³, que encuentra ineficiente el sistema consuetudinario, un grupo mayoritario de la doctrina encuentra a la costumbre superior a la ley como fuente del derecho.

Así, para Posner tal superioridad se expresa en que por su carácter competitivo tiende a soluciones más cercanas al óptimo económico que las leyes.²⁴ Priest, por su parte, considera intrínsecamente más eficiente al sistema consuetudinario que el legal.²⁵

Asimismo, Rubin encuentra que, a través de un proceso espontáneo de ensayo y error que sería implícito a la costumbre, se crea una tendencia automática a seleccionar la mejor solución posible para un problema, que él denomina "litigio selectivo".²⁶

Sea lo que fuere, en nuestra opinión, es en la capacidad de aprovechar el conocimiento infinitamente disperso en la sociedad donde la diferencia entre ley y costumbre se ofrece como determinante. La ley, al ser central y deliberadamente elaborada, tiene de suyo una menor capacidad para advertir, primero, procesar, después, y aprovechar, finalmente, el conocimiento disperso en la sociedad que la costumbre, caracterizada precisamente por ser un fenómeno descentralizado y espontáneo.

La conclusión a la que se puede llegar es que, independiente de lo que el estado quiera, los ciudadanos optarán siempre por la ley o por la costumbre, según les convenga. Digamos que no es una decisión política, lo que ocurre, es una consecuencia de la conducta individual, habida cuenta de que el ser humano tiene por naturaleza una tendencia al comportamiento maximizador. Es decir, todos

²³ Tullock, Gordon. "Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedures". 1980.

²⁴ Posner, Richard. "Common Law Versus Statute Law". En *The Problems of Jurisprudence*. Pp. 247-261. Cambridge. Harvard University Press. 1990.

²⁵ Priest, George. "The Common Law Process and The Selection of Efficient Rules". En *Journal of Legal Studies*. 6. Pp. 65-82.

²⁶ Rubin, Paul. "Why is the Common Law Efficient". En *Journal of Legal Studies*. 6, 1,51.

tendemos a hacer lo que nos beneficia y tendemos a evitar lo que nos perjudica. Siendo ello así, es perfectamente lógico que si nos perjudica la ley y nos beneficia la costumbre, en un determinado contexto institucional, tendamos a servirnos de ésta como "fuente del derecho" en lugar de la ley.

Un ejemplo dramático, permitirá advertir el argumento: ¿Por qué en el Perú los pobres y los ricos invaden terrenos para hacer sus casas?. Desde el punto de vista de la teoría económica de las "fuentes del derecho", lo que podemos sostener es que siendo la ley muy costosa, los ricos han comenzado a imitar a los pobres para adoptar la invasión de terrenos como un modo originario de adquirir propiedad. Empezaron los pobres en 1930 con Leticia y fueron sustrayéndose del cumplimiento de la ley hasta crear una costumbre tan fuerte que hasta los ricos recurren a ella hoy en día. ¡Qué son las playas de Asia, sino el triunfo definitivo de la costumbre sobre la ley como fuente del derecho!. Primero hay una invasión, luego se produce una organización vecinal, que es igual a las asambleas de los pueblos jóvenes, después hay un reglamento y luego comienzan a hacer sus obras exactamente igual como en un pueblo joven. Lo que ha sucedido en la práctica es que se ha derogado a la ley, consuetudinariamente porque las "fuentes del derecho" tienen carácter competitivo.

Tal competencia no sólo afecta el terreno puramente civil, sino tiene consecuencias penales. La invasión es técnicamente una modalidad de usurpación. No obstante, que la usurpación es un delito, no hay reproche moral para invadir. Sin reproche moral, no hay delito socialmente reprimible.

Un derecho generado centralmente, donde la ley es confundida con la realidad, lo que crea es desorden y no orden. Un derecho costoso produce tales incentivos en la sociedad que la gente para tratar de convivir busca alternativas, que las lleva a desobedecer la ley y satisfacer sus propios intereses. Por supuesto esta conducta no es ideal, pero es mejor que el pretender el cumplimiento de una ley eficiente.

Otro ejemplo no menos curioso es el relativo al de la construcción sobre terreno ajeno. En el Perú la presunción es que el dueño del suelo es dueño de la fábrica, según lo dispone expresamente el artículo 941° y siguientes del Código Civil. Sucede que en la práctica eso no es verdad. Siendo el 60% del área urbana del país informal, en esa área rige la presunción inversa: el dueño de la fábrica es el dueño del suelo.

En efecto, entre los informales como el proceso de inversión, hace que las titularidades sobre los terrenos se desarrollen a posteriori, termina adquiriendo el suelo quien edifica sobre él; y no viceversa como propone el derecho civil tradicional. Lo que ha pasado acá es análogo al caso anterior: siendo competitivas las "fuentes del derecho", las personas se desplazan de la ley a la costumbre y de ésta a aquélla en función de su aptitud para satisfacer las preferencias individuales. Siendo incapaz la ley de servir a los designios de los usuarios del derecho, éstos se encargan de generar una costumbre que, al abrogar en la práctica la ley, invirtió exactamente la presunción.

Por cierto, en el derecho civil no tiene nada de novedoso sostener que la costumbre deroga a la ley.²⁷ De hecho, hasta las codificaciones del siglo XIX, tradicionalmente se habría admitido esta posibilidad. En el marco del predominio jusnaturalista, por lo demás, es perfectamente consistente suponer que cuando la ley colisiona con la costumbre, es de derecho natural que ésta predomine. Así, el Digesto, Las Leyes de Toro, La Recopilación y sus derivados reconocieron siempre que el desuso derógaba a las leyes y que la ley divina era siempre un límite infranqueable para ellas.

La perspectiva económica, sin embargo, no hace una apreciación moral del problema. Lo que trata de destacar es el desplazamiento que las personas hacen de un proveedor de normatividad hacia otro en función de los costos y beneficios de cada uno.

²⁷ Cf. Cracogna, Dante. "Kelsen y El Problema de las Fuentes del Derecho". Revista Ius et Praxis. N°5. Lima. 1985. Pp. 5-9.

En realidad, la "fuente del derecho" no sería más que una metáfora para presentar en lenguaje retórico el complejo problema de la provisión de normas en la sociedad. Quiera que este ensayo sea sólo una provocación para el inicio de un fructífero debate.

STARE DECISIS, INTERCAMBIOS COMERCIALES Y PREDICTIBILIDAD: UNA PROPUESTA PARA ENFRENTAR LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL

LUIS DIEZ CANSECO Y ENRIQUE PASQUEL*

El artículo refiere a la predictibilidad como el instrumento más importante de una eventual reforma del Poder Judicial. La predictibilidad se perfecciona mediante el principio del derecho anglosajón del Stare Decisis. Los autores proponen la implementación de ese principio en nuestro derecho, el mismo que está establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil, pero que nunca ha sido puesto en aplicación.

“Set it down to thyself, as well to create good precedents as to follow them”.
Sir Francis Bacon, *Essays Of Love*.

“[Stare Decisis] es una máxima entre los abogados que significa que cualquier cosa que se haya hecho antes puede legalmente hacerse de nuevo. Por lo tanto, tienen especial cuidado de hacer públicas todas las decisiones formalmente alcanzadas sobre lo que es el derecho”.
Jonathan Swift, *Los viajes de Gulliver*.

I. UNA NUEVA REFORMA

La reforma del Poder Judicial o del sistema de administración de justicia constituye uno de los eternos y siempre inconclusos temas de la agenda nacional desde inicios de la República. Ha sido objeto de infinidad de pronunciamientos de intelectuales y juristas de nota; ha enriquecido los discursos o incitado la demagogia de políticos y de los gobernantes de turno; es un lugar común en los denominados y siempre desatendidos “planes de gobierno” de diversos partidos políticos durante las campañas electorales; y, especialmente, ha brindado el pretexto para comprometer o debilitar la independencia de uno de los tres poderes del Estado.

En la actualidad, el tema ha adquirido relevancia nuevamente, sobre todo desde enero de 2003, cuando el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Hugo Sivina Hurtado, en un

hecho sin precedentes en el Perú, leyó un mensaje a la Nación que fue ampliamente difundido por los medios de comunicación¹.

En una alocución que pretendía resaltar su intención de abocarse a una reforma integral de la administración de la justicia y en la cual planteó una serie de medidas inmediatas para atacar algunos de sus principales problemas, el presidente de la Corte Suprema llamó la atención sobre “la intervención altisonante de quienes teniendo altas responsabilidades políticas dentro del Estado, critican sin fundamento decisiones jurisdiccionales con la finalidad de exacerbar el descontento popular y sugerir la incapacidad del Poder Judicial para enfrentar estas situaciones”. Del mismo modo destacó la “firme convicción de recuperar nuestro espacio institucional, ratificando la autonomía e independencia a efectos de que se le respete como un poder del Estado”².

* Profesores de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).



El mensaje ofreció una aproximación particularmente interesante y absolutamente inédita en relación con lo que hasta ahora han escuchado los expertos en el tema de la reforma de la administración de justicia en América Latina. En efecto, el presidente Sivina puso de relieve que las críticas al desempeño de la judicatura pretenden “justificar la necesidad de imponer una reforma [...] impulsada desde entidades distintas a la judicial”³; además de “señalar una incoherencia en el discurso de quienes critican al Poder Judicial, pero que hacen muy poco para facilitar nuestro trabajo, y por el contrario lo dificultan”⁴. Ambas afirmaciones señalaban la necesidad de promover una reforma “desde dentro”.

La necesidad de una reforma “desde dentro” constituye una extraordinaria y valiosa afirmación de la independencia de poderes que formalmente consagra nuestra Constitución; además, supone una reacción al hecho de que “muchas veces, bajo el ropaje o discurso de una reforma judicial formulada y diseñada ‘desde fuera’, no por las propias autoridades judiciales, se encubría perniciosos deseos de intervenir y manipular el sistema de justicia”⁵.

No le falta razón al presidente Sivina, pues la historia del Perú está plagada de acontecimientos que confirman que el Poder Judicial goza de independencia tan solo en el papel o los textos de la doctrina constitucional, y que es una parte de la estructura del Estado que ha sido respetada relativamente. En efecto, a pesar de que siempre ha sido objeto del interés de muchos de los gobiernos de turno, ello no ha sido, por ejemplo, para brindarle recursos que garanticen su autonomía, sino para intentar que se perfile como un botín. El ejemplo más patético lo pudimos presenciar durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000), donde la corrupción fue de tal envergadura que las decisiones se manipulaban desde las oficinas del Servicio de Inteligencia. El “secreto a gritos” fue de tal dimensión que el Banco Mundial canceló una operación que venía desarrollando con el propósito de impulsar la reforma⁶.

Con coraje y sin excusas, por ello el presidente Sivina hizo, entre otros, una severa crítica a los anteriores intentos de reforma; resaltó el tema de la corrupción (que no se limita al Poder Judicial); innovó el tema de la provisionalidad de los magistrados; comentó sobre la falta de acceso a la justicia por una gran cantidad de ciudadanos; e hizo un reconocimiento explícito sobre la lentitud y el incumplimiento de los plazos procesales.

Asimismo, enfatizó que la reforma del Poder Judicial sería un esfuerzo “liderado por los jueces”⁷.

Es decir, la reforma se impulsaría “desde dentro” y sería estructurada, coordinada y desarrollada por el propio Poder Judicial, “pero con alianzas estratégicas con los sectores políticos y de la sociedad civil”⁸.

Y no le falta razón al presidente Sivina. La limpieza comienza por casa, y de nada sirve destinar esfuerzos, tiempo y recursos financieros y humanos en algo que sus propios habitantes no desean. Sin embargo, se reconoce también que la limpieza es de cara a quienes visiten la casa (que son los usuarios del sistema). En este sentido, entre sus propuestas mencionó la creación de un “Acuerdo Nacional por la Justicia en el que se definirían los principios y puntos mínimos que deberían orientar este proceso de modernización”⁹. En su discurso no brindó los alcances sobre el contenido de dicho acuerdo, pero los insinúa en torno a los mecanismos para solucionar los temas más gravitantes que aquejan la administración de justicia, que son la corrupción, la lentitud, la ausencia de independencia, la falta de eficiencia y apoyo logístico, y las limitaciones de acceso a la justicia.

