

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS EFECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA PROPIEDAD Y LOS CONTRATOS

Roberto G. MAC LEAN¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Efectos de la administración de justicia sobre la propiedad*. III. *Efectos de la administración de justicia sobre los contratos*. IV. *Consecuencias*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las experiencias aprendidas, a través de los trabajos del Banco Mundial en la administración de justicia en diversas partes del mundo, es que una de las diferencias fundamentales entre los países con un sistema de administración de justicia que es socialmente eficiente, y aquellos con uno que no lo es consiste en la conciencia asumida por los jueces y sus auxiliares de que la administración de justicia es esencialmente un servicio. Ésta, que podríamos llamar “cultura de servicio”, es uno de los factores que marca el lindero entre los países desarrollados y los que están en vía de desarrollo.

Porque entre los abogados, juristas y jueces de los países en vía de desarrollo se concibe la ley y la administración de justicia, más como un modelo, como el ejercicio de un poder de autoridad, como un rito, como una docencia, con mucha frecuencia como un sacerdocio y apostolado lleno de sacrificios y sinsabores, pero no como un servicio social que no se diferencia mucho en sus objetivos finales, de servir a la comunidad, de los que tienen los servicios de

1 Las opiniones vertidas en este trabajo son personales del autor.

transporte, agua y desagüe, telecomunicaciones, electricidad, banca o seguros. Y es que en ninguno de los otros servicios nos interesa a los usuarios si el ingeniero que maneja una planta de energía fue graduado en tal o cual Universidad, o si el conductor de un medio de transporte usa el combustible de una calidad u otra. Igualmente, no nos preocupa en absoluto como se seleccionó y promocionó al administrador de la agencia del banco con el que trabajamos. En todos estos casos, sólo nos interesa el resultado final, el servicio que nos prestan. Mientras el servicio es eficiente no se habla mucho del asunto y nuestro callado agradecimiento lo expresamos en la contrapartida que entregamos, en el uso reiterado del servicio, o en la admiración y respeto que guardamos por quienes nos sirven.

En el caso de algunos servicios, cuando estos son mal prestados, no solamente dejan de ofrecernos una comodidad y nos producen desagrado, sino que pueden causarnos perjuicios y sufrimientos. Este es el caso de los servicios de salud y justicia, entre muchos otros. Para este último, la sociedad siempre encuentra alternativas y sustitutos. Los sustitutos para remediar el descontento con una deficiente administración de justicia han sido, a lo largo de la historia, el desarrollo del arbitraje, la mediación, la conciliación y, en casos más graves, la anarquía y la violencia.

Por eso, como en todo servicio, es importante compulsar, constantemente, la opinión de los usuarios; hacer un sondeo de lo que se podría llamar el “mercado” de los sistemas, formales e informales, de solución de conflictos. Una asociación internacional de empresarios y hombres de negocios, con sede en Suiza, envió un cuestionario a sus asociados alrededor de mundo. El resultado no fue muy elogioso para los sistemas judiciales de América Latina. El que obtuvo la calificación más alta entre ellos fue el de Chile con 5 puntos sobre un máximo de 10, y el resto de países figuraban con sólo 2 o 1. Muchos países ni siquiera merecieron ser calificados. En una reunión de la Asociación de los Representantes expresaron de una manera u otra algún tipo de descontento con la administración de justicia en los países en que trabajaban.

Pero el descontento o desprestigio no ocurre solamente en los ambientes internacionales. Dentro de los propios países latinoamericanos

las encuestas internas no han resultado más halagadoras. En un análisis de Luis Pasara se menciona que:

Se ha extendido un notorio malestar ciudadano respecto a la justicia. Datos de una encuesta Gallup, encargada por el grupo Poder Ciudadano, revelaron en 1994 la desaprobación ciudadana existente sobre jueces y justicia en Argentina. 40% de los entrevistados pensaba que la administración de justicia es “mala” o “muy mala”; 40% la consideraba “regular”. Peor aún, 80% no encontraba aspectos positivos en ella. Cuando se preguntó por el principal problema de la justicia, dos tercios de los encuestados coincidió en apuntar la lentitud y 57% del total señalaron la corrupción. Pero, ante otras preguntas, 88% dijo pensar que el acceso a la justicia no es igual para todos, 84% consideró que ésta favorece a ricos y poderosos, y 72% sostuvo que se halla bajo influencia del actual gobierno. Finalmente, tres de cada cuatro ciudadanos declararon sentirse poco o nada amparados por la justicia.

