

## GLOBALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

**ENRIQUE GHERSI SILVA**

Prof. de Derecho y Economía de la Universidad de Lima,  
Académico Adjunto del Cato Institute (Washington),  
Prof. Visitante de la Univ. Francisco Marroquín (Guatemala),  
Prof. Honorario de la Univ. Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil),  
Miembro de Mont Pelerin Society, de la Royal Economic Society de  
Londres y de la American Law and Economics Association,  
Cocautor de "El Otro Sendero" con Hernando de Soto y Mario Ghibellini,  
Ex Diputado por Lima

Como un reflejo de un proceso más general, la globalización de la justicia es un fenómeno de vertiginosa difusión.

Impulsada por razones diferentes, se viene desarrollando en áreas tan disímiles como el derecho penal o la responsabilidad civil.

En el primer caso, la razón parece ser la denegatoria de justicia que se produce en determinadas jurisdicciones nacionales, la cual impulsa a los agraviados por determinados crímenes a buscar sanciones en tribunales foráneos donde tales presiones no existen.

Así por ejemplo, el caso contra el general Augusto Pinochet. Protegido por el poder militar en Chile, los perjudicados por presuntos actos ocurridos bajo su gobierno se creían en la imposibilidad de reclamar en la jurisdicción chilena, razón por la cual, han debido recurrir a otro juez dispuesto a investigar y asumir jurisdicción en el caso.

La diferencia notable con los más recientes antecedentes de justicia penal internacional reside que en este caso no se trata de cortes multinacionales (o multiestatales para ser más exacto) como fue en Nuremberg o el reciente tribunal para juzgar las matanzas étnicas en la antigua Yugoslavia.

Tampoco se ha tratado de la justicia del vencedor, como fue el caso de Estados Unidos contra el general Noriega ni, por cierto, el de Adolf Eichman con el estado de Israel.

Lo notable de este proceso es que el sujeto activo no es un estado, sino ciudadanos representados individual o colectivamente (en el caso de Pinochet el demandante fue Amnesty International por la llamada doctrina de los intereses difusos) y no autoridades estatales. Estos individuos recurrieron no al juez natural de la causa ni tampoco a las reglas tradicionales del derecho internacional para resolver el conflicto de leyes y jurisdicciones, sino hicieron con toda seguridad un prolijo examen para encontrar al juez dispuesto a conocer la causa.

Es verdad que ese proceso de selección no parece ser ajeno a consideraciones ideológicas o políticas, pero no es menos cierto que, al escoger la jurisdicción en qué demandar, los interesados han realizado un cálculo de costo-beneficio complejo dirigido a valorar subjetivamente el mejor lugar para intentar sacar adelante sus pretensiones.

Por lo demás, las propias consideraciones políticas son parte de los valores subjetivos que toda persona toma en cuenta al momento de hacer el cálculo económico correspondiente para adoptar una decisión, máxime en este caso en que se busca satisfacer expectativas que no son puramente monetarias sino bastante más complejas como la desaparición de un ser querido o la violación de sus derechos humanos.

Una cosa análoga parece estar ocurriendo en la responsabilidad civil, especialmente la relativa a productos defectuosos o defectuosa información.

Conforme los mercados han ido desarrollándose, y haciéndose más compleja la interacción de los individuos, ha comenzado a ocurrir que los afectados por este tipo de problemas tienden a recurrir a tribunales diferentes de los propios en busca de una reparación por los daños producidos, en caso de existir una gran disparidad entre las indemnizaciones previsibles comparando los tribunales naturales con otros.

Áreas especialmente sensibles han sido los daños ecológicos, la salud y los accidentes. En líneas generales lo que parece suceder en estos casos es que en los países no desarrollados el tratamiento legislativo o es más favorable al responsable o éste tiene una capacidad de cabildero y/o soborno mayor que la que tendría en su país de origen, fomentándose de una u otra forma la posibilidad de que los presuntos agraviados puedan conseguir una mejor sentencia resarcitoria para sus intereses.

Ello los conduce hacia jurisdicciones foráneas que les permitan sustraer el pleito del ambiente regulatorio y/o institucional inconveniente para sus intereses y trasladarlo a otro donde sea posible, por lo menos, reducir y aun minimizar tales inconvenientes.

Lo que sí parece novedoso en este caso es que no sólo son los individuos los que han aprendido a utilizar las diferencias comparativas entre las jurisdicciones, sino también los estados. Tal es el caso de los diferentes gobiernos latinoamericanos que, cautivados por los acuerdos llevados a cabo hace un tiempo por ciertos estados de la unión americana, han empezado a demandar a las empresas tabacaleras en tribunales norteamericanos en búsqueda de compensaciones que les devuelvan los impuestos que ellos debieron gastar para prevenir y/o curar a los enfermos de un cáncer producido por el tabaquismo.

Los casos anteriores conocidos eran de afectados indirectamente por ciertos daños. Por ejemplo, en materia ecológica, donde individuos perjudicados formularon un reclamo en una jurisdicción diferente de la propia.

Lo mismo, en un caso de supuesto daño a la salud como el de Dow Corning por los implantes de silicona en senos femeninos, en que la empresa inclusive ha debido buscar la protección del Chapter 11 a fin de contrarrestar los juicios por responsabilidad en que había sido emplazada.

El propósito de este trabajo consiste, pues, en discutir la lógica de este proceso espontáneo de globalización de la justicia y analizar sus probables repercusiones en una sociedad libre.

## ANTECEDENTES

En la historia del derecho han habido fenómenos análogos a los descritos anteriormente. De hecho, la evolución institucional del derecho occidental parece haber estado precisamente

caracterizada por la competencia entre sistemas normativos y jurisdicciones, si hemos de creer en las observaciones de Harold Berman.

