

MÉTODOS Y ALTERNATIVAS DE LA JUSTICIA GLOBAL

MARÍA MURELLO PEÑARANDA*
Abogada. Profesora de Derecho Civil
Universidad de Lima

Lima como las grandes ciudades del Perú está conformada casi en un 50% por Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares. Esta propuesta está inspirada en el comportamiento de millones de peruanos que antes de esperar reformas institucionales en el área de la justicia y debido al elevadísimo costo y por tanto, la falta de acceso al sistema imperante, han creado una justicia llamada popular; yo la llamo una justicia privada desregulada.

Este sistema ha consistido en ejercer la administración de justicia de acuerdo a juntas de vecinos, de acuerdo a la costumbre, con un sistema similar al que inspiró en sus inicios al "common law". No se aplica ni el Código Civil ni el Código Penal ni los Códigos Procesales, simplemente se administra justicia de acuerdo a leyes no escritas que se cumplen.

Fulner, comenta en el libro de Benson, "Justice Without the State" en el capítulo "The Enterprise of Law", que las leyes son normas de conducta y también mecanismos que permiten aplicarlas o ejecutarlas. Fulner establece que su definición de ley permite que el análisis de la ley se enfoque en las instituciones llamadas a elaborarla y a los estímulos necesarios para cumplirlas. Por ello, permite aseverar que se requiere un análisis económico de la empresa de la ley.

Entendamos como empresa de la ley la creación y la ejecución de la misma. La ley puede ser impuesta desde arriba, por un rey o gobierno o puede nacer desde abajo, esto es, de la costumbre de las personas. La ley que tiene como fuente la costumbre, es decir, aquella creada por la suma de los individuos; en este caso la legitimidad y cumplimiento es mucho mayor porque cada persona reconoce los beneficios que ésta trae consigo. Por el contrario, dice Benson, una ley impuesta desde arriba (desconociendo la realidad y las preferencias de las personas) requiere de mucha coerción para ser cumplida. Es por estos considerandos que la inspiración de este documento viene de la creación de la ley por la fuerza de la costumbre, aquella que tiene legitimidad y no de la verticalidad de la norma impuesta desde arriba. Finalmente, la ley obedece al orden espontáneo del mercado. Si estudiamos los orígenes del "common law" parece coincidir con lo argumentado sobre la justicia extrajudicial en el libro "El Otro Sendero" de Enrique Ghersi y Hernando de Soto. Reconocemos los mismos métodos, las mismas sanciones, en suma, la justicia privada. La fuente del derecho, la costumbre, esto es, la decisión de los individuos y no la imposición de leyes y reglamentos y de decisiones judiciales basándose en la sola coerción que deriva del Estado.

* La autora es socia del Estudio Murrelo & Geronzi, Abogados.

El resultado, es que en los países que asumieron la costumbre como fuente de derecho, en vez de la ley verbal e inconsulta, se respeta los derechos del individuo, en libertad, en base a tres pilares fundamentales:

Un derecho de propiedad claramente definido, libertad contractual y de contratar y responsabilidad civil extracontractual, bastiones de toda sociedad desarrollada y eficiente. Sin embargo, ninguno de estos derechos o titularidades será respetada plenamente si es que no existe una vía adecuada y eficiente de administración de justicia.

La experiencia a través del Poder Judicial ha sido en casi la totalidad de los países bastante ineficiente, con costos de transacción sumamente altos y con una gran pérdida de recursos en dinero y sobre todo en tiempo que hacen que las titularidades respecto al derecho de propiedad, contratos y derecho a ser resarcido, sean inseguras y complejas.

En palabras de Benson citando a Richard Neely, miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, mientras más bajo es el nivel de los jueces y menor el período en el que ejerce su judicatura, mayor su involucramiento político. Las Cortes se convierten de esta manera en vías adecuadas para los grupos de interés (con todo lo que esto implica), es decir, el alejamiento de los criterios que deben prevalecer en un juez para administrar justicia.

Así Benson en su libro ya citado desarrolla un capítulo acerca de la corrupción. En este capítulo detalla que las causas de la corrupción están directamente relacionadas a la autoridad y poder discrecional para la toma de decisiones. Simplemente dice que el poder invita a la corrupción. En el caso concreto de los jueces tendrán discreción sobre qué casos resolverán primero, cómo orientar sus fallos y todos los demás elementos del proceso a favor de una o de otra de las partes, según diversos estímulos.