Un tema que lamentablemente no aparece en el discurso de manera explícita, pero que subyace al mismo, es el de la predictibilidad.

El discurso del presidente Sivina fue ampliamente difundido por los medios de comunicación. Como es usual, los políticos aprovecharon la ocasión para brindar declaraciones de diversa índole. Del mismo modo, los expertos y líderes de opinión tuvieron una magnífica oportunidad para destacar sus puntos de vista y empezar a construir alternativas. También importantes sectores de la sociedad civil y de la comunidad de negocios encomiaron sus expresiones. En resumen, se generó una corriente de opinión sumamente favorable.

Junto con las expresiones de apoyo, surgieron también algunas voces en las cuales se traslucía el escepticismo frente a las buenas intenciones del presidente de la Corte Suprema. El Poder Judicial ha sido siempre el “patito feo” de la estructura del Estado, esto debido a su creciente desprestigio, poca eficiencia, corrupción, carencias técnicas y falta de predictibilidad. La percepción de connotados líderes de opinión era que las declaraciones del presidente Sivina no pasaban de buenas intenciones y que no surtirían ningún efecto práctico.

El hecho es que el mensaje a la Nación del presidente Sivina no quedó en palabras y en un plazo relativamente breve se constituyó una Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial, que presidió el propio presidente de la Corte Suprema y la integraron vocales de dicha corte





y de diversas cortes superiores del país, así como algunos jueces¹⁰. La comisión acordó como mecanismo operativo la formación de grupos de trabajo temático, los cuales elaboraron diversos diagnósticos y un conjunto de propuestas de reforma en la administración del despacho judicial, los órganos de gobierno, la política anticorrupción y ética judicial, la reforma de la justicia penal, y la reforma de la justicia civil¹¹.

El esfuerzo de análisis y de elaboración de propuestas se erige como un ejercicio valiosísimo y sin precedentes. Por desgracia, el plazo que se había impuesto la propia comisión se venció¹², además, no se desarrolló tal vez en paralelo una estrategia de comunicación adecuada que permitiera a la sociedad civil y a la clase política conocer sobre lo hecho hasta ese momento. En efecto, su labor fue tan “desde dentro” que pareció “secreto”, a tal punto que la sociedad civil supo poco o nada de lo que se gestaba en Palacio de Justicia.

En paralelo a los trabajos de la comisión, diversos incidentes seguían empañando la imagen del Poder Judicial. En efecto, acontecimientos infelices en la administración de la justicia siguieron produciéndose hasta que el escándalo conmovió a la opinión pública como consecuencia de los vergonzosos actos que todos los peruanos pudimos apreciar en torno a la lucha callejera que acometieron los matones a sueldo de dos facciones de accionistas en torno a la administración de un canal de televisión. Estos actos se produjeron como consecuencia de sendas decisiones judiciales.

Semanas después de estos hechos, el 28 de julio de 2003, el presidente de la República, Alejandro Toledo, señaló en su discurso de Fiestas Patrias, a modo de crítica que “no advertía ningún avance de fondo sobre la reforma judicial”. Por ello, ofreció presentar diversos proyectos legislativos para formar una comisión dedicada a la reforma integral del Poder Judicial¹³.

Es decir, el presidente Toledo planteó una reforma “desde fuera”.

La reacción del Poder Judicial no se hizo esperar. Ese día, el presidente de la Corte Suprema salió una vez más a la palestra y expresó su desacuerdo con el presidente de la República, manifestando que “no se había perdido el tiempo y que se venía trabajando arduamente”¹⁴. Sin embargo, los resultados de las actividades del Poder Judicial en su reforma “desde dentro” seguían sin difundirse y no se ponían en marcha las recomendaciones de los grupos de trabajo temáticos creados en su seno. La explicación de la inacción es más que simple: no contaban con

presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas no estaba en capacidad de brindarle los recursos necesarios.

A pesar de la aparente oposición del Poder Judicial, el Ejecutivo continuó con su intento de promover una reforma “desde fuera”, hecho que se concretó unos meses más tarde con el apoyo –en mayoría parlamentaria– del Poder Legislativo. En efecto, se promulgó la ley que creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus)¹⁵, que –según su artículo 2– está formada por los titulares de las principales instituciones estatales vinculadas con el tema, tales como el Poder Judicial (que la preside), el fiscal de la Nación, el Tribunal Constitucional, el defensor del Pueblo, el Ministerio de Justicia, el Congreso de la República y representantes de la sociedad civil a través de miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional. El objetivo de la Ceriajus es elaborar antes del 23 del abril de 2004 un plan integral de reforma que incluye la posibilidad de plantear modificaciones a las normas constitucionales y legales relacionadas con la justicia, así como presentar propuestas y medidas de aplicación inmediata¹⁶. La Ceriajus se ha organizado también mediante diez grupos de trabajo temáticos, integrados por diversas personalidades del derecho, formados a fin de agilizar el debate y el trabajo del pleno de la Ceriajus en torno a temas esenciales para la reforma¹⁷.

Una vez más la reacción de la Corte Suprema no se hizo esperar. En efecto, pocos días después de la promulgación de la ley que crea la Ceriajus, mediante Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial 191-2003-P-PJ del 22 de octubre de 2003, se establece el programa Acuerdo Nacional por la Justicia, con el objetivo de difundir las propuestas de la Comisión de Magistrados para la Reestructuración Judicial, recibir iniciativas ciudadanas para la modernización del Poder Judicial, y generar puntos de consenso para proponer al país políticas judiciales que permitan un auténtico cambio de la justicia en el Perú, a fin de hacerlo independiente, accesible, honesto, eficaz, predecible y moderno, respetuoso del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y los valores del estado de derecho y la democracia, promoviendo la defensa de los derechos fundamentales y que coadyuve al desarrollo del país. El Acuerdo Nacional por la Justicia tiene también por objeto establecer lo que se denomina el Pacto





Social por la Justicia, que apunta al establecimiento de un plan de política judicial de largo aliento (veinte años), y se perfila como un mecanismo que, en coordinación con el Foro del Acuerdo Nacional, genera un espacio de reflexión y discusión sobre la temática judicial y en consonancia con la Vigésima Octava Política de Estado del Acuerdo Nacional denominada "Plena vigencia de la Constitución y los Derechos Humanos y Acceso a la Justicia e Independencia Judicial"¹⁹. Las actividades descritas anteriormente serán conducidas por un distinguido grupo de juristas que integran el denominado Grupo Impulsor, con lo que "desde dentro" del Poder Judicial se establece un mecanismo en el que participan personalidades "desde fuera".

Como se aprecia, en octubre de 2003 se contaba con tres foros para el debate de la reforma de la administración de la justicia en el Perú. De un lado, los esfuerzos "desde dentro" promovidos por el propio Poder Judicial a través de sus magistrados. De otro lado, la Ceriajus, la cual se estableció como una mecanismo "desde fuera" pero que incluye al Poder Judicial. Por último, el Grupo Impulsor del Acuerdo Nacional por la Justicia, el cual resulta un foro mixto pues se crea dentro del Poder Judicial pero lo integran personalidades ajenas a la magistratura.

El panorama resulta un tanto confuso pues aparentemente habría tres instancias de deliberación y propuestas. Sin embargo, tiene como nota positiva el hecho de haber incorporado a todos los actores e interesados en promover un sistema judicial adecuado. Por esta razón, la conocida confrontación entre el Poder Judicial y los poderes Ejecutivo y Legislativo a propósito de los planes de reforma fue atemperándose paulatinamente, a tal punto que el día en que se instala la Ceriajus, el presidente de la Corte Suprema pone de lado las aparentes desavenencias y propone claramente "que dejemos de lado las críticas fáciles, el escepticismo ante el cambio así como todo aquello que pueda separarnos, para sentarnos juntos y discutir de manera abierta y responsable sobre los planes integrales de reforma que vamos a elaborar"²⁰.

El mensaje del doctor Sivina resalta la firme decisión de marginar desavenencias y apuntar a que el Perú enfrenta una reforma en el Poder Judicial. Obviamente estará sujeta a controversias y opiniones encontradas, pero existe una circunstancia sumamente favorable: la reforma está gestándose.

La interrogante que debemos plantearnos y que resulta gravitante para su éxito consiste en determinar el objetivo último de la reforma. Es decir, qué es lo que queremos conseguir. Acerca de

este tema se han manifestado diversas personalidades. Unos han manifestado que se trata de evitar la corrupción. Otros que el objetivo es hacer que los procedimientos sean más rápidos. Muchos señalan que se debe apuntar a consolidar la independencia. Otros que es necesario atraer profesionales de gran nivel. Para ello se han identificado diversas acciones como la modificación de disposiciones, incluso constitucionales, que se vinculan con la estructura de la judicatura o sobre los procedimientos. También se ha indicado que se trata de garantizar la permanencia de los jueces y pagarles sueldos competitivos. Del mismo modo se ha manifestado que se trata de capacitar a los jueces para que la calidad de las resoluciones sea la adecuada. Igualmente se destaca que resulta importante brindar los instrumentos informáticos y sistemas computarizados para mejorar el seguimiento de los procedimientos. Como se aprecia, existen diversos objetivos y mecanismos que apuntan a la reforma integral de la administración de justicia. Todos son importantes y se vinculan unos a otros. Sin embargo, resulta de capital importancia identificar un objetivo y actividad que aglutinen, brinden coherencia y sirvan de hilo conductor.

En este sentido, la propuesta de esta contribución académica parte de la hipótesis que los objetivos señalados –pese a su importancia– resultan secundarios y las actividades aparecen como complementarias en relación con el verdadero objetivo de la reforma: brindar seguridad jurídica.

Es decir, el objetivo central de la reforma apunta a generar seguridad jurídica en el Perú. Ello se logra haciendo predecible el proceso decisorio y se pone en marcha mediante el mecanismo de los precedentes de observancia obligatoria. Esto es lo que se conoce en el derecho anglosajón como el principio del *stare decisis et non quieta movere*.

Hay que indicar que en un país con escasos recursos y claras limitaciones presupuestales, resulta indispensable identificar un área del derecho o de la actividad judicial en la que se pongan en aplicación –en un primer momento– los precedentes de observancia obligatoria. Para ello, el área comercial, aquel en el cual se generan los intercambios comerciales, debería priorizar el esfuerzo de generar los precedentes. En efecto, en la medida que la solución de controversias sea predecible, ello generará seguridad jurídica. A su vez, a mayor seguridad jurídica, es de suponer que tendremos una economía más estable, que redundará en el clima de inversiones y en la posibilidad de generar más





recursos para el presupuesto de la Nación, que, finalmente, podrá asignarse con más generosidad al Poder Judicial.

Como se aprecia, la puesta en marcha de los precedentes de observancia obligatoria en el marco de la Corte Suprema puede constituir el inicio de un círculo virtuoso que redunde a favor del sistema.

2. EL INTERCAMBIO: EL MOTOR CLÁSICO DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO

Son varios los determinantes del crecimiento económico de una Nación. Sin embargo, es indiscutible que su principal mecanismo impulsor es la existencia de un mercado vibrante, caracterizado por la progresiva multiplicación de intercambios voluntarios de bienes entre los individuos²¹.

La razón por la que dos individuos deciden intercambiar voluntariamente una serie de bienes es que ambos esperan verse beneficiados con el intercambio. En las transacciones voluntarias, todas las partes involucradas salen ganando. Todas incrementan su nivel de bienestar en alguna medida al entregar un bien a cambio de otro que les resulta más valioso.