En efecto, las transformaciones ocurridas en los regímenes jurídicos parecen haber respondido a un proceso de ensayo y error realizado de forma no deliberada a través de una competencia institucional difundida, que ha mejorado paulatinamente la calidad de las normas así como su ejecutabilidad.

Hayek hizo notar precisamente que el derecho se descubre, no se crea. Ese proceso de descubrimiento, siguiendo al mismo pensador austríaco, se ha producido a través de la competencia institucional que ha sido capaz de generar reglas cada vez más adecuadas a la interacción de las personas, reduciendo los costos de transacción y permitiendo consiguientemente un mejor desarrollo de los mercados.

Sustantivamente podría sugerirse que la aludida evolución institucional se ha producido de la siguiente manera:

### 1. Ordenes Competitivos / Jueces Competitivos

A partir de las reformas de San Gregorio, el desarrollo de la jurisdicción eclesiástica en Europa fue notable. Llevó a conflictos políticos inclusive dramáticos, como lo fue en Inglaterra en los tiempos de Enrique II Plantagenet.

Durante ese reinado, se enfrentó la corona con la iglesia representada por el Arzobispo Thomas Becket a partir del conflicto por las llamadas Constituciones de Clarendon.

La iglesia reclamaba fuero no sólo sobre los eclesiásticos en razón de la función, sino para múltiples actos humanos, principal y significativamente para todos aquellos que implicaban juramento, toda vez que se interpretaba que este mero hecho sustraía la obligación del dominio terrenal para pasarlo al divino.

Becket, siguiendo la posición canonista clásica, era un gran defensor del fuero eclesiástico ampliado. Por cierto, Enrique II no. Quería reducirlo para incrementar el poder de los jueces de la corona. El conflicto no fue fácil y terminó con el asesinato de Becket. Posteriormente, la presión papal hizo retroceder a la corona británica y se alcanzó un curioso *modus vivendi* que permitió, finalmente, el desarrollo de jurisdicciones competitivas a las que los interesados podrían recurrir en búsqueda de las mejores soluciones posibles para sus problemas.

De hecho, lo que hoy conocemos como *common law* fue el desarrollo no deliberado de decisiones judiciales concretas logradas hasta en tres sistemas jurisdiccionales diferentes: las cortes reales, los tribunales eclesiásticos y las cortes de "common pleas" en las ciudades.

De pasada es interesante recordar que Enrique II se casó con la célebre princesa medieval Leonor de Aquitania y fue padre de Leonor de Castilla, casada con el Rey Alfonso, Rey de Castilla y León.

Leonor de Aquitania fue primero reina de Francia, como esposa de Luis VII y luego de la anulación de ese matrimonio, reina de Inglaterra. Madre de Ricardo Corazón de León y Juan Sin Tierra, además de la mencionada Leonor de Castilla.

La competencia jurisdiccional no ha sido tampoco un fenómeno ausente en la tradición histórica. Por lo pronto, en la propia España esta competencia existió de forma marcada y muy profunda, inclusive hasta nuestros días.

La monarquía hispánica se funda, en realidad, en la idea de fusión en la corona de reinos separados, con sus propias leyes y jurisdicciones. Fernando e Isabel, los Reyes Católicos, simbolizaron inequívocamente esta organización política, siendo no obstante Castilla bastante más centralizada que Aragón.

Claudio Véliz ha llamado la atención sobre este hecho, resaltando la evidencia de que América Española fue parte integrante de la corona de Castilla y no de la de Aragón.

Como parte de la corona castellana, sin embargo, el derecho indiano fue totalmente de origen real-legal. No se aplicó el derecho castellano en su totalidad. La razón es que el derecho castellano, aunque bastante menos libre que otros sistemas jurídicos españoles, tenía limitaciones sobre el poder real y contemplaba libertades para los castellanos que la burocracia real no quería que se expandiesen a los nuevos territorios americanos.

Por consiguiente, el derecho que se aplicó fue todo legislativamente generado y de origen real, buscando engrandecer los poderes del soberano y restringir formaciones consuetudinarias que pudiesen limitar el desarrollo de ese poder o condicionarlo al respeto de determinadas tradiciones como ocurría en la península.

La sola imagen del conflicto desarrollado entre Felipe II, y la justicia aragonesa a raíz de la huida de Antonio Pérez a Zaragoza ilustra a cabalidad los límites concretos que existieron para el ejercicio de la justicia real y que, ciertamente, no se quisieron ver repetidos en los territorios americanos.

No obstante, ello no significó que en el derecho castellano no hubiese lugar para la costumbre ni jurisdicciones competitivas. Las propias Leyes de Toro incorporadas al sistema hispanoamericano desde la Recopilación de Leyes de Indias, reconocieron inclusive a la costumbre contra legem como fuente del derecho y admitieron la vigencia de los fueros.

Lo sucedido en América Española fue, sin embargo, curioso. Podría pensarse inadvertidamente, que habiéndose introducido la normatividad real como el sistema predominante, no existiría posibilidad alguna de recurrir a otras fuentes del derecho, pero no es verdad. Prácticamente desde el principio de la colonia y, en algunos casos, alentados por los misioneros católicos, los indios aprendieron a desafiar a las autoridades coloniales, reclamando directamente en España lo que consideraron sus derechos, al amparo no sólo del derecho indiano propiamente dicho sino en general de todo el derecho de Castilla.

Así, procuradores especialmente contratados por comunidades indígenas, caciques y algunas ciudades requirieron a los funcionarios coloniales, hacendados o mineros en Valladolid o ante el Consejo de Indias en búsqueda de obtener una solución de conflictos alternativa y fallos más aproximados a la satisfacción de sus expectativas que aquellos que podrían haber conseguido en las audiencias encargadas de administrar justicia en las Indias.