El malestar es similar en toda América Latina. En las encuestas realizadas en el Perú, la justicia aparece como una de las instituciones menos confiables. Uno de los porqués fue revelado en un estudio realizado en ese país, con el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (Ortiz de Zevallos, 1994; 168-169), cuando encontró que para tres de cada cuatro agraviados que eran parte en un proceso penal la justicia está teñida por la corrupción. En el área centroamericana, el trabajo de diagnóstico realizado, entre 1986 y 1989, por el Centro para la Administración de Justicia de Florida International University, constató también un alto grado de insatisfacción social con la justicia.

En Honduras, sólo 13% de los encuestados consideró que la justicia estaba “bien”; en Panamá, el porcentaje correspondiente sólo llegó a 8,8%; y en Costa Rica, 54% de los entrevistados se declaró parcial o totalmente de acuerdo con la existencia de una “inadaptación del sistema de justicia a la realidad”. En ese mismo país, 55% de los encuestados estuvo total o parcialmente de acuerdo con que existían “presiones en los fallos judiciales”. En el caso de Honduras, la insatisfacción mayoritaria parecía estar asociada a que “los fallos judiciales son interferidos por presiones” (82,4%), en tanto que 91,7% de los entrevistados pensaba que “la justicia favorece más a

los ricos que a los pobres” y tres de cada cuatro entrevistados creían que había corrupción en el Poder Judicial.²

Mucho del bienestar, la libertad, los logros personales, la tranquilidad y armonía familiares de los ciudadanos dependen de la satisfacción de necesidades básicas que giran en torno a los conceptos de propiedad y contratos, que tienen un alto contenido legal y una posibilidad grande de conflictos. En el caso de ambos, la respuesta dada por los sistemas de administración de justicia resulta crucial.

II. EFECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA SOBRE LA PROPIEDAD

Los trabajos y observaciones del Banco Mundial, en este campo se agrupan en dos tipos de países: las economías en transición de un sistema de planificación centralizada por el Estado y propiedad socializada, a un sistema de economía de libre mercado y propiedad privada; y las economías en transición de un sistema en que la propiedad está concentrada en unos pocos, a un sistema abierto en que todos tienen acceso a ser propietarios. Ejemplos del primero son los países de Europa central y oriental, y del segundo los países de América Latina, sudeste asiático y África.

Se puede fácilmente hacer la observación de que estos problemas son cuestiones que resuelve la legislación y en los que los jueces poco o nada tienen que ver para modificarlos o resolverlos. Pero, para darse cuenta cabal del papel central que, en realidad, juegan los jueces en esta cuestión, basta anotar que el mismo Código de Comercio ha estado en vigencia en Polonia desde la década de los años 30, y durante la ocupación nazi, la liberación, la implantación del régimen comunista y, finalmente el retorno a la economía de mercado. Toda la diferencia la hicieron las formas de aplicar la ley y el papel desempeñado por los jueces.

Posiblemente ningún país comunista llevó los principios de propiedad comunitaria al extremo que Albania. Hasta 1993, ningún habitante de este país podía ni siquiera ser propietario de un automóvil. Con las transformaciones ocurridas después de esa fecha se inició un

2 *Jueces y justicia, en tela de juicio*, 1995.

programa de privatizaciones, que comenzó con las viviendas y tierras de cultivo, y que ha convertido a Albania en un país de pequeños propietarios. Como resultado de una variedad de situaciones producidas, en la actualidad las causas civiles representan casi el noventa por ciento de los juicios ventilados ante los tribunales de ese país; y de ese noventa por ciento alrededor de ochenta por ciento son casos vinculados a problemas de propiedad. Pero la respuesta de los tribunales no es hasta ahora clara, y se está generando descontento, tanto en las esferas del gobierno como en la población. El problema de la transformación en Albania es que, a diferencia de Polonia, o hasta cierto punto, Rusia, países en los que había una tradición de excelencia académica o profesional, y, al menos en Polonia, un sistema de valores suministrados por la doctrina cristiana católica, hasta hace poco, Albania era el único país oficialmente ateo, al colapsar el sistema legal y de valores marxistas, no existe algo que lo sustituya y sirva de red protectora. De manera que, al desaparecer los frenos de la ética marxista y dejar libres los apetitos económicos personales tiene que formarse una cultura ética de democracia y de libertad en la opinión pública que provea los controles necesarios. En este momento, los casos de corrupción judicial son una de las principales preocupaciones del gobierno de Albania. Indudablemente que esto produce un efecto desalentador para la pequeña y mediana inversión.

