

Entrevista a Jorge Mosset Iturraspe

En el mes de setiembre pasado se llevó a cabo -gracias a una acertada iniciativa de la Universidad de Lima- el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños. Con tal motivo, se convocó para el evento a reconocidos académicos y a renombrados juristas nacionales y extranjeros; resaltando notablemente la figura del profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe, jurista de dilatada trayectoria y autor de una muy importante y vasta obra doctrinaria. A continuación les ofrecemos la entrevista que Thémis-Revista de Derecho realizara en tal ocasión.

La preparación de la presente entrevista estuvo en parte, a cargo de Enrique Felices y Juan José Martínez. La mayor parte de la misma, sin embargo, se debe al trabajo que, por especial encargo de el diario oficial "El Peruano", realizaron Nadine Quijano y Alejandro Falla, siéndonos amablemente cedida para su publicación completa.

Thémis: ¿Cuál es su opinión, acerca de la propuesta que fue presentada no hace mucho tiempo, y que ha sido relanzada un poco en este Congreso, referente a la creación de un sistema de seguros obligatorios que vele, al mismo tiempo, por la indemnización de las víctimas y por la reducción del costo de los accidentes vía su distribución, sea a través del precio, sea a través de los seguros?

Jorge Mosset Iturraspe: El tema del seguro obligatorio ha sido tratado en este Congreso desde dos enfoques. Se ha dicho, a mi juicio con razón, que imponer el seguro obligatorio indiscriminadamente en muchas áreas, como puede ser el seguro para quien compra un producto elaborado, un electrodoméstico o para quien concurre a una cancha de fútbol, a un teatro, a un cine, no es una cosa buena. Esto por varias razones: en primer lugar, porque encarece los costos de los bienes y servicios; todo se encarecería, la economía sufriría en este sentido un encarecimiento. En segundo lugar, porque relaja o afloja el cuidado y la diligencia, que deben tener todos los que incorporan bienes o crean situaciones de riesgo. Relaja esta disciplina, todos sabemos que no conduce con la misma prudencia el automovilista que tiene seguro, que el automovilista que no lo tiene. El seguro siempre ha producido este aflojamiento de los cuidados, puesto que si me ocurre un accidente y estoy cubierto, paga el seguro.

Sin embargo, el otro enfoque que se ha hecho en este Congreso, es el del seguro forzoso u obligatorio -no más seguro voluntario como dice el Código de Tránsito del Perú y la Ley del Tránsito en la Argentina- para la circulación automotriz. En esto estoy totalmente de acuerdo, pues el seguro debe ser obligatorio para todo aquel que incorpora a la circulación un vehículo automotor, ya se trate de un auto, de una motocicleta, de un camión o de una motoneta. ¿Por qué? porque de este modo se evita algo que también se ha dicho en este Congreso: que la víctima no encuentre la condigna o la justa reparación. Pues el dueño del automotor -y mucho más el dueño de una motoneta o motocicleta- puede ser insolvente, y entonces la víctima se encuentra con un señor que aparenta solvencia, por poseer un automotor, pero que en realidad no la tiene.

Para esto, creo yo, que debiera llevarse adelante -implementarse, como se dice ahora- el seguro forzoso para la circulación, para el tránsito. En este ámbito sí, con posibilidad de contratarlo en cualquier compañía -compañía sería- y que todo el que conduzca lleve junto con sus documentos de identidad, y con la tarjeta de propiedad del vehículo, el seguro que demuestre que si causa daños, las víctimas tendrán la posibilidad de ser reparadas. Esto me parece importante.

Thémis: Doctor, Ud. ha comentado el riesgo que conlleva el deterioro de las medidas de diligen-

cia de los conductores asegurados pero, ¿eso no podría ser evitado fácilmente con las franquicias por ejemplo? Las compañías aseguradoras no pagan íntegramente el daño; por lo que tengo entendido, pagan solamente un monto.

J.M.I.: Claro, yo ponderaba en esta reunión -recién hace unos minutos- la Ley francesa de 1985 que lleva un título que llama la atención, se llama "Ley para el acortamiento de los juicios de indemnización por accidentes de automotores y para posibilitar el pronto cobro de la indemnización a las compañías aseguradoras". Esta es una ley pensada con un sentido práctico para que no ocurra lo que pasa en nuestros países, que un juicio donde se reclama una indemnización por accidente dure tres, cuatro o cinco años, que una compañía aseguradora especule para no pagar la indemnización con llevar adelante un juicio, bajarle el problema a su asesoría letrada y entonces, hacer de todo accidente un litigio; esto no está bien.