Lewis Hanke hizo notar que este movimiento de desafío judicial a la autoridad en Hispanoamérica se produce casi desde los tiempos de la Conquista y adquiere una señalada difusión a raíz de la campaña desarrollada por Bartolomé de las Casas por la defensa de los derechos de los indios que habría de marcar para siempre toda la colonia española.

En tiempos de los Austrias ciertamente se produjo este tipo de litigación en jurisdicciones competitivas. Con la centralización borbónica aparentemente el proceso se bloqueó, siendo hasta hoy desconocidas sus consecuencias políticas, aunque no sería equivocado especular que algunas de ellas podrían haber tenido relación con el proceso de emancipación, especialmente por el hecho no suficientemente resaltado de que las repúblicas hispanoamericanas se constituyeron a principios del Siglo XIX sobre las jurisdicciones coloniales.

En efecto, cada real audiencia dio lugar a una nueva república independiente, con excepción del Perú donde, a consecuencia de la revolución de Túpac Amaru, se había creado a fines del siglo XVIII la Audiencia del Cuzco. No obstante, por su reciente instalación no parece haber creado suficiente tradición como para originar un país independiente en su oportunidad. El rasgo original del estado latinoamericano es ser repúblicas judiciales o, si se quiere, jurisdicciones independizadas.

## 2. Conflicto de Jurisdicciones

La sola existencia de la competencia jurisdiccional que hemos sugerido en el apartado precedente nos lleva de inmediato a otro tema conexo que es el conflicto entre jurisdicciones.

A un nivel histórico, es posible que, existiendo conflicto entre jurisdicciones competitivas que puedan atribuirse competencia para resolver los mismos conflictos, sea necesario definir criterios para determinar cuál sería la solución predominante.

Aunque a un nivel teórico podría pensarse que la jurisdicción corresponde al juez que tiene el dominio del hecho, la historia nos ofrece por lo menos dos notorias excepciones: la apelación a Roma y la aceptación del acusado.

La apelación a Roma fue una institución jurídica de la máxima importancia hasta que la reforma protestante quebró el carácter dominante de la sede católica, ya afectado por el cisma de Miguel Cerulario en Constantinopla y el cautiverio de Aviñón.

Aunque la apelación a Roma fue muy usada y existen casos de reclamaciones individuales, por línea general parece ser que ella es vista como una institución de derecho internacional público privativa de los estados. Quienes por lo general apelaban a Roma eran los gobiernos en conflicto o guerra por determinada solución de sus diferencias.

Casos hay muchos en la historia. Para los americanos, sin embargo, el principal es el relativo al reparto de América entre Portugal y España sentenciado en Tordesillas por el Papa Alejandro VI Borgía. De hecho, los americanos somos consecuencia de una apelación a Roma.

Una segunda forma que puede identificarse entre los antecedentes históricos para definir el conflicto de jurisdicciones es la aceptación del acusado, que genéricamente podría caracterizarse como la aceptación del procesado. En este caso, sí se trata de una institución ligada a la decisión individual y no producto estatal.

Originada con el conflicto antes señalado entre jurisdicción eclesástica y real ocurrido en el reinado de Enrique II, la aceptación del procesado fue una forma práctica aunque no necesariamente eficiente para discriminar entre formas alternativas para resolver un conflicto. A pesar de su prosapia, el problema parece ser en este caso que no necesariamente produce una solución viable, toda vez que le bastaría a un procesado no prestar su consentimiento

para bloquear al demandante y conseguir que en la práctica un conflicto judicial quede sin resolver.

Tal vez por ello se generó una forma extrema de definición de este problema. Con Enrique II, el rey se reservó la decisión en caso de negativa del acusado. En España, ni siquiera la Inquisición podía ejecutar sus fallos directamente y debía entregar a los condenados "al brazo secular" para la aplicación de sus sentencias, que no es otro más que el poder de los funcionarios de la corona.

### 3. Límites de Poder

En este proceso de jurisdicciones competitivas y conflicto entre ellas, el problema material de qué ley aplicar fue siempre crucial. Con la revolución gregoriana, el derecho natural que generalmente se interpretaba como una confusa herencia del derecho imperial romano dotado de elementos cristianos, se sistematizó en el derecho canónico. Con ésto empieza a formarse el derecho occidental moderno y alcanza cotas de gran desarrollo y definición que podríamos llamar universal para la época con los trabajos de Baldo de Ubaldi y Bartolo de Sassoferrato, el extremo que llega a decirse que "no tiene de jurista quien no tiene de bartolista".

La aspiración por un cuerpo normativo ordenado y por lo menos, no contradictorio de derecho, heredada de los recuerdos de la pax romana, vino a explicitarse con la que difusión del derecho canónico.

El nacimiento de comentarios a ese cuerpo normativo (los glosadores-Bartolo) y en desarrollo de tales comentarios (los post-glosadores-Baldo) vino a desarrollar una gran corriente intelectual que habría de procrear un importante avance en los conocimientos y cultura jurídica europea.

Esta línea de pensamiento encarna la tradición cristiana en el ejercicio del poder cuya eclosión y límites más extremos se dará con los trabajos del Padre Mariana durante la escolástica tardía de la Escuela de Salamanca en España.

Inclusive hoy quien ha creído encontrar un hilo conductor entre este pensamiento y el pensamiento independentista iberoamericano (Vizcardo y Guzmán por ejemplo es visto por algunos como un renovador de las viejas ideas neoescolásticas de la república cristiana).

### HIPOTESIS

Las consideraciones históricas nos permiten advertir que contrariamente a lo que podría pensarse, la competencia jurisdiccional ha existido en la historia. No se trata de un fenómeno completamente nuevo. No obstante, es claro que hoy en día alcanza gran difusión y que se ha constituido en un fenómeno esencialmente no gubernamental.

