

# APROXIMACIONES A LA LITIGIOSIDAD EN EL PERÚ

Mario Reggiardo Saavedra\*

Fernando Liendo Tagle\*\*

*Somos un país con un alto índice de litigiosidad, el número de procesos que se inician en el Perú cada año es sumamente elevado. ¿A qué se debe este fenómeno? Lamentablemente las ciencias jurídicas no han ahondado en las causas de esta situación.*

*En el presente artículo el autor explora las razones que explican los grados de litigiosidad en el Perú, así como los factores que inciden en su persistencia. Para ello, describe algunos motivos centrales que obstaculizan la generación de acuerdos que evitan procesos judiciales y propone algunos elementos para diseñar instituciones procesales y judiciales.*

\* Abogado. Magister (LL.M) en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico.

\*\* Abogado. Autor del libro: “La incorporación del precedente vinculante en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas”.

Los autores agradecen a Agustín Molteni Wither por su muy valiosa colaboración en la preparación de este artículo.

## I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA DE LA LITIGIOSIDAD

La sociedad peruana es conflictiva. Ello tiene un correlato muy concreto en el número de procesos judiciales que anualmente se inician en el Perú. En los últimos años, ha crecido de modo considerable el número de procesos que ingresan anualmente al sistema judicial. Entre los años 2009 y 2011 se han iniciado 4'308,546<sup>1</sup> procesos judiciales, los que sumados a los ingresados 621,463<sup>2</sup> en los dos trimestres iniciales del 2012, dan casi cinco millones de expedientes ingresados en los últimos cuatro años. Para una población de cerca de treinta millones de personas, se trata de un número alto de reclamaciones judiciales cuando es comparado con otros indicadores internacionales<sup>3</sup>.

Pese a sustentarse en el conflicto, las disciplinas jurídicas tradicionales no han avanzado mucho en comprender las causas de esta situación. Se suele decir que es parte de la cultura del peruano<sup>4</sup>, pero poco se analizan las causas institucionales de ello, en tanto existen situaciones concretas que están incentivando a los peruanos a buscar imponer sus posiciones a través del proceso judicial. Los estudios procesales y judiciales parten de presuponer la existencia del conflicto como un hecho inevitable. Por eso nosotros intentaremos explorar algunas razones que explican los grados de litigiosidad peruana y qué factores inciden en su persistencia. Advertimos que nuestro análisis está dirigido básicamente a disputas patrimoniales, aunque bien puede extenderse a conflictos de otras materias.

Empezaremos describiendo algunos de los motivos centrales que obstaculizan la generación de acuerdos que eviten procesos judiciales (el incentivo al falso optimismo), algunas causas que explican el incremento de la litigiosidad (déficits de predictibilidad, corrupción institucional), y propondremos algunos elementos que deberían tomarse en cuenta al diseñar instituciones procesales y judiciales. Nuestra hipótesis es que en los países con un alto índice de corrupción y un promedio bajo de desarrollo humano, se tiende a iniciar acciones judiciales antes que llegar a acuerdos, debido a un exagerado optimismo en el resultado esperado de los procesos. Este falso optimismo está fomentado por las precariedades institucionales, prácticas de corrupción e impredecibilidad decisoria del sistema. Nuestro trabajo es una aproximación inicial que apunta a estimular las perspectivas desde las cuales se puede entender problemas usualmente tratados (sobrecarga procesal, corrupción pública, reforma judicial) pero cuya escasa visión interdisciplinaria las vuelve a veces ejercicios estériles.

## II. PARA ENTENDER LA LITIGIOSIDAD

El incentivo a que las disputas generen procesos judiciales antes que acuerdos, está generado por múltiples factores. Desde la pura subjetividad, la diversidad de valores, hasta los condicionamientos históricos y culturales. Nuestra investigación se limita a los condicionamientos institucionales que inciden en la posibilidad de concluir acuerdos o continuar con las disputas.

<sup>1</sup> Fuente: Poder Judicial. Gerencia de Plantificación / Sub Gerencia de Estadística.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Desde luego se trata de la simplificación de una compleja realidad que admite diversas interpretaciones. Por ejemplo que el incremento de litigios judiciales sean muestras de formalización de la sociedad, de cómo el servicio de justicia a más ciudadanos mejora y por tanto aumenta la demanda de tales servicios, o por el crecimiento de las actividades económicas en el sentido que a más intercambios, más conflictos. Sin embargo a efectos de esta investigación consideramos relevante tenerlo en cuenta como una tendencia del índice de litigiosidad.

<sup>4</sup> Reconocemos que la débil institucionalidad peruana ha moldeado negativamente durante años la psicología del peruano promedio. Al respecto, el psicoanalista Saúl Peña señala que "la familia peruana (...), mayoritariamente en estado de miseria, déficit y carencia (...) ha estado expuesta –al no habersele dado lo que merece decentemente– al soborno, a la seducción y a la corrupción, a veces hasta por mínimas cantidades de dinero que han sido utilizadas para poder subsistir u obtener cierto tipo de beneficios. En estudios realizados en la sociedad peruana se perciben dos elementos que sobresalen como rasgos preocupantes: la irresponsabilidad, el abuso, la ausencia o carencia en una sociedad sin padre o con un padre que genera una identificación desnaturalizada, desvirtuada, desafectiva, deshumanizada y, ni qué decir, desvinculada del amor, de la otredad, del cariño y el respeto por la mujer y los hijos. Y por otro lado, la presencia de elementos de clases pudientes cuyo interés es mantener sus propios beneficios con una triste y pobre sensibilidad social y con un egoísmo exacerbado y voraz". En: PEÑA, Saúl. "Psicoanálisis de la corrupción. Política y Ética en el Perú contemporáneo". Lima: Peisa. 2003. p. 82.

