

VIENDO MÁS ALLÁ DEL EXPEDIENTE: LOS EFECTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LOS FALLOS JUDICIALES

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Abogado Master en Derecho (Yale Law School)
Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Consejo Consultivo de
ADVOCATUS Nueva Época

DOMINGO RIVAROLA REISZ

Alumno de 9° ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUCP

I. INTRODUCCIÓN

Cuando la realidad social se encuentra desfasada en relación al Derecho solemos culpar a la ley. ¡Hay que cambiar la ley! - se dice. Y entonces comienza a moverse todo el aparato legislativo para hacer cambios, discutirlos, y consolidar finalmente una reforma legislativa que tendrá como resultado una nueva ley.

Pero al poco tiempo la nueva ley es acusada del mismo delito. Se le imputa estar desfasada de la realidad y entonces el proceso de reforma legislativa comienza de nuevo. El resultado de todo esto es: leyes que duran poco, confusión entre los abogados y demás operadores del sistema jurídico, pero por sobre todo, falta de confianza de la población en el sistema como un todo.

Sin duda, las malas leyes son causa de muchos problemas, y reflejan muchas veces el desfase realidad - Derecho. Pero gran parte de la responsabilidad recae también en la aplicación de la Ley. Quizá sea preferible una mala ley bien aplicada que una excelente ley mal aplicada.

Y es que cuando se aplica la ley se tiende el puente entre la realidad y el Derecho. Es a través de la

interpretación y aplicación de la ley al caso concreto que ésta se convierte en realidad. Al construirse este puente es que se puede lograr convertir una ley buena en una mala y una mala ley en una buena.

El aplicador e intérprete por excelencia es el juez. El convierte la ley en realidad. Por lo tanto, su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es incontrovertible, pero los jueces no son aún conscientes que son tanto o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía.

Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza. Los jueces son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no sólo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que generan.

El célebre juez norteamericano Richard Posner destacaba¹ cómo los abogados solíamos tener una percepción parcial de los problemas. Cuenta el caso

¹ Posner, Richard. "Economic Analysis of Law". Little Brown and Company, Boston, 1977.

de un cazador que, durante una jornada de caza, hiere a un parroquiano que caminaba por el bosque, al confundirlo con un venado. La víctima perdió un ojo como consecuencia de las heridas sufridas en el accidente. Para el abogado tradicional el problema es uno entre Juan (cazador) y Pedro (víctima). Sin duda, ello es parte del problema, pero no lo es todo.

Para el abogado preocupado por las consecuencias económicas y sociales de las decisiones legales el problema es más completo. La pérdida del ojo ya es un capítulo cerrado en términos de bienestar social. Ya nada puede reparar realmente el daño causado. En el supuesto que el dinero de la indemnización pudiera servir para adquirir un nuevo ojo (lo que de por sí es hoy imposible) sólo compensa a la víctima, pero causa una nueva víctima que soporta el daño: el propio causante y su familia, que al verse obligados a indemnizar a la víctima, tienen ahora menos recursos para cubrir sus necesidades.

La sociedad seguirá sufriendo aunque el daño se haya trasladado a otro lugar. Pero un asunto de vital importancia es cómo evitar que nuevos ojos se pierdan en el futuro. Así, la decisión legal es un mensaje al resto de la sociedad que puede contribuir a mejorar la situación en el futuro.

Pero complementando el análisis de Posner, no sólo debe considerarse como salvar más ojos. Si la responsabilidad civil lleva a que se establezcan requisitos muy difíciles de cumplir, podría ocurrir que los cazadores se sientan temerosos de salir a cazar por el sólo hecho de que pueden ser hechos responsables por un hecho fortuito o accidental. Si esto es así, entonces habrán menos cazadores, lo que a su vez implica menos venados para alimentar a la población. Los accidentes en los que se pierden ojos terminan así vinculados con el precio de los alimentos o con la cantidad de alimentos disponibles.

Estándares muy exigentes para los casos de mala práctica profesional por parte de los médicos pueden generar una escasez de profesionales que se dediquen a esa actividad, lo que a su vez eleva los precios del servicio médico. Por ello, salvar vidas siendo muy estrictos en exigir una diligencia extrema de los médicos, puede curiosamente matar gente que no podrá pagar los honorarios médicos, que se incrementarán por el hecho de que será necesario para los galenos tener un fondo extra para pagar cuantiosas indemnizaciones ante el menor error. Así, basta recordar que en los Estados Unidos un cardiólogo promedio paga por un seguro de responsabilidad civil un promedio de US \$ 120,000. Ello motivado por

el riesgo de pagar altas indemnizaciones en un caso de responsabilidad civil. El médico traslada ese costo a su tarifa por honorarios. El resultado es una de las medicinas más caras del mundo, en perjuicio de los más pobres. Y ello es consecuencia de decisiones de los jueces que establecieron responsabilidades muy altas. Así, los jueces, quizás sin saberlo, influyen en cuánto cobra un médico para una operación, y con ello pueden estar optando por quienes pueden acceder a dicha operación, y quienes tienen que ver en riesgo su salud por no poder sufragar los costos que implica una operación.