En esto existe una gran diferencia con lo ocurrido antaño en que lo que existió fueron problemas de autoridad o disputas entre diferentes estados que fueron resueltos por una utilización más o menos declarada del poder.

Por consiguiente, podría sugerirse que, como un reflejo de la atenuación de los poderes del estado-nación inversamente al desarrollo de los mercados, la difusión de la litigiosidad es otra forma de limitar la autoridad gubernamental.

Desde un punto teórico, por ende, no parece haber nada en el proceso de difusión de la litigiosidad que sea incompatible con el desarrollo de una sociedad libre.

Antes bien, la existencia de jurisdicciones competitivas a las que los individuos se desplazan en búsqueda de las mejores soluciones para sus problemas, parece sugerir la búsqueda evolutiva de efectos competitivos entre unos sistemas judiciales y otros.

En cualquier caso, lo que se estaría produciendo es, vía competencia, una limitación nueva en el poder de los jueces nacionales y un nivel de concurrencia no imaginado por los creadores del estado nacional romántico del siglo diecinueve.

En conclusión, la globalización de la justicia mediante la difusión o globalización de los litigios que reflejan preferencias individuales es un fenómeno cataláctico compatible con una sociedad libre y, más aún, probable expresión de la misma.

Podría objetarse, sin embargo, que la difundida propensión a litigar es consecuencia de distorsiones institucionales, que tienden a desinvertir recursos favoreciendo este tipo de conductas.

Inclusive, podría argumentarse que alguna forma de comportamiento mercantilista estaría a desarrollarse o se encontraría agazapada tras de estas estrategias.

No obstante, tengo la convicción, por lo menos inicial, de que tales razones son infundadas y aun equivocadas.

Si la litigación internacional es consecuencia de incentivos equivocados, la competencia jurisdiccional servirá para advertirlos y a la larga corregirlos, pues provocará una asignación de recursos ineficiente y restará ventajas competitivas a las sociedades donde ellos ocurren.

Las ventajas relativas de especular con bienes en un mercado libre también existe en especular con juicios o instituciones. Existe abundante literatura sobre el particular que podría consultarse abiertamente.

La objeción válida en mi concepto es diferente. Si el proceso de litigación globalizado es cataláctico no debería haberlo. Sólo podría existir si ese proceso es resultado de un diseño constructivista.

En principio, podría llevar a una conclusión equivocada el hecho de que los juicios existentes aparentemente sean resultado del aprovechamiento oportunista de ciertas características del mercado institucional, ya que en tal supuesto, aunque indeseable, la litigación sería un puro fenómeno cataláctico.

No obstante, una visión más acuciosa del fenómeno nos revela una realidad bastante diferente. Por ejemplo, en el caso del tabaco, el origen del problema reside en una decisión deliberada de las autoridades federales norteamericanas de conseguir a través de litigios lo que democrática y legislativamente no pueden obtener en el congreso americano.

En otras palabras, habida cuenta de su fracaso para conseguir introducir medidas intervencionistas mediante la legislatura, las autoridades de Washington han optado por demandar ante los tribunales a determinadas empresas que desarrollen actividades controversiales o políticamente incorrectas.

Esta conducta supone una abierta violación de principios democráticos tradicionales como la separación y el equilibrio de poderes, pero es aún más grave que ello –pues podría discutirse si finalmente el Poder Ejecutivo no tiene también el mismo derecho que cualquiera para presentar un caso en las cortes– porque en realidad el gobierno federal no quiere una sentencia, busca negociar en condiciones ventajosas con determinadas empresas para forzarlas a aceptar por la vía de la transacción obligaciones que legalmente no existen.

De esta forma, la ley deja de ser un límite efectivo para el poder y se escapa de la decisión judicial, ya que finalmente no se busca su pronunciamiento sino un contexto favorable para nueva discusión con determinadas empresas para forzarlas a adoptar normas que no han sido elaboradas por nadie.

Lo que Hayek describe como la perversión del ideal democrático por las legislaturas, parece estarse convirtiendo en la perversión del mismo ideal a través de los juicios o, tan sólo, de la amenaza de interponerlos.

En realidad lo que el estado intervencionista ha aprendido es que los juicios no son un problema de justicia sino de costo y beneficio.

En la estructura institucional americana esos costos y beneficios se ven especialmente afectados porque es posible pactar quota liti<sup>1</sup> sin restricciones, porque el perdedor no paga las costas del juicio, porque existen mecanismos asimétricos para la selección y designación de los jueces (forum shopping) y por la existencia de indemnizaciones que, como la llamada por daños punitivos, no tienen relación directa con un perjuicio real y efectivo.

Lo que ha sucedido, no obstante, en este caso particular es que el gobierno americano cuando concibió su plan constructivista para reemplazar su fallida legislación controlista por transacciones extrajudiciales con las empresas que hacía objetivo de su ataque no pensó en las consecuencias imprevistas de esas acciones, pues –como siempre– menospreció a la gente pensando que había previsto exactamente los efectos de sus acciones.

En realidad, lo que ha venido a suceder es que otros han decidido utilizar la misma práctica oportunista y filibustera para ver si les “liga” igual extorsión, habida cuenta, además, de que el acuerdo antitabaco dio la impresión que resultaría relativamente fácil conseguir un acuerdo semejante por el temor disuasivo que podría haberse generado entre las empresas.

En consecuencia, la ola de litigios existente en este caso es consecuencia de un diseño constructivista del gobierno americano dirigido a elaborar una política alternativa al proceso democrático para la creación de leyes.