La existencia de intercambios voluntarios genera también beneficios sociales ajenos a los sujetos que se encuentran directamente involucrados en ellos. En primer lugar, si un individuo sabe que puede ganar con el intercambio de un bien determinado, tendrá incentivos para invertir en su producción, lo cual a menudo supondrá la creación de nuevos puestos de trabajo. En segundo lugar, en un mercado desarrollado los individuos pueden concentrarse en producir el bien para el cual tienen mayor aptitud, en la medida que los demás bienes que necesiten podrán obtenerlos mediante intercambios. Con ello se genera la división del trabajo y la especialización entre los individuos, lo cual permite organizar de manera más eficiente la producción. En tercer lugar, al existir la posibilidad de obtener beneficios del intercambio de bienes, los individuos tienen incentivos para invertir recursos en capital humano, innovación tecnológica, innovación organizacional e, incluso, en el descubrimiento de nuevos recursos naturales, factores que inciden positiva y considerablemente en el desarrollo de toda la sociedad²². Por último, todas las personas que se benefician de un intercambio cuentan con un mayor nivel de riqueza, lo que genera una mayor capacidad de consumo. Ello, a su vez, supone un aumento de la demanda agregada, de los puestos de trabajo y de la posibilidad de todos los individuos de llevar a cabo nuevos intercambios.

Es así que los intercambios tienen un efecto multiplicador de la riqueza. Por ello, su promoción debe ser el objetivo central de cualquier sistema económico y en el que el Poder Judicial tiene una labor gravitante. En efecto, por definición los intercambios generan siempre conflictos (concurrenciales o judiciales); de ahí que en la medida que estos no se resuelvan rápidamente, que las reglas de juego no se encuentran debidamente establecidas y, particularmente, que no sean predecibles, es de suponer que los intercambios estarán sujetos a inestabilidad o falta de seguridad. Por ello, si no se cuenta con un Poder Judicial predecible, se puede presumir que ello generará distorsiones en los intercambios.

3. LOS COSTOS DEL INTERCAMBIO

Se ha señalado que cuantos más intercambios existan en una sociedad, mayor será su nivel de desarrollo y de crecimiento económico. Llevar a cabo un intercambio, sin embargo, genera una serie de costos.

En primer lugar, existen costos para determinar el beneficio que se obtendrá por la adquisición de un determinado bien. Por ejemplo, cuando se quiera adquirir comprar un automóvil, se invierte tiempo y dinero en averiguar sus características específicas, costo de mantenimiento y nivel de comodidad. En segundo lugar, existen costos para identificar una contraparte con la que se llevará a cabo el intercambio. Si se quiere vender una propiedad inmobiliaria habrá que contratar un anuncio en el periódico o contratar a un corredor de inmuebles. En tercer lugar, existen costos para negociar los términos del acuerdo deseado. Las partes suelen invertir tiempo y esfuerzo en ponerse de acuerdo sobre los detalles del contrato. Inclusive, muchas veces las negociaciones suponen el costo de abogados, peritos tasadores, técnicos y auditores. Por último, los costos de asegurar que la contraparte cumpla con su parte del acuerdo²³.

Del mismo modo, cuando se celebra un contrato de prestaciones de ejecución diferida en el tiempo, cada una de las partes espera que su contraparte cumpla de la manera más eficiente posible aquello con lo que se ha comprometido. Es posible que se asegure que la contraparte cumpla con aquello que se comprometió incurriendo en varios tipos de costos distintos²⁴.

Así, una posibilidad consiste en incurrir en costos de monitoreo. Por ejemplo, se puede verificar personalmente que el agente realice su labor; se puede encargar a un vigilante que lo haga; es posible





instalar un complicado y oneroso sistema de vigilancia, etcétera. Lamentablemente los costos de monitoreo, especialmente en operaciones tremendamente complejas, suelen ser caros²⁵. Otra posibilidad consiste en incurrir en el costo de diseñar un contrato que cree incentivos para que el agente cumpla con aquello a lo que se ha comprometido. Por ejemplo, en un contrato de corretaje, es posible ofrecer al corredor una comisión por éxito de la venta, o por un número de gestiones realizadas.

Solo el ingenio de los individuos limita los mecanismos que pueden crearse para incentivar a los individuos a cumplir con su parte de un contrato. Sin embargo, lo cierto es que todos estos mecanismos son costosos y normalmente su mayor eficacia se encuentra relacionada con un costo mayor. Es así que asegurarse que un contrato se cumpla puede llegar a ser tremendamente oneroso; resultando ser muchas veces superior el costo de asegurar el cumplimiento que el beneficio esperado del intercambio. Y cabe recordar que los intercambios voluntarios se producen porque los individuos esperan obtener beneficios. Ellos intercambian porque asumen que los costos en los que tendrán que incurrir para realizar la transacción serán menores que los beneficios que esperan obtener. La existencia de bajos costos relativos de asegurar el cumplimiento de la prestación de la otra parte es, entonces, un elemento indispensable para que se produzcan los intercambios.

Con la base de los ejemplos anteriores, hay que indicar que el Poder Judicial tiene un papel muy importante que cumplir pues en la medida de su eficiencia ello puede redundar en un incremento o reducción de los costos, respectivamente. Así en la medida que la judicatura sea predecible es de suponer que los costos (por ejemplo, abogados y tiempo) en los que tendrán que incurrir las partes será menor. En sentido contrario, la falta de predictibilidad no solo incrementa los costos, sino que los hace inciertos.

4. LA FINALIDAD DE LAS INSTITUCIONES

En el punto anterior se ha ejemplificado cómo es que los intercambios suponen una serie de costos y en los próximos párrafos nos concentraremos en aquellos vinculados principalmente con la dificultad de determinar que el contrato se cumpla y, en consecuencia, de predecir si es que el acuerdo realmente generará los beneficios esperados por el individuo.

El principal aporte de la denominada escuela de la Nueva Economía Institucional²⁶ consiste en haber señalado que la razón por la que algunos mercados

crecen y las naciones se desarrollan, tiene que ver fundamentalmente con las instituciones que surgen dentro de ellas. Las instituciones son las reglas cuya función apunta a reducir la incertidumbre en la sociedad; estableciendo una estructura estable que reduzca los costos que generan los intercambios.

Las instituciones, según el planteamiento de dicha escuela, pueden ser tanto formales como informales; teniendo todas ellas algún tipo de incidencia sobre la existencia de incertidumbre en el cumplimiento de los acuerdos. Cuando se hace referencia a las instituciones formales, describimos principalmente aquellas desarrolladas por el mismo Estado, como el derecho o el Poder Judicial. Estas instituciones formales tienen como principal objetivo asegurar a los individuos que el Estado hará cumplir los contratos que estos celebran. De esta forma, estas instituciones reducen los costos de crear mecanismos para que el principal se asegure de que su agente cumpla con lo cometido. Así, el disminuir los costos de celebrar contratos, muchos más serán los intercambios que se producirán en la economía y, en consecuencia, mucho mayor la riqueza y el desarrollo alcanzados por la sociedad.

Por su parte, las instituciones informales son, entre otras, las costumbres o los acuerdos sociales. En una sociedad donde los individuos tienen la costumbre de cumplir con los contratos, donde existen estrechas relaciones personales entre los comerciantes, donde la reputación tiene un gran valor, o donde existen convenios gremiales que sancionan a quienes los incumplen; los costos de celebrar un intercambio se reducen sustancialmente, pues nuevamente se vuelve más sencillo predecir el éxito de la operación.

Normalmente, en el cumplimiento de un contrato inciden tanto las instituciones formales como las informales. Un estudio comparativo de empresas alemanas e inglesas realizado por The Economic and Social Research Council de la Universidad de Cambridge, determinó que en la República Federal Alemana la comunidad empresarial ha desarrollado una serie de autorregulaciones sobre las relaciones entre empresas, cumplimiento de acuerdos y estándares técnicos que han permitido elevar notablemente el nivel de confianza en el éxito de los intercambios. Este aumento de predictibilidad se traduce en un mayor número de contratos entre empresas y en el establecimiento de relaciones más sólidas y de largo aliento. Asimismo se pudo determinar que en el Reino Unido existe una menor integración en la comunidad empresarial, una actuación más





individualista y una menor autorregulación, lo que implica mayores costos de establecer relaciones comerciales²⁷.

Otro estudio realizado por la misma institución comprobó que de un grupo formado por empresas alemanas, inglesas e italianas, casi el ciento por ciento utilizaba mecanismos adicionales al sistema legal para asegurar el cumplimiento de los acuerdos celebrados. De hecho, el 70 por ciento de las empresas encuestadas señaló que uno de los factores que las llevaba a confiar en el cumplimiento de su contraparte era desarrollar relaciones de largo plazo y haber tenido previamente un cumplimiento satisfactorio²⁸.

Sin embargo, aún cuando resulta extraño encontrar empresas que utilicen el sistema contractual legal como el único mecanismo de reducir el riesgo de sus operaciones, en los tres países estudiados las empresas señalaron que este es un mecanismo central para lograr confianza en el cumplimiento de los contratos²⁹. Asimismo, en una encuesta realizada por el Banco Mundial entre 3.600 empresas de 69 países, más del 70 por ciento señaló que un Poder Judicial impredecible era un problema de mayor relieve en sus operaciones comerciales³⁰. Como se aprecia, la predictibilidad de la judicatura resulta gravitante en la consolidación de los intercambios comerciales.

La explicación de la importancia de las instituciones formales para empresas que operan en grandes economías es sencilla. Tener a las instituciones informales como los únicos mecanismos para generar confianza en el cumplimiento de los contratos implica una serie de costos. Desarrollar relaciones de largo plazo toma bastante tiempo y esfuerzo. Comerciar únicamente con individuos cuya reputación sea conocida limita considerablemente el número de oportunidades de negocios. Finalmente, depositar la confianza solo en instituciones privadas de resolución de conflictos puede resultar poco práctico debido a su restringida capacidad coercitiva, además, debido a sus costos administrativos, solo puede ser aprovechada por las empresas o personas más solventes. Las grandes compañías de países desarrollados (como las que fueron materia del estudio citado) suelen participar de negocios impersonales, con una multiplicidad de individuos de distintas localidades y nacionalidades, y se ven involucradas en negocios que frecuentemente necesitan del rápido establecimiento de una relación comercial. Esta razón lleva a que las instituciones informales suelen resultar insuficientes en las grandes y vertiginosas economías.



Por ello, la primacía de las instituciones informales suele ser característica de los mercados pequeños, de sociedades donde el trato es personalizado, la producción es a pequeña escala, donde se utilizan tratos repetidos, donde existe homogeneidad cultural y, finalmente, donde el comercio se realiza a una escala local³¹. Estas circunstancias, como resulta obvio, no corresponden a las tendencias en los intercambios que se han generado como consecuencia de la globalización de las económicas.

Por lo tanto, no dejan de tener importancia para los intercambios dentro de economías desarrolladas las instituciones formales como el derecho y el Poder Judicial. El adecuado funcionamiento de estas instituciones colabora con la predictibilidad de los resultados de los contratos e incentiva su celebración. De hecho, como señala North, las normas formales pueden complementar la efectividad de las instituciones informales, reduciendo los costos de monitoreo y de cumplimiento obligatorio, permitiendo con ello intercambios más complejos³².

5. EL IMPACTO DEL PODER JUDICIAL PERUANO EN EL DESARROLLO ECONÓMICO

Si instituciones formales como el Poder Judicial no reducen los costos de asegurar el cumplimiento del contrato y, por lo tanto, no brindan predictibilidad a los intercambios no será posible alcanzar un desarrollo económico considerable. De hecho, uno de los logros de la Nueva Economía Institucional ha sido el determinar que la incapacidad de las sociedades de establecer el cumplimiento de contratos eficazmente y a bajo costo es la fuente más importante del subdesarrollo que prima actualmente en el Tercer Mundo.

En el *Informe sobre el desarrollo mundial 2000-2001*, elaborado por el Banco Mundial, se aprecia una cuantificación de cómo la existencia de un efectivo servicio de justicia se encuentra asociado con mejores resultados económicos globales. Este informe presenta una relación entre un indicador del estado de derecho y el PBI per cápita correspondiente a 166 países en 1997 y 1998. El índice pone de relieve que “los mecanismos de mercado dependen de que existan amenazas creíbles de sanción por el quebrantamiento de las obligaciones contractuales, respaldadas por unos mecanismos expeditivos para resolver las diferencias y exigir el cumplimiento de los contratos. Sin esos mecanismos disuasorios, los costos de transacción de las actividades económicas pueden ser muy elevados”³⁴.