La demora en la entrada de ciertas medicinas al mercado en países desarrollados se explica en parte por la regulación administrativa existente y en parte por las decisiones de los jueces en establecer estándares de responsabilidad "objetivísimos" para daños causados por medicinas nuevas. El efecto positivo es que las empresas son más cuidadosas en introducir nuevos medicamentos. El efecto negativo es que la puesta a disposición del consumidor del medicamento en cuestión puede tardar cinco o seis años. En ese periodo miles de personas morirán porque la medicina que hubiera podido salvar sus vidas no estaba disponible por los altos costos que el riesgo de la responsabilidad civil implica para el fabricante. De esta manera, los jueces, sin dictar una pena de muerte pueden, curiosamente, decidir, sin darse cuenta, quiénes mueren o quiénes seguirán viviendo.

Cuando se paraliza la producción de una fábrica por que se presume que daña el medio ambiente, el juez que dicta la medida cautelar podría estar desincentivando la inversión. Quizás es una medida necesaria precisamente para reducir los costos de dañar la atmósfera y que son soportados por todos. Pero tomar la decisión sin considerar que habrá menos empresas y trabajo es una decisión incompleta. Así los jueces influyen en el Producto Bruto Interno (PBI) del país.

La vieja frase "lo que no está en el expediente no es de este mundo" no debe de ser malinterpretada. Según este aforismo, lo que se busca es que los jueces basen sus decisiones en el mérito de las pruebas, el Derecho invocado, y los argumentos de las partes. Pero ello no debe impedirle ver más allá del expediente, es decir, considerar los efectos que su decisión tienen en el resto de la sociedad. Ver más allá del expediente no sólo es una posibilidad, es una responsabilidad con los efectos de las decisiones judiciales.

No es la intención de este trabajo hacer un análisis conceptual del problema. La idea es llamar la aten-

ción, mediante el análisis de ciertas situaciones y casos, por qué es importante "ver más allá del expediente", es decir, asumir la responsabilidad que compete al juez no sólo con las partes en un litigio, sino con la sociedad como un todo.

2. GENERANDO CONFIANZA: EL EFECTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL INTERCAMBIO Y EN EL DESARROLLO EMPRESARIAL

Como hemos señalado, el desfase entre el Derecho y la realidad se manifiesta muchas veces cuando los jueces no actualizan la ley, cuando no hacen que ésta cobre vida en cada aplicación que de ella se hace. Por otro lado, aún más peligroso que este desfase es la falta de seguridad jurídica y certeza que pueden tener las personas cuando éstas no confían en el Poder Judicial. Y es que esta confianza se gana. Un Poder Judicial que no brinda certeza sobre el derecho que le asiste a cada quién genera desconfianza, desorden, y finalmente desperdicio de recursos. En suma, ocasiona ciudadanos demandando aquello a lo que no tienen derecho, y ciudadanos no demandando aquello a lo que tienen derecho. Esta falta de confianza en el Poder Judicial se traduce en el siguiente ejemplo.

a. El Caso de la Encuesta de Apoyo

El Instituto Apoyo, una conocida institución de asesoría empresarial y estudios de mercado, realizó una encuesta entre empresarios peruanos². Esta encuesta planteaba lo siguiente:

"En el caso hipotético de que recibiera usted una oferta de un proveedor del cual no tiene referencias y teniendo una alternativa más costosa de su proveedor usual, ¿aceptaría probar con el nuevo proveedor?"

En concreto, la encuesta buscaba averiguar si los empresarios se guían por el aforismo: "más vale malo conocido que bueno por conocer". Aunque parece evidente que si se nos ofrece un mismo producto, pero más barato, lo aceptaremos, en una sociedad en donde prima la desconfianza y la falta de certeza sobre las decisiones judiciales esto ya no es tan evidente: tendremos miedo de aceptar algo que es más beneficioso, pues tenderemos a creer que hay "gato encerrado". Veamos pues los resultados de la encuesta. ¿Qué porcentaje de los encuestados aceptaron la oferta de una persona desconocida?

A - Si la oferta del proveedor desconocido es 10% más barata, 22% aceptarían comprarle a éste último.

B - Si la oferta del proveedor desconocido es 20% más barata, 18% aceptarían contratar con él.

C - Si la oferta del nuevo proveedor es 30% más barata, 15% aceptarían.

D - De los encuestados, 6% respondieron que sí aceptarían, pero no indicaron cuán más barata debía ser la oferta del proveedor desconocido.

E - No aceptarían la oferta de un desconocido, cualquiera sea la rebaja, 32%.

F - No precisa, 7%.

El estudio demuestra la gran desconfianza generada entre los empresarios frente a la posibilidad de contratar con un proveedor nuevo. Esta desconfianza es atribuible a la inseguridad y falta de previsibilidad que existe respecto a las decisiones del Poder Judicial que resuelvan cualquier incumplimiento contractual. Ello lleva al empresario peruano a confiar en elementos distintos a la ley y la seguridad de que ésta se hará cumplir por los jueces. Por el contrario, el empresario confía en el nivel de conocimiento y confianza con su proveedor habitual, es decir, prefiere "malo pero conocido" que "bueno por conocer".