Los riesgos de esta nueva política son muchos. En primer lugar, el abandono del proceso democrático. En segundo, que ni siquiera se traspasa el poder a las personas, porque no se buscan sentencias sinceramente (inclusive en el acuerdo de las tabacaleras fueron parte estados americanos que perdieron sus juicios) sino, basados en una particular economía de los litigios, se busca forzar transacciones muy ventajosas. En tercer lugar, por el efecto emulación que causa entre terceros (ya lo vemos en el caso de gobiernos extranjeros enjuiciando a las tabacaleras).

Resulta claro, entonces, que esta ola de litigiosidad en particular es consecuencia de un torpe diseño constructivista dirigido a crear otras formas de regulación fuera del contexto democrático.



En consecuencia, es muy claro que los efectos de este proceso no son necesariamente compatibles con una sociedad libre ni con el óptimo de Pareto, pudiendo resultar en situaciones ineficientes o en desperdicio considerable de recursos. Para el efecto habrá que analizar la economía probable de estos litigios.

## PROBLEMA CONTEMPORANEO

Hemos visto que el desarrollo de jurisdicciones competitivas ha existido a lo largo de la historia y que, si ellas corresponden a un proceso cataláctico, no sólo son compatibles a la sociedad libre sino una forma comprobada de desarrollarla. Pero hemos comprendido también que en el presente caso la ola de litigiosidad global puede responder, también a un diseño constructivista que no resulta necesariamente compatible con la sociedad libre.

Las consecuencias, aunque no completamente previsibles, pueden examinarse evaluando los costos y beneficios involucrados en el proceso.

## COSTOS

Desde un punto de vista general, la globalización de la litigiosidad supone un incremento de la imprevisibilidad, que acarreará mayores costos de transacción y una crisis de legitimidad democrática, toda vez que organismos no elegidos tienen en sus manos la capacidad de resolver conflictos aun en contra de las normas nominalmente aplicables a cada caso.

### 1. Imprevisibilidad

La difusión de la litigación parece suceder esencialmente en los Estados Unidos. El hecho de que sucede ahí puede residir en que las reglas de competencia son vagas y asimétricas entre los estados favoreciendo lo que se denomina el "forum shopping" y porque no existe la institución romano-germánica de los costos, ocurriendo por ende que el perdedor no es condenado a pagar los gastos del proceso ni los honorarios de los abogados.

También puede tener una influencia la existencia de antecedentes, que conllevan una posición sustantiva sobre el fondo de los temas en disputa. En materia procesal, por ejemplo, la razón por la cual se produce la ampliación de competencia por parte del Juez Garzón en el caso Pinochet se deriva más de una motivación sustantiva que de consideraciones económicas -pero también sustantivas habida cuenta del acuerdo alcanzado entre las empresas y los estados norteamericanos- en el caso de las tabacaleras.

No obstante, el incremento de la imprevisibilidad reside en realidad en la extensión de la responsabilidad civil por vía de su reclamación en sede mundial.

De hecho, conocer la legislación mundial y prever los resultados judiciales supone costos de información y tiempo bastante elevados, lo que conlleva necesariamente un incremento en el costo de transacción.

Por lo demás, no parece incompatible con el desarrollo de mercados mundiales la extensión de la responsabilidad que acarrea desempeñarse en tales mercados. Lo previsible, en un contexto cataláctico, es que siendo libre la entrada y la salida de proveedores de normas y juicios, haya una propensión automática a desarrollar nuevas y mejores soluciones.

En consecuencia, no obstante el incremento de los costos de transacción, es previsible que a la larga la standardización se presente a efectos de reducirlo, con lo cual es previsible que de soluciones y de criterios para definir la competencia, las soluciones globales tiendan a parecerse las unas a las otras.

Hayek dejó muy en claro que no es necesaria ninguna autoridad central para que el orden social se produzca, pues en los fenómenos extendidos, el orden complejo surge espontáneamente por un problema de costos relativos entre las soluciones disponibles. Luego, no parece existir ninguna razón para que a nivel global estos asuntos no se reproduzcan. Si se deja que lleguen las soluciones catalácticas, será esperable el desarrollo de mejores alternativas para cada conflicto.

### 3. Crisis de Legitimidad Democrática

Francisco Tudela ha resaltado los peligros del conceptoprecedente. Lo que está sucediendo con la difusión de la litigación es que se está trasladando la autoridad política de entidades elegidas (legislatura) a autoridades no necesariamente elegidas (judicaturas).

De hecho, los jueces democráticamente elegidos son muy pocos, aun en la tradición jurídica norteamericana.

De suyo esta observación resulta dramática, porque supone el ejercicio del poder por parte de personas que no han sido elegidas por nadie y cuyo solo arbitrio puede tener en sus manos la libertad y/o patrimonio de terceras personas.

La "república de los jueces" de seguro puede emerger como una alternativa política en el orden globalizado. El gran problema es que, de suyo no garantiza una mayor libertad que bajo la autoridad de las legislaturas.

Hayek hizo notar en "Camino a la Servidumbre" y "Los Fundamentos de la Libertad" que las amenazas más graves a la libertad en el Siglo XX fueron consecuencia de la perversión de la democracia en que incurrieron legisladores y gobiernos elegidos al rebasar el ámbito del estado de derecho y pretender convertir el sistema normativo en un instrumento del poder en lugar de consolidarlo como su límite.

Significativamente en aquel entonces se buscó, inclusive, atar a las judicaturas y limitarles su independencia, pues en algunos casos como USA son los jueces los que, resistiéndose a la propagación de la arbitrariedad, defendieron los límites del poder. Recordemos si no cómo Franklin Delano Roosevelt terminó imponiendo sus puntos de vista a la Corte Suprema Americana a propósito de *West Coast Hotel Co. vs. Parish*.