Esta misma institución realizó otra investigación, esta vez entre 3.800 empresas de 73 países, la cual determinó que la poca predictibilidad de las reglas legales y de la actuación de las instituciones tiene un impacto negativo en sus decisiones de inversión. Al no existir seguridad sobre si el Estado garantizará el cumplimiento de los contratos, el crecimiento económico de los países se estanca considerablemente³⁵.

Sobre la base de las premisas anteriores resulta oportuno preguntarse cómo influye el Poder Judicial en el desarrollo económico de nuestro país.

El 80,8 por ciento de los micro y pequeños empresarios consideró, según una encuesta del Instituto Apoyo, la necesidad del respaldo de una institución que les ayudara a resolver conflictos con otros individuos, como proveedores, clientes u otros empresarios³⁶. Sin embargo, en los recientes seis meses solo el 6,6 por ciento de ellos había recurrido al Poder Judicial para solucionar dichos conflictos³⁷. La razón más evidente es que el 21 por ciento de los empresarios entrevistados considera que su funcionamiento es muy malo, el 41,2 por ciento que es malo, el 18,6 por ciento que es regular y solo el 6 por ciento opina que brinda un buen servicio³⁸. En resumen, la nota negativa de abanico de los entrevistados es del 93,4 por ciento.

Asimismo, el 80 por ciento de los micro y pequeños empresarios entrevistados califica al Poder Judicial de lento, costoso y parcializado. En una encuesta similar, el 70 por ciento de los medianos y grandes empresarios atribuyó al servicio de justicia las mismas características³⁹.

Los resultados anteriores no sorprenden si se considera que durante los últimos 15 años ha existido de 70 a 80 por ciento de desaprobación y desconfianza al Poder Judicial en toda la ciudadanía⁴⁰.

Otros estudios confirman esta apreciación. Según una investigación realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima por encargo de ProJusticia, entre 71 gerentes de empresas radicadas en Lima, el 84,5 por ciento le otorgaba poca confianza a la Corte Suprema, el 90,2 por ciento le otorgaba poca credibilidad a la Corte Superior y el 64,8 por ciento le otorgaba poca credibilidad a los juzgados especializados, mientras el 33,8 por ciento señaló que no tenía confianza alguna.

Al no funcionar adecuadamente las instituciones formales, a las empresas que realizan grandes transacciones les resulta tremendamente costoso operar en nuestro país. Asimismo, las micro y pequeñas empresas cuentan únicamente con el

soporte de instituciones informales para reducir los costos de asegurarse el cumplimiento del contrato.

En una encuesta a estas empresas, el 48 por ciento señaló que el principal mecanismo utilizado para reducir el riesgo de incumplimiento consistía en trabajar con clientes y proveedores conocidos, mientras que el 11 por ciento indicó que el principal mecanismo empleado era celebrar contratos con comerciantes de reconocida trayectoria⁴¹. Es tal la dependencia de estos mecanismos que el 30 por ciento de las micro y pequeñas empresas encuestadas señaló que no se encontrarían dispuestas a cambiar de proveedor aun cuando les ofreciese precios más baratos, mientras que el 48 por ciento exigiría por lo menos el 25 por ciento de descuento. Estas cifras tienen también un correlato en las medianas y grandes empresas, ya que una encuesta realizada por el Banco Mundial en nuestro país determinó que un tercio de los empresarios no cambiarían de proveedor por uno más barato debido al temor de incumplimiento⁴².

A diferencia de lo que sucede en países desarrollados en los que se cuenta con el soporte de instituciones formales e informales, en el Perú la gran mayoría de empresarios utiliza casi exclusivamente las instituciones informales como mecanismos de asegurar el cumplimiento contractual. Ello resulta demostrativo de que somos una economía relativamente primitiva, de índole gremialista y sustentada en lazos personales. En definitiva, la falta de predictibilidad del Poder Judicial redundará en detrimento de la modernidad.

Además, se debe tener en cuenta que en nuestro país el Poder Judicial no solamente no refuerza la certeza respecto del cumplimiento de los contratos, sino que con su incoherencia mella la poca certeza que brindan las instituciones informales. La principal razón de ello es que no les permite a los individuos saber cuál es el real contenido del derecho aplicable a los contratos que celebran debido a la cantidad de fallos contradictorios que se verifican en nuestro sistema. En el Perú no solo contamos con un servicio de justicia lento, ineficiente y corrupto, sino que ninguna empresa puede predecir cómo es que las cortes decidirán sobre una cuestión jurídica específica, gracias a la falta de coherencia de la jurisprudencia nacional. Así, gracias al Poder Judicial, nuestro sistema contractual no ofrece la más mínima certeza ni predictibilidad de que se cumplirá lo acordado por las partes, elevando tremendamente los costos que implican los intercambios y desincentivando una inconmensurable cantidad de estos.





Las consecuencias de lo descrito hasta ahora son sumamente graves y explican en gran medida el poco nivel de crecimiento de nuestra economía. A continuación se reseñan alguna de ellas⁴³.

5.1. ACCESO AL CRÉDITO

Como el Poder Judicial no permite conocer de antemano qué reglas se aplican a los contratos, ni puede garantizar que se cumplan las estipulaciones pactadas en ellos; las entidades financieras tienen una menor tasa esperada de retorno en los contratos de préstamos que celebran. Por ello, para compensar el riesgo asumido, tienen que cobrar tasas de interés más altas, lo cual limita el acceso al crédito de muchas empresas que operan en nuestro país. Estudios empíricos realizados con información de los mercados estadounidense y europeo demuestran que los desincentivos para la inversión que genera la baja predictibilidad de las ganancias son sustancialmente mayores en industrias dominadas por pequeñas empresas. La razón aparente es que mientras las grandes empresas muchas veces financian por sí mismas sus proyectos (utilizando su patrimonio o mediante el mercado de valores), las pequeñas empresas suelen necesitar de financiamiento externo⁴⁴. Ello es particularmente grave en un país como el Perú, donde el mercado se encuentra integrado mayormente por micro y pequeñas empresas⁴⁵.

5.2. INTEGRACIÓN VERTICAL

Al no ser predecible la ejecución forzosa de los contratos celebrados entre proveedores y distribuidores, las empresas tienden a integrarse verticalmente, para estar seguras de que no existirá incumplimiento. Este tipo de organizaciones muchas veces resulta ineficiente, pues los costos de transacción en la propia firma terminan siendo muy superiores a los costos de operar en un mercado donde exista seguridad jurídica. Con ello, disminuye el crecimiento y la eficacia organizacional de las empresas que se encuentran en dicha situación⁴⁶.

5.3. ASOCIACIONES EMPRESARIALES

Muchas veces las empresas competidoras pueden reducir sus costos formando asociaciones o consorcios para desarrollar una serie de actividades (teoría de las facilidades comunes). Así, por ejemplo, pueden compartir costos para llevar a cabo investigaciones que beneficien a todas las empresas, para importar tecnología, para comprar insumos de manera conjunta con la finalidad de obtenerlos a menor precio o para abastecer pedidos de mayor

magnitud. Según el Instituto Apoyo, solo el 2 por ciento de micro y pequeños empresarios señaló haber utilizado la modalidad de compra conjunta de insumos o bolsas de adquisiciones, básicamente debido a que temen que existan problemas con el pago o la entrega de los mismos. Por otro lado, solo el 17 por ciento señaló que se asociaba con otros para satisfacer picos de demanda, debido a que tenían temor a conflictos posteriores al establecimiento del acuerdo⁴⁷.

5.4. REDUCCIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Las deficiencias del Poder Judicial no solo afectan al desarrollo de la industria local sino también al comercio internacional, especialmente sensible a este problema. Las industrias locales suelen tener más fácil acceso a las instituciones informales y conocer qué comerciantes gozan de buena reputación, además pueden haber establecido relaciones comerciales por largo tiempo, se encuentran en posibilidad de pertenecer a gremios locales y saben de las costumbres y usos del país. Las empresas extranjeras no suelen tener estas ventajas. De hecho, no deja de llamar la atención el alto nivel de comercio que existe entre países desarrollados y el bajo nivel que existe entre ellos y los países del Tercer Mundo. La explicación estriba en que estos últimos no les ofrecen a las empresas extranjeras mecanismos para abaratar los costos involucrados en los intercambios internacionales. De hecho, se ha podido determinar que un aumento del 10 por ciento en el índice de transparencia e imparcialidad del Poder Judicial de un país implica un aumento de importaciones del 5 por ciento. Asimismo, se ha logrado establecer que si los índices de calidad institucional del Perú, Argentina, Brasil, Chile, Colombia o México fueran los de los países más desarrollados de la Unión Europea, el comercio internacional de estas naciones se expandiría en 30 por ciento⁴⁸.

En nuestro país, el Poder Judicial es ineficiente, contradictorio e impredecible. Por ello, no asegura a los individuos que los términos contractuales serán respetados, ni les permite conocer de antemano las reglas legales aplicables a los mismos. Así, aumenta los costos de los intercambios, reduciendo el número de los mismos y por lo tanto el desarrollo económico de nuestro país.

El Poder Judicial, al que las partes irán a fin de resolver sus controversias o al que invocarán a fin de no tenerlas, tiene un papel que cumplir. Ello lo hará principalmente haciendo que el sistema sea predecible y ello se logra a través de la puesta en





marcha del principio del *stare decisis et non quieta movere*.

6. STARE DECISIS

6.1. DESARROLLO HISTÓRICO

Una de las más importantes instituciones del derecho anglosajón, *Common Law*, es la del *stare decisis et non quieta movere* (en adelante *Stare Decisis*) que corresponde a una expresión latina que literalmente significa "estese a lo decidido y mantenga la quietud". Dicha frase, trasladada al Perú coloquial podría traducirse hoy como "ya conoces lo que pienso, no hagas olas", pues apunta a promover la quietud en el derecho. En el *Common Law* se concreta también con expresiones tales como "to stand by decided", "to uphold precedents" y "to maintain former adjudications" que en castellano significan "estarse a lo decidido", "mantener los precedentes" o "seguir decisiones anteriores".

Desde sus remotos orígenes en el derecho romano, el *Stare Decisis* apareció como un principio jurídico que tenía por objeto evitar los abusos y arbitrariedades de los reyes, cónsules y emperadores romanos, respectivamente, y confería a los jueces la posibilidad de evitar sentencias ad hoc que se acomodaran a la influencia de quienes ostentaran el poder. En definitiva, era un mecanismo de defensa del sistema judicial a fin de garantizar la independencia de los jueces. Del mismo modo, antes de Justiniano, el *Stare Decisis* permitió suplir la ausencia de normas o, de ser el caso, la falta de precisión de las mismas, además de que, en paralelo, venía a consagrar o reconocer formalmente una costumbre.

En el Reino Unido, país en el que se desarrolla en la forma como lo conocemos hoy en día y a partir del cual se expande a los Estados Unidos y otros con la misma tradición jurídica (sus ex colonias), la introducción del principio del *Stare Decisis* no fue producto de la invasión de las huestes romanas ni de las tribus teutonas y sajonas. Esta institución no se incorpora en Inglaterra sino hasta 1066 con la invasión de los normandos de origen francés, quienes llevaron el derecho de base romanista, el cual se adaptó y fue fusionando paulatinamente con el sistema consuetudinario existente hasta esa época.