Esto eleva los precios, por que nuevos proveedores tendrán problemas para encontrar clientes. Los antiguos proveedores tienen así una suerte de "mercado cautivo" protegido por la ineficacia del Poder Judicial de generar confianza en que los acuerdos se cumplen y las obligaciones deben ejecutarse. Así se refleja una pérdida social (se produce menos a mayores precios).

Así queda graficado cómo la falta de seguridad jurídica y confianza en la transparencia y predictibilidad de las sentencias dificulta que nuevas empresas o empresarios (que por ser nuevos, son desconocidos) puedan vender sus productos en el mercado. Es de esperar que los costos y el desperdicio generados por la incertidumbre que produce un Poder Judicial impredecible, sean superiores a los descuentos que estérilmente proponían los proveedores desconocidos, en la busca de ser aceptados. Y lo que es realmente increíble es que casi una tercera parte de los empresarios no están dispuestos a aceptar ningún descuento, sin importar la magnitud del mismo.

² Citado por Ortiz de Zevallos, Gabriel. "El marco institucional de la economía peruana" En: Ortiz de Zevallos, Gabriel (Dir.) "Importancia de las Instituciones en el Desarrollo de una Economía de Mercado". INCECOP/APOYO: Lima, 1995 pág. 52.

b. El Caso de Huaral

Un segundo caso no nos dejará dudar de lo necesaria que es una línea jurisprudencial clara y coherente. El Economista Javier Alvarado³ realizó un interesante estudio sobre el nivel de confianza en la sistema judicial y legal que existe en los mercados rurales en el país. El realizó su investigación en la localidad de Huaral, entrevistándose con los agricultores de la zona.

Huaral está lejos de ser una comunidad o localidad alejada y desconectada del mercado. A sólo 80 kilómetros de distancia de Lima, los agricultores de Huaral tienen acceso a bancos, crédito, proveedores, televisión, etc. Sin embargo, los estudios de Alvarado muestran nuevamente que se prefiere lo malo conocido que lo bueno por conocer.

Para desarrollar su trabajo Javier Alvarado analizó dos mercados: el de las ventas de tierra y el de las solicitudes de crédito. En cada uno de estos mercados realizó, a grandes rasgos, tres clasificaciones, basadas en el tiempo de conocimiento mutuo entre las partes, es decir, en el grado de confianza existente. A las transacciones realizadas entre personas que se conocían menos de un año las llamó "transacciones impersonales". A las realizadas entre personas que se conocían por más de un año pero por menos de cinco las llamó "transacciones intermedias". A las realizadas entre personas que se conocían por más de cinco años las llamó "transacciones bilaterales".

El economista citado se imaginaba que cuanto más tiempo se conocieran las partes, la contratación no se basaría en factores como las reglas legales y sus mecanismos judiciales de cumplimiento, sino que se basaría más en la relación de confianza derivada de la amistad, parentesco, vecindad o simple conocimiento mutuo. Así, la existencia de más "transacciones bilaterales" sería una clara evidencia de la escasa confianza de los individuos en el sistema legal y judicial. Veamos pues los resultados de la encuesta.

En el caso de los mercados de tierras, el 56 % de la contratación era "bilateral" y solo el 26% era "impersonal". Por su parte, en el mercado de crédito el 65% era "bilateral" y sólo el 17% "impersonal". De acuerdo con lo previsto, los mercados entre los agricultores de Huaral se basan más en relaciones de conocimiento, amistad o parentesco antes que en la confianza y legitimidad que los individuos brindan al sistema legal y a las decisiones de los jueces. Ello se confirma con otro dato interesante. En el caso de las transacciones de

tierras de carácter "bilateral", sólo la tercera parte de ellas constan en documento escrito. Esto último contrasta nitidamente con el siguiente porcentaje: el 90 % de las transacciones de tierras de carácter "impersonal", constan en documento escrito. El bajo índice de contratos escritos cuando las partes se conocen, frente al alto índice en la contratación "impersonal" constituye otro elemento que confirma la hipótesis de trabajo, esto es, que nuestros ciudadanos no confían en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

3. DEFENDIENDOVIUDAS: REDEFINIENDO EL CONCEPTO DE EQUIDAD

Hace algún tiempo, se hizo una encuesta entre un conjunto de jueces. Se les puso un caso hipotético en el que tenían que resolver sobre el desalojo de una viuda con cinco hijos que había dejado de pagar la renta como consecuencia de su precaria situación económica, y que por tanto debía desocupar el inmueble.

Había la posibilidad de declarar nulo todo lo actuado en base a un defecto procesal que, aunque discutible, admitía una interpretación que llevaba a tal consecuencia. Con ello se hubiera garantizado la permanencia de la viuda en la casa por cerca de un año más. La pregunta era si, por razones de equidad, adoptarían tal interpretación a fin de evitar que la viuda fuera desalojada.

La inmensa mayoría de los jueces fueron categóricos en afirmar que acogerían la interpretación que les permitiera proteger a la viuda de la inemperie. Normalmente justificaban su decisión en la equidad que debía aplicarse a cada caso concreto y en las terribles consecuencias que ello tendría para la señora y sus hijos.