Hoy, empero, el fenómeno aunque análogo guarda diferencias profundas. No se trata ya de legislaturas imponiendo sus deseos al intentar, por ejemplo, derogar la ley de la gravedad o imponer el control de precios y salarios, sino por el contrario de gobiernos incapaces de obtener cambios legislativos por falta de la mayoría necesaria, del respaldo o de la legitimidad suficiente, como en el caso de las tabacaleras o de jueces cautivados por el protagonismo, como Baltazar Garzon en el caso Pinochet.

Funcionalmente lo que estaría sucediendo es que ha empezado a trasladarse el poder legislativo y la definición de políticas hacia la judicatura. En principio, si tal movimiento estuviera

limitado por el estado de derecho -probablemente a otra escala- o por una competencia irrestricta, no debería esperarse un resultado necesariamente incompatible con la sociedad libre.

Antes bien, sería previsible un mecanismo, aunque no exento de errores, que pudiera revelar la intensidad de las preferencias y la disposición a regirse por ciertas reglas -por parte de los interesados.

Sin embargo, no parece que eso sea así, porque lo que podría estar ocurriendo no es que se haya activado el mecanismo judicial para obtener una sentencia, sino sólo para sentar a negociar a los potenciales demandados en una mesa y, a consecuencia de una particular y distorsionada economía del litigio, empujar a que se adopten transacciones en las que vía aparentemente voluntaria las empresas acepten condiciones y/o responsabilidades que legalmente no estarán establecidas por nadie.

Además, de la formalidad circunstancial de este proceso, pues no se trata de decisiones voluntarias sino de decisiones en estado de necesidad adoptadas bajo amenaza de incurrir en gastos enormes e insufragables, es claro que podría existir un vicio de voluntad en todos los acuerdos alcanzados por esta vía; vicio que podría ser demandado en su oportunidad por los perjudicados a efectos de invalidar los convenios así conseguidos.

Por lo demás, existe unanimidad en todos los sistemas legislativos así como judiciales en reconocer la invalidez de transacciones o convenios alcanzados mediante la amenaza real o potencial de sufrir daños personales o patrimoniales. La teoría de la formación de la voluntad, libre y autónoma, viene en refuerzo de esta objeción. Cabe recordar, por ejemplo, que durante la Edad Media el derecho canónico reconoció la cláusula CF (*coactus feci*) como causa para declarar la inexistencia de consentimiento.

Dadas las circunstancias en que, por ejemplo, los convenios con las tabacaleras fueron conseguidos y, además, el contexto de una opinión pública orientada por la prensa en sentido negativo, podría perfectamente argumentarse en el sentido del *coactus feci* y alegarse la inexistencia de tales acuerdos.

No obstante, a estas alturas es importante discutir otra probable reflexión. ¿Y qué pasa si hay un interés mercantilista también en las empresas que, para evitar la litigación, prefieren someterse a este tipo de convenios?

Si aceptamos que el valor es subjetivo, una transacción sólo se alcanza cuando la persona que transige valora más lo que recibe que lo que da. En la práctica esto significa que, en circunstancias voluntarias -y he ahí la primera dificultad-, toda transacción debería ser mutuamente beneficiosa por definición.

Es claro que, si el consentimiento fue prestado libremente, ello sólo podría significar que la transacción, por ejemplo en el caso del tabaco, le interesaba también a las empresas.

Si ello fue así resulta sólo de la prevención que les causaba el resultado futuro de los litigios, de suerte que mediante una negociación mercantilista con el gobierno, las empresas fueron minimizando sus riesgos, trasladándolos a los consumidores y haciendo previsible -y por qué no, cosa juzgada- las posibles contingencias que acarrearían los juicios entablados y, especialmente, aquellos por entablarse.

Lo notable de esto es que, como Robert Levy ha señalado, en 40 años ni un solo demandante individual obtuvo compensación alguna de las tabacaleras, toda vez que los jurados norteamericanos no estuvieron dispuestos a concederla entendiéndolo que si la decisión de fumar fue individual, corresponde a cada quien responder por las consecuencias de sus propias decisiones. De ahí que resulte por lo menos sospechosa la facilidad con que las tabacaleras aceptaron transar con el gobierno cuando los estados subrogados en los derechos de sus ciudadanos amenazaron demandarlos.

El hecho probable es que si no se litigó para obtener una sentencia, sino como pretexto para transigir, existen elementos sospechosos con el acuerdo que ameritan estudiarlo minuciosamente.

En efecto, de una lectura acuciosa resulta la verdad oculta tras del reverso de la trama. En el acuerdo con las tabacaleras, por ejemplo, existe una disposición por la cual se limita a las empresas actualmente existentes el mercado del tabaco, con lo cual en la práctica se está creando una barrera en el acceso a los mercados a cambio de aceptar pagarle al estado determinada suma de dinero.

En otras palabras, bajo el pretexto de compensar una presunta responsabilidad civil, lo que existe en realidad es un privilegio mercantilista. De ahí que hayan estado tan poco renuentes a pactar las empresas afectadas con el gobierno y de ahí la aparentemente ingenuidad del portavoz de Glock Industries cuando se felicitó de que el gobierno pensara enjuiciar a los fabricantes de armas porque "así sería más fácil transar con él".

Develado el misterio, el contenido mercantilista queda en evidencia. El movimiento hacia la litigiosidad en este caso no es cataclítico, sino responde a un torvo propósito constructivista dirigido a segmentar el mercado a favor de los "socios" del gobierno a cambio de una renta pecuniaria muy significativa.

Joseph Reid nos comenta cómo en la era mercantilista se contrataba la legislación mercantilista entre los empresarios y la corona británica. Curiosamente, uno de los ejemplos está en la historia colonial americana, precisamente en el tabaco. Los granjeros virginianos tenían una carta de privilegio para comerciar con los mercaderes escoceses quienes, a su vez, por privilegio real eran los proveedores exclusivos del monopolio francés del tabaco. Toda una compleja organización mercantilista.