En América Latina y en algunos países del norte de África y Medio Oriente, la problemática se presenta bajo formas distintas. En nuestro continente, el acceso a la propiedad y al mercado han estado frenados por un sistema legal inadecuado a la realidad y que ha alentado la interpretación marxista del derecho. Con tantas trabas para el acceso es una sorpresa que esa doctrina no se haya propagado más. Pero no todo el peso de la responsabilidad por esta situación debe achacarse a los legisladores. Uno de los principales problemas en América Latina es que los jueces no han tomado conciencia y no han querido asumir el enorme poder que —a pesar de todas las limitaciones del sistema romano civil— les ofrece el ejercicio de la discreción judicial.³

3 Mac Lean, Roberto, *El poder discrecional del juez*, 1982.

En el Perú, por ejemplo, tal como lo ha descrito, con minuciosidad de detalles, Hernando de Soto en *El otro Sendero*, la forma como ha accedido a la propiedad alrededor del cuarenta y ocho por ciento de la población, ha ocurrido al margen de la ley. Y la multitud de conflictos no reconocidos por la ley son resueltos por mecanismos alternativos de solución que no tienen reconocimiento legal, pero sí eficacia social. La situación en el Perú no es tan diferente de la de los barrios de Caracas o de las poblaciones en Chile, Argentina, México o Brasil. Los jueces tienen que salir imaginativa y creativamente al encuentro de esta realidad, porque uno de los mayores obstáculos por salvar en América Latina —y acaso nuestro signo de identificación jurídica frente al mundo— es la distancia entre la ley y la realidad. Distancia que —entre todos los actores legales— sólo el juez puede salvar en un clima de orden y paz.

Pero no sólo basta con acceder a la propiedad que —como acabamos de ver— es un problema de dimensiones grandes, sino de ofrecer protección y estímulo a los que ya la tienen. Aparte de las condiciones macroeconómicas, es la predictabilidad y confianza en lo que van a decir o hacer los tribunales, lo que incentiva a los inversionistas a aventurarse a adquirir o aumentar el valor de sus propiedades. El mismo De Soto relata la experiencia con dos comunidades de invasores de terrenos urbanos del estado, en las que, al cabo de dos años, la comunidad que alcanzó antes reconocimiento legal, invirtió al poco tiempo doce veces más que la que no lo había obtenido.

Hay formas aún más específicas en las que los jueces pueden ayudar a proteger la propiedad con el ejercicio de su discreción, y es a través de la condena al pago de indemnización por daños causados a ella. Una constante en los tribunales del subcontinente es el bajo monto que otorga como indemnización por daños en general. Esto afecta directamente a todo tipo de propiedad, desde la inmobiliaria hasta la industrial e intelectual, que, ciertamente, no se siente incentivada con los fallos. Forzando el razonamiento y haciéndolo extensivo a la vida humana, posiblemente en ninguna parte del mundo cuesta tan poco dinero causar la muerte a una persona en un accidente por negligencia.

Igualmente, con todo el contenido y sensibilidad social de las leyes de inquilinato, su interpretación judicial ha desincentivado en

muchos casos la inversión en vivienda, creando un déficit habitacional que el Estado no puede satisfacer.

III. EFECTOS DE LA ADMINSTRACIÓN DE JUSTICIA SOBRE LOS CONTRATOS

Si bien el régimen de protección a la propiedad privada es la piedra angular sobre la que se construye la economía de mercado, la transición entre economía feudal y el capitalismo —como lo observara sir Henry Summer Maine en su *Ancient Law*— se refleja en la transición entre un régimen legal basado en la propiedad y uno basado en el desarrollo de contratos. Algo semejante está ocurriendo, hasta cierto punto, en la transición entre las economías centralmente planificadas y el desarrollo de mercados, como hemos mencionado en el caso de Albania. Y lo mismo ocurre para la transición en Latinoamérica, Asia y África, hacia una economía abierta de mercado a la que todos pueden tener acceso.

Un banquero de Caracas expresaba, que cobrar judicialmente una deuda originaba tales demoras, gastos y pérdidas, que el banco del que era presidente había adoptado la política de suprimir el otorgamiento de crédito —aún para operaciones que parecían interesantes y aunque estuvieran garantizadas hipotecariamente— cuando el solicitante de crédito fuera desconocido. Sólo realizan operaciones dentro del círculo limitado de sus relaciones y clientes en quienes confiaban. La eficacia judicial es el factor determinante que permite a los agentes económicos ampliar sus transacciones más allá de los círculos familiares, sociales, culturales, regionales, políticos, etcétera. Es lo que hace posible la diferencia entre una economía cerrada y elitista y una abierta y democrática. Y es lo que hace posible el crecimiento.