Uno de los jueces, sin embargo, contestó que no aceptaría una interpretación en tal sentido y que procedería a efectuar el desalojo. Cuando se le preguntó la razón dijo que lo hacía por equidad. Según él, si acogiera la otra interpretación lanzaría el mensaje a los arrendadores de que los jueces suelen proteger a las viudas con hijos. Esto implicaba reconocer que las viudas podrían eventualmente dejar de pagar sus obligaciones y demorar el lanzamiento más que el resto de los ciudadanos. La consecuencia de la decisión sería entonces que los propietarios de inmuebles serían reacios a alquilar sus propiedades a viudas con hijos por temor a no poder desocupar el predio cuando incumpliese, o los que aceptarían cobrarían rentas más altas para compensar los riesgos que asumían. Prefería

³ Citado por Bullard, Alfredo. "La creación de una cultura de mercado en el Perú" En: Op. Cit., page 33-30.

una viuda en la calle por no pagar, que cien viudas en la misma calle, pero esta vez por no poder encontrar quién les arriende un techo en dónde vivir.

El juez había tenido la visión de comprender que la justicia y la equidad no se agotan en la relación del propietario con la viuda concreta, sino que favorecer a esta viuda perjudicaba a las demás. Se obligaba a las viudas sin hogar a soportar el peso de los beneficios que recibía la viuda con techo pero que no pagaba la renta.

Sin duda, ésta era una decisión difícil, pero muestra la necesidad de comprender a la equidad en una dimensión mayor, más social y más enfocada hacia las necesidades generales y no sólo hacia situaciones individuales.

Otro caso de viudas y decisiones difíciles sobre ellas se presentó en los Estados Unidos. Una empresa se dedicaba a vender muebles y electrodomésticos a población de bajos ingresos. Ofrecía precios muy bajos, plazos largos para pagar y tasas de interés razonables. No exigía garantías, pues era evidente que la gente pobre no tenía muchos bienes que ofrecer para el pago.

Los contratos tenían sin embargo una cláusula especial. Existía un pacto de reserva de dominio, de manera tal que si el consumidor no terminaba de pagar el crédito, la tienda podía recuperar el bien de manera casi inmediata. Pero además especificaba que si el consumidor compraba un nuevo bien antes de terminar de pagar el anterior, se le reformulaba el crédito y quedaba incluido dentro de la reserva de propiedad los bienes adquiridos anteriormente y que aún no había terminado de pagar. Así si un consumidor compraba con un financiamiento de 12 meses un juego de sala, y en el mes 6 decidía comprar un juego de comedor, se refinanciaba todo el crédito por 12 meses más. Pero el juego de sala seguía incluido dentro del pacto de reserva de propiedad hasta que terminara de pagar todo el saldo (es decir por los 12 meses más).

Una señora había adquirido en este local comercial, a lo largo de los años, muebles y electrodomésticos para toda su casa. Como siempre había renovado el crédito, todo su menaje de casa estaba sujeto al pacto de reserva de propiedad. Posteriormente, la señora envió y no pudo terminar de pagar el crédito. La empresa retiró todos los muebles en ejecución del pacto de reserva de propiedad.

La viuda demandó la invalidez de la cláusula por considerar que era leonina, pues se le estaban quitando bienes que ya había terminado de pagar. Las Cortes le dieron la razón y la empresa tuvo que devolver todos los bienes.

Este resultado, en apariencia justo, tuvo sin embargo consecuencias inesperadas en el mercado. Varios años después un conjunto de economistas estudiaron el efecto de la decisión. La tienda había desaparecido, al igual que otras tiendas similares que ofrecían condiciones similares. Los pobres habían pues visto reducidas sus opciones a acceder a productos baratos con créditos blandos. ¿Que había pasado?

Las empresas dedicadas a ese negocio vendían a consumidores de alto riesgo de incumplimiento. Este riesgo se traduce en mayores costos, pues las opciones que la empresa tiene no son muchas. Si sube los precios para cubrir este costo adicional, los pobres no podrán acceder a pagarlos; si sube el interés pasará algo parecido; si pide garantías los pobres no tendrán como ofrecerlas.

De esta manera, la cláusula extensiva de reserva de propiedad generaba sobre sus deudores una presión muy fuerte para cumplir que reducía la cantidad de incumplimientos y al hacerlo reducía los costos para la empresa, lo que le permitía mantener precios bajos y créditos blandos. Si a ello le sumamos el hecho de que en los Estados Unidos los bienes usados tienen precios muy bajos, entenderemos por qué rematar sólo el bien objeto de cada crédito era insuficiente para recuperar la deuda.

Al declararse ilegal la cláusula se incentivó a las empresas dedicadas a este negocio a dedicarse a atender segmentos más pudientes de la población o simplemente a salir del negocio. El resultado final era que los pobres (viudas con hijos incluidos) estaban peor que antes, a pesar de que un sólo pobre (la viuda con hijos que obtuvo la decisión judicial favorable) si estaba mejor.

La equidad del caso concreto no se agota en el expediente. Implica ver los efectos que el caso tiene, en otros distintos a las partes y evaluar que pasaría si el caso se repitiera "ad infinitum". Al hacerlo se evita que en la búsqueda de la justicia se comenten nuevas y quizás más profundas injusticias. Una concepción micro de la justicia nos conduce a perder una concepción macro de la justicia.