De acuerdo a Steven Shavell<sup>5</sup>, las causas del inicio de procesos judiciales radican básicamente en las diferentes percepciones que las partes tienen sobre el resultado de dichos procesos. Cooter y Ulen<sup>6</sup> explican que la falta de acuerdos ocurre cuando el demandante espera un monto alto en el fallo mientras el demandado espera un monto bajo o, incluso, la ausencia de una condena. Cuando existen situaciones que llevan a que para un mismo caso la parte demandante crea que obtendrá una “condena alta” y la parte demandada una “condena baja”, las partes se vuelven falsamente optimistas de los resultados que se puedan dar en el proceso. En cualquier caso, Shavell expone que el modelo de análisis se ve fuertemente influenciado por las cantidades y asimetrías de información con las que cuentan cada una de las partes del proceso<sup>7</sup>.

Siguiendo este modelo, en el supuesto de que las partes tengan percepciones diferentes y sean “relativamente optimistas” en los resultados del proceso, el demandante estará dispuesto a llegar a un acuerdo, solo si recibe un monto mínimo equivalente al valor esperado de su pretensión, el cual deberá ser igual a su expectativa de ganar el juicio, pero restando el costo del litigio. Por ejemplo, si el demandante tiene una pretensión de S/. 200,000 con una probabilidad de ganar de 70%, y estima invertir S/. 40,000 en el costo del juicio (abogados, tasas, medios de prueba), el monto mínimo que estaría dispuesto a recibir sería  $(70\% \times S/. 200,000) - S/. 40,000 = S/. 100,000$ . Para el demandado, según postula Shavell, el monto máximo equivalente al valor esperado de la pretensión para llegar a un acuerdo, está dado por el resultado de su valor esperado del fallo (probabilidad de ganar el proceso a su juicio, multiplicado por el monto demandado), más los costos de litigio. En ese sentido, suponiendo que la probabilidad de ganar según la parte demandada es de 50%, manteniendo la pretensión de S/. 200,000 y más S/. 50,000 por el costo de la litigación, el monto máximo a transar consistiría en  $(50\% \times$

S/. 200,000) + S/. 50,000 = S/. 150,000. En tal caso, si las expectativas tenderían a coincidir en cerrar un acuerdo en S/. 125,000, la transacción sería altamente posible y el juicio no se daría. Si el mínimo del demandante excede el máximo del demandado, el acuerdo no podría ocurrir.

De acuerdo al modelo establecido, un acuerdo mutuamente beneficioso puede darse mientras el valor esperado de la pretensión para el demandante menos su costo del litigio, no exceda el valor estimado del demandado sobre lo que tendría que pagar, sumando los costos del proceso. Si el demandante espera una condena grande y el demandado una pequeña, el inicio del proceso será inevitable. Es este optimismo relativo el que genera expectativas divergentes y aleja a las partes.

Acá es donde se vuelve muy importante ubicar los condicionamientos institucionales que generan que el valor esperado de la pretensión para las partes, difiera tanto entre estas. Haciendo la salvedad que los países de institucionalidad desarrollada no tienen los problemas que sí influirán en el caso peruano (ausencia de precedentes judiciales ni corrupción judicial), Cooter y Ulen afirman que las divergencias entre las partes sobre el valor esperado de la pretensión, se debe a que las partes pueden no haber transmitido cierta información privada con la que cuentan, previa al inicio del proceso, y que trae como consecuencia el falso optimismo de las partes en iniciar un proceso, pero que sin embargo tiene mal informada a alguna de las partes. En ese sentido, las partes tienden a revelar información voluntaria, a fin de corregir el optimismo de las partes, promoviendo así los arreglos que evitan los procesos judiciales. Dado que las malas noticias son buenas para un arreglo, al corregir este falso optimismo, el acuerdo puede surgir cuando las partes se sienten relativamente pesimistas acerca del resultado del proceso, de modo que prefieren el arreglo antes que arriesgarse al resultado del fallo<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> SHAVELL, Steven. “Foundations of Economic Analysis of Law”. Cambridge: Harvard University Press. 2004. pp. 401-418

<sup>6</sup> COOTER, Robert y Tomas ULEN. “Derecho y Economía”. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 495-507.

<sup>7</sup> SHAVELL, Steven. Op. cit. pp. 407-409.

<sup>8</sup> COOTER, Robert y Tomas ULEN. Op. cit. En base a esta consideración se podría pensar cuán acertado es el modelo de conciliación prejudicial que existe en el Perú. En la mayoría de las veces la conciliación se hace sobre la base de una solicitud muy general y resulta poco usual el acuerdo completo. Podríamos argumentar que muchas veces no se concilia porque no existe plena conciencia de los términos de la

Cooter y Ulen también señalan que el “falso optimismo” se genera con la falta de información privada por las partes, que puede llevarles a darle diferentes valores esperados de la pretensión, lo que genera que no se pongan de acuerdo y vayan a juicio. Imaginemos el atropello a un peatón de sesenta años por la maniobra temeraria de un taxista. El taxista asume su responsabilidad, pero las partes no acuerdan los montos referidos a los daños. El taxista considera que por la edad y las circunstancias del accidente, la condena que tiene como objetivo resarcir al peatón por los daños, debería ser de solo S/. 10,000 y el costo del juicio en S/. 5,000, lo que significa que deberá responder por un total de S/. 15,000. Del otro lado, se encuentra el peatón que ha sufrido el accidente y por la edad que tiene, considera que deberá recibir una condena de S/. 30,000 y estima los costos del juicio en S/. 5,000, de tal manera que obtendrá una ganancia neta de S/. 25,000. De esta manera, las divergencias relacionadas con las expectativas de las partes, afectan su capacidad para llegar a un acuerdo. En esta situación, una transmisión voluntaria de información contribuirá a corregir el “falso optimismo”, y por ende a evitar y/o disminuir la cantidad de juicios. En esta línea, Cooter y Ulen<sup>9</sup> indican que el intercambio voluntario de información ayudará también a corregir los cálculos defectuosos que se puedan dar lugar a los términos de un arreglo a divergir del fallo esperado del juicio. Siguiendo esta línea, un acuerdo razonable será igual al fallo esperado en el juicio cuando: (i) el demandante y el demandado tienen las mismas expectativas acerca del juicio; y, (ii) el demandante y el demandado asumen los costos de transacción para resolver la disputa.