Lo curioso del caso es que, habida cuenta de los elementos constructivistas implícitos y de la estrategia anticompetitiva subyacente en la falsa litigiosidad, el demócrata Clinton ha terminado haciendo lo mismo que Isabel Tudor y su amigo Sir Walter Raleigh.

## **BENEFICIOS**

La litigiosidad cataclítica obviamente tendría también enormes beneficios, ciertamente no obtenibles en el reparto mercantilista que hemos examinado recientemente.

En principio podría decirse que ella se resume en:

### **1.- Limitación al Poder**

Un proceso de selección competitiva de jurisdicciones tiende necesariamente a limitar la autoridad centralizada de los funcionarios de cualquier gobierno, pues le abre a los ciudadanos

la posibilidad de reclamar en sede global contra cualquier iniciativa que pudiera resultar contradictoria a sus intereses.

La difusión y control a través de instancias competitivas es algo suficientemente estudiado por el "public choice". Sólo nos queda insistir en que el fenómeno espontáneo sería un gran limitante de la autoridad estatal. Ello, no obstante, el problema que aparentemente se confronta es que el origen de los litigios y, especialmente, su solución no parecen ser de mercado, sino burdas maniobras mercantilistas –o si se quiere bastante sofisticadas–.

Podría argumentarse, que nada en ello, sin embargo, importa, porque aun siendo un proceso mercantilista la teoría sugiere que en un contexto global alguien desafiará tales convenios en algún país del orbe donde se haya desarrollado un ambiente favorable a alternativas más libres.

Si es así, se verá favorecido por el establecimiento de nuevas industrias del tabaco que, al no tener que asumir la costosa "compensación-privilegio" con los estados americanos se encontrará en posibilidad de ofrecer un producto en mejores condiciones económicas. Por un tiempo le podría estar vedado el acceso al protegido mercado americano (siendo el settlement una parancelaría indefendible inclusive ante la OMC), pero también la teoría sugiere que el contrabando y el desarrollo de mercados informales desafiarán muy rápidamente tales restricciones al punto de tomarlas ineficaces.

En este supuesto, a las tabacaleras no les quedará más remedio que de denunciar los convenios y tal vez buscar una inteligencia de otro tipo con la autoridad.

La historia universal está también llena de estos ejemplos. Recordemos si no la llamada "Guerra de los Calcos" en Inglaterra o el llamado monopolio de la Casa de Contratación de Sevilla en la historia colonial hispanoamericana.

## 2. Litigio Selectivo / Maximización de Beneficios

Es esperable un segundo beneficio de la ola de litigiosidad aunque con el mismo reparo que el anterior. Si se tratase de un proceso catalítico estos beneficios serían recibidos sin desperdicio de recursos creando una cantidad importante de bienestar. Por el contrario, siendo productos secundarios de acuerdos mercantilistas diseñados para restringir la competencia a cambio de dinero, los beneficios teóricos probablemente existirán, pero con un gran desperdicio de recursos.

Paul H. Rubin dejó muy en claro que el sistema judicial (el decía que sólo en el Common Law, pero se equivocó pues en mi concepto es válida la reflexión en toda judicatura, toda vez que el carácter competitivo de las fuentes del derecho permite que los usuarios del derecho se desplacen de un proveedor de reglas hacia otro en función de sus costos relativos) tiende a seleccionar las mejores soluciones para los problemas espontáneamente, mediante un proceso de selección resultante del ensayo y error.

Siendo ello así, resultaría previsible que la litigiosidad tienda a generar soluciones crecientemente mejores para los conflictos que se sometan a ella. El problema puede ser, en este punto, que las soluciones a que se están llegando no son por sentencia judicial, sino por transacción, y esto está dando lugar a confubernios mercantilistas que no resultarían necesariamente compatibles con los mercados y la sociedad libre. La única duda, entonces, reside en saber por cuánto tiempo puede una coalición mercantilista sustraerse de la

competencia. Y las respuestas que hayamos en la historia no parecen sugerir que ello sea posible por espacios prolongados de tiempo, a menos que se utilice una represión de estilo totalitario para el efecto.

Igualmente, podría sostenerse, siguiendo la vieja hipótesis posneriana de que las resoluciones judiciales tienden a maximizar los beneficios en los conflictos sometidos a ellas. En este caso, soy de la opinión, como con la tesis de Rubin, que el autor fue demasiado prudente al limitar su reflexión al common law, puesto que la experiencia litigiosa sugiere aún para los casos de derecho romano-germánico la misma observación: sometido un caso a consideración judicial, el juez no sólo tiende como quería Rubin a seleccionar la mejor entre las alternativas posibles, sino también en maximizar el beneficio de lo que se somete a su decisión, sin importar el sistema al cual se encuentre legislativa o históricamente sometido.

De hecho, un juicio no es más que un mecanismo institucionalizado para asignar el valor a bienes a defecto o deficiencia del mercado. La disputa ocurre cuando no ha sido posible establecerlos en la pura concurrencia y es necesario llevar esta diferencia a un magistrado, quien deberá aclararla. La forma como ello ocurre, siguiendo la ya famosa máxima de Ulpiano, es dándole a cada cual lo suyo, para lo cual deberá sustituir al mercado y asignar valores a cada una de las pretensiones para resolver a favor de aquella que sea la más valiosa.

Si la litigiosidad, como en este caso, no resulta cataláctica ni se le permite al juez maximizar el valor, los acuerdos sustitutorios de tales transacciones tenderán a hacerlo pero desde una perspectiva mercantilista, desplazando la competencia de un mercado hacia otro: de la economía a la política.