A diferencia de la Europa continental, donde el régimen feudal era relativamente débil y la autoridad del rey era omnipotente, en la Inglaterra medieval el sistema de tenencia de la tierra previo a la invasión normanda reforzó el feudalismo y lo hizo muy

poderoso, a tal punto que los jueces o tribunales dependían del señor feudal y no de un inexistente o, en todo caso, simbólico poder central. Con la llegada de los normandos, además de tratar de introducir la estructura jurídica sustentada en leyes y códigos, se intentó también centralizar el poder (la ley es una expresión del poder central). Sin embargo, la preeminencia de los señores feudales obligó a los reyes normandos a que su poder lo ejercieran con la asistencia o a través del consejo real o *curia regis*, verdadero poder del Estado que actuaba en representación de un monarca que poseía pocas facultades.

Es a través del consejo real que gobernaban los reyes ingleses y este ejercía todas las funciones de gobierno (el consejo lo integraban los señores feudales más notables). Es aquí que aparece el germen de la división de poderes que sustenta los sistemas democráticos contemporáneos pues las funciones de gobierno, en lugar de estar concentradas en una sola persona, fueron encomendadas a los ministros de la corte. Asimismo, la función de legislar fue encomendada al parlamento del rey.

La función jurisdiccional fue también delegada. Ello se hizo originalmente a través de tres instituciones: la Court of King's Bench o consejo del rey para atender asuntos administrativos; la Court of Common Pleas o tribunal del litigios ordinarios para resolver las controversias civiles; y la Court of Exchequer, que se instituyó como la instancia para resolver asuntos tributarios. Estas tres instituciones judiciales constituyen el germen del sistema de administración de justicia de Inglaterra y es la razón por la que a los tribunales se les conoce como cortes.

Estas tres cortes "se ampliaron y multiplicaron más tarde hasta completar la organización actual del Poder Judicial del Imperio Británico, y fueron originalmente las que convirtieron los usos y costumbres rudimentarias del feudalismo y de las primitivas tribus sajonas y normandas, a través de sus fallos y resoluciones, en las normas jurídicas de todo el reino, de donde se formó en definitiva el cuerpo y la estructura del derecho anglosajón denominado *Common Law*⁹⁹.

En este contexto aparece el *Stare Decisis*, pues en un país en el que fundamentalmente el derecho era consuetudinario, resultaba necesario establecer un mecanismo que brindara solidez y predictibilidad al sistema jurídico, además de que evitara que el rey, sus ministros o el parlamento, en el ejercicio de su poder, pudieran atentar contra lo que repetidamente se había venido considerando como justo o legal. Ello se hace a





través de la jurisprudencia obligatoria, la cual, en lugar de ser una decisión con efectos limitados a las partes, genera consecuencias en toda la sociedad. En definitiva, el Stare Decisis resulta, tal como se indicó anteriormente, un escudo contra el poder político además de erigirse como un principio profundamente democrático.

6.2. DEFINICIÓN Y MARCO CONCEPTUAL

El Stare Decisis o la fuerza obligatoria del precedente judicial supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede variar posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador. La balanza de la justicia se supone que se inclina por el peso de los hechos y no por el peso que le confiere la interpretación antojadiza del juez. Es más, “una vez definido y declarado solemnemente el derecho en el caso concreto, lo que antes era incierto y quizá indiferente, se convierta en una norma y que no esté en el arbitrio de un juez el desdefiarla o modificarla según sus concepciones personales”³⁰. En suma, se pretende brindar seguridad jurídica mediante un sistema jurídico predecible.

El Stare Decisis posee valor en sí mismo. Ello es a tal envergadura que resulta fundamental para el sistema judicial. En efecto, en la medida que los precedentes surjan de decisiones bien fundamentadas y razonadas, además de marginadas de perjuicios e intereses subalternos; se estima que así se estará gestando el derecho como expresión de la justicia. Por definición, las decisiones serán diferentes de las políticas, las que generalmente responden a intereses variopintos y que no necesariamente pretenden la equidad. Además, en la medida que los precedentes que crean Stare Decisis se inspiran en decisiones anteriores (ratificándolas, distinguiéndolas o modificándolas), al conocerse sus fundamentos y al ser publicados, se genera transparencia en el proceso decisorio, lo cual consolida la seguridad jurídica.

Esta doctrina tiende a conferir gran importancia al sustento de la decisión, a tal extremo que se la puede considerar incluso como una ley pese a que se trata de un *dictum* o comentario sobre la manera cómo se llegó a plasmar la decisión judicial. Ello a pesar que la parte resolutive de la sentencia es formalmente la única que tiene el rango de ley y que normalmente se aplica solo en el caso particular.



En la medida que la justicia debe ser administrada de manera equitativa, resulta necesario que frente a casos análogos se resuelva de manera similar. Tal como se indicó antes, el Stare Decisis señala que en todas las decisiones judiciales debe seguirse a las sentencias previas a no ser que sea distinguida (*distinguished*) o sustituida (*overruled*). La aplicación de la doctrina se centra usualmente en la determinación de la identidad entre dos casos. En efecto, el último se resuelve en relación con el anterior.

6.3. VALORES CENTRALES

Los valores centrales del Stare Decisis son la estabilidad, la certeza, la predictibilidad, la consistencia y el respeto a la autoridad.

Por definición, los precedentes generan estabilidad en el sistema jurídico y en la economía pues constituyen un instrumento que confiere certeza. Por su parte, la certeza promueve seguridad jurídica debido a que los operadores económicos y la sociedad civil en su conjunto conocerán de antemano cuál será el resultado cuando se produzca una controversia. El hecho que las partes sepan a qué atenerse hace que el sistema jurídico sea predecible, además de que la predictibilidad impulsará que las decisiones sean consistentes, evitándose así las sentencias contradictorias o erráticas.

Estos valores hacen que el sistema judicial tenga un papel decisivo no solo en relación con la solución de controversias, sino, más importante aún, en la creación del derecho. Esto último es lo que confiere a la judicatura la categoría de “poder” pues pasa de ser una “última posibilidad” a una verdadera “última instancia” que le brinda autoridad moral y un poder efectivo.

6.4. IMPORTANCIA DE LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Las decisiones judiciales deben de ser publicadas pues ello expande la predictibilidad. Incluso, si no hace más que constituir un recuento sobre lo que se opina en un caso particular, ello es beneficioso para conocer la manera cómo la ley se aplica a diferentes hechos. Por lo tanto, la publicación de las sentencias brinda certeza debido a que se aumenta el cúmulo de precedentes. En efecto, en primer lugar, el peso del precedente en un punto de derecho lo hace más sólido y hace mucho más difícil que su interpretación sea sustituida de manera antojadiza. Un mayor número de afirmaciones en un sentido determinado permite a los abogados apoyarse en la estabilidad de una doctrina con mayor confianza.



Expresado de otra manera: una corte puede ignorar un precedente inconveniente, pero no puede hacerlo en caso de que exista una docena. En segundo lugar, la casuística posterior ayuda a "confirmar" un precedente, además de que permite que se aclaren los puntos oscuros del mismo. En tercer lugar, la creciente acumulación de decisiones aparentemente rutinarias en un punto particular del derecho o la ley puede estar sugiriendo a los jueces, abogados y académicos que un problema se está verificando en el mercado. Ello puede promover un pedido de reforma normativa o que se establezca un precedente que resulta la controversia. En cuarto lugar, la publicación promueve un importante objetivo institucional: mantener la apariencia que la justicia se está llevando a cabo. La publicación constituye una señal para los litigantes y para la sociedad civil o comunidad de negocios de que nada oculto está ocurriendo y que la calidad del trabajo está sujeto al escrutinio del público.

El Stare Decisis, los precedentes de observancia obligatoria o doctrina jurisprudencial compulsiva, es de obligatoria publicación. Esta circunstancia genera un mecanismo de control de calidad pues permite que cualquier error de concepto sea discutido y corregido posteriormente. En efecto, los precedentes de observancia obligatoria, tal como se indicó anteriormente, resultan ser una suerte de "leyes" o "precisiones cuasi legislativas" que normalmente son comentadas por la comunidad jurídica. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos u otros países del *Common Law*, en los que las decisiones de sus máximas instancias judiciales generan desde comentarios especializados hasta simposios o seminarios, en el Perú las sentencias de la Corte Suprema no son conocidas sino por las partes involucradas en una controversia. Ello resulta pernicioso para el desarrollo del derecho en general y constituir un foco que impulsa de corrupción, pues las instancias inferiores no se ven en la obligación de seguir los dictados de la superior.

6.5. CONSISTENCIA EN LA CALIDAD

En esta misma línea de pensamiento, al garantizar un consistente nivel de calidad, el Stare Decisis genera incentivos para que el razonamiento en el derecho y la aplicación del mismo sea superior. Hoy día podemos afirmar que el raciocinio de las sentencias deja mucho que desear, y ello por más que se han llevado a cabo importantes esfuerzos para incrementar el sustento lógico y la estructura de las mismas.

Del mismo modo, el Stare Decisis o precedentes de observancia obligatoria de la Corte Suprema obligan a que todos los jueces se vean compelidos a mantener los mismos estándares de calidad. Ello coadyuva con el esfuerzo consistente en elevar la eficacia de la función jurisdiccional en general y de las sentencias en particular. Esta labor, como es obvio, se verá apoyada por el continuo análisis que hará la comunidad jurídica y la sociedad.

6.6. REDUCCIÓN EN LA CARGA PROCESAL

Los precedentes que generen Stare Decisis no se verán afectados por la proliferación de casos. Ello a pesar que cada día hay más litigios, jueces y tribunales, así como decisiones judiciales en todos los niveles.

Un cúmulo de circunstancias que no necesitan verificación estadística y que afectan el desempeño de la administración de justicia es el incremento de la población, el aumento de leyes y de otras disposiciones legales que se promulgan (tendencia a la sobre-regulación), la circunstancia de que las normas son de mala calidad y requieren de interpretación, el aumento considerable de las transacciones comerciales y más conflictos interpersonales. Todas ellas redundan en el incremento de procedimientos judiciales que crean un grave problema que debe resolverse y para el cual el Stare Decisis brinda una alternativa de solución eficaz, pues los jueces sabrán por anticipado cómo deben de resolver en casos similares, que cortará de raíz aquellos litigios que son impulsados por la voluntad de los abogados y no de las partes o la justicia de la causa, y finalmente que resolverá con mayor rapidez el cúmulo de conflictos pues evitará apelaciones en los casos que supongan situaciones jurídicas repetitivas.

6.7. COMPORTAMIENTO DE LOS ABOGADOS Y CONSECUENCIAS PARA LAS PARTES

Una vez que la decisión judicial es publicada se supone que ello genera una obligación de cita por parte de los abogados. Resulta no solo inadecuado sino poco ético que un abogado no cumpla con su obligación de hacer de conocimiento de su cliente de la existencia de un precedente de observancia obligatoria relevante al caso. El abogado está en la obligación de poner en conocimiento de su cliente de la existencia de un precedente que afecte sus intereses y de la manera cómo él lo interpreta. Esta circunstancia tiene un doble efecto. Por un lado, impone altos estándares éticos en el desarrollo de la profesión. Por otro lado, impulsa la mejora en el





nivel técnico de la profesión pues obliga a la permanente actualización y al análisis.

Cuando un juzgado o un tribunal inicia el proceso decisorio y finalmente resuelve, está generando una expectativa razonable a las partes de que frente a casos similares, estos van a ser abordados judicialmente de la misma manera en el futuro. El tema del futuro es muy importante pues ello promueve justicia. Es decir, la justicia no significa tan solo que se resuelva de una manera equitativa o justa en un caso determinado, sino que las partes sepan que así también será resuelto en el futuro. Ello promueve credibilidad, respeto y confianza en el sistema.

Inversamente, puede que la decisión o el precedente se considere equivocado o erróneo. Sin embargo los efectos psicológicos se atenúan en la medida que se sepa que otros casos serán tratados de la misma manera.

6.8. INEXISTENCIA DEL STARE DECISIS

Las ventajas que genera el Stare Decisis resultan teóricas en nuestro país pues los precedentes resultan irrelevantes e, incluso, la jurisprudencia (entendida como antecedentes o recuento de sentencias) es prácticamente inexistente. Por lo tanto, la efectividad del sistema judicial se ve mermada considerablemente. La inexistencia del Stare Decisis genera caos necesariamente. Le quita, incluso a los abogados más experimentados, la habilidad de predecir con cierto grado de certeza el posible resultado de un litigio. Ello eleva inevitablemente los costos de transacción e, inversamente, reduce su legitimidad del sistema.