Ud. dice, con razón, que con un sistema de premios y castigos se podría poner fin a esto. Vale decir, que una persona que no tiene accidentes en un año, tenga que pagar una prima de seguros mucho más baja que aquel que tiene reiterados accidentes. Además, a la persona que ha cometido accidentes se le posibilita un carnet en la próxima renovación por más años, y por menos años a la otra; puede permitírsele, también, renovar su carnet sin necesidad de rendir exámenes teórico-prácticos, que sí rendirán los que cometen accidentes. En consecuencia, implica endurecerse frente al trasgresor y aliviar la situación del respetuoso del tránsito.

Thémis: Otro de los comentarios críticos que se hacía a la propuesta, era el posible encarecimiento de los precios de los bienes y servicios a raíz de la obligatoriedad del seguro. ¿No cree Ud. que eso en cierta medida se vería reducido, justamente por el mismo hecho de ser obligatorios los seguros y a partir de su difusión, el precio mismo de los seguros bajaría y por lo tanto el costo agregado...

J.M.I.: Pero, lo vuelvo a repetir, primero hay que descubrir el área donde la accidentología tiene mayor presencia. Si yo le preguntara a Ud. en estos momentos, aparte de los accidentes de automotor cual es el área que en el Perú o en Lima, demuestra mayor cantidad de accidentes, tal vez Ud. no me sabría responder; se pondría a pensar y me diría bueno, los productos elaborados, los alimentos, los fármacos, los electrodomésticos, en fin. Entonces, el inventar seguros obligatorios para situaciones que todavía no los reclaman, parece que es una cosa a contramano, es poner el carro adelante de los caballos. Primero hay que detectar el área.

Está detectado -y las estadísticas citadas por Yuri Vega en este Congreso así lo han demostrado- que la accidentología está presente en los accidentes de tránsito. Así entonces, pongámoslo: el seguro obligatorio para cubrir a los conductores insolventes, para asegurar la indemnización de la víctima -la pronta indemnización como dice la Ley francesa-; pero en las otras áreas, parece un poco caprichoso. Todavía es posible en estas áreas que el causante del daño indemnice a las víctimas, porque las víctimas no son tan numerosas, todavía no existe una plétora de víctimas. Estaríamos, vuelvo a repetir,...

Thémis: ...adelantándonos un poco al problema...

J.M.I.: ...preparándonos, porque recién aparecen las primeras nubes.

Thémis: Existe una posición doctrinaria bastante difundida que postula que las funciones de la Responsabilidad Civil son básicamente tres: la función resarcitoria, la función de equivalencia y la función punitiva. ¿Podría entenderse -en su concepto- que el Derecho de Daños cumpla alguna función en la prevención de daños?

J.M.I.: Entiendo que este aspecto, el menos destacado en los tiempos modernos, es el más importante. Por lo que decíamos antes sobre la lentitud, la onerosidad y la inseguridad de la justicia, el ideal jurídico es la evitación de los daños. Vale decir, que la estructura jurídica, que el Estado de Derecho, se arme para impedir que los daños se produzcan; que se desmantele la estructura dañadora, que se impida que el automovilista dañe; ¿cómo? a través de la educación vial; ¿cómo? a través del control en la circulación. Porque una indemnización produce lo que usted ha dicho: la reparación dineraria -que nunca es plena ni integral- y otro tipo de compensaciones que no son plenamente satisfactorias. La evitación es el ideal al que tenemos que apuntar con imaginación, con astucia y prontitud.

Thémis: Doctor, Ud. ha mencionado una problemática común creo a los países latinoamericanos. En nuestro país, el sistema de responsabilidad civil extracontractual ha fracasado, sin lugar a duda. Los juicios -en promedio- duran cinco años, son sumamente caros, las indemnizaciones que concede la Corte generalmente son inferiores a 50 dólares; en consecuencia es un fracaso. Una de las razones por las cuales ha fracasado, por lo menos en nuestro país, -sin descartar otras más- es que las Cortes se niegan a considerar, por ejemplo, los efectos de la inflación sobre los procedimientos. Esto es algo que se presentó y superó, de alguna manera, en la Argentina, ¿qué es lo que pasó? ¿cuál es la experiencia argentina al respecto?