El presidente de la Asociación de Compañías de Seguros de Polonia expresaba que aunque deseaba ser más competitivo para ampliar su mercado frente a la competencia extranjera, el costo para recuperar judicialmente de los responsables el pago de la indemnización pagada a los asegurados, es tan alto y la demora tanta, que para sobrevivir tienen que subir el precio de las primas.

Una encuesta a empresarios en el Perú reveló que una buena parte de ellos —dada la ineficacia del sistema judicial para procesar adecuada y oportunamente el cobro de deudas— opta por ni siquiera

darse el trabajo de iniciar acciones judiciales por montos menores de US\$10.000 o US\$5.000 según las empresas.

Pero, si bien en todos estos casos la responsabilidad del efecto se puede atribuir a la organización y funcionamiento global del sistema, que produce esos resultados, hay casos en que la causa se personifica más en el juez individual que emite el fallo. Es la circunstancia dada por la respuesta de jueces peruanos, argentinos y venezolanos ante el fenómeno de la inflación. En el Perú —llegó a alcanzar anualmente 7,000% en su peor momento— los jueces optaron por sancionar el pago de las deudas por su valor nominal. En Argentina, con textos del Código Civil y del Código de Comercio muy parecidos a los peruanos, los jueces consideraron que en operaciones pecuniarias lo importante no era el valor nominal sino el valor económico real de la transacción y, aún antes que se dictara legislación al respecto, optaron por indexar las deudas a otros elementos económicos. En Venezuela, con textos legales semejantes, la reacción se ha producido por sectores, pues han sido los jueces laborales los que han optado por la indexación de las deudas, mientras que en los otros campos sigue siendo el asunto objeto de debate.

El efecto de las decisiones de los jueces peruanos fue que resultó económicamente más productivo no pagar las deudas e ir a litigar, aunque se estuviera seguro de un resultado adverso. Combinando la inflación, una tasa de interés legal muy baja, la lentitud de los procesos, más un sistema que no discrimina la procedencia de las apelaciones, ni sanciona efectivamente los recursos frívolos, el resultado final es que el acreedor recupera una porción ínfima de su crédito. Además, el número de juicios de cobro de dinero se incrementó y se produjo una congestión de causas, que no tienen importancia alguna en las instancias de apelación.

Una situación aparte, en que los intereses en conflicto y los puntos en controversia son muy delicados y sensibles, es el de la jurisdicción laboral. Muchos casos la legislación protectora del trabajador aplicada inconsistente e incoherentemente, por jueces sin una concepción política, social y económica básica, ha producido un retraimiento en la oferta oficial de empleo y la aparición de un mercado sustituto informal que daña el prestigio del sistema de justicia, y no mejora la condición del trabajador.

Es notoria, en la mayor parte de los jueces de países en vías de desarrollo, la carencia de un entrenamiento que les permita percibir las proyecciones económicas, sociales y políticas de muchas decisiones que pronuncian en relación con la propiedad y los contratos. Aunque está aumentando el número de juristas en universidades latinoamericanas que están explorando y estudiando estas relaciones, sus trabajos no han trascendido los restringidos medios académicos. Son los economistas o sociológicos los que han presentado argumentos más persuasivos y han llamado la atención del público en general. *El otro Sendero* de Hernando de Soto es el mejor ejemplo de ello. Pero todavía su voz no ha llegado a los salones de los tribunales.

IV. CONSECUENCIAS

Esta situación que hemos mencionado comienza por estimular y propagar alternativas que debilitan el sistema de un mercado libre, desarrollando privilegios que deterioran los sistemas legales y de justicia o llegando a dar lugar a opciones abiertamente delictivas. En el mejor de los casos alienta la opción de arbitrajes, mediaciones, conciliaciones o negociaciones. De hecho, un fenómeno creciente es que ni los más ricos, ni los más pobres recurren en América Latina a la justicia de los tribunales ordinarios. Grandes empresas petroleras o mineras, transportistas, navieros, bancos, aseguradores cada vez que pueden, pactan arbitrajes. Es rara la ocasión en que un tribunal latinoamericano discute un asunto de verdadera envergadura. Los grandes problemas vinculados al comercio o a las inversiones internacionales han sido sustraídos de los tribunales nacionales de los países en desarrollo y sometidos a mecanismos internacionales de solución de controversias, trátese de la Organización Mundial de Comercio, Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones, Corte Permanente de Arbitraje Internacional de la Haya, Tratado de Libre Comercio de Norte América, o de los innumerables centros privados internacionales de arbitraje, como la Cámara de Comercio Internacional de París.