Según Shavell, la parte demandante estará dispuesta a llegar a un acuerdo, solo si recibe un monto mínimo equivalente a su valor esperado de la pretensión, el cual deberá ser igual a su expectativa de ganar el juicio, pero restando el costo del litigio. Imaginemos que el demandante tiene una pretensión de S/. 10,000 y considera tener una probabilidad de ganar de 70%, por lo que lo mínimo que recibirá por llegar a un acuerdo sería S/. 7,000. Para el

demandado, el monto máximo equivalente a su valor esperado de la pretensión para llegar a un acuerdo, estaría dado por el producto de la probabilidad de ganar el juicio y el monto a pagar, más los costos de litigio. Suponiendo que la probabilidad de ganar para el demandado es de 50%, con la pretensión de S/. 10,000 y más los S/. 4,000 de costos de litigio, el monto máximo por el cual llegaría a un acuerdo sería S/. 9,000. El modelo es este:

Valor esperado de la pretensión (VEP) =  
Petitorio x Probabilidad de éxito

Si creo tener 10% de probabilidad y demando S/. 1000 = VEP de S/. 100  
Si creo tener 50% de probabilidad y demando S/. 1000 = VEP de S/. 500  
Si creo tener 90% de probabilidad y demando S/. 1000 = VEP de S/. 900

No hay acuerdo cuando ambas partes se sienten optimistas:

Ejemplo 1

- **Demandante:** lo mínimo que acepta es VEP menos costo del litigio
  - Probabilidad : 60% de ganar
  - Pretensión : 1'000,000
  - Costo de litigio : 50,000
  - $(0.6 \times 1 \text{ millón}) - 50,000 = 550,000$  (mínimo por el que transa el demandante)
- **Demandado:** lo máximo que paga es VEP más costo del litigio
  - Probabilidad : 25% de perder
  - Pretensión : 1'000,000
  - Costo de litigio : 70,000
  - $(0.25 \times 1 \text{ millón}) + 70,000 = 320,000$  (máximo por el que transa demandado)
  - No hay transacción: mínimo del demandante > máximo del demandado

futura demanda debido a que la conciliación no aporta suficientes elementos para tomar una decisión: las expectativas son demasiado elevadas y divergentes. Para eso existe en otras jurisdicciones la figura del disclosure o el discovery: para compartir y revelar información relevante que permita una mejor estimación de las pretensiones y abrir la posibilidad de un acuerdo antes del juicio. En nuestro sistema quizá convendría generar una conciliación extrajudicial luego de presentadas las demandas y contestación a fin que las partes tengan el panorama completo del litigio y se encuentren incentivadas a lograr acuerdos razonables

<sup>9</sup> Ibid. p. 507.

Es decir, las partes transan si no difieren mucho en estimar probabilidad del resultado del proceso, porque ambos pueden evitar así los costos del proceso. Así, habrá transacción cuando el VEP para demandante es menor que el VEP para demandado:

Ejemplo 2

- Si ambos creen tener 50% de probabilidades:
- **Demandante:**  $(0.5 \times 1 \text{ millón}) - 50,000$   
450,000 es mínimo por el que transa
- **Demandado:**  $(0.5 \times 1 \text{ millón}) + 70,000$   
570,000 es máximo por el que transa
- Ello sí brinda condiciones para llegar a acuerdo

Si demandante confía en ganar, pedirá más en la transacción. Si demandado confía en ganar, pagará menos en la transacción. No habrá transacción cuando el demandado crea que el demandante pide mucho sin tener tanta posibilidad de ganar. Ahí se presenta un caso de falso optimismo que impide solucionar conflictos. Y ello se debe a la alta estimación del valor esperado de la pretensión en cada parte.

### III. CAUSAS DEL FALSO OPTIMISMO EN EL PERÚ

La estadística podría llevar a pensar que en el Perú existe un incentivo al falso optimismo de las partes por un particular apego por las pretensiones quiméricas y por confundir los deseos con la realidad. Pero las causas de ese falso optimismo son institucionales. A nuestro juicio, el falso optimismo del litigante peruano puede ser explicado desde muchos aspectos, pero influyen mucho dos situaciones: (i) la ausencia de predictibilidad en los fallos judiciales; y, (ii) la corrupción institucional.

#### A. Déficits de predictibilidad: la incertidumbre legal crónica aumenta la percepción del valor de la pretensión

El falso optimismo de cada parte al calcular el valor esperado de la pretensión existe por la imposibilidad de calcular acertadamente la

probabilidad de ganar o perder un caso en el Perú. Ante la relativa ausencia de parámetros más o menos predecibles sobre cuál sería el sentido de un fallo, su cuantificación patrimonial y extensión, la tendencia al litigio se incrementa porque los incentivos al acuerdo se reducen. La información es absolutamente central respecto a la toma de decisiones. Y en este punto un análisis funcional nos lleva a pensar cómo la imprevisibilidad legal que prevalece por períodos de tiempo largos, tiende a generar una incertidumbre prolongada entre aquellos que aplican las normas legales y quienes las deben obedecer.

Un rasgo natural de transitar por cualquier proceso judicial en países como el Perú son los grados de incertidumbre sobre su resultado final. La incertidumbre puede generarse en distintas fases y ámbitos. Dado que un conocimiento anticipado es imposible, no podemos prever cuál es la estrategia infalible para presentar los hechos y problemas del caso, cómo se propondrá los medios de prueba de unos hechos y qué relevancia será asignada a una prueba concreta. Tampoco se puede predecir la comprensión que efectuarán los tribunales de los antecedentes y hechos esenciales del problema, o en qué se basará la defensa técnica de la parte contraria, es decir, lo que podemos llamar gruesamente como cuestiones de hecho y técnicas. El análisis de probabilidades tiene un muy amplio margen de error. Pero en este punto disertamos sobre otro tipo de incertidumbre: es la inseguridad sobre cómo se selecciona, interpreta, razona y conserva el derecho aplicable al caso concreto. Cuando la incertidumbre sobre el derecho es excesiva, nos encontramos ante consecuencias indeseadas: los procesos pueden convertirse en espacios donde el azar, la casualidad o la ignorancia condicionan los resultados; el sistema en su conjunto pierde fiabilidad ante los mercados y la confianza pública; se generan espacios de alta discrecionalidad que facilitan las prácticas corruptas o arbitrarias y entorpecen los legítimos controles jurisdiccionales y funcionales. Los ciudadanos se encuentran ante un sistema judicial que no los trata con igualdad.