J.M.I.: ¿Yo le voy a contar? De nada sirven las buenas leyes si no está asegurado que el justiciable -quien reclama justicia-, tenga una justicia pronta y barata, un fácil acceso a la petición de justicia, a los tribunales, y una justicia segura que no lo va a defraudar con una indemnización meramente simbólica como las que se citaban (éstas que nosotros decimos, remedando lo que ocurre en otros países como en Inglaterra, que condenan al victimario a pagar un penique o varios chelines, y entonces la víctima se ve con una victoria en cuanto que la sentencia le da la razón, pero con una derrota en cuanto no cobra nada). En la Argentina, este problema no está todavía solucionado.

La justicia argentina, pese a que para los accidentes se han creado en muchas provincias tribunales orales de juicios rápidos, "sumarios"- por lo menos llamados así- no ha logrado salvar el problema. Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, los accidentes de tránsito se ventilan ante un tribunal de juicio oral, instancia única y colegiada; tres jueces dictan una única sentencia en un procedimiento oral, teóricamente rápido, simplificado, no obstante lo cual un juicio de estos en la Argentina - y en mi provincia Santa Fe donde está el procedimiento- puede demorar cuatro o cinco años, por lo que en la realidad queda desmentido lo de la rapidez, la economía y demás.

Nosotros hemos superado el problema inflacionario -en primer lugar- porque admitimos reajustes permanentes, es decir, en lugar de mantenernos en el nominalismo -un peso igual a un peso- admitimos que un peso -de hoy puede ser 80 centavos de mañana, cincuenta de pasado y nada dentro de diez días. Este fue nuestro primer paso, nos plegamos al valorismo: la moneda vale por su poder adquisitivo; y abandonamos el nominalismo: un peso vale por lo que está escrito en él.

En este aspecto superamos el problema, pero Ud. me pregunta si en la Argentina está superado el problema hoy, en cuanto a que los jueces manden pagar una indemnización razonable. Yo diría que estamos en estabilidad económica. Tenemos desde hace bastantes meses un peso que vale más que el dólar -algunos centavos más que el dólar- pero los jueces están, y esto parece paradójico, en lugar de aumentando las indemnizaciones, reduciéndolas. Yo lo dije en la primera exposición, como si la vida humana en lugar de valorizarse con la concepción a que nosotros hemos aludido, estuviera desvalorizada.

Entonces, Argentina pertenece a un subsistema de responsabilidad civil que puede compararse a los mejores sistemas del mundo. Estamos en un estadio doctrinario, de resoluciones de Congreso, doctrina autoral, que podríamos llamar adelantadísima pero, en la realidad, la legislación está a la

saga; las leyes no están actualizadas y lo peor es que la justicia sigue siendo cara, lenta e insegura, al punto que los estudios de los últimos tres años - para imponer en la Argentina una justicia paralela arbitral- están muy avanzados. Así, en adelante, toda persona que tenga un litigio podrá elegir, entre recurrir a la justicia institucionalizada estatal o a la justicia privada arbitral. Uds. dirán, es un proceso más de la privatización, puede ser, pero nosotros aseguramos con la justicia privada arbitral un proceso rápido, que en seis meses puede ofrecer una sentencia definitiva.

Thémis: Pero este procedimiento es un procedimiento voluntario...

J.M.I.: Es voluntario, y tienen que estar de acuerdo las dos partes. Allí entonces, estamos inventando otro sistema de premios y castigos, ¿qué pasa cuando alguien quiere ir a la justicia arbitral y el otro, por esas cosas que pasan en los litigios, dice yo quiero la justicia institucionalizada? En este caso, las tasas de justicia -que es el impuesto por recurrir a los jueces del Estado- la paga exclusivamente el que quiere la justicia estatal; el otro queda liberado de ese impuesto, porque aceptó la justicia privada. Esto que se podrá decir justo, no viola la Constitución, es finalmente una solución práctica que busca impulsar un poco la justicia privada. Nuestros tribunales están abarrotados de casos, cualquier estadística de la Corte de la provincia de Corrientes con seiscientos expedientes atrasados lo deja ver; es decir, que tienen un compromiso de tres o cuatro años de trabajo al máximo.

Thémis: ¿Y gran parte de este volumen de la carga de los Tribunales es justamente producto de accidentes y, básicamente de accidentes de tránsito?