A este nivel podemos referirnos a una suerte de "ecuación de la justicia" la que se expresa de la manera siguiente: a mayor predictibilidad, menores costos y más legitimidad; a menor predictibilidad, mayores costos y menor legitimidad.

La ausencia del Stare Decisis genera resultados aleatorios y arbitrarios que impulsa necesariamente a que las Cortes superiores y la Corte Suprema se vean sobrecargadas de apelaciones. Inversamente, la publicación de los resultados de los precedentes de observancia obligatoria, que en el Perú se expresarían mediante los plenos casatorios, permite a las instancias inferiores y a los litigantes tener acceso a precedentes que coadyuvarán con la celeridad y la calidad del proceso decisorio, además de que los potenciales litigantes sabrán si vale o no la pena iniciar un procedimiento y conocerán por anticipado cuáles son sus posibilidades de éxito.

Por otro lado, la ausencia del Stare Decisis y la no publicación de los precedentes de observancia obligatoria afectan la predictibilidad desde dos

perspectivas. En primer lugar, margina la propia decisión judicial de la responsabilidad de razonar y justificar un punto de vista de una manera integral. En segundo lugar, el incremento en el número de sentencias que se produzca como consecuencia de la automatización de la administración de justicia torna anecdótica, subalterna y sin mayor trascendencia para la formación y consolidación del Derecho puesto que se limita a una cuestión de naturaleza estadística. Es decir, lo que brinda estabilidad jurídica no es la cantidad sino la calidad.

6.9. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

Un ejemplo de las bondades del Stare Decisis se verifica en el marco de las facultades que en el Perú posee el Instituto Peruano de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). En efecto, de conformidad con el artículo 43 del Decreto Legislativo 807, el Tribunal del Indecopi tiene la posibilidad de establecer precedentes de observancia obligatoria⁵¹.

Los precedentes de las salas del Indecopi no son otra cosa que la incorporación y adaptación del Stare Decisis del Derecho anglosajón a la realidad peruana. En efecto, este tribunal tiene la posibilidad de adoptar criterios interpretativos en torno a una norma y esta deviene obligatoria para las comisiones u oficinas de esa institución. A diferencia del sistema anglosajón, en el que todas las sentencias de sus máximas instancias constituyen precedentes, en el Indecopi tienen estas características solo aquellas decisiones que explícitamente han sido declaradas como tales. Esta es una feliz adaptación del sistema romano al anglosajón.

Las consecuencias de sus precedentes pueden calificarse de muy positivas pues han evitado una sobrecarga de procedimientos además de que ha evitado interpretaciones antojadizas. Puede que los litigantes o el sector académico compartan o no los criterios del precedente. Sin embargo, nadie duda de la solidez de la línea argumental y el excelente razonamiento que los caracteriza. Prueba de ello es que son menos del 1 por ciento de los casos que se ventilan ante esa institución que son recurridos ante el Poder Judicial en un procedimiento de nulidad de resolución administrativa.

Asimismo, en la medida que los precedentes son publicados, la academia ha podido comentarlos intensamente, lo que ha permitido perfeccionar su interpretación e, incluso, modificarlos con el transcurso de los años.

Sistema similar se verifica a nivel del Tribunal Constitucional y el Tribunal Fiscal. La diferencia de





estas con las del Indecopi es que en ambos casos no son declaradas explícitamente como precedentes. Sin embargo, las partes invocan y esos tribunales recogen permanentemente lo expresado en anteriores decisiones. Ello ha generado un importante nivel de predictibilidad en el marco de las controversias de índole constitucional y tributario, respectivamente.

No obstante, las decisiones del Tribunal Fiscal y del Indecopi son recurribles ante el Poder Judicial, con lo cual la predictibilidad que se genera administrativamente queda diluida en la medida que el Poder Judicial peruano no aplica el sistema de precedentes.

Una característica única de nuestro derecho que ha pasado absolutamente desapercibida pese a la genialidad de su incorporación, se refiere a que el Perú probablemente es uno de los pocos países del mundo adscritos a la tradición romanista que ha incorporado explícitamente el principio del *Stare Decisis* en su ordenamiento jurídico. En efecto, el Código Procesal Civil de 1991 contiene una norma que corresponde a dicho instituto.

La norma peruana resulta sumamente interesante puesto que acoge los principios y las características que se han reseñado en otra parte de la presente contribución. Su artículo 400 señala:

Doctrina jurisprudencial.

Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en sala plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

De su lectura se aprecia que, en el marco de las casaciones (aquellas en las que se resulten cuestiones de derecho), una de las salas de la Corte Suprema podrá solicitar lo que se denomina "pleno casatorio" para resolver la controversia. Ello se hará en sala plena, lo que significa que el íntegro de la Corte Suprema participará en la elaboración de la sentencia. Esta se la considera "doctrina jurisprudencial" y torna vinculante para ella y para todos los órganos jurisdiccionales del Estado, lo que significa que la interpretación será permanente hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio. Por último, se obliga a que las sentencias que motiven el precedente sean publicadas. Ello las convierte en "cuasi leyes".

La incorporación legislativa del principio del *Stare Decisis* resulta importantísima para el Derecho peruano y para la seguridad jurídica. Lo que resulta sorprendente es que, pese a que la norma está vigente hace más de una década, esta nunca ha sido aplicada pues no se ha verificado ningún pleno casatorio al amparo de la norma citada; y ello pese a que se cuenta con un instrumento que hubiera coadyuvado significativamente en los esfuerzos tendentes a reformar el Poder Judicial, además de que hubiera resultado en la de menor inversión en términos de presupuesto.

La falta de decisión por aplicar el artículo 400, el cual en principio podría ser de aplicación para los procedimientos penales puesto que la norma no distingue, puede ser revertida. Es más, en el marco de las actividades de reforma descritas en el primer capítulo de la presente contribución, es del caso poner de relieve que ello ha sido propuesto parcialmente como una de las actividades aprobadas por la Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial⁵². Del mismo modo, en el marco de los grupos temáticos de la Ceriajus, se ha establecido uno referido a la "Predictibilidad y la Jurisprudencia", el cual podría hacer suyo el tema del *Stare Decisis*⁵³.

7. NUESTRA PROPUESTA

En el marco del proceso de reforma del Poder Judicial iniciado por la Presidencia de la Corte Suprema (Acuerdo Nacional por la Justicia) y por el Poder Ejecutivo (Ceriajus), una de las principales iniciativas que se podrían tomar en consideración consiste en generar mecanismos que impulsen la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Existen diversas razones por las que la predictibilidad resulta importante para la reforma integral de la administración de la justicia, tales como la credibilidad del Poder Judicial, la





incorporación de los mejores abogados a la judicatura, la lucha contra la corrupción, la identificación de un mecanismo que coadyuve con la capacitación de los jueces, la puesta en marcha de instrumentos que consoliden la informatización, etcétera.

La reforma de la administración de justicia no es un fin en sí mismo. Por lo tanto resulta gravitante identificar un objetivo que aglutine transversalmente los diversos esfuerzos que se están desarrollando en el marco del Acuerdo Nacional por la Justicia y la Ceriajus. Por ello, se propone la búsqueda de la seguridad jurídica como objetivo central de la reforma, la cual tiene connotaciones a nivel político, económico y social.

Las connotaciones políticas y sociales no requieren ser resaltadas. Sin embargo, en cuanto a las económicas, la seguridad jurídica no se verifica solo mediante el establecimiento de "leyes contrato" o la constitucionalización de ciertos principios jurídicos que permiten que las reglas del mercado se mantengan inalterables.

Por lo tanto, se plantea la hipótesis de trabajo consistente en que la seguridad jurídica en el marco de la reforma de la administración de justicia se sustenta en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Del mismo modo, partiendo de la premisa de que existen limitados recursos para realizar un proceso de reforma de gran envergadura –por definición, de largo aliento–, puede resultar del caso asociar en un primer momento la seguridad jurídica y la predictibilidad con los temas comerciales o la denominada "justicia comercial".

En efecto, si las decisiones judiciales en materia comercial son predecibles, es probable que se brinde un mensaje a las comunidades nacional e internacional de inversionistas comunicando que en el Perú existe un clima de negocios estable, además de que legitimará al Poder Judicial en cualquier esfuerzo tendente a obtener un presupuesto más adecuado. Así, en la medida que haya más seguridad, habrá más inversión privada nacional o extranjera; si hay más inversión habrá más recursos para el fisco; si hay más recursos, el Poder Judicial podrá incrementar su presupuesto o, en todo caso, legitimará sus requerimientos.

Determinar en qué consiste "justicia comercial" resulta complicado e incluso imposible desde una perspectiva teórica. Ello se debe a que la convergencia entre el derecho civil y el derecho comercial resulta una realidad incontestable. Por ello, para efectos instrumentales se entiende por temas comerciales,

entre otros, a la normativa sobre títulos valores, contratación mercantil específica o "contratos modernos" (*franchising, factoring, know-how*, transferencia de tecnología, etcétera), políticas de competencia, propiedad intelectual, concesiones y privatizaciones, leyes de quiebras o concurso de acreedores.

Tal como se indicó, la urgencia de desarrollar actividades en dicha esfera se sustenta en la necesidad de crear un clima más seguro para las inversiones y promover la competitividad. La lentitud, corrupción y falta de predictibilidad que caracterizan normalmente al Poder Judicial constituyen un obstáculo para la atracción de capitales, la promoción del tráfico comercial y el crecimiento económico.

En esta iniciativa, se sugiere la necesidad de sistematizar la jurisprudencia en el principio del *stare decisis et non quia movere*, que pretende, en un primer momento, complementar y potenciar cualquier avance en materia de la denominada "justicia comercial". Tal como se ha indicado, el *Stare Decisis* significa que las decisiones o sentencias de la Corte Suprema de Justicia –especialmente las adoptadas en el marco de los plenos casatorios– tornan en precedentes de observancia obligatoria y, por lo tanto, son de cumplimiento y aplicación inmediata por parte de las diversas jerarquías de la administración de justicia.

El principio del *Stare Decisis* se complementa necesariamente con la regla del *Certiorari*⁵⁴, el cual permite que la Corte Suprema de Justicia seleccione los casos que estima importantes resolver. Es decir, mediante el filtro del *Certiorari*, la Corte Suprema selecciona los casos que pueden ser objeto de análisis o, en su caso, ameritan el interés para convocar a unos de los plenos casatorios que generarán los precedentes de observancia obligatoria. Sin embargo, el *Certiorari* podría implementarse en un momento posterior. Esto es, tan luego como se cuente con un número importante de precedentes que hayan delineado los temas centrales del derecho peruano. Ello será, como es obvio, un esfuerzo que se llevará a cabo en un segundo momento.

8. CONTEXTO DE LA PROPUESTA

La sistematización de la jurisprudencia es un requisito indispensable para el éxito de cualquier iniciativa tendente a reforzar el derecho en general y la justicia comercial en particular. El fomento de las transacciones mercantiles que, por ejemplo, persigue la creación de juzgados comerciales, será inalcanzable si no se logra predictibilidad en las resoluciones





judiciales. Esto último, solo puede conseguirse mediante la sistematización de la jurisprudencia.

En efecto, la sistematización repercutirá positivamente en todos los aspectos de los procesos de reforma del Poder Judicial, pues de poco sirve la capacitación de jueces, la modificación de la normativa, la informatización y los esfuerzos para promover estándares éticos para evitar la corrupción, si la judicatura está en capacidad de interpretar la ley de manera arbitraria y contradictoria. De lo que se trata es unificar criterios para hacer predecible el sistema y, por lo tanto, brindar seguridad jurídica.