Recientemente, ha existido una tendencia en los países latinoamericanos a trasladar la solución de conflictos a vías no judiciales, como por ejemplo el arbitraje, la conciliación y la mediación. Sin embargo, todo esto parece insuficiente. Efectivamente, las legislaciones sobre arbitraje son insuficientes puesto que para ejecutar los laudos arbitrales se debe acudir al Poder Judicial, por otro lado se impugnan judicialmente los laudos y nuevamente volvemos a la jurisdicción judicial.

La propuesta, de acuerdo a los postulados de Bruce Benson en "The Enterprise of Law" y en "The Fall and Rise of Freedom of Contract", libro editado por F.H. Buckley nos dan nuevas perspectivas.

La primera de ellas es que a través de los contratos, las partes puedan pactar "ex ante" la solución de sus controversias. No me refiero únicamente a un pacto de jurisdicción arbitral, sino a que, ante supuestos de incumplimiento contractual se faculte directamente a terceros a realizar determinados actos jurídicos, inclusive con ayuda de la fuerza pública.

Por ejemplo, en el caso de las ejecuciones de garantía, debería facultarse el pacto de la venta extrajudicial del bien, tanto para bienes muebles como bienes inmuebles.

Si las garantías son bienes inmuebles, registrados o no, deberá facultarse a las partes a pactar inclusive el descerroje del inmueble y el secuestro del bien. En los casos de contratos de arrendamiento, si el inquilino no paga, debería también facultarse al desalojo extrajudicial del bien, facultando a terceros, como por ejemplo a los Notarios Públicos que certifiquen el no

pago de la renta y que sea el tercero designado en el contrato, quien en mérito al propio contrato lleve a cabo la ejecución de lo pactado. En buena cuenta, las partes deciden "a priori" la forma cómo resolver y castigarse mutuamente en caso de incumplimiento. La interpretación acerca de si se ha incumplido o no, en muchos casos se acredita a través de una mera y simple constatación de hechos. Para esta labor se puede contar con la función notarial, siendo los Notarios Públicos, los llamados a constatar hechos simples y concretos, que estarán definidos en el contrato. De esta forma, el contrato adicionado a una constatación notarial, en caso de incumplimiento contractual, debería tener mérito suficiente para que el acreedor del derecho o el demandante de la pretensión, pueda ejecutar las medidas previstas en el contrato, con auxilio de la fuerza pública, de ser necesaria.

Todos estos ejemplos se basan en la autonomía de la voluntad y en la buena fe contractual. Las partes deciden cómo prefieren ejecutar sus contratos en casos de incumplimiento y deciden hacerlo en la forma en que se reduzcan los costos de transacción, de esta manera no deberán esperar años para resolver un tema que no constituirá controversia debido a que su solución y ejecución ha sido tratada dentro del contenido del contrato, "ex ante". El deudor ha consentido de antemano y en forma expresa que en caso de incumplimiento accede a cumplir a través de estos medios alternativos.

Existen otros casos en los que también de antemano se podrá pactar cláusulas de solución de controversia "ex ante" a fijar el centro privado competente, por ejemplo en la celebración del matrimonio o en la constitución de sociedades, de acuerdo a F. Buckley en el libro "The Fall and Rise of Freedom of Contract". En estos casos se podrá pactar de antemano causales distintas de divorcio a las existentes al Código. Podrá pactarse también otros acuerdos referidos a la separación de patrimonios, inclusive podrá pactarse de antemano algunas reglas referentes a la patria potestad y a la custodia. Según Scott, en "A Contract Theory of Marriage", el matrimonio es básicamente el acuerdo entre dos personas, por ello es un contrato. La diferenciación entre contrato y convenio es irrelevante. El hecho que el Estado intervenga en los procesos de divorcio no tiene justificación moral ni práctica alguna. Finalmente, cuando dos personas deciden separarse o cuando una de ellas lo decide así, no existen reglas o normas legales que puedan revertir las decisiones.