Este profundo problema del sistema jurídico peruano está ligado a su misma forma de funcionamiento. Si se concuerda en que la

Mario Reggiardo Saavedra  
Fernando Liendo Tagle

seguridad jurídica<sup>10</sup> resulta un objetivo del sistema legal, debemos reconsiderar algunas ideas tradicionales respecto a la veracidad de la legislación como un cuerpo autosuficiente y sin fisuras, interpretado por los esfuerzos de la dogmática, y de cómo el sistema judicial, a través de las fuentes del derecho y su aplicación práctica, genera condiciones razonables de certeza y confiabilidad.

Hans-Bernd Schäfer muestra cómo las sociedades menos desarrolladas deberían optar por sistemas legales basados en reglas con supuestos claros, simples y muy delimitados, antes que en criterios generales de interpretación. Según Schäfer, la evidencia histórica y sociológica indica que la *ratio* de capital humano en las sociedades en desarrollo es sustancialmente más baja que en las sociedades ricas. Legislar con fórmulas abiertas otorga un gran poder de discrecionalidad, que mal empleado deviene fácilmente en decisiones erróneas, arbitrarias o basadas en la corrupción. Las reglas precisas sirven de sustituto para el déficit de

competencia profesional y administrativa de los funcionarios que aplican el derecho en sociedades en desarrollo, donde los niveles educativos y éticos tienen a generar más problemas<sup>11</sup>.

A nivel de derecho comparado, algunas investigaciones han confrontado el carácter de los enunciados normativos que proveen las normas generales contra las que proveen las decisiones particulares. Luego de confrontar el tipo de solución que suministran las leyes generales contra las decisiones particulares que pueden generar una específica regla de derecho, es posible encontrar más certeza en estas últimas<sup>12</sup>. Ello es así por la propia naturaleza discursiva del derecho y la inevitable textura abierta<sup>13</sup> que la ley concede cuando se desenvuelve bajo enunciados jurídicos amplios e imprecisos. Pero éste no es un descubrimiento teórico reciente. En 1956 el profesor Sereni expuso, en una obra dedicada al código napoleónico y el *common law*, la comparación entre las concepciones de norma jurídica

<sup>10</sup> Como definición acertada de seguridad jurídica sugerimos: "La seguridad jurídica obliga al Derecho a configurarse como un espacio de certeza y confianza para los ciudadanos, más concretamente, de certeza sobre su existencia y confianza frente a ciertas formas de generarse y aplicarse que sorprendan negativamente las expectativas previamente depositadas o que pretenden depositar en el mismo. (...) La seguridad jurídica exige regularidad estructural y funcional en la estructura y aplicación de las normas jurídicas e, igualmente, ausencia de arbitrariedad en los actos de creación y aplicación de dichas normas. Aquella es, por tanto, una garantía frente a la incertidumbre, la imprevisibilidad, la arbitrariedad, la ineficacia y, en general, todo lo que hace peligrar la confianza garantizada en su vigencia y en su administración imparcial y justa". ARCOS RAMÍREZ, Federico. "La seguridad jurídica: Una Teoría Formal". Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2000. p. 34. Vale la pena aclarar que promover la seguridad jurídica no implica adherirse necesariamente a una posición formalista y conservadora del Derecho. La seguridad jurídica no se opone al cambio en el pensamiento jurídico ni a la renovación de las investigaciones. Lo sustancial de la seguridad jurídica, a nuestro juicio, se aplica al grueso de la carga ordinaria que todo sistema legal brinda diariamente a miles de ciudadanos, respecto a lo cuál son indispensables las garantías de previsibilidad, eficacia e imparcialidad. A disputas y situaciones fundamentalmente deductivas antes que a tensiones y conflictos entre grandes principios o casos de considerable complejidad. Es una condición de funcionamiento pero no implica su estancamiento ni impide su renovación consciente. Aunque en tal punto vale reconocer el punto mostrado hace énfasis en un aspecto formal del Estado del Derecho que respeta valores como la autonomía privada, la certeza y predictibilidad, minimización de disputas y la interdicción de tratos arbitrarios. TAMANAHA, Brian Z. "On the Rule of Law: History, Politics, Theory". Cambridge: Cambridge University Press. 2004. Citado por LOPEZ CUELLAR, Nelcy. "State Legal Pluralism: Between Conflict and Dialogue, Insights from a Colombian Case". Thesis of Doctor in Civil Law. Montreal: McGill University. 2011. p. 193.

<sup>11</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd. "Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más el uso de reglas?" En: *Ius et Veritas* 36. Lima. 2008. pp.16-34. También puede verse: SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. "Manual de Análisis Económico del Derecho". Traducción de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde. Madrid: Tecnos. 1986. p. 107.

<sup>12</sup> MERRYMAN, Jhon Henry. "La tradición jurídica romano-canónica". México D.F: Fondo de Cultura Económica. 1971. p. 15. ALONSO GARCIA, Enrique. "La interpretación de la Constitución". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. p.165 y siguientes. En nuestro medio han desarrollado esta idea también: DIEZ CANSECO, Luis y Enrique PASQUEL. "Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial". En: *Revista de Economía y Derecho* 7. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2004. Parte de estos problemas están desarrollados en el libro de uno de los autores. "La incorporación del precedente vinculante en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas". Lima: Ara Editores. 2012.