La justicia es un medio de buscar el bienestar general. Las concepciones micro de la justicia nos conducen a un bienestar aislado, desvinculado del bienestar de todos. Por eso evaluar el problema viendo más allá del expediente es una fórmula necesaria para poder es necesario para proteger a la mayor cantidad de viudas posibles, y no únicamente a la viuda que nos toca en cada caso concreto.

4. CORREGIENDO A LAS "COMBIS ASESI- NAS": PONIENDO LOS COSTOS DONDE CORRESPONDE

Analicemos las siguientes estadísticas: en el año de 1984, en Alemania, un ciudadano falleció en un accidente de tránsito por cada 2183 automóviles existentes. En Inglaterra, murió un ciudadano por cada 3729 automóviles. En el Perú, en el mismo año, murió un ciudadano por cada 260 automóviles. Es decir que la mortalidad por accidentes de tránsito en el Perú es casi 8 veces mayor que en Alemania y casi 14 veces mayor que en Inglaterra.

Por otro lado, en el periodo 1980-1992 murieron por terrorismo en el Perú 22,000 ciudadanos. En el mismo periodo murieron por accidentes de tránsito 28,000 ciudadanos. Los automóviles fueron más mortales que toda la guerra terrorista que tuvimos que soportar. Sin embargo las acciones terroristas llenaban las primeras páginas con titulares, mientras que los accidentes de tránsito ocupaban un lugar poco destacado en las páginas policiales.

Lo dramático del problema, y las explicaciones al mismo, pueden ayudarnos a comprender el rol de los fallos judiciales en este campo. Quizás Alemania o Inglaterra puedan exhibir mejores vías de circulación, un mejor aparato judicial para hacer cumplir las reglas de tránsito y una mejor conducta ciudadana durante la circulación de vehículos y peatones. Pero parte de la ventaja está en la capacidad de los fallos judiciales en el campo de la responsabilidad civil. Los jueces tienen la tarea de transmitir el mensaje consistente en que causar accidentes cuesta.

En el Perú, las sentencias posiblemente no trasladan al causante del accidente los costos de su acción, con lo que los incentivos para evitar accidentes se reducen substancialmente. Ello explica en parte porque las combis son conducidas de manera tan irresponsable. Sin duda, en la cabeza de sus conductores no existe la posibilidad de tener que pagar una indemnización importante por los accidentes que causen.

Pero las indemnizaciones tienen a su vez que evaluarse en función a nuestras limitaciones económicas. Más indemnizaciones implica mayores costos en pasajes. Y en una población con bajos recursos quizás fijar indemnizaciones muy altas podría reducir substancialmente el número de unidades de transporte disponibles.

No obstante, es importante considerar la siguiente regla: si uno no soporta el costo de lo que hace, tenderá a hacer demasiado. Si manejar a exceso de velocidad o en estado de ebriedad no lleva a asumir

los costos que uno genera por tales acciones, habrán demasiados casos de exceso de velocidad o muchos conductores ebrios. El efecto de no pagar indemnizaciones (o de pagar indemnizaciones bajas) es equivalente al de un subsidio, sólo que en lugar de ser pagado por el Estado, es pagado por las víctimas de los accidentes.

Y hay que recordar que todo subsidio incentiva al consumo. Sólo que a diferencia del caso de los alimentos, donde por la vía del subsidio del pan, por ejemplo, la gente come más pan; en el caso de los accidentes, logramos por el "subsidio de las víctimas" que la gente "consume" más accidentes, es decir, que el "precio" de atropellar a alguien o de colisionar con un vehículo sea muy bajo.

No se trata pues de una disyuntiva fácil de solucionar. Pero es importante tener en cuenta los pros y los contras. Sin embargo, sí queda claro de las cifras que los montos indemnizatorios son bajos si los comparamos con la cantidad de accidentes y muertes que enfrentamos. En el Perú, a diferencia de otros países, el sistema de responsabilidad civil no está funcionando.

Y nótese que el problema no está en la Ley. La ley peruana en este campo no es mejor ni peor que cientos de leyes sobre responsabilidad alrededor del mundo. El problema está en la aplicación y es allí donde deben corregirse los problemas que se vienen ocasionando.

Entonces podemos ver cómo los jueces pueden contribuir con sus fallos a ordenar el tránsito y a convertir a Lima y a las carreteras del país en lugares más seguros. Pueden a fin de cuentas influir en cuánta gente va a morir y en cuánto costará el pasaje.

5. CONVIRTIENDO VIOLADORES EN ASESINOS

Como señalamos, una mala ley bien aplicada, es preferible a una buena ley mal aplicada. Y es que otra de las importantes tareas que tiene el Poder Judicial es corregir, vía interpretación, las malas leyes dadas por el legislativo, utilizando el marco de discrecionalidad que en ocasiones deja la Ley para evitar efectos no deseados.

Muchas veces las leyes se dan sin analizar los efectos económicos de los Proyectos que se presentan y debaten. Hace un tiempo, una conocida congresista propuso, probablemente más llevada por la emoción que por la razón, el siguiente Proyecto:

Se trataba de modificar el Código Penal de tal manera que los violadores de menores de edad reci-

bieran pena de muerte por el delito cometido. Esta era la única modificación que se buscaba. Los demás tipos penales y sanciones previstas no se modificaban.