J.M.I.: Bueno, los Tribunales que llevan accidentes están muy abarrotados, sin ninguna duda. En la capital federal hay también distintos Tribunales con un procedimiento de juicios abarrotado por accidentes de tránsito y también por juicios de menor cuantía. De allí que se piense en Tribunales barriales, en Tribunales para causas, que nosotros llamamos de paz letrada, o de jueces legos. Es decir, la imaginación debe volar para sacarle a la justicia institucionalizada mucha de la enorme cantidad de causas que hoy día impiden que los jueces fallen en términos razonables. En mi provincia es común, que los expedientes para segunda instancia, queden dos, tres, cuatro años, esperando fallo de segunda instancia. El hombre común a quien le explicamos esto no lo cree; el cliente a quien le decimos dos, tres, cuatro años... nos dice ¿están locos, qué empresa aguanta...?

Thémis: Profesor, en su opinión las categorías del "Daño a la persona" y del "Daño Moral",

¿representan dos clases de daños diferenciables y autónomos o son, por el contrario, dos calificaciones semánticas distintas que inciden sobre un mismo objeto, a saber, un único daño?

J.M.I.: Mire, se trata de lo siguiente. El daño moral, en buena medida, ha quedado desacreditado por todos aquellos juristas que dicen que el daño moral es el precio del dolor, el precio de los sufrimientos; y que, al no poder valorarse el dolor y el sufrimiento, el daño moral no pasa de ser una entelequia, una vaguedad. En consecuencia -sin apartarse y sin hablar de categorías autónomas- nosotros preferimos decir: señores, hay un daño a la vida de relación, hay un daño al proyecto de vida, hay un daño a la identidad, hay un daño a la intimidad. Que este daño sea material o moral, es otra historia; pero, mostrar que el espectro que se encierra bajo la denominación daño moral es riquísimo y que no es solamente el dolor o el sufrimiento, cuya medición es imposible. No se trata, entonces, de categorías autónomas o distintas. Pueden quedar agrupadas en lo material o moral, pero se trata de especificaciones, de concreciones de situaciones que pueden ser novedosas y que antes no eran vislumbradas, que no eran descubiertas detrás del rótulo daño material o daño moral.

Thémis: Doctor, en su conferencia del día de ayer Ud. se refirió un poco al Análisis Económico del Derecho y justamente a las aplicaciones de éste análisis en el campo de la responsabilidad civil. En nuestro país, en algunos medios, el Análisis Económico del Derecho ha tenido cierta acogida, no solamente a nivel académico -en nuestra universidad ya se dicta como un curso electivo-, sino también en los medios legislativos. Mucho de esta doctrina, de este tipo de análisis ha inspirado legislación concreta en el país. ¿Qué opina sobre la factibilidad de la utilización de este método en aplicación al campo de la responsabilidad civil extracontractual?

J.M.I.: Yo creo que hay que hacer una serie de distinguos. ¿Que los hombres de Derecho empecemos -porque se puede hablar de empezar- a saber de economía, de análisis económico, de macro y micro economía?, sí, ha llegado la hora de hacerlo. No puede más un hombre de Derecho pretender ser un arquitecto social y no saber de economía, de mercado, de leyes económicas, y de problemática de los consumidores. Al Análisis Económico entonces, traído a los hombres del Derecho para reforzar sus conocimientos, enriquecer su "mochila" y ayudarle en el ejercicio de la profesión, de la magistratura, de la docencia, me parece excelente.

Pero está el otro "pero", cuando se habla de Análisis Económico del Derecho -con estas tres palabras, Análisis Económico del Derecho- se quiere

re decir, como una interpretación de las leyes y del ordenamiento jurídico que privilegie los criterios de lo económico, vale decir, las leyes del mercado; que anteponga a los valores del Derecho -justicia, equidad, seguridad-, los valores del mercado -eficiencia, utilidad, enriquecimiento, engrandecimiento-. Este Análisis Económico del Derecho, que privilegia la economía y supedita el Derecho a la Ciencia Económica, no me parece bueno, me parece rotundamente incompetente, me parece un signo del tiempo que vivimos, que es paradójicamente signo de materialismo económico. Derrotado el marxismo, es como si el materialismo fuera recuperado por el capitalismo. Esto lo ha expresado Su Santidad en dos o tres últimas encíclicas. Es como si, terminado el materialismo histórico de los marxistas, fuera ahora el capitalismo de la era post-industrial el que se siente titular de las concepciones materialistas. Esto me parece peligroso.