<sup>13</sup> Empleamos el término acuñado por H. Hart. HART, H.L.A. "El concepto de Derecho". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990.

que subyacían en ambos sistemas. Sus conclusiones fueron: “La concepción romano-germánica de la norma no significa una previsión más fácil de la solución que corresponde a un litigio determinado. Cuanto suponga una mayor especialización de la norma jurídica se traduce en un aumento automático del papel interpretativo del juez. La formulación de la norma en términos muy generales atribuye a los jueces, a causa de su imprecisión, un poder discrecional mayor en la aplicación de la misma. Por consiguiente, la seguridad jurídica no se ve acrecida por el hecho de que la norma aplicable sea más fácil de hallar; más bien, sería lo contrario”.<sup>14</sup>

Recordemos los términos usados: una regla es un mandato normativo que distingue un comportamiento legal de uno ilegal en forma simple y clara. Un estándar es un criterio jurídico general, poco claro y ambiguo, que requiere de un complicado razonamiento judicial para su aplicación; son normas abiertas y discrecionales hasta cierto punto. Ejemplo de regla simple sería: “Prohibido manejar por la carretera a más de 100 km. por hora”. Un estándar para la misma situación sería “El conductor debe guardar cuidado razonable y prudencia en toda su conducción”. ¿Cómo difieren las consecuencias de emplear ambos enunciados? Schäfer apoya sus tesis en las contribuciones de Richard Posner<sup>15</sup> sobre la comparación entre reglas y estándares en función de parámetros de eficiencia. Los estándares pueden tener costos iniciales más bajos de promulgación, pero tienen un mayor costo de aplicación y de obediencia que las reglas. En el ejemplo anterior, la promulgación de un estándar como “tener un cuidado razonable en todos los casos” es extremadamente fácil y no genera costo alguno. Sin embargo, la aplicación de éste estándar en la práctica, generaría un significativo costo tanto para los funcionarios públicos encargados de verificar infracciones como para los jueces que tendrían que determinar si el demandado, caso por caso, ha cumplido con el estándar<sup>16</sup>. Para el ciudadano que debe cumplir la norma, lo que debe cumplir es menos claro aún.

Para Schäfer el asunto en materia judicial es muy claro: “El sistema legal y, en particular, las sentencias en los países en desarrollo son criticados a menudo por sus innumerables defectos, que pueden reducirse al menos en parte mediante el uso de reglas en lugar de estándares”.<sup>17</sup> Y brinda las siguientes razones para justificar la superioridad de emplear reglas sobre estándares:

- **Las reglas pueden reducir los retrasos judiciales ocasionados por decisiones complejas:** La evidencia muestra que, por ejemplo, en la India un proceso tarda quince años en concluir (desde la presentación de la demanda hasta que lo conoce la Corte Suprema). En bastantes casos la complejidad del derecho material es una razón importante de los retrasos judiciales. Si pudieran ser reducidas las complejidades sustantivas, podría tenerse base para resolver más rápido un proceso. Igualmente, no puede perderse de vista que el retraso aumenta el costo del uso del sistema judicial, e incentiva acontecimientos como soluciones por fuera del sistema (mediación privada, arbitrajes etc.), poca demanda del servicio que resulta injustificada, y lo más grave: acciones directas por mano propia.
- **Las reglas claras contribuyen a reducir la corrupción:** El uso de estándares imprecisos, que otorgan demasiado espacio para las decisiones discrecionales, genera posibilidades adicionales para el comportamiento corrupto en países donde la corrupción de los funcionarios judiciales y del gobierno es un problema. Las actuaciones pueden supervisarse más fácilmente con reglas que con un estándar que deja su definición a la interpretación del funcionario mismo. Y tales criterios de verificación de prácticas corruptas pueden aplicarse para casi todo tipo de norma y materia legal: impuestos, restricciones a la

<sup>14</sup> SERENI, Angelo Piero. “The Code and the Case Law”. En: *The Code Napoleon and the Common Law World*. B. Schwartz (Ed.) New York: NYU Press. 1956. pp. 55-79.

<sup>15</sup> POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York. 1998.

<sup>16</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd. Op. cit. p.17.

<sup>17</sup> *Ibid.* pp. 18-19.

propiedad, regulación de bancos y mercados de valores. Un funcionario público está sujeto a una supervisión y una crítica más fácil en un sistema de reglas que en un sistema que requiere argumentos sutiles para llegar a una decisión legal. Emplear reglas claras puede aumentar la transparencia en la toma de decisiones.

- **Las reglas permiten la concentración de capital humano:** Una defensa usual para el empleo de los estándares va en el sentido de que la autoridad legislativa central carece de información para diseñar buenas reglas y que la aplicación debe ser dejada al sistema descentralizado de decisiones particulares –como la judicatura o agencias administrativas. Schäfer no niega tal hecho, pero lo sopesa en función de criterios de aprendizaje, formación y manejo de información de los sistemas descentralizados. Así, aunque es inobjetable que muchas cortes en diferentes lugares recolectan y procesan información generando un proceso de aprendizaje descentralizado, sobre cuya información se precisan algunas reglas por su uso habitual en circuitos o distritos judiciales, tal sistema podría no funcionar si los que toman las decisiones tienen poca información o poca experiencia o si no están bien capacitados para tomar decisiones complejas. En base a incompetencia técnica y nula información, el sistema tendería al caos. Tal constituye muy bien el caso de los países en desarrollo, donde es mucho más difícil obtener información precisa y donde el capital humano es mucho menos eficaz que en los países desarrollados. El proceso de aprendizaje de la judicatura en tales países podría ser muy lento. La incertidumbre legal prevalecería por períodos de tiempo demasiados largos y el resultado no sería un cambio

gradual de estándares a reglas, sino una incertidumbre prolongada entre aquellos que aplican las normas legales y quienes las deben obedecer. El procesamiento de información en tales contextos es sustancialmente más difícil que en sistemas formales<sup>18</sup>.