Sin duda, todos estamos de acuerdo con que la violación de un menor de edad es un hecho reprobable, que va en contra de los principios fundamentales de una sociedad. Este es un sentimiento que la mayoría de nosotros compartimos. Sin embargo, al proponer una ley hay que analizar sus consecuencias racionalmente, hay que prever cuál va a ser su funcionalidad. De lo que se trata es de analizar racionalmente el Proyecto descrito, en concordancia con el marco legal actualmente vigente. Para ello debemos tener en cuenta dos cosas:

a. Que el delito de asesinato se castiga con 25 años, pues se trata en esencia de un homicidio realizado dolosamente, para, por ejemplo, ocultar la comisión de un delito cometido con anterioridad.

b. Que cuando se cometen dos hechos independientes, que constituyen cada uno un delito independiente, sólo se aplica la pena que corresponde al delito más grave. La pena mayor absorbe a la menor, las penas no se suman ni acumulan.

Teniendo en cuenta estos datos, ¿cuál será la actitud de un violador ante el Proyecto, una vez que este sea convertido en Ley? ¿Se verá desincentivado de cometer violaciones, dado que la pena ha aumentado, y que en consecuencia es más "caro" violar?

Cuando un delincuente analiza la posibilidad de delinquir compara los beneficios y los costos de su acción. Los costos dependen principalmente de la sanción que puede esperar. La sanción que espera depende de la magnitud de la misma (por ejemplo 25 años de pena privativa de la libertad) pero descontando la posibilidad de ser detectado y sancionado. Así, en países con baja posibilidad de detección la misma pena genera una sanción menor a la que dicha pena generaría en un país con mayor capacidad de detección.

Pero la posibilidad de ser detectado depende a su vez de dos factores. El primero es la capacidad de las autoridades (policía, fiscales y jueces) para identificar y sancionar al delincuente. El segundo es la habilidad del delincuente para evadir a la justicia. Así los delincuentes buscarán cometer infracciones penales sin dejar pruebas o evadiendo ser visto por alguien.

En el caso de la violación siempre hay un testigo: la propia víctima. Por tanto si se le mata se reduce la posibilidad de detección pues ya no podrá denunciar o reconocer al que perpetró el hecho delictivo. Pero siendo que la máxima pena posible (pena de muerte) ya ha sido calificada en la ley, entonces matar a la víctima se vuelve una opción que reduce la posibilidad de ser detectado (y reduce así la sanción esperada) sin incrementar la pena establecida (pues no se le puede condenar dos veces a pena de muerte). El resultado final es un claro incentivo para matar a la víctima luego de perpetrada la violación.

Así, si se analiza las motivaciones de un delincuente en relación con el Proyecto, notaremos que violar a una persona termina siendo más grave que asesinar. Siguiendo la misma lógica, un delincuente que decide violar a una menor, tratará de matarla para ocultar la violación y reducir las posibilidades de que la policía lo detecte, pues si sólo comete violación (y no asesina), existirá la posibilidad de que la víctima lo delate y que sea condenado a cadena perpetua.

Como se ve, no matar a la víctima de violación es "más caro" que violar y matar seguidamente al menor de que se trate. Nótese pues los efectos perversos de este Proyecto: no cumple en objetivo de prevención general que debe tener toda ley penal, sino que más bien es un incentivo para asesinar a menores de edad víctimas de una violación.

¿Qué puede hacer un Juez ante un Proyecto como éste? Nos queda muy claro que hay algo que sí puede hacer. Puede analizar racionalmente la ley, analizar sus repercusiones en la sociedad, y aplicarla de tal manera que al graduar la pena, el efecto perverso descrito no se dé en la moneda de los hechos.

Así, el efecto de resolver un caso de violación no se agota en establecer qué sanción corresponde al delincuente. También implica analizar cuál podría ser la consecuencia de la decisión en la conducta futura de nuevos violadores que luego de cometido el delito se verían tentados de cometer un asesinato.

6. CUANDO JUSTOS SE CASAN CON PECADORES⁴

En el caso del Proyecto de Ley que sancionaba a los violadores de menores con pena de muerte, vimos

⁴ El nombre de esta sección y algunos de las ideas desarrolladas, ha sido tomado del artículo escrito por Mario Reggiardo, "Cuando justos se casan con pecadores. De cómo el régimen de sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito bancario". En: las Veritas, Revista Editada por Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 15, Lima, Año VIII, 1997.

como una mala ley, podía ser bien aplicada por el Juez de tal manera que "viendo más allá del expediente" se pueda evitar algunos efectos sociales o económicos no deseados.

Veamos otro caso en el que un inadecuado diseño de la normatividad puede dar lugar a efectos no deseables para el desarrollo de la sociedad y para el aprovechamiento de los recursos. Demás está decir que una de las labores del Poder Judicial es reducir estos efectos mediante interpretaciones y aplicaciones ponderadas o adecuadas de la ley.

No estamos diciendo que esta sea la solución, ni que en ello se agote el problema, lo único que se sugiere es que debe tenderse a que el Poder Judicial sea un instrumento adecuado para evitar que al aplicar la Ley se ganen efectos no deseados.