La corriente que ha predominado en el siglo XX ha sido restarle importancia a los contratos, se pensó que el acuerdo de voluntades libremente concertado podía causar daño a la sociedad. Sin embargo, estos prejuicios poco a poco son dejados de lado a favor del "laissez faire", por cuanto existe la evidencia que sustituir al Estado en las decisiones de los individuos es lo más eficiente.

Esta hipótesis de trabajo plantea que el derecho de los contratos puede solucionar "ex ante" litigios que actualmente demoran años antes de resolverse judicialmente. Las instituciones privadas respetan largamente los derechos de las personas en comparación con los sistemas actuales, sobretodo porque son competitivas. Lo importante, por lo tanto, no es únicamente tener la libertad de contratar sino la posibilidad de ejecutar libremente los contratos, de acuerdo a la voluntad de los individuos basada en la libertad de las personas y siempre y cuando no afecten a terceros.

En los contratos debe escogerse también la ley aplicable en casos de desavenencias. Según Kobayashi y Ribstein en "Contract and Jurisdictional Freedom", al elegir los contratantes la ley aplicable al contrato, evitan ineficiencias del derecho positivo. Particularmente, interpreto que la elección de la legislación aplicable, en países regidos por legislación nacional, debe permitir

crear normas de derecho privado diferentes a las previstas en la ley. Es principio constitucional que se puede pactar la inaplicabilidad de normas de derecho privado, siempre y cuando, no se afecte daño de terceros.

En este sentido, todas las legislaciones que prevén sistemas de número cerrado, podrán ser declaradas contractualmente inaplicables. Los dos ejemplos más importantes respecto a este tema es el "numerus clausus" para los derechos reales. En la mayoría de países que adoptan el sistema civilromano germánico sólo se pueden pactar derechos de propiedad, aquellos creados expresamente por ley. Así por ejemplo, el espacio-tiempo compartido o "time share", no se pudo aplicar en el Perú hasta que se logró promulgar una ley en el Congreso. Tampoco los pobladores podían hipotecar sus viviendas porque no tenían títulos de propiedad de los terrenos y porque no existía legalmente hipoteca sobre posesión del lote y propiedad de la edificación; se tuvo que promulgar una ley para la creación de este derecho. Con la propuesta, las partes libremente podrían crear derechos reales o derechos de propiedad por contrato y abolir este odioso sistema que restringe la libertad de contratar y el derecho de propiedad más elemental.

Lo mismo ocurre con el derecho societario. Existen en nuestras legislaciones tres o cuatro modelos de sociedades. Si personas naturales o jurídicas desean suscribir un contrato de sociedad o constituir una sociedad, están obligadas a optar (nótese la contradicción) un tipo de sociedad con toda su regulación completa. Con la propuesta podríamos hacernos un traje a la medida. Esto es, los socios podrían tomar de cada modelo lo que más convenga a sus intereses y suscribir un estatuto que sea una combinación de artículos de la sociedad anónima abierta, otros de sociedad anónima cerrada, y finalmente, otros que no estén contemplados en la legislación y que el Registrador debiera inscribir. En todos estos casos se ejecutará el contrato de acuerdo a lo elegido por las partes y no por lo que los Códigos establezcan.

Un tercer ejemplo en el cual se puede aplicar también este criterio es en el derecho de responsabilidad y que al respecto a esculto Paul Rubin, en "Courts and Tort Contract Boundary in Product Liability". De antemano, las partes pueden pactar "a priori" cláusulas ejecutables sin necesidad de acudir a la jurisdicción, por ejemplo en el caso de productos defectuosos. Se puede pactar una indemnización determinada o un cambio del producto, etc. Una constatación notarial del producto deficiente o del daño causado por el mismo será suficiente para ejecutar el contrato de acuerdo a lo pactado por las partes. Podría asimismo, pactarse daño moral "a priori" en caso suceda tal o cual otro hecho, con la ventaja que se podrá pactar el monto de la indemnización sin que se tenga que probar que efectivamente el daño causado corresponde a dicho monto. Es ejecutable porque las partes así lo decidieron.

Adicionalmente a las ventajas ya expuestas, la elección de la legislación aplicable se torna aún más atractiva por la competencia que surge, en los casos de legislación estatal y en los demás casos porque las legislaciones libremente elegidas constituyen el reflejo de la creación de la ley libremente aceptada por los agentes económicos, lo que debería obligar al Estado a derogar aquella legislación contraria a las preferencias de las personas.