La tesis de Schäfer, fundada en constataciones actuales y evidencia histórica<sup>19</sup>, indica que en los sistemas de mercados iniciales, la precisión de las reglas claras que lleva a la concentración de capital humano, podría ser un sustituto de la competencia legal y administrativa de la Administración y de la judicatura. Por eso, aboga por el reemplazo de los estándares legales y su concreción en reglas. Tal proceso de transformar estándares vagos de leyes parlamentarias en reglas precisas, requiere de un capital humano intensamente tecnológico, pues necesita jueces altamente calificados a lo largo del país, que pueden manejar situaciones en las que la toma de decisiones es muy compleja. Por eso, la escasez de capital humano debería llevar a los países en desarrollo a concentrar sus expertos legales altamente capacitados en una forma más centralizada que en los países de altos ingresos y tener una proporción más grande de jueces y burócratas, que pueden tomar decisiones en base a normas simples y claras. Los países en desarrollo deberían promulgar leyes más precisas y, cuando esto no sea posible o contraproducente, las agencias que fijan estándares deberían llenar los vacíos cuando esto sea posible<sup>20</sup>.

Si la tesis sometida a prueba sostiene que un sistema jurídico centralizado, que funciona en base a reglas precisas, puede hacer el mejor su trabajo y con menos capital humano, que un sistema descentralizado que emplea estándares abiertos, debemos mencionar nuestra concordancia. En el Perú existen casos documentados en torno a inconsistencia judicial incluso a nivel de Corte Suprema manifestados en dos variantes: (i) contradicción temporal que se produce cuando una misma Sala Suprema cambia de criterio, sin justificación,

<sup>18</sup> Ibid. p. 20.

<sup>19</sup> La argumentación de Schäfer se fundamenta también en la evidencia concluyente de que centralismo legal y el uso de normas precisas fue el ideal de legislación en muchos países europeos en la era de su desarrollo capitalista inicial. La ley de la época moderna estaba basada en normas al principio y posteriormente devino en un sistema más basado en estándares, en el cual las decisiones de largo alcance son tomadas por la administración y por los tribunales. Ibid. pp. 32-33.

<sup>20</sup> Ibid. pp. 33-34.

sobre un mismo caso; y, (ii) contradicción entre Salas, generada por ejemplo cuando la Sala Permanente y la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resuelven de forma distinta<sup>21</sup>. Uno de los casos donde sea más patente esta incoherencia, es en los procesos de tercerías preferentes de dominio (o simplemente “tercerías”). Se presenta ante la concurrencia de diversas personas sobre el mismo bien. Al detentar derechos distintos o posteriores sobre el mismo bien, el ordenamiento debe decidir a quién asignar el interés prevalente en tal situación de conflicto. Así, es usual el supuesto de que un acreedor embargue un bien de su deudor e inscriba tal embargo en el Registro Público, pero que exista una transferencia anterior al embargo que no esté inscrita. ¿Y cuál es la solución judicial? En la Casación 2683-2001, por ejemplo, la Corte sostuvo que una escritura pública de compraventa que sustenta la tercería de propiedad no inscrita en los Registros Públicos no puede oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo de la casa enajenada, por cuanto una escritura de venta sirve para oponer como prueba de traslación de dominio de la cosa vendida solamente al vendedor, pero de ninguna manera a terceras personas, sino está registrada oportunamente, siendo así, la citada inscripción tiene preferencia. Pero, por ejemplo, en la Casación 1892-96 se

establece que el derecho de propiedad probado con documentos de fecha cierta prevalece sobre una medida cautelar de embargo. Las Casaciones 2974-2001, 2472-2001, 3662-2001 y 2720-2002 acogen el criterio de establecer que cuando existe oposición entre el derecho propiedad y un embargo, prevalece el primero, si es de fecha anterior, aunque su derecho no haya sido inscrito y el del embargante sí; *mientras* en la Casación 2683-2001 prevalece el embargo inscrito sobre el propietario con derecho no inscrito. Soluciones totalmente diferentes a un mismo conflicto que se presentan desde hace años en la Corte Suprema de Justicia del Perú. ¿Por qué los permanentes vaivenes en el criterio, sin ninguna justificación? ¿Dónde quedó la uniformidad y la unificación de la jurisprudencia que prometía la casación? En todo caso, a nuestro juicio es claro que los costos que generan los errores judiciales constituyen daños que se genera no solo a las partes, sino a los demás miembros de la sociedad, con el hecho de que el órgano jurisdiccional no tenga una posición definida sobre un tema. Cuando los jueces fallan de diversos modos sobre un mismo hecho se generan incentivos incorrectos en los ciudadanos. Que en el Perú no haya una posición judicial uniforme sobre las pretensiones de tercería de propiedad, incentiva que muchos deudores transfieran sus inmuebles a personas