Juan, un joven profesional que requiere dinero para iniciar un negocio, se acerca a un banco y solicita un préstamo. Como es lógico, el banco le solicita información acerca de su solvencia económica y le pregunta además si está casado.

Como el lector se imaginará, esta pregunta está muy lejos de ser una simple indiscreción o una intromisión en la vida privada de Juan. Para el banco esta información es vital, pues de ella depende que la devolución del dinero que le prestará a Juan esté debidamente garantizada. Para ello es necesario no sólo conocer su situación económica, sino su estado civil, a fin de requerir la intervención de su cónyuge, de existir este.

Pero además, si Juan está casado debe establecerse si se encuentra bajo el régimen de separación de patrimonios o bajo el régimen de la sociedad de gananciales. En el régimen de separación de patrimonios, la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas por cada uno de ellos por separado, es individual. Cada uno responde por propias sus deudas, con sus propios bienes. En cambio, en el régimen de sociedad de gananciales el asunto es un tanto más complicado: todo lo que se adquiere durante el matrimonio no es de una abstracción llamada "sociedad conyugal". Es de ambos y de ninguno a la vez.

De esta manera, las deudas que contrae un cónyuge para atender a sus propias necesidades o intereses, no pueden cobrarse afectando los bienes de la sociedad conyugal. Por otro lado, las deudas de la sociedad conyugal deben pagarse con los bienes de la sociedad conyugal y todos los bienes que adquiera uno de los cónyuges serán de la sociedad conyugal y no de él. De esta manera, cuando el banco pretenda cobrar su acreencia, se podrá encontrar con un menudo problema.

Supongamos pues que Juan le dice al funcionario del banco que no está casado, mostrando para ello su libreta electoral, que así lo indica. Acto seguido, Juan declara que es propietario de un inmueble no inscrito, y muestra la escritura correspondiente. Confando en la palabra de Juan, el banco le concede el préstamo solicitado.

Meses después, ante el incumplimiento de Juan, el banco le inicia un proceso ejecutivo de pago de soles, solicitando una medida cautelar para futura ejecución forzada, a trabarse sobre el inmueble declarado por Juan. Para sorpresa del banco, Juan sí era casado.

Por ello, el embargo sobre el inmueble tuvo que ser levantado, al no ser éste de propiedad de Juan; el inmueble era de la sociedad conyugal. El marco legal vigente, sumado a la mentira de Juan, hace que el banco no haya podido recuperar el dinero prestado. Este se ha convertido en una deuda incobrable.

¿Que podría hacer el banco para evitar futuras pérdidas? ¿Buscar sólo clientes conocidos y desechar ofertas de clientes desconocidos? ¿Elevar la tasa de interés que cobra para así protegerse contra clientes como Juan? ¿Dejar de prestarle a solteros por el temor que estén mintiendo y solo buscar clientes casados que así lo declaren? ¿Cuál es el origen del problema?

En el caso planteado, ha existido un efecto no deseado que lleva a un mal uso de los recursos existentes. Todo se originó por un defecto de información. ¿Cómo así? El banco no sabía que Juan era casado, y Juan se aprovechó de ello para engañar al banco.

Nótese que el juez, al resolver el caso tiene dos posibles perjudicados con su decisión. Si reconoce el derecho del cónyuge, entonces el banco no podrá cobrar de manera adecuada. Por otro lado, si le da la razón al cónyuge este perderá un bien de la sociedad que será vendido para cubrir la deuda. ¿Quién de los dos está en mejor situación de protegerse? El banco difícilmente podrá establecer un sistema que permita rastrear si los solteros dicen la verdad.

Tendría que revisar los más de dos mil registros civiles del país (lo que no descartaría un posible matrimonio en el extranjero). La cónyuge, por el contrario, podría incluso haberse coludido con Juan para sacar un préstamo que no pagarían. Si Juan es "pecador" entonces: ¿Quién está en mejor situación para protegerse de sus pecados? ¿Quién está casado con él y por tanto lo conoce o tiene la posibilidad de conocer sus inconductas, o el banco que carece de medios para descubrir que es lo que está pasando?

Bajo tales circunstancias, darle la razón a la cónyuge fuerza al Banco a no prestar a solteros o a hacerlo a tasas de interés mayores. El resultado es que un problema entre casados termina perjudicando, curiosamente, a los solteros que tendrán problemas de convencer al banco de su condición. Ello debilita el crédito, y al hacerlo reduce la posibilidad de que más personas accedan a él.

Nuevamente, ir más allá del expediente permite detectar problemas que no aparecen en las páginas del mismo pero que muchas veces tienen más importancia o trascendencia de lo que se está resolviendo en concreto. Ser consciente de esa posibilidad es una seria responsabilidad que los jueces tienen que admitir.

7. CONCLUSIÓN

Ver más allá del expediente no quiere decir dejar de aplicar la Ley. Tampoco implica olvidarnos de la justicia del caso concreto. Por el contrario, es aplicar la Ley respetando su espíritu y entender que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo.

El profesor Guido Calabresi decía con razón que muchas veces se criticaba la visión muy económica de los problemas legales por haber sustituido el tema de la justicia por el de la eficiencia económica. En ciertos casos, dice el autor citado, esa crítica puede tener algún fundamento. Pero no se puede olvidar que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciarlos puede ser la mayor de las injusticias. Efectivamente, si uno pierde la perspectiva de los efectos económicos y sociales de los casos puede estar desperdiciando recursos y generando resultados tremendamente injustos.