La sistematización de la jurisprudencia supone el trabajo en dos áreas específicas y estrechamente relacionadas:

a) El procesamiento y la clasificación de las sentencias pronunciadas en todas las instancias judiciales, lo que permitirá a los usuarios del sistema (jueces, abogados y litigantes) conocer anticipadamente la interpretación de la ley en los casos concretos. Esta deberá constituir una labor permanente pues se trata de que se encuentre actualizada. No es una labor de recuento cronológico, sino de procesamiento sistematizado, el cual puede o no ser llevado a cabo por el Poder Judicial, pero que podría ser desarrollado también por empresas privadas, con lo que se evitarían importantes desembolsos en la materia. Acerca de este tema, en la mayoría de países del mundo los recuentos de jurisprudencia y su sistematización son actividades que diversas empresas llevan a cabo de manera competitiva.

b) La implementación de plenos casatorios de la Corte Suprema (artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles), con la finalidad de instituir "precedentes de observancia obligatoria" que contribuyan a unificar las líneas interpretativas. Es decir, se trata de ejercer facultades similares a las adoptadas en el Reino Unido o por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en lo atinente al principio del "estese a lo decidido" (*stare decisis et non quieta movere*). Esta actividad puede en definitiva erigirse como una de las más importantes e innovadoras iniciativas en la reforma del Poder Judicial y marcaría una clara diferencia en relación con esfuerzos anteriores a escala internacional. En efecto, una investigación preliminar de los proyectos de reforma del Poder Judicial impulsados por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional (USAID) a escala mundial ponen de relieve que el tema del *Stare Decisis* no ha

sido considerado como una posibilidad a ser tomada en cuenta.

La implementación del *Stare Decisis* llevaría a que el Poder Judicial del Perú se incorpore al selecto grupo de países (todos ellos desarrollados) donde los precedentes de observancia obligatoria constituyen la pieza fundamental del sistema jurídico, el cual está constituido por las leyes que adopta el Legislativo, las disposiciones y actuaciones del Ejecutivo, y por la manera como estas son interpretadas de manera obligatoria por la judicatura. Esto es lo que en definitiva se conoce como "balance de poderes" y lo que precisamente ha permitido que el Poder Judicial en los países desarrollados tenga la relevancia e importancia que les ha brindado prestigio e independencia.

9. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

El éxito de la sistematización de la jurisprudencia tiene un impacto positivo que no se limita únicamente a un aspecto concreto de la reforma del servicio de justicia, sino que repercute en todos los ámbitos de la misma. Los principales efectos positivos son los siguientes:

9.1. CELERIDAD DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La jurisprudencia, en la medida que establece criterios uniformes de interpretación, no solo aumentará la predictibilidad, sino que se erigirá como un desincentivo para la presentación de demandas con baja o casi nula probabilidad de éxito. Hoy en día, en la medida que los individuos no se encuentran en capacidad de predecir el éxito de un proceso judicial, se generan sobreexpectativas sobre la posibilidad de éxito. Con un sistema de precedentes, en cambio, es de suponer que solo se presentarán aquellas demandas cuya posibilidad de triunfo sea razonable. Ello generará una curva decreciente en la carga procesal, pues los jueces tendrán menos casos que resolver.

Del mismo modo, la creación de criterios uniformes de interpretación del derecho aliviará el trabajo al momento de resolver pues bastará identificar cuál es la línea jurisprudencial que se siguió en casos similares, no siendo necesario entrar en mayores discusiones jurídicas. Evidentemente, ello agilizará el proceso de resolución de cada expediente.

Un servicio de justicia más rápido garantiza que el Poder Judicial en general y la justicia comercial en particular no se conviertan en depositarios de capital muerto. Asimismo, brinda a los empresarios la





seguridad de que los conflictos que lleven ante el sistema de justicia serán resueltos en un tiempo breve y razonable.

9.2. CONTROL DE LA CORRUPCIÓN

El nivel de confianza en un determinado mercado depende que sus actores consideren que compiten en igualdad de condiciones. Por ello, la presencia de la corrupción institucional genera desconfianza en los inversionistas y reduce el crecimiento económico. De ahí la importancia que el Poder Judicial se convierta en la primera institución en ofrecer una imagen de transparencia, desempeñando el papel de nivelador del campo de juego, al asegurarse que ningún actor se vea favorecido arbitrariamente por entidades estatales.

Sin embargo, en la actualidad los magistrados gozan de discrecionalidad absoluta para interpretar el sentido de la norma positiva. Ello les permite, llegado el caso, encubrir más fácilmente casos de corrupción. A su vez, dicha situación complica el establecimiento de estándares objetivos que permitan determinar aquellos casos en los que la interpretación judicial no se ajusta al espíritu de la norma.

Por lo tanto, los precedentes de observancia obligatoria pueden ser tomados como los criterios objetivos que determinan cuándo un magistrado se aparta de la interpretación correcta de la ley, haciendo más sencillo el control de la corrupción. Es decir, el sistema de precedentes se erige como el mecanismo anticorrupción *ex ante* por antonomasia.

La existencia de claras líneas jurisprudenciales sirve también como mecanismo de reducción de la corrupción en aquellos casos donde esta surge de iniciativas privadas. La razón es similar a la anterior: en la medida que un sistema de precedentes de observancia obligatoria reduce el ámbito de discrecionalidad del juez, los particulares encontrarán menores oportunidades de corromper a los funcionarios judiciales.

9.3. AUMENTO DE LA CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL

La existencia de líneas jurisprudenciales claras genera mayor confianza en el sistema judicial y revela una imagen de transparencia e imparcialidad, fundamental para la legitimidad de sus resoluciones. Así, se incrementa su credibilidad institucional y el nivel de confianza ciudadana en los magistrados.

Además, la existencia de precedentes de observancia obligatoria logrará eliminar la existencia de sentencias contradictorias. Ello es particularmente importante, pues la presencia de las

mismas puede significar un alto costo político para la institución judicial.

Por otro lado, hoy en día la desfavorable percepción que normalmente tiene la ciudadanía sobre el Poder Judicial, le impide atraer profesionales de alto nivel. El aumento de credibilidad institucional crearía los incentivos necesarios para atraer como funcionarios a expertos de una formación considerablemente superior. Ello, como es evidente, repercutiría en la calidad de las resoluciones y del servicio brindado por el Poder Judicial en general.

El incremento de la credibilidad del Poder Judicial se traduce en la consolidación de la estabilidad política del país. Ello, a su vez, repercute favorablemente en la atracción de inversiones nacionales y extranjeras, en la medida que este es uno de los principales factores sobre los que se construyen los indicadores riesgo país.

Cualquier medida que se adopte en el proceso de reforma del Poder Judicial, incluyendo la creación de juzgados comerciales, se verá considerablemente potenciada si es que conjuntamente se logran mecanismos de legitimar a dicha institución ante la sociedad.

9.4. REGLAS CLARAS Y PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Al ofrecer a la sociedad civil criterios claros y definitivos acerca de cómo se interpreta la ley en casos concretos; se estaría generando predictibilidad en lo atinente a las resoluciones de los jueces. Ello, a su vez, generará seguridad jurídica, lo que repercute positivamente en la atracción de la inversión privada en el país.

Si el Poder Judicial desarrolla una política de unificación de los criterios jurisprudenciales, especialmente en aquellos temas en los que existen mayores diferencias interpretativas, la aplicación predecible de una regla legal a una situación en particular generará mayor certeza entre los usuarios del servicio de justicia y entre los inversionistas que, potencialmente, puedan utilizarlo.

Reglas jurisprudenciales más claras traen consigo, como corolario natural, la promoción de la inversión privada nacional y extranjera, porque el inversionista, en este escenario, va a estar en mejor capacidad para medir el riesgo de las operaciones que desee realizar y de las áreas concretas en las que pretende invertir. Mayores niveles de inversión, a su turno, serán seguidos por un aumento de los niveles de empleo, por el incremento de las posibilidades con las que cuentan los agentes económicos de desarrollar





mayores y más amplios proyectos, y por el aumento de la capacidad contributiva de las empresas y de los individuos.

10. CÓMO IMPLEMENTARLA Y ACTIVIDADES

La de la iniciativa consiste en implementar mecanismos que permitan unificar las líneas jurisprudenciales y brindar predictibilidad a las resoluciones del servicio de justicia. Con ello, se espera mayor celeridad, disminuir los índices de corrupción, aumentar la credibilidad institucional y generar reglas claras que promuevan la inversión privada. Así, se complementará y potenciarán los objetivos perseguidos mediante la creación de la justicia comercial.

El análisis debe ir complementado necesariamente con el conocimiento de los criterios para poner en marcha la regla del Certiorari, pues este permite al Poder Judicial "seleccionar" aquellos casos sobre los que se estima importante pronunciarse y establecer un precedente. En efecto, el Certiorari consiste en el mecanismo mediante el cual la Corte Suprema "selecciona" aquellos casos que por su trascendencia o impacto en la sociedad requieren de un pronunciamiento explícito e inequívoco. En suma, se trata que la Corte Suprema elija ciertos casos emblemáticos a fin de establecer un criterio que deberá ser seguido por instancias inferiores. El Certiorari y el Stare Decisis se complementan pues el primero permite seleccionar los casos que serán objeto de lo segundo. Sin embargo, el Certiorari debería incorporarse en un segundo momento de la reforma y tan pronto se cuente con un conjunto de precedentes de observancia obligatorio en el marco de los plenos casatorios que hayan resuelto los temas jurídicos o controversias más recurrentes.

Como actividades se sugieren, en este orden:

10.1. ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE JURISPRUDENCIA PERUANO

Se requiere elaborar previamente un informe sobre las consecuencias económicas que supone la inexistencia de criterios jurisprudenciales claros y predecibles. Asimismo, se describiría el sistema de incentivos actualmente existentes en el servicio de justicia y aquel que surgiría con motivo de la implementación de la figura del Stare Decisis en nuestro país. Además, se expondría la manera en la que esta institución se ha desarrollado históricamente en terceros países. Por último, se detallaría el impacto que se espera tenga la sistematización de la jurisprudencia en las diversas

áreas que forman la reforma del Poder Judicial, con particular énfasis en la justicia comercial.

10.2. ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA REGLA DEL CERTIORARI

Se elaboraría un informe sobre las características de la regla del Certiorari. Para ello se expondría la manera cómo esa regla se ha desarrollado históricamente en Estados Unidos, con particular énfasis en el argumento de la reducción de la carga procesal y sobre su vinculación con el Stare Decisis.

10.3. ESTUDIO SOBRE EL EMPLEO DE LA JURISPRUDENCIA POR LOS OPERADORES DEL DERECHO

Se establecería en qué medida los jueces y las partes procesales invocan o utilizan la jurisprudencia como un mecanismo que les permita determinar la interpretación más adecuada del derecho dentro de procesos. Del mismo modo se determinaría cuáles son las fuentes a las que se puede acceder en el Perú para informarse sobre criterios jurisprudenciales. Por último, se constataría el nivel de importancia que se brinda a la jurisprudencia en la enseñanza del derecho.

10.4. ESTUDIO SOBRE LA PREDICTIBILIDAD DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EXISTENTES EN MATERIA COMERCIAL

Se verificarían las tendencias (en la medida de lo posible empíricamente) sobre la existencia de contradicciones en las distintas líneas jurisprudenciales existentes en los temas más relevantes (especialmente en derecho comercial). Asimismo, se establecerían cuáles son los temas comerciales donde la jurisprudencia existente genera menor predictibilidad. Finalmente se determinaría cuáles de estos temas coinciden con aquellos que generan mayor carga procesal. Con esta información se podría constituir una agenda de trabajo para los plenos jurisdiccionales.

10.5. ELABORACIÓN DE UN REGLAMENTO DE ADOPCIÓN DE PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Se crearía un reglamento que serviría como un marco que determine el procedimiento por seguir cada vez que la Corte Suprema decida celebrar un pleno jurisdiccional. Dicho reglamento tendría como uno de sus objetivos fundamentales crear incentivos para que los jueces de la Corte Suprema implementen sistemáticamente la adopción de precedentes de observancia obligatoria. El reglamento iría





acompañado de los criterios del Certiorari a fin de establecer los mecanismos para “seleccionar” los casos.