<sup>21</sup> Ejemplos concretos. Hemos efectuado revisiones directas y aleatorias de Sentencias de Casación publicadas en Diario Oficial, así como estudios especializados –que proceden del propio Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial– al respecto: Casación 3147-98 declara que no es causal de contradicción del mandato ejecutivo el pago parcial de la deuda mientras la Casación 1123-2000 establece que el pago parcial de la deuda puede ser causal del mandato ejecutivo. Casación 935-99 dispone que no cabe discutir en un proceso de otorgamiento de escritura pública el cumplimiento de las obligaciones de las partes mientras la Casación 118-2000 establece que para amparar una demanda de otorgamiento de escritura pública, previamente debe establecerse en la vía correspondiente el cumplimiento de las obligaciones. Casación 3322-2000 establece que no procede el recurso de casación respecto el pago de costas y costos del proceso, pues se trata de un asunto accesorio mientras la Casación 3742-2000 declara que se incurre en vulneración de las normas que garantizan el debido proceso, al haberse condenado indebidamente al pago de costas y costos. Casación 310-2001 y Casación 1879-2002 disponen que la tercería de propiedad dirigida contra una hipoteca es manifiestamente improcedente, por ser el petitorio jurídicamente imposible mientras que la Casación 1892-99 y la Casación 2703-2001 la Corte, actuando en sede de instancia, declara infundadas las tercerías de propiedad dirigidas contra hipotecas, reconociendo de modo implícito que tales demanda de tercería pueden ser admitida a trámite (no contendrían un petitorio jurídicamente imposible) y obviamente, dentro de ésta lógica, podría ser eventualmente amparada la pretensión del tercerista. Casación 2550- 98 dispone que si el demandado en un proceso de reivindicación alega que también es el propietario su defensa es improcedente en tanto no se puede discutir el mejor derecho de propiedad en tal proceso, mientras en la Casación 1240-04 dice que sí es posible. A una pregunta tan básica como si se debe o no consignar el DNI de los representantes de las personas jurídicas para la validez de los títulos valores, la Casación 1742-2003 declara la nulidad de letras de cambio porque no consignaban el DNI del representante de la empresa, mientras en Casación 1778-2005 establece que tratándose de títulos valores en los que estén involucradas personas jurídicas, sólo es exigible que se consigne el nombre de los representantes y no su número de DNI. Ahora veamos casos de contradicción entre Salas: La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Casación 5329-2006, señala que las demandas de tercería de propiedad contra actos de constitución de hipotecas no contienen un imposible jurídico y deben ser admitidas a trámite. Sin embargo, en fecha coetánea, la Sala Civil Transitoria de la Corte en la Casación 2360-2006 señala que al pretender la actora la invalidez del contrato de hipoteca, no resulta viable que sea apreciado como una pretensión de tercería excluyente de propiedad, por tanto, el petitorio resulta jurídicamente imposible. Desde luego que éstos sólo son unos ejemplos. Consideramos que hay base para pensar que se pueden encontrar muchos más.

de confianza que no inscriben la transferencia en el registro público; pero cuando el bien es embargado por el acreedor, pretenden el levantamiento del embargo porque dichos terceros serían los nuevos propietarios. De ese modo se incentiva la cultura del “perro muerto”, lo cual implica un aumento de la tasa de morosidad, el aumento del costo de acceso al crédito (los bancos piden garantías o hasta aumentan la tasa de interés activa) y el aumento de la actividad jurisdiccional a partir de dichas demandas de tercería. Si la tendencia judicial uniforme fuese la de declarar infundadas las pretensiones ante casos como el descrito, simplemente no se plantearían esas demandas, los jueces tendrían más tiempo para dedicarse a otros procesos, así como se reduciría el costo de acceso al crédito.

Para nosotros, es más factible generar seguridad jurídica a partir de un sistema de precedentes que nutrido de una legislación general aporte reglas precisas, que a partir de un sistema de normas que contengan estándares abiertos y reglas excesivamente ambiguas, puestas a la completa discrecionalidad judicial para su aplicación. Estamos convencidos de que en el Perú resulta mucho mejor trabajar con reglas precisas dictadas por altas instancias, sobre todo cuando estamos ante asuntos problemáticos y recurrentes que deberían ser resueltos de manera uniforme. Desde luego que sopesamos algunos de los riesgos de la opción: si las decisiones de los más altos Tribunales son bastante erróneas o impracticables, el yerro se repetirá exponencialmente. Pero, y en eso no es difícil coincidir con la antigua sentencia, a veces es mejor tener una mala regla a no tener ninguna como pasa muchas veces en el Perú. Lamentablemente, ese falso optimismo permite que los abogados incentiven en sus clientes el inicio de procesos judiciales, cuando dichos conflictos deberían acabar rápido en acuerdos.

## B. Precariedad y corrupción institucional

La corrupción es otro fenómeno con el que el derecho debe lidiar a diario pero respecto al cual los operadores jurídicos peruanos no decimos mucho. Una conocida ecuación propuesta por Robert Klitgaard<sup>22</sup>

busca expresar cuáles son los factores que contribuyen a que un juez pueda llevar a cabo o ser partícipe de un acto de corrupción, es decir, cuáles serían los factores que generan el incentivo respectivo:

$$\text{Corrupción} = \text{Monopolio} + \text{Discrecionalidad} - \text{Responsabilidad}$$

Esta fórmula, según desarrolla Jorge Malem, no debe entenderse mecánicamente en el sentido de que la existencia de las condiciones es condición determinante y suficiente para la generación de corrupción, sino como el marco que incentiva fuertemente la comisión de actos de corrupción. En una apretada y un tanto esquemática síntesis<sup>23</sup>, la fórmula se compone en:

- **Monopolio.** Relacionado con la división de poderes que atribuye competencia cuasi exclusiva al Poder Judicial para resolver en definitiva las disputas, este cuasi monopolio otorga prerrogativas y gran poder a jueces profesionales. La concentración de competencias tan amplias genera el control de la oferta de las últimas instancias de las soluciones a los conflictos. Y es precisamente tal oferta la que los actos corruptos –en distintas modalidades– cubren.
- **Discrecionalidad.** La discreción, entendida como la capacidad de tomar decisiones dentro de un abanico de posibilidades legalmente establecidas o la ausencia de parámetros legales que guíen adoptar una decisión, genera que los jueces obtengan un poder decisorio amplio basado en la delegación legislativa o características del lenguaje jurídico. Esta se acentúa en los casos de interpretación de normas vagas o ambiguas –zonas de penumbra– y puede conllevar efectos positivos (adecuada individualización de los casos, creatividad jurídica, innovación del sistema legal) como también negativos (trato diferenciado de casos sustancialmente iguales, ausencia de certeza sobre cuáles son las normas jurídicas con la consecuente

<sup>22</sup> KLITGAARD, Robert. “Controlando la corrupción”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1994. p. 85. Citado por MALEM SEÑA, Jorge. “La corrupción en el Poder Judicial”. En: Poder, derecho y corrupción. (Carbonell, Miguel y Vásquez, Rodolfo - coordinadores). México DF: Siglo Veintiuno. 2003. p. 170.