Por otra parte, los más pobres, ignorados por los sistemas legales y judiciales, han encontrado sus propios sistemas informales de solución de controversias en los barrios de Caracas, o el “jeito” brasileño, o los métodos de los ambulantes del Perú, por citar unos po-

cos. Lo peor que puede pasar con esta alternativa es que los sistemas judiciales se conviertan en mecanismos de segundo orden, cada vez menos relevantes.

Pero, hay otras posibilidades que son menos satisfactorias y, a la larga, más dañinas al sistema de mercado, a la empresa privada y, aún a la democracia misma. Una de esas situaciones se da en Polonia con la cobranza de deudas. El proceso judicial es tan dilatado en la cobranza de deudas y —en una evaluación cruda— tan perjudicial a las empresas, que ha habido necesidad para que los bancos no quiebren de facultarlos a ejecutar sus documentos de crédito sin necesidad de recurrir al juez, sino dirigiéndose directamente al alguacil de la corte que ejecuta los fallos. ¿Por qué esta facultad se da a los bancos, y no a las compañías de seguros, mayoristas o compañías de transportes? No se ha explicado. La única respuesta es que se trata de una situación transitoria.

Los sistemas alternativos informales en Indonesia o Egipto no son muy tranquilizantes tampoco. Los directivos del Colegio de Abogados de Yakarta se quejan de las “agencias” de cobranzas de deudas, cuyos métodos incluyen algunos tan persuasivos como soltar víboras en la casa del deudor y otras intimidaciones por el estilo.

En América Latina, el sistema de relaciones sociales, contactos amistosos y otros incentivos abren muchas puertas y aceleran trámites y términos procesales. Pero en todo el mundo, las demoras en los trámites abren la puerta y ofrecen ocasión para la corrupción. El desprestigio del sistema conduce al desengaño, éste a la frustración y la última etapa desesperada de ambos, siempre desemboca en la violencia social.

V. CONCLUSIÓN

Como sostiene el profesor Douglass North,⁴ premio Nobel de Economía, 1993, las instituciones se componen de reglas formales, normas informales y las *características de imposición de ambas*. Es la mezcla de ellas la que determina el funcionamiento y el resultado económico. El objetivo principal de la política de desarrollo debe ser

4 *El marco institucional para el desarrollo económico*, 1995.

la creación de Estados que creen e *impongan* derechos de propiedad eficientes. Asimismo señala, en otra parte, que los mercados eficientes muy desarrollados del mundo occidental se caracterizan por la condición excepcional de costos de transacción bajos o insignificantes. Son costos de transacción todos aquellos en que debe incurrir cualquier persona para informarse, negociar, contratar y *hacer cumplir* las condiciones de cualquier intercambio. Robert M. Shernood, Geoffrey Shepherd y Celso Marcos de Souza⁵ llegan a sugerir que no sería sorprendente que el efecto de un Poder Judicial débil puede llegar a afectar por lo menos en un 15% la tasa de crecimiento de un país. Y, decimos nosotros, esa es la tarea de los sistemas de justicia de América Latina: contribuir al desarrollo, porque el aumento de los costos de transacción, al final del día, los pagamos todos nosotros: los consumidores y usuarios. Igualmente, otro efecto es la pérdida o reducción de oportunidades para los millones de desposeídos, y subempleados. Pero, ¿cómo enfrentar el desafío que nos presenta el abismo que se abre a nuestros pies entre la ley y la realidad? Fernando de Trazegnies —que fue uno de los legisladores del Código Civil peruano de 1984— en su artículo “La muerte del legislador”, nos asoma al vértigo y nos produce un vacío en el estómago al darnos en la cara —después de analizar los diversos métodos de interpretación— con la imposibilidad de llegar a ubicar un sentido absolutamente claro y unívoco en la ley. Pero, felizmente para nosotros, es el juez el que tiene que saltar al vacío conceptual y responderse si su misión en una sociedad en transformación es la de un burócrata que aplica mecánicamente la ley, general y abstracta, a los diferentes y variantes casos concretos, o un proveedor de servicios cuya tarea primordial, dentro del marco referencial de la ley, es la de solucionar creativamente con todos los recursos a su alcance, los conflictos reales, y hacer posible, y dar forma, a la paz, al crecimiento y a una distribución más justa de la riqueza.

5 *Judicial Systems and Economic Performance*, 1995.