Finalmente, la libre elección de la legislación aplicable disminuye el problema del mercantilismo y del "rent seeking" a través de grupos de poder, en búsqueda de leyes especiales que sólo benefician a dichos grupos de poder. Se habría eliminado el monopolio de la legislación privada. Nótese que en términos de Hayek, lo que se elimina es el monopolio de la legislación mas no de la ley, que debe permanecer sólida, simple y segura. Esto es, derecho de propiedad, a los contratos y a ser resarcido en caso de responsabilidad. Como dice Epstein, en su artículo "Free bargaining and formalism", la libertad de elegir la legislación aplicable no implica anarquía

porque el "laissez faire" concibe el rol del Estado en la estabilización de los derechos de propiedad y en la ejecución de los contratos libremente acordados por personas adultas y racionales. Las partes eligen finalmente tales o cuales decisiones por su propio interés, resulta que de la suma de los intereses individuales plasmados en estos contratos, aparece el bienestar social, según la vieja y conocida teoría de Hayek.

Inclusive los procesos de zonificación, de competencia municipal, podrán ser superados a través de la antigua teoría de Siegan acerca de la zonificación aprobada por contratos vecinales, teoría recientemente retomada por Nelson. En todo caso, debería pactarse porcentajes racionales de aprobación o desaprobación de zonificación por contrato de las juntas vecinales para evitar el abuso del derecho. Por otro lado, consideramos que las áreas que nacieron con una zonificación determinada, forman parte integrante del título de propiedad y que por lo tanto no deberán ser modificadas, salvo por el contrato de un porcentaje razonable de los vecinos, jamás por la autoridad, pues es una intromisión en los derechos de propiedad. En este sentido, las Juntas de Vecinos, legalmente constituidas y reconocidas por el organismo competente deberán tener la facultad de aplicar coerción frente al incumplimiento del contrato de zonificación, de acuerdo a lo establecido en el contrato.

Este asunto, aparece aún con más fuerza en los contratos internacionales, que hoy, en la era de la globalización son actos jurídicos cada vez más crecientes, desde la compra por catálogo, hasta los contratos de crédito y especialmente las considerables inversiones internacionales. En estos casos también debe pactarse jurisdicción y legislación aplicable libremente. Con el propósito de evitar litigios, citado por Geoffrey Miller, está el caso del Perú y los convenios de estabilidad jurídica, que son otra fórmula eficiente de evitar ir a controversia jurisdiccional debida al cambio en políticas legislativas. Los convenios de estabilidad jurídica otorgan seguridad jurídica al inversionista y garantizan que su inversión estará sujeta a las reglas de juego existentes a la fecha de la contratación. Este acuerdo de voluntades es ley entre las partes y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

Otro caso importante es el régimen de propiedad horizontal o de edificios donde se comparten bienes y servicios comunes. En estos casos, también, por contrato, a través de la Junta de Propietarios, "ex ante" se podrá establecer las sanciones ejecutables sin intervención del poder jurisdiccional, sobre la base de lo estipulado en el contrato y a la comprobación del incumplimiento por parte de uno de los propietarios.

La hipótesis planteada se desarrolla **con relativa facilidad cuando se puede pactar contractualmente las formas de ejecución en casos de incumplimiento**. Sin embargo, el caso se torna un poco más complicado cuando el incumplimiento contractual no es previsible o cuando el conflicto entre las personas deriva de una obligación extracontractual.

En este caso, para asignar mejor los bienes y servicios de la sociedad, y en un contexto mundial de la globalización de la justicia proponemos, inspirados en las Urbanizaciones Populares lo siguiente: *Permitir la competencia efectiva a los órganos jurisdiccionales oficiales, a través de Centros Privados de Administración de Justicia.*

FUTUROLOGÍA JURÍDICA

Esto implica que las personas se afiliarán a un determinado Centro de Justicia, con quien contratarían que se encargue de la administración de justicia en caso surja en un plazo determinado (un año o dos) un conflicto de intereses con una persona natural o jurídica. Cada

Centro de Justicia contará con una nómina de jueces que serían elegidos de acuerdo a reglas que garanticen la equidad.