<sup>23</sup> SALEM SEÑA, Jorge. Op. cit. pp. 170-183.

reducción de su eficacia y utilidad) y genera un amplio incentivo para la realización de prácticas corruptas al cuasi exonerar al funcionario de justificar las razones que motivaron su decisión o, en todo caso, dificultar casi al absoluto el control al llevar la fiscalización a aspectos conceptuales y sutiles, emitidos bajo el amplio marco de la independencia de criterio, donde, desde luego, decisiones basadas en corrupción conservan una fachada formalmente válida y aceptable.

- **Responsabilidad.** La rendición de cuentas y las eventuales sanciones ante el incumplimiento de los deberes esenciales debería formar un fuerte incentivo para la reducción de prácticas corruptas. Así, se recordará la existencia de responsabilidad civil, penal o disciplinaria de jueces para faltas en el ejercicio de su función (para actos que abarcan desde el retraso injustificado, la negligencia grave hasta delitos de cohecho). Sin embargo, un análisis realista debe considerar que poner en marcha estos controles, bajo las reglas del debido proceso, muchas veces encuentra obstáculos insuperables por las dificultades de prueba del cohecho, consecuencias negativas para el abogado y parte denunciante, la connivencia o complicidad corporativa que incidirían fuertemente en la cuasi impunidad de estas faltas y pueden conducir a la inoperancia de las responsabilidades.

La corrupción genera un costo muy serio de cualquier sistema judicial. La corrupción genera un incentivo para el incremento de la litigiosidad al afectar negativamente las posibilidades de previsión y manipular un análisis racional del conflicto<sup>24</sup>. Desde luego, no pueden hacerse imputaciones sin sentencias previas. En un escenario de falta de reglas claras, el sistema es manipulable y no hay incentivos para un acuerdo razonable.

En relación al aumento de la litigiosidad, la corrupción aumenta el falso optimismo porque ambas partes creen que, a través de ella, pueden ganar el caso. Así, la corrupción generalizada de una sociedad distancia mucho más las posiciones de las partes y dificulta la conclusión de un arreglo razonable. Se trata de un elemento que influencia perniciosamente en el valor esperado de la pretensión y la percepción de las probabilidades de éxito para ambas partes. Las distintas formas de prácticas de corrupción –desde el soborno, conflicto de intereses, extorsión, favorecimientos posteriores, nepotismo, padrinazgo etcétera–, generan un incentivo a no negociar y transar bajo parámetros razonables. Tanto su existencia real como su percepción son un factor que afecta un cálculo de probabilidades en condiciones de normalidad y genera grave desorientación en las personas. En el Perú, muchos justiciables creen que pueden ganar el juicio pagando coimas. Como ambas partes suelen pensar igual, el falso optimismo de ambas se dispara, los valores esperados de la pretensión se alejan y con ello la posibilidad de llegar a acuerdos. Ambas partes creen que pueden ganar corrompiendo a los jueces.

Desde luego el efecto de la corrupción no se restringe sólo a las partes. El hecho de que se ponga en marcha el órgano judicial en casos donde se podría resolver mediante acuerdo supone un costo a todos los contribuyentes que deberán financiar en buena medida el trámite del litigio judicial. La actividad jurisdiccional que genere un costo que se puede evitar, derrocha recursos escasos. Y en un país pobre, el derroche de recursos escasos puede ser un acto inhumano. En este punto son plenamente aplicables los estudios sobre los efectos ineficientes de la corrupción en la institucionalidad pública. El tiempo y recursos públicos que absorben procesos judiciales entablados en base al falso optimismo podría ser utilizado por los órganos jurisdiccionales en resolver otros casos que las partes no estarían en condiciones de resolver o destinarlo a usos públicos más eficientes (seguridad, salud, educación, infraestructura, investigación

Mario Reggiardo Saavedra  
Fernando Liendo Tagle

<sup>24</sup> Sólo a nivel de indicios se podría decir que entre los años 2007 y 2008 ingresaron más de 12,197 que comprenden quejas y denuncias contra magistrados. Ministerio Público. "Anuario Estadístico 2007-2008". Fuente: Fiscalía Suprema de Control Interno Elaborado: Gerencia de Planificación, Racionalización y Estadística. A su turno entre los años 2010 y 2011 la Oficina de Control de la Magistratura - OCMA impuso 4,710 sanciones a funcionarios judiciales (que incluyen multas, apercibimientos, suspensiones, propuestas de destitución). Fuente: <http://ocma.pj.gob.pe/default.aspx?view=estadistica&id=1>

científica etcétera). Mientras persistan las prácticas de corrupción o su percepción sea muy elevada, tendremos un elemento que distorsiona y agudiza las pretensiones maximalistas de los justiciables peruanos. Obviamente, la pretensión maximalista del demandante puede darse tanto en términos de obtener un beneficio indebido como una estimación exorbitante de lo que le corresponde, así como en el demandado al rehusar asumir una responsabilidad legal y rehuir de la misma al manipular la institucionalidad. De esta manera, la incertidumbre y litigiosidad aumentan.

#### IV. CONCLUSIÓN

Uno de los aspectos más importantes que sustenta nuestra hipótesis, es que el optimismo sobredimensionado que tienen ambas partes sobre el resultado de un proceso en el Perú, no permite que éstas consideren

el arreglo extrajudicial como una alternativa eficiente para satisfacer sus intereses. Los juicios se inician debido a que el demandante buscará que se le favorezca con una condena grande, mientras que el demandado tendrá la expectativa de una condena pequeña. Ambas partes buscarán hacer prevalecer sus intereses individuales, de modo tal que un arreglo no será posible.

Este falso optimismo se ve fomentado en contextos de precariedad institucionalidad donde existe alta imposibilidad de predecir el resultado del proceso por falta de un cuerpo consistente de precedentes judiciales que generen una seria vinculación, así como por las prácticas corrupción que padece el sistema. En este trabajo hemos intentado hacer una exploración inicial de algunos aspectos que deberían, a nuestro juicio, ser considerados en los intentos de reforma judicial y diseño de instituciones procesales.