Los hombres de Derecho debemos insistir y poner el acento en los valores de la escala jurídica, debemos poner el acento en la justicia, y decir, sí señores, nadie puede desconocer que la utilidad es conveniente, pero utilidad con justicia. Nadie puede desconocer que hay leyes en el mercado, pero esas leyes deben ser justas. Entonces yo le diría, en su cátedra de Análisis Económico que abra un largo capítulo que se llame "de las fallas del mercado" y que analicen allí las fallas del mercado y que empiecen por ejemplo, por leer lo que ha dicho hace pocos días en un coloquio en Francia, Camdessus, que señala todas las fallas que el mercado moderno muestra; fallas, verdaderos artilugios, verdaderas situaciones noveladas, mentirosas, que se llaman fallas del mercado, y que se esconden bajo el rostro de las leyes de la economía.

Thémis: Doctor, Lo que pasa tal vez en nuestro medio es que hay un desconocimiento acerca de lo que realmente es el Análisis Económico del Derecho y hay una suerte de prejuicios o falsos mitos acerca de eso; porque para empezar, el Análisis Económico no es una sola escuela sino varias, predominando dos: una que viene básicamente de Chicago y, otra que sale de Yale; una que da prioridad a las cuestiones de eficiencia... más que dar prioridad, digamos que todo el discurso que acaba de formular, todas las críticas, justamente están apuntadas hacia este tipo de escuelas. Pero hay otra, que incluye los problemas de valores, los problemas redistributivos.

J.M.I.: Ud. ha dicho muy bien, Análisis Económico del Derecho no quiere decir Análisis Económico a nivel de Chicago, y el seguimiento de Posner; hay distintas escuelas, hay matices, Calabresi atenúa la fuerza de las leyes del mercado para dar lugar a los valores de la escala axiológica. "El Costo de los accidentes", de Calabresi, es un libro que debería

ser de lectura obligada en las cátedras de derecho civil, de obligaciones, o de responsabilidad civil. Dworkin en ese libro, también traducido al castellano que se llama "Los derechos en serio" habla del mismo tema..., los derechos en serio, mire que título; de qué sirve en nuestros países declarar derechos si son derechos declarados en broma, declaraciones meramente formalistas o simbólicas. El único que es realmente ortodoxo en esto es Posner.

Hay cosas del Análisis Económico, como ya lo he dicho, que son muy convenientes y que nos enseñan y nos abren caminos, pero cuidado. Yo creo que hay que caminar por este sendero con mucha prudencia, con mucho cuidado; no enamorarse y pasar a ser un seguidor del análisis económico, sino enriquecer, como decía, la "mochila" y contemplar el tema con discreción. La lectura de Calabresi, la lectura de Dworkin, la lectura de Posner, pero sin rendirse. Yo comprendo que esta teoría tiene todo el atractivo de saber que el gran país del norte está adherido a ella, ¡el gran país del norte! Yo suelo terminar esto haciendo una especie de narración que es verídica y que llama la atención. En los Estados Unidos la concepción protestante de la vida le enseña que los ricos se van al cielo. Para el hombre americano, ser rico en la tierra es estar señalado por el dedo de Dios y es un anticipo de que tendrá un lugar en el cielo. Para nosotros en Latinoamérica, en cambio, ser rico es estar condenado tal vez al infierno.

Thémis: Finalmente, Doctor, ¿cómo afronta el moderno Derecho de Daños problemas sociales actuales como los "daños masivos"?

J.M.I.: Los daños masivos nos preocupan enormemente porque, así como yo señalaba en mi charla, que cada vez son más los daños producidos por un grupo -de producción masiva- también es verdad que cada vez son más los daños sufridos masivamente; vale decir donde un grupo, una colectividad, una región es la víctima de un daño.

¿Qué tiene el Derecho como respuesta a esto? Primero, la posibilidad de que la acción sea ejercitada por quien invoca el interés propio, pero también la representación de la colectividad; vale decir, vulgarizar la idea de los intereses difusos. Los intereses difusos, las asociaciones u órganos representativos de la comunidad, y algo de lo que se habla menos, que es la posibilidad de que una sentencia dictada en estos casos tenga fuerza de ley para otros casos similares; vale decir, el poder de irradiación de las sentencias.

Esta es una idea procesal que se está manejando desde hace un tiempo en los últimos congresos de Derecho Procesal. La sentencia con fuerza de irradiación que alcanza a los justiciables para el caso y a otras situaciones que no han sido todavía ventiladas.