Subir el valor del crédito o de las consultas médicas, puede perjudicar a grupos más débiles (como las viudas) por tratar de protegerlas en un caso concreto y no evaluar su situación como un todo. Olvidarnos que los cazadores no sólo hieren parroquianos en los ojos, sino que traen comida para la población; no comprender que el mal manejo de las combis no es sólo responsabilidad de la policía, sino de los propios jueces; son consecuencias que debemos considerar cuando enfrentamos un expediente.

El juez debe aplicar la ley. Pero hacerlo no es considerar sólo su texto, sino su espíritu. Es la aplicación lo que convierte a la ley, de ser un conjunto de palabras, a ser una realidad viviente. Por eso, olvi-

dar que es la aplicación la que le da la vida a la ley es como olvidar que es la inteligencia lo que nos da humanidad.

Esto no implica que se deje de ser justo en un caso particular. Posiblemente, si luego de ver más allá del expediente llegamos a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero veamos cuánto nos puede costar ser justos o, paradójicamente, cuánta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia.

Ello implica proponer una concepción sistémica de la justicia, no una visión diádica. La justicia no es solamente un problema de la relación entre dos partes (visión diádica), sino que es la consecuencia de una visión de la sociedad como un sistema donde una injusticia afecta a muchos (y no únicamente a quienes han sufrido la injusticia de manera particular) y por tanto un acto de justicia también afecta a muchos, incluso de manera injusta o inadecuada. Una visión sistémica (de sistema) nos ayuda a ser más consciente de todos los efectos de justicia (o injusticia) de las decisiones judiciales.

Como se dijo en un inicio, no es la intención de este trabajo establecer un marco conceptual para "ver más allá del expediente" sino el plantear una necesidad de complementar el análisis jurídico tradicional con una perspectiva sistémica del problema jurídico.

Sin embargo, si creemos importante mencionar algunas sugerencias de cómo ampliar la perspectiva de análisis de un caso concreto para poder identificar aquello que no aparece como evidente para el análisis jurídico que parte de una perspectiva diádica.

Estas sugerencias son las siguientes:

a. Analizar el proyecto de fallo no solamente como la solución a un caso concreto, sino como un mensaje a la sociedad. Una buena idea es tratar de extraer el principio en que se basa el caso y que se desprende de una simple lectura de la resolución. Luego pensar que se tratará de una ley que se va a publicar en el diario oficial "El Peruano". ¿Se ajusta el principio a los objetivos que se persiguen con él? ¿Cual será la consecuencia de este principio en la conducta de personas distintas a las partes?

b. Cuando se va a aplicar un principio tuitivo (por ejemplo proteger al deudor, al trabajador, a la viuda, etc.) debe analizarse cuál es el efecto de la aplicación de dicho principio en la situación futura de otras personas que pertenezcan a la misma categoría que se piensa proteger. Por ejemplo, es importante formularse

preguntas como: ¿Los acreedores estarán dispuestos a seguir prestando dinero con esa nueva condición? ¿No subirán los precios o las tasas de interés para compensar los efectos del mensaje contenido en el fallo judicial? El trabajador que no tiene empleo: ¿No enfrentaría dificultades para encontrar trabajo con las nuevas reglas que fija el fallo? ¿No será discriminado o verá reducido su salario como consecuencia de los costos que tienen que enfrentar? ¿No tendrán las viudas problemas para encontrar viviendas en alquiler, por el hecho de que un juez las ha protegido contra el desalojo? Es importante por ello visualizar o imaginar que el fallo va a ser leído por todos. También es fundamental analizar cuál será el efecto de tal lectura en la conducta.

c. Si lo que se persigue con el fallo es desincentivar una conducta no deseada: ¿Es el sentido del fallo un mecanismo idóneo para lograr tal fin? ¿No se presenta el riesgo que se desincentiven otras actividades que podrían ser totalmente deseables? ¿No generará

la decisión del juez métricas o medicinas más caras o menos transporte público?

d. Evaluar cuánto contribuye el fallo a generar confianza para operaciones o situaciones futuras. ¿Los inversionistas creerán que el fallo les da confianza porque protege la propiedad privada? ¿Hace el fallo más fácil contratar porque genera confianza en que la palabra empeñada se cumplirá? ¿Garantiza que los daños causados en una actividad serán indemnizados, favoreciendo así la confianza de la población?

Estos principios son sólo una muestra del tipo de preguntas que nos pueden llevar a ver "más allá del expediente". Ello no implica que no hayan otras preguntas similares que puedan ayudar. Basta aplicar el sentido común para descubrir otras formas de ver más allá. Sin embargo, no se trata de sustituir la revisión del expediente y la aplicación de la ley por meras especulaciones. Se trata de darle vida a la ley y ver el expediente desde un ángulo más humano.

ESTUDIO
GALVEZ
ABOGADOS



LA SANTA MARIA 185 - SAN ISIDRO - LIMA 27 - PERU

TELFs. 422-0236 - 422-2744 FAX: 442-8839
e-mail: fgalvez@ibm.net