## PERSPECTIVA FUTURA

El propósito de esta sección no consiste en incurrir en futurología, disciplina de la que me siento muy alejado, sino tan sólo apuntar líneas de evolución probable con respecto de un proceso que ya parece tomar autonomía de sus creadores.

En efecto, para mí resulta esclarecedor que habida cuenta de los propósitos mercantilistas implícitos en los acuerdos antes referidos, se ha desarrollado una expectativa económica semejante entre otros potenciales interesados en conseguir una renta semejante de las tabacaleras.

Esa es la razón por la que muchos gobiernos extranjeros prestan atención a las proposiciones que reciben de abogados norteamericanos interesados en replicar la experiencia nuevamente, caso del hecho de que, no existiendo costas que pagar y siendo probable pactar por *quota liti*, prácticamente no hay desventaja alguna para los gobiernos litigantes.

La apreciación que lleva a facilitar estos juicios, no obstante, puede ser simplemente equivocada por varias razones. Los abogados que han inducido a los gobiernos extranjeros a demandar en USA no les han explicado los riesgos inherentes a tal actitud como son:

- Tenerse que presentar al proceso de "discovery" que existe en el derecho procesal civil americano.
- Renunciar a la jurisdicción nacional, inclusive, descartando toda apelación futura a la llamada Doctrina Calvo que por años rigió el derecho internacional público latinoamericano.
- La formación de contingencias futuras, como que un padre de familia afectado por la

curación de un hijo cocaínmano decidieran enjuiciar a los gobiernos de Colombia, Bolivia o al Perú a efectos de conseguir el resarcimiento de los gastos médicos en que hubieran podido incurrir.

- Sea por efecto de estas consecuencias no previstas o de otras, el desarrollo futuro de estos litigios en mi concepto está influido por la disposición internacional a globalizar las acciones judiciales. De persistir ella, los acuerdos mercantilistas serán eficaces muy poco tiempo y, antes bien, podrá suceder que empiecen a desarrollarse evolutivamente dos instituciones: el sometimiento voluntario como condición para la jurisdicción a efectos de una verdadera existencia de litis y el reconocimiento del derecho a apelar en sede mundial. Examinemos brevemente cada una de las posibilidades.

## 1. Jurisdicción Voluntaria

La historia recoge esta alternativa desde tiempos seculares.

El conflicto por las Constituciones de Clarendon fue finalmente resuelto por vía de la aceptación del acusado como definitiva del fuero a que sería juzgado.

Igualmente, puede suponerse que un mecanismo probable será el del sometimiento voluntario a las jurisdicciones competitivas. Si él no existe, no sólo es probable un comportamiento procesal dilatorio a través de excepciones de incompetencia, sino la mera desobediencia si -como decía el derecho clásico- el juez no tiene el dominio del hecho -tal como a menudo sucede en el derecho internacional- sino también existiría la práctica de recurrir esa jurisdicción rival que plantease una especie de contienda previa entre jueces dirigida a definir quién debe ser el llamado a resolver el conflicto a defecto de acuerdo explícito entre las partes o resolviendo un conflicto de jurisdicciones.

De hecho es muy probable que las tradicionales normas de conflicto de jueces y leyes sean muy poco útiles, porque la globalización de la justicia apuesta a ser un mecanismo alternativo a tal sistema en diversos conflictos que acreditaron su gran incapacidad como mecanismo capaz de disminuir deficiencias judiciales.

## 2. Apelación Global

Si se reconoce el derecho de acción en sede global, a efectos de promover la competencia jurisdiccional -catafáctica por definición- no existe razón alguna para no ser coherentes y aceptar que la apelación es de por sí el ejercicio del derecho de acción por parte del perdedor de la instancia. Habiendo elegido la jurisdicción el demandante, la apelación debería entenderse como otra opción para ejercer el derecho de acción y, como tal, debería admitir presentación de manera global, de modo que el perdedor en la práctica tenga la titularidad necesaria para apelar la sentencia ante cualquier tribunal del mundo.

Ello introduciría un medio de control por "check and balances", y además un elemento de competencia al interior del proceso mismo, eliminando o minimizando riesgos de aplicación arbitraria de la fuerza o, si se quiere, intimidación y extorsión legal como podría existir con una apelación dirigida necesariamente a la sede de la demanda.

Imaginemos por un momento si las tabacaleras hubieran tenido el derecho de apelar en sede distinta del acuerdo al que habían llegado, o si cualquier defecto pudiera tener el mismo

destino. ¿existirían los mismos mecanismos para acceder al comercio mercantilista que hemos descrito?. Difícilmente.

No parece haber razón para permitir demandar en sede mundial sin permitirlo paralelamente con respecto de la apelación. Sería la mejor forma de controlar catalácticamente el exceso de poder.

La historia, puede en este caso sernos también de utilidad probatoria. Durante la edad media y bajo la influencia de la revolución gregoriana, la apelación a Roma fue el método más utilizado para resolver cierto tipo de conflictos y someterlos a una revisión competitiva en otra sede para garantizar el resguardo de los derechos y combatir la concentración del poder.

Aunque no siempre fue utilizada por individuos sino mucho más por estados, la apelación a Roma fue, pues, un camino de control cataláctico en sede mundial. Berman cuenta cómo en el Siglo XII Gran Bretaña era el país occidental en que más apelaciones a Roma se habían presentado.

Pues bien, habida cuenta del antecedente, es perfectamente posible suponer que sin catalogar la decisión del apelante, como lo fue en su momento con Roma por razones religiosas y por el derecho material y económico que debía informar la solución de controversias, se puede esperar que en sociedad libre se plantee la revisión de las sentencias en sede mundial sin restricción alguna.

Así, lo que ha tratado de unirse legítimamente podrá desatarse libremente.