Permitir que las partes escojan la legislación aplicable e incluso establecer la posibilidad que se administre justicia de acuerdo a las reglas de la conciencia. Es decir, una resolución según conocimientos y leal saber y entender. Por ejemplo, un caso de mal praxis médica podrá ser conocido por un tribunal compuesto por un médico, un abogado y un filósofo, y no necesariamente por tres abogados, quienes podrían anteponer la formalidad al análisis jurídico económico del hecho en cuestión. Un caso en el que se discute el daño causado derivado de un contrato de construcción, demandará seguramente la participación de un ingeniero, un economista y un abogado.

La razón por la cual resulta fundamental escoger libremente la legislación aplicable y el pacto de resoluciones de conciencia, a través del contrato de afiliación, parte de la consagración jurídica de que el contrato es ley entre las partes, más aún si estamos frente a normas de derecho privado libremente pactadas entre los agentes económicos de la sociedad.

Desregular drásticamente los procesos de cada Centro Privado de Justicia a fin de que cada uno de éstos compita con los demás y a su vez generen en los organismos jurisdiccionales del Estado, llámese Poder Judicial o jurisdicción administrativa, el estímulo necesario para competir eficientemente con dichos Centros Privados de Administración de Justicia.

Haciendo una analogía con las AFP's o Administradoras de Pensiones, las personas naturales o jurídicas deberán optar "ex ante" por afiliarse a un Centro Privado de Justicia, con la finalidad de definir la competencia. La competencia será definida por reglas claras por los Centros de Justicia. Si ambos se hubiesen afiliado al mismo Centro, éste conocerá en ambas instancias. En caso de discrepancia se tendrá que pensar en un Tribunal conformado por igual número de vocales de ambos centros elegidos al azar. Estos detalles procesales se podrán pensar con más precisión si algún gobierno opta por hacer suya esta propuesta.

Sería recomendable que antes de iniciar el proceso de administración de justicia propiamente dicho, cada Centro Privado, inicialmente intente una conciliación entre las partes, para lo cual deberán crearse estímulos para que esto suceda. Por ejemplo, tal como sucede en los contratos de seguros, en aquellos casos en que el asegurado no incurra en el riesgo cubierto, se premiará a los afiliados que acepten conciliar, debido a que esto representará un costo menor a los Centros Administradores de Justicia.

Bruce Benson tiene una propuesta aún más audaz. Plantea la despenalización del derecho penal, propuesta con la que no coincide y propone que a través de pactos y contratos sociales, tomados de la historia del derecho en distintos lugares como Islandia y otros, no exista monopolio en la ejecución de las decisiones. Estas propuestas son nuevas y falta bastante por estudiar y pensar, sin embargo, ponen el dedo en la llaga en una institución que probadamente no sólo funciona mal sino que redistribuye labores, rentas y sólo a veces administra justicia. Justicia que cuando llega tarde y es extremadamente onerosa, pierde la calidad intrínseca de la misma.

Esta propuesta inevitablemente tendrá opositores. Por un lado, los fabricantes de leyes, quienes verán un atentado en la terminación de su monopolio. Por otro lado, tal vez jueces y vocales, así como fiscales, en general los grupos de poder quienes ya tienen acceso a prácticas mercantilistas y de búsqueda de rentas a través del sistema del "status quo". Muchas de estas oposiciones están detalladas en Kobayashi y Ribstein, en "Contract and Jurisdictional Freedom".

Sin embargo, los grandes beneficiados de estas propuestas, son los usuarios de la justicia, es decir todos, esto es: los agentes económicos que humilde y libremente ejercen profesión y oficio e intercambian bienes y servicios en la sociedad, quienes actualmente sufren los altísimos costos de transacción, incluida la corrupción existente, y que se verían beneficiados. Los detractores de la propuesta argumentarán teorías vinculadas al paternalismo de Estado o de la función social de los gobiernos nacionales y locales y de otras teorías todas vinculadas con el derecho como la ingeniería social. Nada más apartado del libre mercado. Finalmente, la justicia es el recurso más importante que hace posible la protección de los derechos individuales y de propiedad de los individuos. Dejarla como está es negar los derechos de la persona y de la propiedad a los individuos. Siglos de ineficiencia lo han demostrado. Es hora de cambiar.