10.6. PLAN PILOTO DE ESTABLECIMIENTO DE LOS PRIMEROS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Sería importante asesorar a los vocales de la Corte Suprema en dos ámbitos. El primero es la puesta en práctica del sistema de plenos jurisdiccionales. El segundo es la selección y elaboración de los primeros precedentes de observancia obligatoria, asistiendo a los magistrados en la preparación de las correspondientes sentencias. Ello resulta fundamental, pues la credibilidad del sistema depende de un estándar alto de las resoluciones.

10.7. CREACIÓN DE UN SISTEMA DE PUBLICIDAD DE LOS PRECEDENTES

El éxito de este sistema depende de que los jueces de instancias inferiores y los usuarios del servicio de justicia conozcan de la adopción de cada nuevo precedente de observancia obligatoria. Por ello, se deberían establecer mecanismos poco costosos y eficientes para divulgar y publicitar los precedentes adoptados en los plenos jurisdiccionales.

10.8. REFORMA CONSTITUCIONAL

Una alternativa que podría considerarse consiste en impulsar una reforma constitucional que tenga por objeto incorporar el principio del Stare Decisis en nuestra Carta Magna. Ello permitiría brindar la máxima categoría jurídica al principio, además de que evitaría que en un futuro se elimine el principio mediante una simple modificación de una ley. Asimismo, promovería que la Corte Suprema lleve a cabo los plenos casatorios, los cuales, como se ha indicado, han sido obviados pese a que el artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles está vigente hace más de una década.

NOTAS

- 1 Ver: Mensaje a la Nación del doctor Hugo Sivina Hurtado, presidente de la Corte Suprema, 2 de enero de 2003, en <http://www.pj.gob.pe/paginas/Mensaje.htm>.
- 2 Op. cit.
- 3 Op. cit.
- 4 Op. cit.
- 5 Diario *El Comercio*, Lima: 3 de agosto de 2003, p. A2. Unos meses después el propio doctor Sivina ratificó estos conceptos señalando que “cualquier reforma que se pretenda imponer desde fuera o desde otras canteras del

poder no eran bienvenidas”. Discurso de Orden del presidente de la Corte Suprema, ante la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia del Cusco, 22 de mayo de 2003. En: http://www.pj.gob.pe/discurso_cusco.htm.

- 6 Para un recuento del proceso de reforma de esa década ver: García, Mauricio, *La reforma de la administración de justicia*, Lima: Instituto Peruano de Economía, serie Estudios, Estudio 199-062; Igualmente ver: Red de Información Jurídica, “Origen, iniciativa e innovaciones de la reforma judicial en Perú”, Sistemas Judiciales, Reforma y modernización judicial. En: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/reforma/CE10-e.HTM>.
- 7 *Ibíd.*
- 8 *Ibíd.*
- 9 *Ibíd.*
- 10 Acuerdo de sala plena de la Corte Suprema de Justicia, 22 de enero de 2003, mediante el cual se decide reestructurar el Poder Judicial. Ver adicionalmente la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial 035-2003-P-PJ, 13 de febrero de 2003. Dicho texto aparece en: http://www.pj.gob.pe/Reestructuracion/Documentos_Base/RA_035.htm; así como el texto de los Lineamientos de la Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial que aparece en: http://www.pj.gob.pe/Reestructuracion/Documentos_Base/LINEAMIENTOS.htm. Documento sin fecha.
- 11 Los informes ejecutivos y los resúmenes ejecutivos de los grupos de trabajo temático pueden verse en: <http://www.pj.gob.pe/Reestructuracion/documentos.htm>. Un resumen de estos textos así como su evolución puede verse en el discurso del doctor Sivina ante la sala plena de la Corte Superior del Cusco: http://www.pj.gob.pe/discurso_cusco.htm.
- 12 El artículo 2 de la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial 035-2003-P-PJ determinó un plazo de tres meses a partir de su instalación. Los resultados de los grupos de trabajo temáticos fueron puestos a disposición del público a partir de agosto de 2003. Ver: <http://www.pj.gob.pe/Reestructuracion/documentos.htm>.
- 13 Diario *El Comercio*, Lima: 29 de julio de 2003, pp. A2 y A3.
- 14 *Ibíd.*
- 15 Ley 28083 publicada el 4 de octubre de 2003 en el diario oficial *El Peruano*. Su reglamento puede verse en: <http://www.pj.gob.pe/CERIAJUS/base.htm>.
- 16 Específicamente, la misión de la Ceriajus consiste en proponer en forma concertada un Plan Nacional para la Reforma Integral del Sistema de Justicia que potencie y coordine los esfuerzos sectoriales de cada entidad que forma el sistema de justicia, y permita un cambio profundo del mismo, garantizando la autonomía institucional y priorizando un enfoque de atención al usuario que garantice la protección de los derechos ciudadanos y coadyuve así el desarrollo social y económico del país. Para un recuento y puntos de vista en relación con los orígenes de la Ceriajus ver: Siles Vallejos, Abraham, “La ley de Ceriajus: acuerdo o





- disenso para la reforma de la justicia?”, *Consortio Justicia Viva*, nro. 68, 26 de setiembre de 2003.
- 17 Creación de grupos de trabajo temáticos, Novena Sesión Plenaria de la Ceriajus, 30 de diciembre de 2003. En: <http://www.pj.gob.pe/CERIAJUS/Noticias.htm>.
- 18 El texto aparece en: <http://www.pj.gob.pe/ANJ/Norma.htm>.
- 19 Acuerdo Nacional, 22 de julio de 2002, edición de divulgación, Secretaría Técnica del Acuerdo Nacional, pp. 45 y siguientes.
- 20 Cita tomada de: Villavicencio, Alfredo. “Ceriajus: ¿será posible vencer la maldición nacional de la historia de nunca empezar?”. En www.idl.org.pe/idlrev/revistas/15_9/159CERIAJUS.pdf. La sesión de instalación de la Ceriajus se realizó el 24 de octubre de 2003.
- 21 Por ejemplo, Priest señala cinco determinantes para el desarrollo económico: el descubrimiento de recursos naturales; la innovación tecnológica y organizacional que deriva en una administración más eficiente de los recursos sociales; un aumento del nivel de desempeño de los actores económicos; el aumento del valor del capital humano y, finalmente, el intercambio entre los individuos. Como se observa en páginas siguientes, este último factor, no tiene una repercusión aislada en el desarrollo económico, sino que también incide positivamente en los otros factores identificados por el autor (Priest, George L., “Pobreza, desigualdad y los simples principios del desarrollo económico”, Lima: *Themis, Revista de Derecho*, 2000, nro. 45, pp. 189 y 190).
- 22 Por ello es que señalamos en la nota 21, que el intercambio entre los individuos incide e incentiva de manera positiva los demás factores señalados por Priest.
- 23 Como resulta evidente, los costos de asegurar el cumplimiento se presentan en el caso de contratos en el que la ejecución de las prestaciones es diferida en el tiempo. En el caso de contratos en los que la ejecución de las prestaciones es simultánea, no es necesario incurrir en costos de asegurar el cumplimiento, pues ambas partes saben que si no cumplen en el momento pactado no recibirán la prestación de su contraparte.
- 24 Posner, Eric, “Modelos de agencia en el análisis económico del derecho”, *El análisis económico del derecho y la escuela de Chicago*, Lima: UPC, 2002, pp. 315 y 316.
- 25 Especialmente porque suelen involucrar nuevos contratos (contratar vigilantes, por ejemplo) donde habrá que incurrir en nuevos costos para asegurar su cumplimiento.
- 26 Ver: North, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica. Hughtest, David, David Griffiths y Jean McHale, “Do Quasi Markets Evolve? Institutional Analysis and the NHS”, *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge: 1997, volumen 21, pp. 259-276. Chang, Ja-Hoon, “Breaking the Mould: an Institutional Political Economy Alternative to the Neo-liberal Theory of the Market and the State”, *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge: 2002, volumen 26, pp. 539-559.
- 27 Lane, Christel, “The Social Regulation of Inter-firm Relations in Britain and Germany: Market Rules, Legal Norms and Technical Standards”, *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge: 1997, volumen 21, pp. 197-215.
- 28 Burchell, Brendan y Frank Wilkinson, “Trust, Business Relationships and the Contractual Environment”, en *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge: 1997, volumen 21, pp. 217-237.
- 29 Op. cit., p. 223.
- 30 Messick, Richard, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, febrero de 1999, volumen 14.
- 31 North, Douglas, op. cit., pp. 52 y 53.
- 32 *Ibíd.*, p. 66.
- 33 *Ibíd.*, p. 76.
- 34 Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2000-2001*, Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2001, pp. 102 y 103.
- 35 Brunetti, Aymo, Robert Kisunko y Beatrice Weder, “Credibility Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector”, *The World Bank Economic Review*, volumen 12, nro. 1, pp. 353-384.
- 36 Eyzaguirre, Hugo y Carlos Calderón, *Poder Judicial y micro y pequeña empresa. Impacto y posibles soluciones*, Lima: Instituto Apoyo, p. 50.
- 37 *Ibíd.*, p. 49.
- 38 *Ibíd.*, p. 53.
- 39 *Ibíd.*, p. 54.
- 40 Comisión Andina de Juristas, *Acceso a la Justicia y Defensoría del Pueblo*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2001, p. 167.
- 41 Eyzaguirre, Hugo y Carlos Calderón, op. cit., p. 58.
- 42 Messick, Richard, op. cit., p. 7.
- 43 Las consecuencias del defectuoso funcionamiento de las instituciones formales no son cosa nueva en nuestro país, pues fueron ampliamente estudiadas en la década de 1980 por Hernando de Soto y el Instituto Libertad y Democracia (ILD). Ver: De Soto, Hernando, *El otro sendero*, Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1987.
- 44 Ghosal, Vivek y Prakash Loungani, “The Differential Impact of Uncertainty on Investment in Small and Large Businesses”, *The Review of Economics and Statistics*, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, mayo de 2000, volumen 82, nro. 2, pp. 338-349.
- 45 De acuerdo con un estudio del Instituto Apoyo, el 65 por ciento de los micro y pequeños empresarios no solicitaba préstamos bancarios debido a que no contaban con las garantías requeridas o a que los intereses eran muy altos. Eyzaguirre, Hugo y Carlos Calderón, op. cit., p. 74.
- 46 Williamson, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, Nueva York, 1985, pp. 85-102. Coase, Ronald, *The Firm, the Market, the Law*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990, pp. 42 y 43.
- 47 Eyzaguirre, Hugo y Carlos Calderón, op. cit., pp. 72 y 73.
- 48 Anderson, James y Douglas Marcoullier, “Insecurity and the Pattern of Trade: an Empirical Investigation”, *The Review of Economics and Statistics*, Massachusetts:





Massachusetts Institute of Technology, mayo de 2002, volumen 84, nro. 2, pp. 342-352.

- 49 Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 30.
- 50 *Ibíd.*, p. 548.
- 51 Decreto Legislativo 807, *Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi*, Título VII. Publicación de Jurisprudencia Administrativa. Artículo 43: "Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia comisión u oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.
- El directorio del Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial *El Peruano* cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores".
- 53 Listado de los grupos de trabajo temáticos: <http://www.pj.gob.pe/CERIAJUS/Noticias.htm>.
- 54 Para un análisis detallado sobre los orígenes y alcances del Certiorari ver: Hartnett, Edward A., "Questioning Certiorari: Some Reflexions Seventy-Five Years After the Judges Hill", *Columbia Law Review*, 2000, nro. 100, pp. 1643 y siguientes. Stevens, John Paul, "The Life Span of a Jud-Made Rule", *New York University Law Review*, 1983, nro. 58, pp. 1 y siguientes. Robbins, Ira P., "Justice by the Numbers: The Supreme Court and the Rule of Four-Or is it Five?", *Suffolk University*, 2002, nro. 36, pp. 1 y siguientes.

